

Maximilian Volmar

Digitale Marktmacht



Nomos

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von

Prof. Dr. Florian Bien

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

begründet von

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker

Band 301

Maximilian Volmar

Digitale Marktmacht



Nomos

Die Open Access-Veröffentlichung der elektronischen Fassung wurde ermöglicht mit Unterstützung durch die Max Planck Digital Library (MPDL).

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

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2019

1. Auflage 2019

© Maximilian Volmar

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-6269-9

ISBN (ePDF): 978-3-7489-0375-8

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748903758>



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Sie wurde vom Promotionsausschuss der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im Juni 2019 als Dissertation angenommen.

Den zahlreichen Personen, die mich während der Promotionszeit begleitet haben, möchte ich an dieser Stelle danken. Mein ganz besonderer Dank gilt zuerst meinem Doktorvater Prof. Dr. Reinhard Ellger, LL.M. (Univ. of Pennsylvania) für seine herausragende Unterstützung und sein persönliches Engagement bei der beispielhaften Betreuung dieser Arbeit. Er hat nicht nur durch seine Diskussionsbereitschaft und seine treffenden Anmerkungen zum Gelingen der Arbeit maßgeblich beigetragen, sondern hat mir dabei auch die größtmögliche wissenschaftliche Freiheit gewährt. Seinen fachlichen und menschlichen Rat schätze ich nach wie vor. Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Prof. Dr. Peter Mankowski für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens sowie bei Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard) für sein anregendes Mitwirken in der Prüfungskommission.

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale), Prof. Dr. Florian Bien und Prof. Dr. Ulrich Schwalbe gebühren mein Dank für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Darüber hinaus gilt mein Dank der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit für ihre ideelle wie materielle Förderung während meiner Promotion. Außerdem wurde die Veröffentlichung von der Max-Planck-Gesellschaft durch die Gewährung eines Druckkostenzuschusses und die Open-Access-Veröffentlichung unterstützt.

Dank gebührt weiterhin Prof. Dr. Giorgio Monti von dem Europäischen Universitätsinstitut in Florenz für die Betreuung meines Forschungsaufenthalts und seine konstruktiven Anmerkungen zu meinem Promotionsprojekt.

Mein herzlicher Dank gebührt außerdem den Kollegen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Die einzigartige Atmosphäre am Institut hat es mir ermöglicht, zahlreiche Forschungsfragen zu diskutieren und wertvolle Anregungen zu erhalten. Stellvertretend für alle möchte ich mich bei Jonas Kranz, Lars Harzmeier,

Vorwort

Konstantin Horn, Jakob Hahn, Yannik Chatard, Christian Kolb und Dr. Katharina Helmdach bedanken. Hervorzuheben sind zudem die exzellente Betreuung durch Dr. Konrad Duden, LL.M. (Cambridge) sowie die Einbindung in zahlreiche kartellrechtliche Projekte durch Prof. Dr. Eckart Bueren.

Ausgesprochen dankbar bin ich außerdem Dr. Wolfgang Runge und Dr. Barbara Stahl für die umfangreichen Anmerkungen zu meinem Manuskript.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, Claudia Glaubke und Dr. Jörg Volmar, sowie meiner Schwester Viktoria Volmar. Meiner Schwester danke ich für die Erinnerung an andere Perspektiven, sowie meinen Eltern für die Ermöglichung meiner Ausbildung und für ihre vorbehaltlose Unterstützung auf meinem bisherigen Lebensweg. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im August 2019

Maximilian Volmar

Inhaltsübersicht

| | |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 27 |
| Einleitung | 33 |
| A. Anlass der Untersuchung | 33 |
| B. Digitale Marktmacht in der kartellrechtlichen Diskussion | 35 |
| I. Marktmacht im Kartellrecht | 35 |
| II. Die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung | 36 |
| III. Digitale Herausforderungen für die Marktmachtbestimmung | 37 |
| C. Ziele der Untersuchung | 39 |
| D. Untersuchungsgegenstand | 42 |
| E. Gang der Untersuchung | 43 |
| Kapitel 1: Marktmacht | 47 |
| A. Marktmacht im Unionsrecht | 47 |
| I. Marktabgrenzung | 49 |
| II. Einzelmarktbeherrschung | 51 |
| III. Kollektive Marktbeherrschung | 53 |
| IV. Fusionskontrolle | 54 |
| B. Marktmacht im deutschen Wettbewerbsrecht | 56 |
| I. Legaldefinition in § 18 GWB | 56 |
| II. Kollektive Marktbeherrschung | 58 |
| III. Fusionskontrolle | 59 |
| IV. Wirtschaftspläne | 60 |
| C. Marktmacht im US-amerikanischen Antitrust Law | 60 |
| I. Behördliche Kompetenzverteilung und Rechtsquellen | 60 |
| II. Das Missbrauchs- bzw. Monopolisierungsverbot in Sec. 2 Sherman Act | 61 |
| III. Das Kartellverbot in Sec. 1 Sherman Act | 64 |
| IV. Fusionskontrolle | 68 |
| V. Direkte Marktmachtbestimmung | 69 |

| | |
|--|-----|
| D. Zusammenfassung | 70 |
| I. Grundsätzliche Methode der Marktmachtbestimmung | 70 |
| II. Fusionskontrolle | 70 |
| III. Kopplungsvereinbarungen | 71 |
| Kapitel 2: Definition der Internetplattform | 73 |
| A. Mehrere Nutzergruppen | 73 |
| B. Interaktion zwischen den Nutzergruppen | 74 |
| C. Netzwerkeffekte | 76 |
| I. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte | 76 |
| II. Datenbedingte Größeneffekte | 79 |
| D. Preisstruktur | 82 |
| E. Zusammenfassung des Plattformbegriffs | 84 |
| Kapitel 3: Abgrenzung digitaler Märkte | 85 |
| A. Was ist ein Markt? | 85 |
| I. „Unentgeltliche Märkte“ | 86 |
| II. Wann liegt ein Markt ohne Geld vor? | 94 |
| III. Datenmärkte | 117 |
| IV. Wettbewerb vor der Marktreife des Produkts | 128 |
| V. Zusammenfassung zum Marktbegriff | 138 |
| B. Mehrseitige Märkte im Bedarfsmarktkonzept | 139 |
| I. Die Problematik der Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen | 139 |
| II. Der CEHR-Test des EuG | 152 |
| III. Die Plattformtheorie des BKartA und des US Supreme Court | 155 |
| IV. Die Erweiterung des Bedarfsmarktkonzepts als Alternative | 169 |
| V. Fazit zum Bedarfsmarktkonzept bei mehrseitigen Märkten | 191 |
| C. Der Hypothetical Monopolist Test | 193 |
| I. Welche Plattformseite ist für den SSNIP-Test maßgeblich? | 194 |
| II. Preiserhöhung ohne Preis | 198 |
| III. Stärkere Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten | 209 |
| IV. Zusammenfassung zum hypothetischen Monopolistentest bei Online-Plattformen | 216 |
| D. Räumliche Marktabgrenzung bei Online-Plattformen | 219 |

| | |
|---|-----|
| I. Internetzugang, Sprachbarrieren und Transportkosten als Hauptfaktoren | 219 |
| II. Abgrenzung einheitlicher räumlicher Märkte | 221 |
| E. Zwischenfazit zur Abgrenzung digitaler Märkte | 222 |
| Kapitel 4: Digitale Marktmacht | 224 |
| A. Definition digitaler Marktmacht | 224 |
| I. Preisbestimmungsmacht bei mehrseitigen Plattformen | 224 |
| II. Qualitätsbestimmungsmacht | 226 |
| B. Ökonomie digitaler Marktmacht | 230 |
| I. Begründung digitaler Marktmacht | 230 |
| II. Begrenzung digitaler Marktmacht | 292 |
| C. Indikatoren digitaler Marktmacht | 336 |
| I. Der Marktanteil | 336 |
| II. Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator | 364 |
| Kapitel 5: Fazit | 429 |
| A. Zusammenfassung der Ergebnisse | 429 |
| I. Marktabgrenzung | 429 |
| II. Marktmachtbestimmung | 434 |
| III. Schema für die Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei Internetplattformen | 443 |
| B. Rechtsvergleichende Ergebnisse | 444 |
| C. Bewertung der 9. GWB-Novelle vor dem Hintergrund der Untersuchung | 448 |
| D. Rechtspolitische Implikationen | 450 |
| I. Ziel weiterer Reformbemühungen | 450 |
| II. Marktabgrenzung | 451 |
| III. Gesetzliche Vermutungen | 453 |
| IV. Relative Marktmacht | 457 |
| V. Intermediationsmacht | 459 |
| E. Ausblick | 460 |
| Literaturverzeichnis | 463 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 27 |
| Einleitung | 33 |
| A. Anlass der Untersuchung | 33 |
| B. Digitale Marktmacht in der kartellrechtlichen Diskussion | 35 |
| I. Marktmacht im Kartellrecht | 35 |
| II. Die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung | 36 |
| III. Digitale Herausforderungen für die Marktmachtbestimmung | 37 |
| C. Ziele der Untersuchung | 39 |
| D. Untersuchungsgegenstand | 42 |
| E. Gang der Untersuchung | 43 |
| Kapitel 1: Marktmacht | 47 |
| A. Marktmacht im Unionsrecht | 47 |
| I. Marktabgrenzung | 49 |
| 1. Die sachliche Marktabgrenzung | 49 |
| 2. Die räumliche Marktabgrenzung | 51 |
| 3. Die zeitliche Marktabgrenzung | 51 |
| II. Einzelmarktbeherrschung | 51 |
| III. Kollektive Marktbeherrschung | 53 |
| IV. Fusionskontrolle | 54 |
| B. Marktmacht im deutschen Wettbewerbsrecht | 56 |
| I. Legaldefinition in § 18 GWB | 56 |
| II. Kollektive Marktbeherrschung | 58 |
| III. Fusionskontrolle | 59 |
| IV. Wirtschaftspläne | 60 |
| C. Marktmacht im US-amerikanischen Antitrust Law | 60 |
| I. Behördliche Kompetenzverteilung und Rechtsquellen | 60 |
| II. Das Missbrauchs- bzw. Monopolisierungsverbot in Sec. 2 Sherman Act | 61 |

| | |
|---|----|
| III. Das Kartellverbot in Sec. 1 Sherman Act | 64 |
| 1. Eine Ansicht: synonyme Verwendung | 64 |
| 2. Gegenansicht: monopoly power als substantial market power | 65 |
| 3. Ansicht des Supreme Courts | 66 |
| 4. Stellungnahme | 67 |
| IV. Fusionskontrolle | 68 |
| V. Direkte Marktmachtbestimmung | 69 |
| D. Zusammenfassung | 70 |
| I. Grundsätzliche Methode der Marktmachtbestimmung | 70 |
| II. Fusionskontrolle | 70 |
| III. Kopplungsvereinbarungen | 71 |
| Kapitel 2: Definition der Internetplattform | 73 |
| A. Mehrere Nutzergruppen | 73 |
| B. Interaktion zwischen den Nutzergruppen | 74 |
| C. Netzwerkeffekte | 76 |
| I. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte | 76 |
| II. Datenbedingte Größeneffekte | 79 |
| D. Preisstruktur | 82 |
| E. Zusammenfassung des Plattformbegriffs | 84 |
| Kapitel 3: Abgrenzung digitaler Märkte | 85 |
| A. Was ist ein Markt? | 85 |
| I. „Unentgeltliche Märkte“ | 86 |
| 1. Überblick über die klassische Entscheidungspraxis zu „unentgeltlichen“ Märkten | 86 |
| 2. Begründung für die Ablehnung des Vorliegens eines Marktes | 87 |
| a) Die Wettbewerbstheorie als Fundament des Kartellrechts | 87 |
| aa) Preise bei vollständigem Wettbewerb | 87 |
| bb) Preise in der Monopolsituation | 89 |
| b) Spiegelung der Marktanteile von Nutzermärkten und Werbemärkten | 91 |
| 3. § 18 Abs. 2a GWB und die jüngere Praxis zu unentgeltlichen Märkten | 91 |

| | |
|--|-----|
| II. Wann liegt ein Markt ohne Geld vor? | 94 |
| 1. Zwei Willenserklärungen | 94 |
| a) Das Verfahren VG Media/Google | 94 |
| b) Willenserklärungen im Internet | 97 |
| c) Google Shopping | 98 |
| 2. Kein Markt für Allgemeingüter | 100 |
| 3. Nicht-monetäre Gegenleistungen | 101 |
| a) Begriff der Unentgeltlichkeit im Zivilrecht | 101 |
| b) Daten als Gegenleistung | 102 |
| c) Aufmerksamkeit als Gegenleistung | 104 |
| 4. Wirtschaftliche Tätigkeit | 106 |
| a) Die Ansicht der herrschenden Meinung | 106 |
| b) Marktbeffriff und Unternehmensbeffriff | 108 |
| 5. Offener Marktbeffriff | 110 |
| 6. Autonome Auswahlentscheidung | 111 |
| 7. Teleologisches Verständnis: Orientierung am Wettbewerbsbeffriff | 112 |
| 8. Zwischenfazit zu unentgeltlichen Märkten | 117 |
| III. Datenmärkte | 117 |
| 1. Die Wettbewerbsrelevanz von Daten | 117 |
| 2. Das Spannungsfeld zwischen Datenschutzrecht und Kartellrecht | 119 |
| 3. Probleme bei der Abgrenzung von Datenmärkten | 125 |
| 4. Vergleich mit der Rspr. zu Datenmärkten und Datenmacht | 126 |
| IV. Wettbewerb vor der Marktreife des Produkts | 128 |
| 1. Anfänge in der Literatur | 129 |
| 2. Die Praxis der amerikanischen Behörden | 130 |
| 3. Die Praxis der Europäischen Kommission | 131 |
| 4. Praxis des BKartA | 134 |
| 5. Internetplattformprodukte vor ihrer Marktreife | 136 |
| V. Zusammenfassung zum Marktbeffriff | 138 |
| B. Mehrseitige Märkte im Bedarfsmarktbeffriff | 139 |
| I. Die Problematik der Marktbeffriffung bei mehrseitigen Plattformen | 139 |
| 1. Die Abgrenzung separater Märkte nach dem Bedarfsmarktbeffriff | 139 |
| 2. Zusammenfassung mehrerer Märkte zu einem einheitlichen Plattformmarkt | 140 |

| | |
|---|-----|
| 3. Ausnahme bei competitive bottlenecks | 144 |
| a) Eigenschaften eines competitive bottlenecks | 144 |
| b) Besondere Wettbewerbsbedingungen bei competitive bottlenecks | 145 |
| c) Beispiele für competitive bottlenecks | 148 |
| d) Gegenansicht der US-amerikanischen Rspr. in Bezug auf Kreditkartenunternehmen | 148 |
| 4. Relevanz der Marktabgrenzung | 150 |
| 5. Zwischenergebnis zur Problemstellung | 151 |
| II. Der CEAHR-Test des EuG | 152 |
| III. Die Plattformtheorie des BKartA und des US Supreme Court | 155 |
| 1. Die Theorie | 155 |
| 2. Die Kritik an der Plattformtheorie des BKartA | 157 |
| a) Wann liegt ein Matching vor? | 157 |
| b) Welcher Markt wird abgegrenzt, wenn eine Werbepattform ein Matching herbeiführt? | 159 |
| c) Die Vertreterausnahme | 160 |
| aa) Europarechtliche Vorgaben | 161 |
| (1) Grundsätzliche Bindungswirkung des BKartA an die europäische Rspr. | 162 |
| (2) Keine Bindungswirkung im konkreten Fall | 164 |
| (3) Begrenzte Kompetenzen der europäischen Gerichte | 165 |
| bb) Fehlende Interaktion zwischen den Plattformseiten | 166 |
| cc) Verfahrensökonomische Erwägungen | 167 |
| 3. Zwischenergebnis | 169 |
| IV. Die Erweiterung des Bedarfsmarktkonzepts als Alternative | 169 |
| 1. Separate Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept als Grundsatz | 169 |
| a) Beispiel Internetwerbemärkte | 170 |
| b) Gegenbeispiel Fernsehwerbung? | 171 |
| c) Bedarfsmarktkonzept als Basis der Plattformlehre des BKartA? | 173 |
| 2. Einheitliche Marktabgrenzung bei reziprokem Bedarf | 174 |
| a) Der Ansatz | 174 |
| b) Rechtsfolge bei einheitlich abgegrenzten Märkten | 176 |
| c) Vorteil der rechtlichen Klarheit aus rechtsvergleichender Sicht | 179 |
| d) Konkretisierung des Merkmals der Reziprozität | 180 |

| | |
|--|-----|
| e) Absage an das Konzept in MasterCard I? | 182 |
| 3. Competitive bottlenecks | 185 |
| a) Ausnahme von der einheitlichen Marktabgrenzung bei competitive bottlenecks | 185 |
| b) Konkretisierung des Begriffs des competitive bottlenecks | 186 |
| aa) Praxis des BKartA | 186 |
| (1) Überwiegende Nutzung mehrerer Plattformen | 187 |
| (2) Gleichberechtigte Nutzung | 187 |
| bb) Praxis der Kommission | 188 |
| cc) Mittelbares multi-homing bei Interoperabilität | 190 |
| 4. Keine Vertreterausnahme | 190 |
| V. Fazit zum Bedarfsmarktkonzept bei mehrseitigen Märkten | 191 |
| C. Der Hypothetical Monopolist Test | 193 |
| I. Welche Plattformseite ist für den SSNIP-Test maßgeblich? | 194 |
| 1. Preiserhöhung bei separater Marktabgrenzung | 194 |
| 2. Preiserhöhung bei einheitlicher Marktabgrenzung | 194 |
| a) Ansicht von Filistrucchi et al. | 195 |
| b) Ansicht von Emch/Thompson | 196 |
| c) Ansicht des EuG in CEAHR | 197 |
| II. Preiserhöhung ohne Preis | 198 |
| 1. Absolute statt relative Preiserhöhung | 198 |
| 2. Der SSNDQ-Test | 200 |
| a) Typische Qualitätsfaktoren im Internet | 201 |
| b) Subjektivität und Quantifizierbarkeit von Qualität | 202 |
| c) Nutzerwechsel bei Qualitätsreduzierung? | 205 |
| d) Gefahr einer cellophane fallacy? | 206 |
| e) Vergleich des SSNDQ- mit dem SSNIP-Test | 207 |
| 3. Zwischenergebnis zum SSNIP-Test auf unentgeltlichen Märkten | 209 |
| III. Stärkere Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten | 209 |
| 1. Beiderseitig wirkende positive indirekte Netzwerkeffekte | 209 |
| 2. Einerseits positive, andererseits negative indirekte Netzwerkeffekte | 211 |
| 3. Diskussion und Stellungnahme | 214 |
| IV. Zusammenfassung zum hypothetischen Monopolistentest bei Online-Plattformen | 216 |
| 1. Welche Plattformseite ist für den SSNIP-Test maßgeblich? | 217 |

| | |
|---|-----|
| 2. Preiserhöhung ohne Preis | 217 |
| 3. Stärkere Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten | 218 |
| D. Räumliche Marktabgrenzung bei Online-Plattformen | 219 |
| I. Internetzugang, Sprachbarrieren und Transportkosten als Hauptfaktoren | 219 |
| II. Abgrenzung einheitlicher räumlicher Märkte | 221 |
| E. Zwischenfazit zur Abgrenzung digitaler Märkte | 222 |
| Kapitel 4: Digitale Marktmacht | 224 |
| A. Definition digitaler Marktmacht | 224 |
| I. Preisbestimmungsmacht bei mehrseitigen Plattformen | 224 |
| II. Qualitätsbestimmungsmacht | 226 |
| B. Ökonomie digitaler Marktmacht | 230 |
| I. Begründung digitaler Marktmacht | 230 |
| 1. Marktinterne Netzwerkeffekte | 230 |
| a) Wirkungsweise der Netzwerkeffekte | 230 |
| aa) Direkte und indirekte Netzwerkeffekte | 230 |
| bb) Datenmacht als Netzwerkeffekt | 234 |
| cc) Daten als Produkt | 235 |
| b) Fazit zu marktinternen Netzwerkeffekten | 236 |
| 2. Marktexterne Netzwerkeffekte | 237 |
| a) Erscheinungsformen | 237 |
| b) Welcher Markt ist relevant? | 239 |
| aa) Die Verfahren VG Media/Google | 239 |
| bb) Der Fall Google Shopping | 241 |
| cc) Vermutung des Vorliegens einer engen Verbindung bei Online-Plattformen? | 245 |
| dd) Zwischenergebnis | 247 |
| c) Marktexterne Netzwerkeffekte als Markteintrittsbarriere am Beispiel der Datenmacht | 250 |
| aa) Die Rspr. zu Datenbeständen | 251 |
| bb) Marktanteile im Datenverarbeitungsmarkt als Indikator für Eintrittsbarrieren | 255 |
| d) Competitive bottlenecks | 257 |
| aa) Wettbewerbliche Situation bei competitive bottlenecks | 257 |
| bb) Rechtliche Berücksichtigung als Nachfragemacht? | 258 |

| | |
|--|-----|
| cc) Rechtliche Berücksichtigung als essential facility? | 261 |
| dd) Rechtliche Berücksichtigung als Marktmachtvermutung? | 262 |
| (1) Kartellrechtliche Vermutungen im Verwaltungsverfahren | 263 |
| (2) Kartellrechtliche Vermutungen im Zivilprozess | 265 |
| ee) Alleinige oder parallele Marktbeherrschung? | 267 |
| (1) Die rechtliche Problematik: mehrere Marktbeherrscher im selben Markt | 267 |
| (2) Die Lösung des deutschen Rechts: Mehrfachdominanz | 268 |
| (3) Die Lösung des europäischen Rechts | 273 |
| (3.1) Behandlung von competitive bottlenecks als Mehrfachdominanz im Rahmen des Art. 102 AEUV? | 273 |
| (3.1.1) Ansicht des BGH in Reisestellenkarten | 273 |
| (3.1.2) Die Entscheidung des EuGH in Magill | 274 |
| (3.1.3) Die Entscheidung der Kommission in Travelport/ Worldspan | 276 |
| (3.1.4) Systematik und Konzeption des Art. 102 AEUV | 277 |
| (3.2) Behandlung von competitive bottlenecks als Einzeldominanz | 279 |
| ff) Zwischenergebnis zu competitive bottlenecks | 283 |
| e) Aftermarkets | 284 |
| f) Fazit zu marktexternen Netzwerkeffekten | 286 |
| 3. Konglomerate Marktmacht | 287 |
| a) Digitale Konglomerate | 287 |
| b) Rechtliche Berücksichtigung | 290 |
| aa) Ansicht von Petit | 290 |
| bb) Ansicht von Schweitzer/Haucap/Kerber/ Welker | 290 |
| II. Begrenzung digitaler Marktmacht | 292 |
| 1. Konglomerater Wettbewerbsdruck | 292 |
| 2. Reverse Network Effects und Wechselkosten | 294 |
| 3. Abnehmender Grenznutzen | 296 |

| | |
|---|-----|
| 4. Qualitätsfaktoren jenseits von Netzwerkeffekten | 297 |
| 5. Multi-homing, Transparenz und Produktdifferenzierung | 298 |
| 6. Randsubstitution | 302 |
| a) Randsubstitution in der rechtlichen Beurteilung | 302 |
| b) Hoher Substitutionswettbewerb bei Online-Plattformen | 304 |
| c) Die Probleme der wettbewerblichen Würdigung von Substitutionswettbewerb | 306 |
| aa) Wann ist Substitutionswettbewerb ausschlaggebend für das (Nicht-)Vorliegen einer beherrschenden Stellung? | 306 |
| bb) Wann ist die Schwelle zwischen Randsubstitution und Marktgleichwertigkeit überschritten? | 307 |
| cc) Das Neutralitätsgebot des BGH | 309 |
| d) Zwischenergebnis zur Randsubstitution | 311 |
| 7. Dynamik in der Internetwirtschaft | 312 |
| a) Das Phänomen aus wirtschaftlicher Sicht | 312 |
| aa) Beispiele | 312 |
| bb) Aktualität und Nachhaltigkeit der dynamischen Entwicklung | 313 |
| cc) Gründe für eine langfristige Dynamik der Branche | 315 |
| b) Die Rechtsprechung zur Dynamik als Marktmachtfaktor im Internet | 317 |
| aa) Berücksichtigung in der Marktabgrenzung | 317 |
| bb) Berücksichtigung als potentieller Wettbewerb | 318 |
| cc) Unterscheidung nach Marktphase | 322 |
| dd) Divergenz von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht | 323 |
| c) Divergenz von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht geboten? | 326 |
| aa) Entscheidungstheoretischer Imperativ | 326 |
| bb) Vergleich mit der Rechtsprechung | 328 |
| cc) Unterschiedliche zeitliche Ausrichtung der Tatbestände | 331 |
| dd) Bessere Verortung in der Missbrauchsprüfung | 332 |
| 8. Fazit zum Marktmachtverlust bei Internetplattformen | 334 |

| | |
|--|-----|
| C. Indikatoren digitaler Marktmacht | 336 |
| I. Der Marktanteil | 336 |
| 1. Der theoretische Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Marktmacht | 336 |
| 2. Keine Gültigkeit des Zusammenhangs bei Internetplattformen | 338 |
| 3. Berücksichtigung als potentieller Wettbewerb? | 340 |
| 4. Marktmacht aus Netzwerkeffekten | 343 |
| 5. Quantifizierung von Netzwerkeffekten | 344 |
| a) Der CEAHR-Test | 344 |
| b) Marktanteile | 346 |
| aa) Nutzeranteile | 346 |
| bb) Umsatzanteile | 350 |
| cc) Gesamtbetrachtung mehrerer Kennzahlen | 352 |
| dd) Berücksichtigung von Offline-Wettbewerb | 354 |
| ee) Die Schwelle zur Marktbeherrschung: das „tipping“ | 355 |
| 6. Die Aussagekraft von Marktanteilen | 358 |
| a) Subjektivität der Marktabgrenzung | 358 |
| b) Die erforderliche Höhe des Marktanteils | 361 |
| II. Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator | 364 |
| 1. Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator in der Rechtsprechung | 364 |
| 2. Zulässigkeit im deutschen Kartellrecht | 366 |
| a) Wortlaut | 366 |
| b) Zirkelschluss? | 370 |
| 3. Fallgruppen | 375 |
| a) Grundsätzliches | 375 |
| b) Ausbeutungsmisbräuche | 378 |
| aa) Preishöhenmissbrauch | 378 |
| (1) Wann ist ein Preis unangemessen? | 378 |
| (2) Kausalität zwischen einem Preishöhenmissbrauch und Marktmacht | 380 |
| (2.1) Grundsätzlich liegt Kausalität vor | 380 |
| (2.2) Ausnahme bei „Trittbrettfahrern“ | 381 |
| (2.3) Ausnahme bei Werbeauktionen? | 382 |
| bb) Unangemessene Geschäftsbedingungen | 384 |
| (1) Gegenüber Verbrauchern („B2C“) | 384 |
| (1.1) Wann ist eine Geschäftsbedingung unangemessen? | 384 |

| | |
|---|-----|
| (1.2) Kausalität zwischen unangemessenen Geschäftsbedingungen und Marktmacht | 387 |
| (1.2.1) Das Privacy Paradox | 388 |
| (1.2.2) Patterson: Marktmacht aufgrund der Indifferenz der Nutzer | 391 |
| (1.2.3) BKartA: akzessorischer Kausalitätsbegriff in Facebook | 395 |
| (2) Gegenüber Unternehmen („B2B“) | 398 |
| cc) Preisdiskriminierung durch personalisierte Preise | 401 |
| (1) Preisdiskriminierung im Internet | 401 |
| (2) Rechtfertigung der Diskriminierung | 403 |
| (3) Kausalität zwischen der Preisdiskriminierung und Marktmacht | 404 |
| dd) Einschränkung der technischen Entwicklung | 407 |
| (1) Innovationsträgheit als Marktmachtindikator | 407 |
| (2) Innovationsaktivität als Argument gegen das Vorliegen von Marktmacht | 409 |
| c) Behinderungsmisbräuche | 412 |
| aa) Benachteiligung von Drittanbietern auf der Plattform | 412 |
| bb) Kopplungsgeschäfte | 415 |
| cc) Zugangsverweigerungen | 418 |
| dd) Kampfpreise | 419 |
| (1) Vorliegen von Kampfpreisen bei Internetplattformen | 420 |
| (2) Ist Marktmacht eine Bedingung für Kampfpreise? | 423 |
| 4. Fazit zum Unternehmensverhalten | 425 |
| | |
| Kapitel 5: Fazit | 429 |
| A. Zusammenfassung der Ergebnisse | 429 |
| I. Marktabgrenzung | 429 |
| 1. Was ist ein Markt? | 430 |
| 2. Das Bedarfsmarktkonzept bei mehrseitigen Märkten | 431 |
| 3. Der Hypothetical Monopolist Test bei mehrseitigen Märkten | 432 |
| 4. Die räumliche Marktabgrenzung bei Internetplattformen | 433 |
| II. Marktmachtbestimmung | 434 |
| 1. Definition digitaler Marktmacht | 434 |
| 2. Ökonomie digitaler Marktmacht | 434 |

| | |
|---|-----|
| 3. Nachweis digitaler Marktmacht | 439 |
| III. Schema für die Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei Internetplattformen | 443 |
| B. Rechtsvergleichende Ergebnisse | 444 |
| C. Bewertung der 9. GWB-Novelle vor dem Hintergrund der Untersuchung | 448 |
| D. Rechtspolitische Implikationen | 450 |
| I. Ziel weiterer Reformbemühungen | 450 |
| II. Marktabgrenzung | 451 |
| III. Gesetzliche Vermutungen | 453 |
| 1. Competitive bottlenecks | 453 |
| 2. Der verhaltensbasierte Ansatz | 456 |
| IV. Relative Marktmacht | 457 |
| V. Intermediationsmacht | 459 |
| E. Ausblick | 460 |
| Literaturverzeichnis | 463 |

Abbildungsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Abb. 1: Einseitige und zweiseitige Märkte im Vergleich | 79 |
| Abb. 2: Preise bei vollständigem Wettbewerb | 88 |
| Abb. 3: Preise in der Monopolsituation | 89 |
| Abb. 4: Suchmaschinen und Inhalteanbieter | 99 |
| Abb. 5: Competitive bottlenecks | 145 |
| Abb. 6: Unterschiedliche Märkte trotz reziproken Bedarfs | 178 |
| Abb. 7: Plattformstruktur in MasterCard I | 184 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|--|
| ABA | American Bar Association |
| ABl. (EU) | Amtsblatt der Europäischen Union |
| ABl. (EG) | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AfP | Archiv für Presserecht |
| AG | Die Aktiengesellschaft |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| Am. Econ. Rev. | American Economic Review |
| ÄndG | Änderungsgesetz |
| Antitrust Bull. | Antitrust Bulletin |
| Antitrust L.J. | Antitrust Law Journal |
| Aufl. | Auflage |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| Art. | Artikel |
| Az. | Aktenzeichen |
| B2B | Business to Business |
| B2C | Business to Consumer |
| BB | Betriebsberater |
| Bd. | Band |
| BeckOK | Beck'scher Online-Kommentar |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BKartA | Bundeskartellamt |
| BNetzA | Bundesnetzagentur |
| BTDrs. | Bundestags-Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Sammlung der Entscheidungen des BVerfG |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------------|---|
| Bzw. | Beziehungsweise |
| CCZ | Corporate Compliance Zeitschrift |
| C.D.Cal. | Central District of California |
| Cir. | Circuit |
| C.L.S.Rev. | Computer Law & Security Review |
| CMA | Competition and Markets Authority |
| C.M.L.R. | Common Market Law Review |
| Columbia Bus. L. Rev. | Columbia Business Law Review |
| Cornell L. Rev. | Cornell Law Review |
| CR | Computer und Recht |
| DB | Der Betrieb |
| D.C. | District of Columbia |
| DOJ | Department of Justice – Antitrust Division |
| DSGVO | Datenschutzgrundverordnung (Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. (EU) Nr. L 199 vom 4.5.2016, S. 1) |
| EAGCP | Economic Advisory Group on Competition Policy |
| E.C.L.R. | European Competition Law Review |
| Einl. | Einleitung |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |
| EuG | Europäisches Gericht |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| Euro. Comp. J. | European Competition Journal |
| Euro. L. Rev. | European Law Review |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWR | Europäischer Wirtschaftsraum |
| Erwgr. | Erwägungsgrund |
| Et al. | Et aliter |
| EU | Europäische Union |
| f./ff. | Folgende/fortfolgende |
| F.A.Z. | Frankfurter Allgemeine Zeitung |

| | |
|-------------------------------|---|
| FKVO | Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen) |
| Fordham Int'l. L. J. | Fordham International Law Journal |
| FTC | Federal Trade Commission |
| F.Supp. | Federal Supplement |
| Fed.Appx. | Federal Appendix |
| GA | Generalanwalt |
| Georgetown L. Rev. | Georgetown Law Review |
| GG | Grundgesetz |
| GRCh | Grundrechtecharta der Europäischen Union |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR Int. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| Harv. J. L. & Pub. Pol'y | Harvard Journal of Law & Public Policy |
| Harv. J. L. & Tech. | Harvard Journal of Law & Technology |
| Harv. L. Rev. | Harvard Law Review |
| Hrsg. | Herausgeber |
| Int. J. Ind. Org. | International Journal of Industrial Organisation |
| IIC | International Review of Intellectual Property and Competition Law |
| J. Comp. L. & Econ. | Journal of Competition Law & Economics |
| J. Criminal L. & Criminology | Journal of Criminal Law & Criminology |
| J. Econ. Bus. | Journal of Economics and Business |
| J. Econ. Lit. | Journal of Economic Literature |
| J. Econ. Perspectives | Journal of Economic Perspectives |
| J. Euro. Comp. L. & Pract. | Journal of European Competition Law & Practice |
| J. Euro. Econ. Ass. | Journal of the European Economic Association |
| J. Ind. Econ. | Journal of Industrial Economics |
| J. L. & Econ. | Journal of Law & Economics |
| J. Pat. & Trademark Off. Soc. | Journal of the Patent and Trademark Office Society |
| J. Pol. Econ. | Journal of Political Economy |
| K & R | Kommunikation & Recht |
| L. & Pol'y | Law & Policy |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------------------------|--|
| LG | Landgericht |
| L.I.C.L. | Leading Internet Case Law |
| Manag. & Dec. Econ. | Managerial and Decision Economics |
| MMR | MultiMedia und Recht |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| N.D.Cal. | Northern District of California |
| N.Y.U.L.Rev. | New York University Law Review |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| NZKart | Neue Zeitschrift für Kartellrecht |
| OECD | Organisation for Economic Co-operation and Development |
| OFT | Office of Fair Trading |
| OLG | Oberlandesgericht |
| Oxford J. Leg. Stud. | Oxford Journal of Legal Studies |
| Oxford Rev. Econ. Pol. | Oxford Review of Economic Policy |
| Personality & Soc. Psychol. Bull. | Personality & Social Psychology Bulletin |
| Quart. J. Econ. | Quarterly Journal of Economics |
| RAND J. Econ. | The RAND Journal of Economics |
| Rev. Econ. Stud. | Review of Economic Studies |
| Rev. Network Econ. | Review of Network Economics |
| Rs. | Rechtssache |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| RStV | Rundfunkstaatsvertrag |
| S.D.N.Y. | Southern District of New York |
| Sec. | Section |
| SLC-Test | Substantial-Lessening-of-Competition-Test |
| Slg. | Sammlung der Entscheidungen des EuGH |
| SSNIP | Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price |
| Stan. L. Rev. | Stanford Law Review |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| Syracuse J. Int'l L. & Com. | Syracuse Journal of International Law & Commerce |
| Tex. L. Rev. | Texas Law Review |
| U. Penn. L. Rev. | University of Pennsylvania Law Review |

| | |
|--------------------|---|
| U. Chicago L. Rev. | University of Chicago Law Review |
| U.S. | United States |
| v. | Versus |
| Verb. Rs. | Verbundene Rechtssachen |
| VerfVO/VO 1/2003 | Verfahrensverordnung (Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. (EG) Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1). |
| Vertikal-GVO | 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 Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. (EU) Nr. L 102 vom 23. April 2010, S. 1. |
| VG | Verwaltungsgericht |
| VO | Verordnung |
| Vol. | Volume |
| VuR | Verbraucher und Recht |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| W.Comp. | World Competition |
| Wash. U. L. Rev. | Washington University Law Review |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| Yale J. L. & Tech. | Yale Journal of Law & Technology |
| Yale J. Reg. | Yale Journal of Regulation |
| Yale L. J. | Yale Law Journal |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |
| ZWeR | Zeitschrift für Wettbewerbsrecht |

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*, ZWvR 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.

Kapitel 1: Marktmacht

Dieses Kapitel legt mit einer Einführung in die Marktmachtbestimmung den Grundstein für die weitere Untersuchung. Dabei wird auf das europäische (A.), das deutsche (B.) sowie das US-amerikanische Kartellrecht (C.) eingegangen. Die Zusammenfassung stellt die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Rechtsordnungen heraus (D.).

A. *Marktmacht im Unionsrecht*

Im Recht der Europäischen Union wird das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung einerseits im Rahmen des Missbrauchsverbots in Art. 102 AEUV sowie im Rahmen der Fusionskontrolle relevant. Bei ersterem muss eine solche Stellung erwiesen sein, bevor der Missbrauch der Stellung geprüft werden kann. In der Fusionskontrolle wird ein Zusammenschluss untersagt, wenn dieser den wirksamen Wettbewerb erheblich behindern würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, Art. 2 Abs. 3 FKVO. Das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung ist demnach ein Regelbeispiel für die erhebliche Behinderung des Wettbewerbs.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV sind hingegen auch Unternehmen verboten, die keine marktbeherrschende Stellung innehaben.⁴⁴ Von dem Verbot ausgenommen werden jedoch Unternehmen, einen Marktanteil von weniger als 10-15% besitzen.⁴⁵ Bestimmte Vertikalvereinbarungen sind außerdem vom Kartellverbot ausgenommen, sofern der Marktanteil des Unternehmens 30% nicht übersteigt, Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO.

44 In diesem Rahmen kann es auf die Marktabgrenzung lediglich ankommen, wenn es um die Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnungen geht. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der VO 330/2010 („Vertikal-GVO“) gilt eine Freistellung nur, wenn das Unternehmen nicht einen Marktanteil von mehr als 30% besitzt.

45 Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. (EU) 2014 C 291/1, Rn. 8.

Der Europäische Gerichtshof („EuGH“) definiert die marktbeherrschende Stellung als 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.“⁴⁶ Das liegt unter anderem dann vor, wenn das Unternehmen über einen signifikanten Zeitraum hinweg die Preise erhöhen kann.⁴⁷

Diese Definition entspricht derjenigen in der ökonomischen Forschung. Dort wird Marktmacht einem Zustand des perfekten Wettbewerbs entgegengesetzt, in dem es eine hohe Anzahl von Anbietern und Abnehmern gibt und in dem kein Marktteilnehmer die Preise bestimmen kann.⁴⁸ Zur Illustration wird der Lerner Index verwendet. Marktmacht liegt danach vor, wenn der Preis p_i des Produkts i eines Unternehmens deutlich über seinen Grenzkosten mc_i liegt.⁴⁹ Diese Kennzahl wird Lerner Index (L_i) genannt und ist für das Produkt i wie folgt definiert:⁵⁰

$$L_i = \frac{p_i - mc_i}{p_i}$$

Bei vollständigem Wettbewerb gleichen sich die Grenzkosten und der Preis, weil alle gewinnmaximierenden Anbieter ihre Produktion so weit ausweiten werden, bis sie damit keinen Gewinn mehr erwirtschaften. Dann gilt: $L_i = 0$. Je stärker die Grenzkosten und der Preis voneinander abweichen, desto weiter entfernt sich die Marktstellung des Unternehmens von dem idealen Wettbewerbsbild. Bei einer größeren Differenz zwischen Grenzkosten und Preis steigt der Wert von L_i und indiziert damit einen höheren Grad an Marktmacht.⁵¹

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

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

48 *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 10.

49 *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 503b, S. 118 f; *Lerner*, 1 Rev. Econ. Stud. 157 (1934); *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 131.

50 *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 132; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 131.

51 *Lerner*, 1 Rev. Econ. Stud. 157 (1934); *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 262.

Der Lerner Index fungiert jedoch als theoretisches Konstrukt von Marktmacht und wird in der Rspr. nicht als Maßstab genutzt, vor allem weil es praktisch aufwendig und ungewiss sein kann, die Preise und Kosten zu ermitteln.⁵²

Stattdessen verläuft in der Fusionskontrolle und in der Missbrauchsaufsicht die Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung nach einem gemeinsamen Schema: Zuerst wird der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt.⁵³ In einem zweiten Schritt wird der Beherrschungsgrad im Markt bestimmt.⁵⁴

I. Marktabgrenzung

1. Die sachliche Marktabgrenzung

Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes wird auf die Austauschbarkeit des Produkts des Marktbeherrschers mit anderen Produkten abgestellt.⁵⁵ Der Kommission zufolge umfasst der „sachlich relevante Produktmarkt ... sämtliche Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“⁵⁶

Zur Bemessung der Austauschbarkeit wird die Kreuzpreiselastizität genutzt, die im sogenannten SSNIP-Test geprüft wird („small but significant and non-transitory increase in price“). Der Test wird auch hypothetischer Monopolistentest genannt.⁵⁷ Dabei wird eine bestimmte Auswahl von Produkten betrachtet, beginnend mit dem streitgegenständlichen Produkt. Für diese Produktauswahl wird ein bestimmter Marktpreis bezahlt. Ist ein

52 *Areeda/Hovenkamp/Solow*, Antitrust Law, Rn. 504, S. 120 ff; *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 529 f; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 263 f.

53 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1035.

54 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 42.

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

56 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 7.

57 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1044 ff.

hypothetischer Monopolist, der die Produktion dieser Produktauswahl gänzlich kontrolliert, in der Lage, den Preis der Auswahl um 5-10% zu erhöhen, während er profitabel bleibt, so gehören die Produkte demselben Markt an. Denn das zeigt, dass die Abnehmer keine Ausweichmöglichkeiten mehr haben. Trotz der Preiserhöhung konsumieren sie die Produkte des hypothetischen Monopolisten. Ist der hypothetische Monopolist nicht in der Lage, die Preise zu erhöhen, weil die Abnehmer zu anderen Anbietern wechseln, wird die Auswahl an Produkten um weitere Produkte erweitert, bis die Preiserhöhung gelingt. Dann ist sichergestellt, dass es keine austauschbaren Produkte mehr gibt, zu denen die Abnehmer wechseln könnten. Mit diesem Schritt ist der Markt endgültig abgegrenzt.⁵⁸

Eine wichtige Einschränkung des SSNIP-Tests ist die sogenannte *cellophane fallacy*: damit wird das Phänomen beschrieben, dass ein Unternehmen, das bereits den höchstmöglichen Preis für ein Produkt verlangt, auch bei einer geringen Preiserhöhung weniger verkaufen wird, weil die Nachfrage wegfällt. Das bedeutet aber nicht, dass die Produkte, zu denen die Verbraucher ausweichen, tatsächlich aus ihrer Sicht austauschbar sind. Die Verbraucher haben dann lediglich das Ende ihrer Zahlungsbereitschaft erreicht und verzichten deswegen auf den Konsum. Würden in diesem Fall die Ausweichprodukte dem relevanten Markt hinzugefügt, würde ein zu weiter Markt abgegrenzt. Daher wird in diesem Fall der SSNIP-Test nicht angewendet.⁵⁹

Es kommt dabei nicht nur auf die Sicht des Abnehmers, sondern auch auf die des Anbieters an. So kann die Situation vorkommen, dass ein Anbieter A zwar nicht dasselbe Produkt wie das fragliche Unternehmen B produziert, seine Produktion aber mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand umstellen könnte. Dann müssen die Produktionskapazitäten von A im Markt des Produktes von B berücksichtigt werden. Dies wird unter dem Stichwort „Angebotssubstitution“ oder „Angebotsumstellungsflexibilität“ behandelt.⁶⁰

58 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 50; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 15 ff; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, *Economics for competition lawyers*, 38 ff.

59 *Jones/Sufrin*, *EU Competition Law*, 65; *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 252 ff.

60 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1041, 1063; *Wagemann*, in: Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, § 16 Rn. 30.

2. Die räumliche Marktabgrenzung

Der räumlich relevante Markt ist das „Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“⁶¹ Auch hier wird auf die Austauschbarkeit abgestellt und der SSNIP-Test angewendet.⁶² Daneben spielen weitere Faktoren eine Rolle. Transportkosten zum Beispiel bestimmen maßgeblich, in welchem räumlichen Umfang ein Produkt angeboten werden kann. Oft spielen auch Sprachbarrieren und lokale Abnehmergewohnheiten eine Rolle.⁶³

3. Die zeitliche Marktabgrenzung

Darüber hinaus wird in manchen Fällen ein zeitlich relevanter Markt abgegrenzt. Grundsätzlich wird damit anerkannt, dass Märkte dynamischen Entwicklungen unterliegen und nicht statisch zu betrachten sind. Manche Märkte, zum Beispiel für Agrarprodukte, sind besonderen saisonalen Schwankungen von Angebot und Nachfrage unterworfen, was in der Marktabgrenzung berücksichtigt werden kann. Diesem Umstand wird entweder als eigene Marktdimension oder im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes Rechnung getragen.⁶⁴

II. Einzelmarktbeherrschung

Innerhalb des nach den obigen Kriterien abgegrenzten Marktes wird danach die wettbewerbliche Position des Unternehmens ermittelt. Das pri-

61 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 8.

62 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 65; *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1067 ff.

63 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 106; *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1069 ff.

64 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 110 f; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 68 f; *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1081 f.

märe Kriterium dafür ist der Marktanteil.⁶⁵ Dem EuGH zufolge sind Marktanteile über 50% als „besonders hoch“ einzuordnen und lassen – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – ohne weiteres auf das Vorliegen einer beherrschenden Stellung schließen.⁶⁶ Bei Marktanteilen von 25-40% ist eine beherrschende Stellung zwar unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen. So wurde vom EuGH bei einem Marktanteil zwischen 19-29% die beherrschende Stellung nicht von vornherein ausgeschlossen, aber im Fall mangels weiterer Indizien verneint.⁶⁷ Eines dieser Indizien kann der relative Marktanteil bzw. die Marktkonzentration darstellen. Hält ein Unternehmen hohe Marktanteile, während der Rest des Marktes auf viele Anbieter mit jeweils niedrigen Anteilen verteilt ist, spricht dies für die starke Stellung des Unternehmens.⁶⁸

Die Europäische Kommission betrachtet ihren Prioritätenmitteilungen zufolge geringe Marktanteile unter 40% in der Regel als einen zuverlässigen Indikator für die Abwesenheit von Marktmacht. Außerdem soll es für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sprechen, wenn der Marktanteil für einen langen Zeitraum gehalten werden kann.⁶⁹

Eine marktbeherrschende Stellung muss außerdem nachhaltig sein. Preisbestimmungsmacht soll nachweislich für zwei Jahre vorliegen, um eine beherrschende Stellung zu indizieren.⁷⁰ Bei volatilen Märkten kann der längerfristige Preistrend oder die Entwicklung der Marktanteile betrachtet werden.⁷¹ Droht eine Expansion eines Wettbewerbers oder ein Markteintritt eines anderen Unternehmens, kann ein Unternehmen mit hohem Marktanteil davon abgehalten werden, seine Preise zu erhöhen. Dafür muss der Eintritt beziehungsweise die Expansion wahrscheinlich,

65 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 79 f; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 13.

66 EuGH, 03.07.1991, C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rn. 60 – *AKZO*. Siehe auch EuGH, 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 41 – *Hoffmann-La Roche*.

67 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 91 f.

68 EuGH, 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 111 – *United Brands*.

69 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 14 f.

70 *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 70.

71 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 13.

absehbar und ausreichend sein.⁷² Die Kommission berücksichtigt dies unter dem Stichwort „potentieller Wettbewerb“.⁷³ Dieser geht von Unternehmen aus, die aktuell noch nicht im relevanten Markt tätig sind, ihn aber betreten könnten. Daher kommt es für die Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs vor allem auf die Markteintrittsbarrieren an. Solche Barrieren können in rechtlichen Zugangsschranken, hohen Anfangsinvestitionen oder Größenvorteilen bestehen.⁷⁴

Wettbewerbsdruck kann der Kommission zufolge nicht nur von aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern, sondern auch von den Abnehmern ausgehen. Selbst wenn ein Unternehmen hohe Marktanteile besitzt, kann es sich nicht unabhängig von den Abnehmern verhalten, wenn diese ihrerseits über eine starke Verhandlungsposition verfügen.⁷⁵ Ob eine solche Nachfragemacht vorliegt, richtet sich grundsätzlich nach den gleichen Kriterien wie bei der Bestimmung von Marktmacht auf der Anbieterseite und damit vor allem nach dem Marktanteil.⁷⁶

III. Kollektive Marktbeherrschung

Art. 102 AEUV verbietet neben der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein einzelnes Unternehmen auch die Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, wenn diese mehreren Unternehmen gemeinsam zukommt. Solche eine kollektive Marktbeherrschung liegt vor, wenn nicht ein einzelnes Unternehmen alleine, sondern nur mehrere Unternehmen gemeinsam im Verbund einen Markt beherrschen.⁷⁷ Die Definition von Marktmacht ist dabei die gleiche: es kommt

72 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 16.

73 Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 12.

74 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 111; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 17; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 104 ff.

75 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 101; Kommission, Prioritätenmitteilung zu Art. 82 EG, ABl. (EG) 2009/C 45/02, Rn. 18.

76 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 120; *Schröter/Bartl*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 101.

77 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 144 ff.

entscheidend darauf an, dass die Unternehmen sich gemeinsam unabhängig von ihren Wettbewerbern, Abnehmern und Lieferanten verhalten können. Dies wird als fehlender Außenwettbewerb bezeichnet. Dabei wird ebenfalls maßgeblich auf den Marktanteil abgestellt.⁷⁸ Außerdem darf für das Vorliegen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung kein erheblicher Innenwettbewerb vorliegen, was der Fall ist, wenn die Unternehmen durch die Marktstruktur oder durch Verträge miteinander verbunden sind.⁷⁹ Die Unternehmen müssen eine kollektive Einheit darstellen.⁸⁰

Eine kollektive marktbeherrschende Stellung kann durch eine oligopolistische Reaktionsverbundenheit entstehen. In dieser Situation unterliegen die Oligopolisten bestimmten Wechselwirkungen und können ihr Verhalten gegenseitig aneinander anpassen. Ein solches Verhalten ist nach der Rspr. wahrscheinlich, wenn der Markt transparent ist und den Unternehmen hinreichend wirksame Abschreckungs- und Vergeltungsmittel zur Verfügung stehen, um ein Abweichen vom gemeinsamen Verhalten zu bestrafen.⁸¹

IV. Fusionskontrolle

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird in der Fusionskontrolle in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO grundsätzlich genauso wie in Art. 102 AEUV beurteilt.⁸² Dabei muss jedoch die unterschiedliche Perspektive der beiden Normen beachtet werden: während das Missbrauchsverbot vergangenes Verhalten sanktionieren will, zielt die Fusionskontrolle darauf ab, zukünftige Beschränkungen des Wettbewerbs, die durch einen Zusammenschluss entstehen könnten, zu verhindern.⁸³

78 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 79.

79 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 149; *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 80; EuGH, 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Rn. 42 – *Compagnie Maritime Belge*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 121.

80 EuGH, 16.3.2000, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, Rn. 39 – *Compagnie Maritime Belge*.

81 EuG, 6.6.2002, T-342/99, EuR 2002, 720, Rn. 62 – *Airtours*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 123.

82 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26 Rn. 14.

83 *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 224.

Außerdem kommt es in der Fusionskontrolle darauf an, ob sich die Marktposition der Zusammenschlussparteien durch den Zusammenschluss verändert. Ändert sich die Marktposition nicht, bestünde kein Grund, den Zusammenschluss zu untersagen. Es wird demnach nicht statisch eine bestimmte Marktposition in der Vergangenheit untersucht. Um die Veränderung der Marktposition zu messen, stellt die Kommission darauf ab, ob die Marktkonzentration bestimmte Schwellenwerte übersteigt.⁸⁴ Der Konzentrationsgrad wird mit dem sogenannten Herfindahl-Hirschman-Index („HHI“) berechnet. Dabei werden zunächst die Marktanteile aller Unternehmen auf einem Markt quadriert und dann addiert. So hat ein Markt, in dem zwei Unternehmen jeweils einen Marktanteil von 30% und zwei weitere einen Marktanteil von jeweils 20% besitzen, einen HHI von 2600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$). Durch das Quadrieren werden hohe Anteile und große Abstände zwischen den Anteilen stärker gewichtet. Der höchste Wert ist beim Monopol ein HHI von $100^2 = 10.000$. Wird nach dem Zusammenschluss ein HHI von 1000 prognostiziert, erwartet die Kommission in der Regel keine wettbewerblichen Probleme. Bei einem Wert von 1000 bis 2000 wird eine Erhöhung von bis zu 250 Punkten – das sogenannte Delta – als unbedenklich angesehen. In dem Bereich oberhalb von 2000 Punkten gilt diese Vermutung bis zu einem Delta von 150 Punkten. Jenseits dieser Schwellenwerte ist ein Zusammenschluss regelmäßig bedenklich.⁸⁵

Ein weiteres in der Fusionskontrolle diskutiertes Instrument ist der von *Farrell/Shapiro* eingeführte Upward Pricing Pressure Test.⁸⁶ Ihm liegt der Gedanke zugrunde, dass die Anreize für Unternehmen, die Preise zu erhöhen, nach einem Zusammenschluss steigen können. Produzieren beide Unternehmen Produkte, die im Wettbewerb stehen, fällt nach dem Zusammenschluss dieser Wettbewerbsdruck weg. Umsatzanteile, die durch eine Preiserhöhung vor dem Zusammenschluss an das Konkurrenzunternehmen verloren gegangen wären, verbleiben nun in der neuen Einheit. Da die neue Einheit diese Verluste nicht mehr fürchten muss, besteht ein

84 Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004/C 31/03, Rn. 17 ff.

85 *Hacker*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 174 ff; Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004/C 31/03, Rn. 19 ff; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 251 ff; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 26 Rn. 67.

86 *Farrell/Shapiro*, 10 B.E. J. Theo. Econ., Policies & Persp., Article 9 (2010). Der Test hat auch Eingang gefunden in die DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 21.

Anreiz zur Preiserhöhung. Gleichzeitig können jedoch durch den Zusammenschluss auch Effizienzen und damit Anreize zu einer Preissenkung entstehen. Die Differenz dieses Preisdrucks nach oben beziehungsweise nach unten für ein Produkt des fusionierenden Unternehmens (1) ist der Upward Pricing Pressure („UPP“). Ist die Zahl positiv, besteht ein Anreiz zur Preiserhöhung:

$$UPP_1 = (P_2 - C_2)D_{12} - E_1C_1 \geq 0$$

Dabei steht P_2 für den Preis des Produkts des anderen Unternehmens 2 und C_2 für dessen Kosten. D_{12} bezeichnet die sogenannte diversion ratio, d.h. der Anteil der Umsätze, die bei einer Preiserhöhung des Produkts eines Unternehmens an das andere Unternehmen verloren gehen. E_1 steht für die durch die Fusion entstehenden Effizienzen bei der Produktion des Produkts von Unternehmen (1) und C_1 für seine Kosten.⁸⁷

Der UPP vergleicht damit die Anreize der Unternehmen, vor beziehungsweise nach dem Zusammenschluss die Preise zu erhöhen. Damit misst die Kennzahl nicht Marktmacht an sich, sondern, ob sich die Marktmacht der neuen Einheit von der Marktmacht der separaten Unternehmen vor dem Zusammenschluss unterscheidet. Es wird damit eine Veränderung der Marktmacht gemessen.

B. Marktmacht im deutschen Wettbewerbsrecht

I. Legaldefinition in § 18 GWB

Im deutschen Wettbewerbsrecht ist die marktbeherrschende Stellung in § 18 GWB legaldefiniert. Gemäß Abs. 1 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 (Nr. 1), keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt (Nr. 2) ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat (Nr. 3).

Gemäß § 18 Abs. 3 sind dabei folgende Eigenschaften des Unternehmens zu berücksichtigen: sein Marktanteil (Nr. 1), seine Finanzkraft (Nr. 2), sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten (Nr. 3), Verflechtungen

87 Brekke, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 87, 89 f; Kerber/Schwalbe, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 390 ff.

mit anderen Unternehmen (Nr. 4), rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen (Nr. 5), der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs des GWB ansässig sind (Nr. 6), die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen (Nr. 7) sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen (Nr. 8).

Dieser Katalog wurde durch die 9. GWB-Novelle erweitert. Gemäß § 18 Abs. 3a GWB sind insbesondere bei mehrseitigen Märkte und Netzwerken weitere Faktoren zu berücksichtigen. Dazu zählen direkte und indirekte Netzwerkeffekte (Nr. 1), die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer (Nr. 2), die Größenvorteile des Unternehmens im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten (Nr. 3), sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (Nr. 4) sowie innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (Nr. 5).

Darüber hinaus gilt gemäß § 18 Abs. 4 die Vermutung, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40% besitzt.

Das deutsche Wettbewerbsrecht ist dabei eng mit dem europäischen verbunden.⁸⁸ Gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 wird bei der Beurteilung eines Missbrauchs nach dem Recht des Mitgliedsstaates durch eine nationale Wettbewerbsbehörde auch Art. 102 AEUV angewendet. Damit wird die einheitliche Anwendung des Art. 102 AEUV in der gesamten EU sichergestellt.⁸⁹ Dabei wird es gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 den Mitgliedsstaaten nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere Vorschriften zur Unterbindung oder Ahnung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden. Sieht das Unionsrecht jedoch ein strengeres Verständnis des Missbrauchsverbots vor, setzt es sich wegen des Vorrangs des Unionsrechts durch.⁹⁰ Das mitgliedstaatliche Recht der Fusionskontrolle sowie Normen, die nicht dem Wettbewerbsschutz dienen, sind jedoch gemäß Art. 2 Abs. 3 VO 1/2003 von dem parallelen Anwendungszwang ausgenommen.

88 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 14 ff; *Immenga*, ZWeR 2008, 3, 8 ff; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 30 ff.

89 Vgl. 8. Erwägungsgrund der VO 1/2003.

90 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 14 f.

Der deutsche Gesetzgeber verfolgt das Ziel einer Harmonisierung der deutschen mit der europäischen Rechtslage.⁹¹ Wie das europäische Recht stellt auch das deutsche Recht für die Marktabgrenzung auf die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte und den SSNIP-Test ab.⁹² Für die Bestimmung der beherrschenden Stellung wird auch nicht allein auf Marktanteile abgestellt. Hohe Anteile werden durch niedrige Marktzutrittschranken relativiert. Marktmacht wird ebenfalls in Zweifel gerufen, wenn die Marktanteile nicht stabil, sondern volatil sind. Daher ist eine Langzeitbetrachtung des Marktes notwendig.⁹³

Ein Unterschied zwischen dem deutschen und dem Unionsrecht ist jedoch die Vermutung in § 18 Abs. 4 GWB. Diese Vermutung fehlt nicht nur im Wortlaut des Art. 102 AEUV; die Unionsgerichte nehmen außerdem Marktmacht regelmäßig erst ab einem Marktanteil von 50-70% an, während § 18 Abs. 4 GWB dies bereits ab einem Anteil von 40% vermutet.⁹⁴

II. Kollektive Marktbeherrschung

Eine weitere Besonderheit der deutschen Marktmachtbestimmung liegt in der Bestimmung des Vorliegens einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung. Diese Stellung wird in § 18 Abs. 5 GWB legaldefiniert. Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht (Nr. 1) und sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen (Nr. 2). Dabei orientiert sich der BGH an den Vorgaben der europäischen Praxis. Ein Oligopol wird angenommen, wenn zwischen Unternehmen eine enge Reaktionsverbundenheit besteht, was wiederum von der Markttransparenz und den Abschreckungs- und Sanktionsmitteln abhängt.⁹⁵ Dazu bekennt sich auch das BKartA.⁹⁶

91 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur 6. GWB-Novelle, 29.01.1998, BTDRs. 13/9720, 1; Immenga, ZWeR 2008, 3, 8 ff.

92 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 32 f., 46 f.

93 Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 105, 108.

94 Siehe oben Kapitel 1 A.II.

95 Bardong, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 165 ff; BGH, 11.11.2008, KVR 60/07, BGHZ 178, 285, Rn. 39 – E.ON/Stadtwerke Eschwege.

96 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), 35 ff.

Auch für das Vorliegen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung hat der Gesetzgeber eine Vermutung geschaffen. Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt gemäß § 18 Abs. 6 GWB als marktbeherrschend, wenn sie aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50% erreichen (Nr. 1), oder aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Drittel erreichen (Nr. 2). Diese Vermutung kann gemäß § 18 Abs. 7 widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen (Nr. 1) oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat (Nr. 2).⁹⁷

III. Fusionskontrolle

In der Fusionskontrolle wird ein Zusammenschluss gemäß § 36 Abs. 1 GWB untersagt, wenn durch ihn wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere wenn zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Bei dem Regelbeispiel der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gelten die Grundsätze des § 18 GWB.⁹⁸ Außerdem wird auch hier zur Ermittlung der Marktkonzentration der HHI berechnet. Das BKartA verbindet mit bestimmten HHI-Werten jedoch keine festgelegten Vermutungen, da der deutsche Gesetzgeber bereits an Marktanteilsschwellen Vermutungswirkungen geknüpft hat.⁹⁹ Im Allgemeinen hat seit der Umstellung des § 36 GWB in der 8. GWB-Novelle weg von einem reinen Marktbeherrschungstest hin zum sogenannten SIEC-Test („Significant Impediment to Effective Competition“) eine starke Angleichung an die FKVO stattgefunden.¹⁰⁰

97 Vgl. dazu *Bardong*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 236 ff.

98 *Bardong*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 6; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 138.

99 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 33.

100 *Kallfaß*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 36 GWB, Rn. 13.

IV. Wirtschaftspläne

Außerdem wurde in der deutschen Literatur zur Marktmachtbestimmung das Konzept der Wirtschaftspläne diskutiert. Das Konzept stellt nicht auf die Sicht des Nachfragers, sondern auf die des Anbieters ab. Dieser könne am besten beurteilen, wie seine wirtschaftliche Lage sei. Abzulesen seien die Wettbewerbsverhältnisse am Wirtschaftsplan des Unternehmens, das alle Faktoren wie aktuellen und potentiellen Wettbewerb im Blick habe.¹⁰¹ Dieses Konzept hat jedoch in der Praxis keine Anwendung gefunden und in jüngerer Zeit auch weniger Aufmerksamkeit in der Literatur erfahren.¹⁰² Das soll vor allem an dem fundamentalen Problem gelegen haben, dass es weder der Theorie noch der Praxis gelungen ist, klar zu definieren, worin ein Wirtschaftsplan besteht.¹⁰³

C. Marktmacht im US-amerikanischen Antitrust Law

I. Behördliche Kompetenzverteilung und Rechtsquellen

Anders als in der Union und in Deutschland, wo mit der Kommission bzw. dem BKartA primär eine einzige Behörde mit der Durchsetzung des Kartellrechts betraut ist, besteht in den USA auf Bundesebene eine Kompetenzteilung zwischen der Antitrust Division des Department of Justice („DOJ“) und der Federal Trade Commission („FTC“). Während das DOJ für strafrechtliche Verfahren zuständig ist, bearbeitet die FTC verwaltungsrechtliche Fälle.¹⁰⁴ Die Zuständigkeit für die Fusionskontrolle teilen sich gemäß Sec. 7A (d) Clayton Act die beiden Behörden.¹⁰⁵ Außerdem nehmen Klagen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit eine im Vergleich zu Europa weitaus größere Rolle neben Verwaltungsentscheidungen ein.¹⁰⁶

101 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1042 f; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 737; *Säcker*, ZWeR 2004, 1, 15 ff.

102 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 49.

103 *Füller*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1043; *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 737.

104 *Langer*, Competition law of the United States, 171. Vgl. auch Sec. 5 FTC Act.

105 *Langer*, Competition law of the United States, 180.

106 *Langer*, Competition law of the United States, 67. Privatklagen werden u.a. durch die Kostenverteilung im Prozess attraktiver gemacht; siehe dazu 15 U.S.C. § 15(a) und § 16(a).

Die wichtigste Rechtsquelle findet sich im Sherman Act von 1890. Dessen Sec. 1 enthält ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen, das den Verboten in § 1 GWB und Art. 101 AEUV ähnlich ist. Sec. 2 verbietet es, einen Markt zu monopolisieren oder dies zu versuchen. Hierunter fallen Fälle, die dem Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV und § 19 GWB ähneln.¹⁰⁷

Eine weitere wichtige Rechtsquelle ist der Clayton Act von 1914, der 1936 durch den Robinson-Patman Act geändert wurde und als zentrale Norm Sec. 7 zur Fusionskontrolle enthält. Der FTC Act von 1914 regelt die Gründung und Verfahrensweise der FTC.¹⁰⁸ Schließlich haben auch die Bundesstaaten Kartellgesetze erlassen, wie den Cartwright Act in Kalifornien.¹⁰⁹ Daneben können die Behörden Soft Law, zum Beispiel in Form von Guidelines, erlassen.¹¹⁰ Da die Normen jedoch weit formuliert sind und in den USA das common law gilt, spielen die größte Rolle in der Rechtsfortbildung die Gerichte, insbesondere der Supreme Court.¹¹¹

II. Das Missbrauchs- bzw. Monopolisierungsverbot in Sec. 2 Sherman Act

Das Pendant zum europäischen bzw. deutschen Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB findet sich im amerikanischen Recht in Sec. 2 Sherman Act:¹¹²

„Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony ...”

Damit gibt es drei Tatbestandsvarianten: erstens das Verbot der vollendeten Monopolisierung, zweitens das Verbot der versuchten Monopolisierung und drittens das Verbot von Absprachen zur Monopolisierung.¹¹³

107 Siehe dazu unten Kapitel 1 C. II.

108 Langer, Competition law of the United States, 24.

109 Langer, Competition law of the United States, 25.

110 Vgl. zum Beispiel DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines.

111 Langer, Competition law of the United States, 26.

112 Vgl. Areeda/Kaplow/Edlin, Antitrust Analysis, 414 ff; Elhauge/Geradin, Global Competition Law and Economics, 271.

113 Fleischer, Die Dynamik des Wettbewerbsschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht, 60.

Der Begriff der Monopolisierung wurde vom Supreme Court in *U.S. v. Grinnell* definiert:

*“The offense of monopoly under § 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.”*¹¹⁴

Damit muss zunächst „monopoly power“ im relevanten Markt vorliegen. Ein Missbrauch liegt vor, wenn diese Stellung absichtlich erlangt oder aufrechterhalten wurde, indem das Unternehmen „wettbewerbsfremde“ Mittel benutzte, d.h. solche, die nicht nur Ergebnis einer überlegenen Marktleistung waren und z.B. in einem besseren Produkt, besserem Geschäftssinn oder Glück bestanden.¹¹⁵

Der Begriff der „monopoly power“ suggeriert nach seinem altgriechischen Wortstamm (monos: „allein“ und polein: „verkaufen“), dass das Unternehmen der einzige Anbieter eines Produkts ist bzw. dass sein Marktanteil 100% beträgt. Der Supreme Court hat jedoch ein weniger enges Verständnis und bejaht monopoly power bereits, wenn ein Unternehmen die Preise über einem Niveau aufrecht zu erhalten vermag, das bei wirksamem Wettbewerb bestünde und Wettbewerb auszuschließen kann.

Die Monopolmacht muss außerdem nachhaltig sein.¹¹⁶ Um monopoly power zu beweisen, muss gezeigt werden, dass erstens ein hoher Marktanteil vorliegt und zweitens dass es Markteintrittsbarrieren gibt, die es dem Unternehmen erlauben, Marktmacht zu nutzen. Im Falle des Versuchs muss es wahrscheinlich sein, dass das Unternehmen hohe Marktanteile erreicht.¹¹⁷ Die Rspr. hat noch keine festen Schwellenwerte wie in Europa entwickelt, ab denen das Vorliegen von monopoly power vermutet wird. In *Alcoa* traf das Gericht des Second Circuit aber eine wegweisende Grundsatzentscheidung:

114 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 421 f; *U.S. v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 570, 571 (1966).

115 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 40.

116 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 19 ff; *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 527.

117 *Rebel Oil v Atlantic Richfield*, 51 F.3d 1421, 1434 (9th Cir. 1995); *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001).

„[90%] is enough to constitute a monopoly; it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three per cent is not.“¹¹⁸

Der Supreme Court hat ab Marktanteilen von zwei Dritteln Marktmacht angenommen.¹¹⁹ Bei einem Anteil von weniger als 50% wurde aber noch nie monopoly power angenommen. Einige Gerichte halten es aber für möglich, dass auch unter 50% Marktmacht angenommen wird, wenn es einen Nachweis gibt, dass das Unternehmen die Preise kontrollieren oder Wettbewerber ausschließen kann.¹²⁰

Hohe Marktanteile reichen aber nicht aus, um Marktmacht zu beweisen. Das Vorliegen von Marktmacht kann z.B. verneint werden, wenn die Nachfrage oder das Angebot besonders elastisch ist: können die Wettbewerber schnell auf eine Preiserhöhung reagieren, indem sie das Angebot ausweiten, oder den Markt gar erst betreten (hohe Angebotselastizität), kann das Unternehmen mit einem hohen Marktanteil die Preise trotzdem nicht kontrollieren. Ebenfalls fehlt die Preisbestimmungsmacht, wenn zahlreiche Abnehmer bei einer Preiserhöhung unmittelbar darauf verzichten, das Produkt zu konsumieren (hohe Nachfrageelastizität).¹²¹

Zur Marktabgrenzung nutzen auch amerikanische Gerichte und Behörden das Bedarfsmarktkonzept: zu einem Markt gehören Produkte, die aus Verbrauchersicht nach Kriterien wie Nutzbarkeit, Preis und Eigenschaften austauschbar sind.¹²² Auch sie benutzen den SSNIP-Test, und beachten die *cellophane fallacy*.¹²³ Es werden ebenfalls ein sachlich und ein räumlich relevanter Markt abgegrenzt.¹²⁴

118 *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945).

119 *American Tobacco v U.S.*, 328 U.S. 781, 797 (1946); *U.S. v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 571 (1966).

120 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 21 ff. m.w.N; *Broadway Delivery v UPS*, 651 F.2d 122, 127 (2d Cir. 1981); *Hayden Publishing v Cox Broadcasting*, 730 F.2d 64, 69 (2d Cir. 1984).

121 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 23; DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, Rn. 4.

122 *U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 394 (1956).

123 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 25 f.

124 *Fleischer*, Die Dynamik des Wettbewerbsschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht, 70.

III. Das Kartellverbot in Sec. 1 Sherman Act

Marktmacht ist nicht nur im Rahmen des Missbrauchsverbots, sondern auch im Rahmen des Kartellverbots relevant. Sec. 1 Sherman Act lautet:

„Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”

Nach dem Wortlaut ist für einen Verstoß gegen die Norm Marktmacht nicht erforderlich. Etwas anderes gilt nur ausnahmsweise bei Kopplungsvereinbarungen („tying arrangements“). Eine Kopplungsvereinbarung liegt vor, wenn ein Anbieter ein Produkt nur unter der Voraussetzung verkauft, dass der Abnehmer vom selben Anbieter ebenfalls ein weiteres Produkt erwirbt.¹²⁵ Solche Vereinbarungen verstoßen auch im Unionsrecht gegen Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV bzw. im deutschen Recht gegen § 1 GWB.¹²⁶ Zum Kopplungsverbot hat sich in den USA eine Rspr. entwickelt, die voraussetzt, dass der Anbieter des Produkts auf dem Kopplungsmarkt market power besitzt.¹²⁷

Es ist jedoch umstritten, ob der Begriff der market power in Sec. 1 gleichbedeutend ist mit dem der monopoly power aus Sec. 2.

1. Eine Ansicht: synonyme Verwendung

In vielen Entscheidungen des Supreme Court werden die beiden Begriffe synonym verwendet.¹²⁸ In *Microsoft* verwies das Gericht in dem Teil des Urteils, der market power im Tatbestand des Sec. 1 Sherman Act behandelte, auf die Ausführungen zur monopoly power im Rahmen des Sec. 2 Sherman Act.¹²⁹ Der Supreme Court definiert market power als die Kontrolle über Preise und Fähigkeit zum Ausschluss von Wettbewerb.¹³⁰ Damit wer-

125 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 643.

126 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 8 Rn. 60 ff.

127 *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 1733a, S. 15 ff; *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26 (1984).

128 *Hanover Shoe v. United Shoe Mach.*, 392 U.S. 481, 486 (1968); *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 14 f. (1984); *U.S. v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 580 (1966).

129 *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 85 (D.C. Cir. 2001).

130 So z.B. in *Matsubita Electric Industrial v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574, 590 (1986):
“In order to recoup their losses, petitioners must obtain enough market power

den die gleichen Kriterien herangezogen wie für das Bestimmen von monopoly power.¹³¹ *Krattenmaker u. a.* haben deswegen geschlussfolgert, dass die Rspr. die beiden Begriffe nicht genau abgrenzen würde und gar „verwirrt“ über die Terminologie sei.¹³²

Price zufolge definieren die Gerichte market power als die Fähigkeit, Preise über dem Wettbewerbsniveau zu halten. Monopoly power hingegen sei die Fähigkeit, Preise zu kontrollieren *oder* Wettbewerb auszuschließen.¹³³ Der Beweis von market power unterläge damit einer höheren Schwelle als bei monopoly power: nur die Fähigkeit, Preise zu erhöhen, kann market power beweisen. Monopoly power läge hingegen auch vor, wenn ein Unternehmen in der Lage ist, die Preise zu senken oder Wettbewerb auszuschließen.¹³⁴

2. Gegenansicht: monopoly power als substantial market power

Die h.M. sieht monopoly power als einen gesteigerten Grad von market power an („substantial market power“).¹³⁵ Market power sei die Fähigkeit von Unternehmen, Preise zu kontrollieren. Alle Unternehmen haben damit einen gewissen Grad davon, denn die Nachfrage ist bei keinem Produkt perfekt elastisch: die Preiselastizität beschreibt die Bereitschaft von Nachfragern, für ein bestimmtes Produkt einen bestimmten Preis zu bezahlen. Die Nachfrageelastizität ist definiert als die relative Nachfrageänderung dividiert durch die relative Preisänderung.¹³⁶

to set higher than competitive prices, and then must sustain those prices long enough to earn in excess profits”.

131 Vgl. oben Kapitel 1 C II.

132 „[C]ourts appear to be confused about whether market power and monopoly power are similar or distinct concepts.“ – *Krattenmaker/Lande/Salop*, 76 *Georgetown L. Rev.* 241, 245 f (1987).

133 *Price*, 75 *Cornell L. Rev.* 189, 198 (1989).

134 *Krattenmaker/Lande/Salop*, 76 *Georgetown L. Rev.* 241, 247 (1987).

135 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 19 f; *ABA Section of Antitrust Law*, Market Power Handbook, 3–5; *Areeda/Hovenkamp*, *Antitrust Law*, Rn. 801, S. 382; *Areeda/Kaplow/Edlin*, *Antitrust Analysis*, 526; *Elhauge/Geradin*, *Global Competition Law and Economics*, 284; *Landes/Posner*, 94 *Harvard L. Rev.* 937 (1981).

136 *Mankiw/Taylor*, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, 97 f. Steigt beispielsweise der Preis eines Produkts von 2€ auf 2,20€, wodurch der Absatz von 10 auf 8 Einheiten sinkt, liegt die Preiselastizität bei $20\%/10\% = 2$. Ein Wert über 1 gilt als elastisch, ein Wert darunter als unelastisch.

$$\text{Nachfrageelastizität} = \frac{\text{Änderung der Nachfragemenge (\%)}}{\text{Preisänderung (\%)}}$$

Ist die Elastizität gering, sind Nachfrager eher bereit, einen hohen Preis zu bezahlen.¹³⁷ Eine Elastizität, die so hoch ist, dass Nachfrager bei der geringsten Preiserhöhung nicht mehr das Produkt erwerben würden, ist jedoch in der Realität sehr selten. Insofern ist jedes Unternehmen in begrenztem Umfang in der Lage, Preise zu kontrollieren, und besitzt ein gewisses Maß an market power.¹³⁸ Monopoly power sei ein gesteigertes Ausmaß von market power, das einen bestimmten Schwellenwert überschreitet, der kartellrechtliches Eingreifen rechtfertigt.¹³⁹

3. Ansicht des Supreme Courts

Tatsächlich vertritt dieses Verständnis auch der Supreme Court. So entschied das Gericht in *Kodak*:

*„Monopoly power under § 2 requires, of course, something greater than market power under § 1.“*¹⁴⁰

Dabei verwies es auf das Urteil *Fortner* (welches in *Fortner II*¹⁴¹ bestätigt wurde):

*“The standard of “sufficient economic power” does not ... require that the defendant have a monopoly or even a dominant position throughout the market for the tying product. Our tie-in cases have made unmistakably clear that the economic power over the tying product can be sufficient even though the power falls far short of dominance... These decisions reject[ed] the need for proof of truly dominant power over the tying product ... Such appreciable restraint results whenever the seller can exert some power over some of the buyers in the market, even if his power is not complete over them and over all other buyers in the market.“*¹⁴²

137 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 34 f.

138 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 19 ff.

139 *ABA Section of Antitrust Law*, Market Power Handbook, 3.

140 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 480 (1992); vgl. auch *U.S. v. Loews' Inc.*, 371 U.S. 38, 45, Fn. 4 (1962).

141 *U.S. Steel v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610, 620 (1977).

142 *Fortner Enterprises v. U.S. Steel*, 394 U.S. 495, 502 f (1969); vgl. auch *U.S. v. Loews' Inc.*, 371 U.S. 38, 45 (1962).

4. Stellungnahme

In den genannten Urteilen wird deutlich, dass in Sec. 2 Sherman Act ein höherer Grad von Marktmacht als in Sec. 1 Sherman Act gefordert ist.¹⁴³ Dass umgekehrt market power ein Mehr gegenüber monopoly power sei, wie *Price* es vertritt, ist damit nicht vereinbar. Die Begriffe sind auch gerade nicht gleichbedeutend.¹⁴⁴

Deswegen ist der h.M. zu folgen. Während der Supreme Court in *Kodak* sehr deutlich die Begriffe monopoly power und market power abgrenzt, benutzt es jedoch in *Fortner* außerdem die Wörter „dominant position“ und „economic power“, wobei jeweils economic power und market power sowie monopoly power und dominant position gleichgesetzt werden.¹⁴⁵ In anderen Fällen, wie *Aspen* und *Trinko*, in denen nur Sec. 2 Sherman Act geprüft wurde, verwendete das Gericht jedoch nur den Begriff „monopoly power“.¹⁴⁶ Der vorzugswürdigen Ansicht ist deswegen hinzuzufügen, dass statt market und monopoly power auch economic power oder dominance Verwendung finden. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass der Supreme Court darüber schweigt, wann genau market power den Grad von monopoly power erreicht.¹⁴⁷ Beide Formen von Marktmacht werden anhand von Marktanteilen gemessen, wobei unterschiedliche Prozentsätze für maßgeblich befunden werden.¹⁴⁸

Festzuhalten ist damit zusammenfassend, dass monopoly power in der hier vertretenen Sichtweise einen „substantiellen“ Grad an market power erfordert, wobei dieser Grad nicht präzise festgelegt ist. Somit ist die Verwendung ähnlich wie im deutschen Recht, in dem das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung einen gesteigerten Grad von Marktmacht erfordert.

143 So auch *Werden*, 2 Euro. Comp. J., 53, 56 (2006).

144 Vgl. zu der Gegenansicht oben Kapitel 1 C. III. 1.

145 Die Gleichstellung von „dominant“ und monopoly power findet sich auch im Urteil *du Pont*: “If cellophane is the "market" that du Pont is found to dominate, it may be assumed it does have monopoly power over that "market.” – *U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956).

146 *Aspen Skiing v Aspen Highlands Skiing Corp*, 472 U.S. 585, 598 f., Fn. 22 (1985); *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

147 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 20.

148 Vgl. *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Rn. 1736, S. 84 f.; *Holmes*, Antitrust Law Handbook, 360 ff. Eine Mindestgrenze soll bei einem Marktanteil von 30% liegen, s. *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26–27 (1984).

IV. Fusionskontrolle

Drittens spielt Marktmacht in der Fusionskontrolle eine Rolle. Die zentrale Norm, Sec. 7 Clayton Act, lautet wie folgt:

„No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital ... where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”

Ein Zusammenschluss verstößt demnach gegen die Norm, wenn der Zusammenschluss substantiell den Wettbewerb beeinträchtigt oder in seiner Wirkung tendenziell ein Monopol schafft. Die Methode, nach der eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs geprüft wird, nennt sich auch SLC-Test („substantial lessening of competition“).¹⁴⁹ Die Methodik wird dabei maßgeblich in den Horizontal Merger Guidelines konkretisiert.¹⁵⁰

In der Prüfung von Zusammenschlüssen wird zunächst der Markt nach den gleichen Kriterien wie in Sec. 1 und 2 Sherman Act abgegrenzt.¹⁵¹ Danach werden vor allem Marktanteile und die Marktkonzentration berücksichtigt.¹⁵² Der Supreme Court hat entschieden, dass ein Zusammenschluss, durch den ein Unternehmen mit einem Marktanteil von 30% entsteht, den Wettbewerb beeinträchtigt, da der Markt bereits stark konzentriert gewesen sei.¹⁵³

Die Marktkonzentration wird wie in der EU anhand des HHI gemessen.¹⁵⁴ Die Guidelines nehmen ab einem HHI von 2500 einen hochkonzentrierten Markt an und unter 1500 einen gering konzentrierten. Werte zwischen einem HHI von 1500 und 2500 indizieren eine mittlere Marktkonzentration. Je nachdem, in welchem Markt die Fusion stattfindet, wird die Fusion nach unterschiedlichen Kriterien behandelt. Eine durch die Fusion entstehende Erhöhung des HHI von 100 wird grds. nicht untersucht. In gering konzentrierten Märkten findet ebenfalls grds. keine Untersuchung statt. Eine Erhöhung von mehr als 100 Punkten auf den übrigen

149 Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 185.

150 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines. Für ein Anwendungsbeispiel der Guidelines siehe *FTC v Staples*, 970 F. Supp. 1066, 1081–1082 (D.D.C. 1997).

151 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 764; *Brown Shoe v U.S.*, 370 U.S. 294, 342 ff. (1962).

152 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 15–19.

153 *U.S. v Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 365–366 (1963).

154 *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 751.

Märkten wird genauer untersucht, wobei bei einer Erhöhung von 200 Punkten auf einem hoch konzentrierten Markt vermutet wird, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb beeinträchtigt.¹⁵⁵

Die Fusionskontrolle hat dabei einen anderen Blickwinkel als Sec. 1 und 2 Sherman Act. Ein Zusammenschluss darf nicht nur untersagt werden, wenn er unmittelbar zu einer Einschränkung des Wettbewerbs oder zur Entstehung von monopoly power führt. Es reicht aus, wenn er in Zukunft diese Wirkung entfaltet bzw. eine Tendenz zum Monopol entsteht.¹⁵⁶

Ein Zusammenschluss kann nicht nur unter Sec. 7 Clayton Act fallen, sondern auch eine Verletzung von Sec. 1 und Sec. 2 Sherman Act darstellen.¹⁵⁷ Dann gelten die dortigen Maßstäbe.¹⁵⁸

V. Direkte Marktmachtbestimmung

Außerdem ist es im US-amerikanischen Kartellrecht möglich, Marktmacht direkt zu bestimmen, ohne den relevanten Markt abzugrenzen. „Direct evidence“ kann vorliegen, wenn sich das Unternehmen in einer bestimmten Weise verhält und kann ausreichen, um Marktmacht nachzuweisen.¹⁵⁹ Die in Deutschland und der Union übliche Marktmachtbestimmung wird demgegenüber indirekte Methode genannt, weil sie Marktmacht nicht direkt, sondern über den „Umweg“ der Marktabgrenzung bestimmt.¹⁶⁰

155 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, 18 f.

156 *U.S. v Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362 (1963).

157 *Abrar*, Notwendigkeit einer sektorspezifischen Fusionskontrolle?, 226.

158 Siehe oben Kapitel 1 C.II. und III.

159 DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act, 27 ff; *Areeda/Kaplow/Edlin*, Antitrust Analysis, 529. Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 4 C.II.

160 *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU Competition Law and Economics, Rn. 2.83; *Habene*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 284; *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 228; *Zimmer*, in: Baums/Lutter/Schmidt u. a., Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 1173, 1174.

D. Zusammenfassung

I. Grundsätzliche Methode der Marktmachtbestimmung

Die drei untersuchten Rechtsordnungen definieren Marktmacht unterschiedlich. Das Unionsrecht definiert Marktmacht als Fähigkeit eines Unternehmens zu unabhängigem Verhalten. § 18 GWB stellt darauf ab, ob das Unternehmen Wettbewerbsdruck unterliegt oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. In den USA bedeutet Marktmacht schließlich die Fähigkeit des Unternehmens, Preise zu erhöhen oder Wettbewerb zu verhindern. In faktischer Hinsicht werden diese drei Definitionen meist in vergleichbaren Situationen erfüllt sein: Kann sich ein Unternehmen unabhängig verhalten, unterliegt es nur geringem Wettbewerbsdruck. Gleichzeitig wird es wahrscheinlich in der Lage sein, sich insofern unabhängig zu verhalten, als es die Preise erhöhen kann. Damit umschreiben die drei Rechtsordnungen auf unterschiedliche Weise ein das gleiche Phänomen. Vor diesem Hintergrund erschließt sich auch, weshalb die drei untersuchten Rechtsordnungen sich in dem zweischrittigen Verfahren aus Marktabgrenzung und Marktmachtbestimmung gleichen. Die Marktabgrenzung orientiert sich in allen Fällen an der Austauschbarkeit der Produkte.¹⁶¹ Im zweiten Schritt werden primär Marktanteile als Kriterium verwendet, wobei sich jedoch bei der Höhe der Anteile Unterschiede ergeben. So vermutet § 18 Abs. 4 GWB eine marktbeherrschende Stellung ab einem Marktanteil von 40%. Im Unionsrecht geht die Rspr. bei Marktanteilen über 50% davon aus, dass eine beherrschende Stellung vorliegt. In den USA hat sich die Rspr. nicht auf eine definitive Schwelle festgelegt. Alle Systeme erkennen jedoch Ausnahmen an; keins stellt nur pauschal auf hohe Anteile ab. Insbesondere Marktzutrittsbarrieren werden in allen drei Systemen als Kriterium neben Anteilen genannt.

II. Fusionskontrolle

Numerische Unterschiede ergeben sich auch bei der Frage, ab welchen HHI-Werten hoch konzentrierte Märkte angenommen werden bzw. ab welcher HHI-Veränderung ein Zusammenschluss voraussichtlich den Wettbewerb schädigt. In der EU bzw. in Deutschland wird ein Wert unter

161 *Schmidt*, in: Ezrachi, Research Handbook on International Competition Law, 369, 385.

1000 als unbedenklich angesehen, in den USA bis 1500. In den USA ist in mittelmäßig konzentrierten Märkten (1500-2500) ein Delta von 100 unbedenklich, in der EU bzw. Deutschland von 250, wobei jedoch dort Märkte mit mittlerer Konzentration bei Werten von 1000 bis 2000 vorliegen. In hoch konzentrierten Märkten – in den USA über 2500, in der EU bzw. Deutschland über 2000 – werden nach amerikanischem Recht Erhöhungen von 100 bis 200 Punkten näher untersucht, wobei eine Erhöhung von über 200 Punkten Marktmacht vermuten lässt. Nach europäischem bzw. deutschem Recht wird jede Veränderung von mehr als 150 Punkten als bedenklich angesehen.

III. Kopplungsvereinbarungen

Bei der Behandlung von Kopplungsvereinbarungen sticht das US-amerikanische Recht mit dem besonderen Konzept der market power im Rahmen des Sec. 1 Sherman Act hervor, das sich vom Begriff der monopoly power in Sec. 2 Sherman Act unterscheidet. Für monopoly power ist ein substantieller Grad an market power erforderlich.

In der EU bzw. in Deutschland fehlt eine solche Unterscheidung: Kopplungsgeschäfte können unter Art. 101 Abs. 1 lit. e AEUV oder unter Art. 102 S. 2 lit. d AEUV fallen. Im Falle des Art. 102 AEUV ist wie auch sonst eine marktbeherrschende Stellung erforderlich. Art. 101 AEUV erfordert jedoch keine Form von Marktmacht.¹⁶²

In Deutschland fallen Kopplungsvereinbarungen unter das Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB (unbillige Behinderung von Wettbewerbern), sodass eine marktbeherrschende Stellung erforderlich ist.¹⁶³ Da § 1 GWB aber Art. 101 AEUV angeglichen werden soll,¹⁶⁴ ist zumindest denkbar, dass eine Kopplungsvereinbarung auch unter § 1 GWB fällt, der keine Marktbeherrschung fordert.

162 Die meisten Kopplungsfälle werden jedoch *de facto* im Rahmen des Art. 102 AEUV geprüft: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 12 Rn. 52; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 253. Dabei wird u. a. auf den Fall *Hilti* verwiesen, in dem ein Kopplungsgeschäft nur im Rahmen des Art. 102 AEUV geprüft wurde und, obwohl es auf die marktbeherrschende Stellung im Fall ankam, bemerkenswerterweise Art. 101 AEUV nicht geprüft wurde, siehe EuG, 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991 II-01439, Rn. 64 ff – *Hilti*.

163 *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB, Rn. 200 ff.

164 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 5.

Das deutsche und europäische Recht unterscheiden somit bei Koppelvereinbarungen – und auch im Übrigen – anders als das US-amerikanische Kartellrecht nicht zwischen unterschiedlichen Graden von Marktmacht.

Kapitel 2: Definition der Internetplattform

Die Internetplattform ist ein zentraler Begriff in der kartellrechtlichen Diskussion über die digitale Wirtschaft. Sie wird auch „mehreseitiger Markt“ oder Netzwerk genannt, vgl. § 18 Abs. 3a GWB.¹⁶⁵ Die Definition des Plattformbegriffs ist in der Literatur umstritten.¹⁶⁶ Dieses Kapitel geht auf die verschiedenen Ansichten ein und erläutert die vier Kerneigenschaften der Plattform: Plattformen bringen mehrere Nutzergruppen zusammen (A.), zwischen denen sie eine Interaktion vermitteln (B.). Außerdem sind die Gruppen durch Netzwerkeffekte (C.) und eine besondere Preisstruktur verbunden (D.).

A. Mehrere Nutzergruppen

Eine Plattform bringt mehrere Akteure als Intermediär zusammen und vermittelt sie aneinander. Immobilienplattformen vermitteln Vermieter an Mieter, Auktionsplattformen Käufer an Verkäufer. Bei Online-Plattformen geschieht dies im Internet. Es gibt auch analoge Plattformen wie Immobilienmakler oder Auktionshäuser, die ähnliche Funktionen erfüllen wie ihre Pendanten im Internet.¹⁶⁷

Plattformen sind vor allem dort nützlich, wo die Parteien hohen Transaktionskosten ausgesetzt sind.¹⁶⁸ Das Internet macht es möglich, diese Transaktionskosten zu reduzieren. Beispielsweise erleichtert Ebay es Ver-

165 Die Bezeichnung „mehreseitige Märkte“ ist zwar üblich (vgl. *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645, 648 (2006)), aber etwas irreführend, weil ein Markt naturgemäß aus mindestens zwei Seiten – Abnehmer und Lieferant oder Käufer und Verkäufer – besteht. Ein in diesem Sinne einseitiger Markt mit nur einer Partei ist nicht vorstellbar. Gemeint ist mit mehrseitigen Märkten die Tatsache, dass Plattformen ihre Produkte auf mehreren Märkten anbieten. Vgl. BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 86 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*.

166 Vgl. *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2148 (2018).

167 *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 305.

168 Teilweise wird es sogar als Voraussetzung für das Vorliegen einer Plattform angesehen, dass Transaktionskosten vorliegen: *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645, 665 (2006).

käufern, Käufer für ihre Waren zu finden, indem keine aufwendige Offline-Auktion durchgeführt werden muss.

Jedes Unternehmen verbindet jedoch in gewisser Weise mehrere Nutzergruppen. Ein Automobilhersteller kauft bestimmte Teile von Zulieferern – die erste Gruppe – ein, verarbeitet sie und verkauft das Endprodukt an seine Kunden – die zweite Gruppe. Auch wenn das Unternehmen keine Vorprodukte einkauft, ist es doch auf Arbeitnehmer angewiesen. Insofern verbindet es den Arbeitsmarkt und den Markt für seine Produkte. So betrachtet ist eine kategorische Unterscheidung zwischen Plattformen und einseitigen Märkten nicht möglich.¹⁶⁹ Daher bedarf es weiterer Abgrenzungskriterien:

B. Interaktion zwischen den Nutzergruppen

Eine weitere Eigenschaft von Online-Plattformen ist die Intermediärsfunktion zwischen den Plattformenten, die der Herbeiführung einer Transaktion oder Interaktion gilt.¹⁷⁰

Eine solche Interaktion fehlt bei den oben genannten Beispielen. Ein Kunde des Automobilunternehmens unterhält vertragliche Beziehungen lediglich mit dem Verkäufer und nicht mit den Zulieferern oder Arbeitnehmern.

Diese Unternehmen, die auf einseitigen Märkten tätig sind, werden auch Pipeline-Unternehmen genannt. Hier ist die Wertschöpfungskette linear, ohne dass eine Interaktion zwischen den Gruppen zustande kommt.¹⁷¹ Die Interaktion läuft nur zwischen der Plattform und den jeweiligen Gruppen ab.¹⁷² Außerdem tritt das Pipeline-Unternehmen auf der einen Seite gegenüber den Zulieferern als Nachfrager auf. Nur gegenüber den Endkunden ist das Unternehmen funktional der Anbieter. Plattformen treten jedoch, weil sie die Vermittlung von Interaktionen anbieten, gegenüber allen Nutzergruppen als Anbieter auf. Ebay bietet beispielsweise seinen Kunden an, Käufer bzw. Verkäufer zu finden.

169 So Holzweber, W. Comp. 2017, 563, 567 f.

170 Katz/Sallet, 127 Yale L. J. 2142, 2150 (2018).

171 Kumkar, NZKart 2017, 47.

172 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 98 f. – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen); BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 14 ff.

Bei solchen „Handelsplattformen“ ist im Übrigen zu differenzieren. Amazon verkauft zum Beispiel einerseits wie ein Online-Einzelhändler direkt vom Produzenten gekaufte Produkte weiter an Endverbraucher. Hier kontrahiert der Käufer nur mit Amazon, sodass keine Plattform vorliegt. Neben diesem Kerngeschäft gibt es jedoch den Amazon Marketplace, bei dem Dritthändler über Amazon ihre Produkte verkaufen. Die Zahlung und Versendung wird von Amazon unterstützt.¹⁷³ Der Marketplace ermöglicht eine direkte Transaktion zwischen den Parteien und ist als Plattform zu qualifizieren.¹⁷⁴

Dabei ist entscheidend, dass die Nutzergruppen selbst die Kontrolle über die Transaktionsvariablen (wie den Preis) haben. Bei einem eBay-Kauf entscheidet zum Beispiel der Käufer über den Preis, den er bieten möchte und nicht eBay als Plattform. Das unterscheidet Plattformen von Einzelhändlern wie Amazon, die den Preis ihrer Produkte selbst festsetzen.¹⁷⁵

Es ist jedoch nicht immer einfach, zu entscheiden, wann eine Transaktion vorliegt. Das hat die Praxis des BKartA gezeigt. So ist fraglich, ob der rein soziale Kontakt bei Dating-Plattformen dazu zählt,¹⁷⁶ oder was gilt, wenn ein Nutzer bei einer Suchmaschine ein Suchergebnis bloß anklickt.¹⁷⁷ Außerdem gibt es Werbeplattformen wie Zeitungen, die es Werbeunternehmen ermöglichen, ihre Leser auf Produkte aufmerksam zu machen. Hier interagiert der Leser mit dem Werbeunternehmen nur insofern, als er die Werbung wahrnimmt. Eine Transaktion kommt erst zustande, wenn der Leser sich entscheidet, aufgrund der Werbung ein Produkt zu erwerben – der sogenannte Werbefolgenkontakt. Ein wichtiger Zweck von Werbung ist es aber auch, lediglich das Markenimage zu stärken, ohne dass unmittelbar eine Transaktion damit herbeigeführt werden soll. Dann stellt sich die Frage, ob bereits das Wahrnehmen der Werbung eine Transaktion darstellt oder ob die bloß potentielle Transaktion ausreicht.¹⁷⁸

Außerdem ist, wie das BKartA anmerkt, fraglich, welche Variablen der Transaktion unter dem Einfluss der beiden Seiten stehen müssen, damit

173 Siehe <https://services.amazon.de/programme/online-verkaufen/so-funktioniert.html> (zuletzt abgerufen am 25.9.2018).

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

175 *Hagiu/Wright*, 43 Int. J. Ind. Org. 162, 163 (2015).

176 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 76 – *Online-Dating-Plattformen*.

177 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 123 ff – *VG Media/Google*.

178 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 395 f.

eine Plattform vorliegt.¹⁷⁹ Während z.B. der Kaufpreis bei eBay vollständig von den Parteien bestimmt werden kann, wird der Vertragsinhalt insgesamt im Lichte der AGB der Auktionsplattform ausgelegt.¹⁸⁰ *Rochet/Tirole* sehen es gar als eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Plattform an, dass die Plattform einen Einfluss auf den Preis des Geschäfts zwischen den Nutzergruppen hat und die Parteien den Preis ihres Geschäfts nicht alleine unter sich verhandeln können.¹⁸¹ Außerdem hat die Plattform meistens einen mittelbaren Einfluss auf die Transaktion, da sie die Interaktionsmöglichkeiten vorsortiert. Ebay zeigt den Käufern Produkte in einer Reihenfolge an, die Ebay selbst geordnet hat. Dadurch wird die Entscheidung des Nutzers häufig maßgeblich beeinflusst.¹⁸²

Festzuhalten ist, dass bei Plattformen eine Form von Interaktion der verschiedenen Plattformseiten untereinander stattfindet oder stattfinden soll, deren Variablen auch die Parteien und nicht nur die Plattform bestimmen.

C. Netzwerkeffekte

I. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte

Eine weitere Kerneigenschaft von Plattformen sind Netzwerkeffekte.¹⁸³ Diese Effekte liegen vor, wenn der Nutzen einer Plattform für einen Nutzer mit der Anzahl der Nutzer auf der gleichen oder der gegenüberliegenden Seite steigt. Für ein Werbeunternehmen ist eine Zeitung z.B. attraktiver, wenn sie besonders viele Leser hat. Dann spricht man von indirekten Netzwerkeffekten.¹⁸⁴

Direkte Netzwerkeffekte wirken, wenn der Nutzen durch den Konsum eines Gutes oder einer Dienstleistung steigt, je mehr Nachfrager dieses Gut

179 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 14.

180 *Brinkmann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Vor §§ 145 ff., Rn. 58.

181 *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645, 665 (2006).

182 Vgl. *Silva*, *Concurrences* 2018 (2), 39, 40. *Silva* verweist auf den Bericht „Ambition Numérique“ des französischen Conseil national du numérique von Juni 2015.

183 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 86 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*; *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 273; *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645, 657 (2006); *Tamke*, NZKart 2018, 503, 504.. *Tamke* unterscheidet zwischen Plattformen und Netzwerken, wobei nur bei letzteren Netzwerkeffekte wirken sollen.

184 *Katz/Shapiro*, 75 Am. Econ. Rev. 424 (1985).

oder diese Dienstleistung ebenfalls nachfragen bzw. nutzen. Das ist z.B. bei Telekommunikationsnetzwerken¹⁸⁵ oder sozialen Netzwerken wie Facebook der Fall.¹⁸⁶ Sind viele Nutzer über ein solches Netzwerk zu erreichen, ist es aus der Sicht eines jeden Nutzers wertvoll.

Das Kosten-Nutzen-Verhältnis dieser Netzwerkeffekte wird mit dem *Metcalfeschen* Gesetz beschrieben. Danach steigt der Nutzen eines Netzwerks proportional zur Anzahl der möglichen Verbindungen zwischen den Teilnehmern und damit dem Quadrat der Teilnehmerzahl, während die Kosten nur proportional zur Teilnehmerzahl selber wachsen. Ab einem bestimmten Punkt übersteigt dann der Nutzen des Netzwerks seine Kosten.¹⁸⁷

Netzwerkeffekte lassen sich in weitere Kategorien unterteilen. Das BKartA nennt die Netzwerkeffekte bei sozialen Netzwerken „identitätsbasierte Netzwerkeffekte“, weil es den Nutzern darum geht, mit ganz bestimmten Personen, üblicherweise mit Freunden oder – bei Karrierenetzwerken – mit Kollegen in Kontakt zu treten.¹⁸⁸ Bei anderen Plattformen kommt es auf die Identität der anderen Mitglieder der Plattform weniger an. Ein Kauf bei Ebay läuft beispielsweise deutlich anonym ab als ein sozialer Kontakt bei sozialen Netzwerken.

Netzwerkeffekte können in wechselseitig zwischen allen Plattformseiten wirken oder auch nur einseitig von einer Nutzergruppe in Richtung der anderen. Eine Plattform liegt dabei nicht nur dann vor, wenn die Netzwerkeffekte beiderseitig wirken. So gehen bei Suchmaschinen zum Beispiel positive indirekte Netzwerkeffekte von den Nutzern in Richtung der Werber aus, weil eine Suchmaschine als Werbeplattform attraktiver wird, wenn über sie mehr Nutzer erreicht werden können, genauso wie ein Fernsehsender für Werber interessanter ist, wenn er hohe Einschaltquoten

185 Telekommunikationsnetzwerke wurden als erstes Beispiel für Netzwerkexternalitäten gebraucht, siehe *Rohlf's*, 5 Bell J. Econ. & Manag. Sci., 16 (1974).

186 Die Kommission hat in Google Shopping allerdings direkte Netzwerkeffekte als solche Effekte bezeichnet, die nur von einer Minderheit der Mitglieder ausgehen, wie es bei Werbeanzeigen für Nutzer der Suchmaschine Google der Fall sein soll. Damit verwendet die Kommission eine andere Terminologie als üblich, vgl. Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 36 ff; *Carlton/Perloff*, Modern Industrial Organisation, 392; *Ewald*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 7, 70; *Katz/Shapiro*, 75 Am. Econ. Rev. 424 (1985).

187 *Gilder*, *Telecosm*, 73, 87, 151 ff; *Spence*, *The Next Convergence*, 228, 281.

188 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 218 – *Facebook*.

hat.¹⁸⁹ Umgekehrt wird eine Suchmaschine für die Nutzer aber nicht attraktiver, wenn sie mehr Werbekunden hat. Von den Werbern gehen demnach keine Netzwerkeffekte in Richtung der Nutzer aus. Mehr Werbung wird eher als störend empfunden.¹⁹⁰ Nichtsdestoweniger stellt eine Suchmaschine aber eine Online-Plattform dar.

Die Kommission legte ihrer Entscheidung *Google Shopping* ein anderes Verständnis von Netzwerkeffekten zugrunde. Sie sah indirekte Netzwerkeffekte darin, dass mehr Werbeeinnahmen es der Suchmaschine ermöglichen, stärker in die Verbesserung der Technologie zu investieren und damit mehr Nutzer anzuziehen. Je mehr Werber, desto mehr Nutzer sollte die Plattform haben.¹⁹¹ Insofern sollten nicht nur von den Nutzern einseitig Netzwerkeffekte in Richtung der Werber ausgehen. Die Netzwerkeffekte sollten vielmehr beiderseitig wirken.

Würde man diese Mehreinnahmen als Netzwerkeffekt qualifizieren, würde jedoch auch jedes einseitige Geschäftsmodell von Netzwerkeffekten profitieren: verkauft ein Unternehmen mehr Produkte, kann es den daraus entstehenden Gewinn nutzen, um zu investieren, das Produkt zu verbessern und noch mehr Produkte zu verkaufen. Dazu müssen nicht mehrere Seiten eines Geschäftsmodells miteinander verbunden werden. Die Kommission benutzt hierbei eine unübliche Definition von Netzwerkeffekten. Der Mechanismus, dass mehr Einnahmen zu mehr Erfolg führen können, ist kein Netzwerkeffekt, sondern allenfalls ein Skaleneffekt, aber auch das nur, wenn sich der Gewinn pro Stück mit der abgesetzten Stückzahl erhöht.¹⁹² Bei allgemeinen finanziellen Einnahmen handelt es sich jedenfalls nicht um einen Netzwerkeffekt. Die Netzwerkeffekte wirken demnach bei Suchmaschinen und bei Werbeplattformen allgemein nur einseitig positiv.¹⁹³

189 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 208.

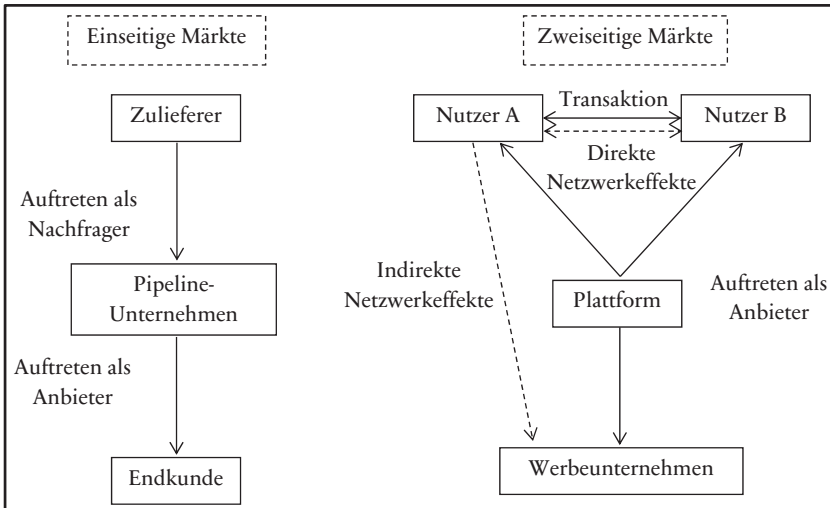
190 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 25.

191 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 296 – *Google Shopping*.

192 *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU Competition Law and Economics, Rn. 1.29; *Katz/Shapiro*, 75 Am. Econ. Rev. 424 (1985).

193 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 204 ff; *Körber*, ZUM 2017, 93, 94.

Abb. 1: Einseitige und zweiseitige Märkte im Vergleich



II. Datenbedingte Größeneffekte

Bei Suchmaschinen wirken außerdem Effekte, die den Netzwerkeffekten ähneln. Es handelt sich um wirtschaftliche Vorteile, die aus der Verarbeitung großer Datenmengen („Big Data“) entspringen. Big Data wird üblicherweise anhand der „3 Vs“ definiert: volume, velocity und variety. Damit ist gemeint, dass heute eine große Datenmenge (volume) in vielen Formen und aus vielen Quellen (variety) verfügbar ist, die schnell analysiert und verarbeitet werden kann (velocity).¹⁹⁴ Ein wichtiger Anwendungsbereich davon sind Suchmaschinen. Diese können, je mehr Daten ihnen zur Verfügung stehen, bessere Suchergebnisse anzeigen, da so der Suchalgorithmus aus einer größeren Datenmenge lernen und besser erkennen kann, wonach der Nutzer sucht.¹⁹⁵ Eine gute Suchmaschine wird z.B. einem Tierfreund beim Stichwort „Jaguar“ Ergebnisse zu der Raubkatze anzeigen, einem Autoliebhaber dagegen die Website des britischen Autoherstel-

194 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 67.

195 Für eine detaillierte Erklärung der Funktionsweise künstlicher Intelligenz und machine learning siehe *Sivinski/Okuliar/Kjolbye*, 13 Euro. Comp. J., 199, 202 ff (2017).

lers.¹⁹⁶ Der große Datenbestand hilft dabei einerseits den Werbenden, den Suchern maßgeschneiderte Werbeanzeigen zu liefern. Andererseits werden auch die unbezahlten, „organischen“ Suchergebnisse, die keine Werbung zeigen, individualisiert und so verbessert.¹⁹⁷ Man könnte insofern einerseits von indirekten Netzwerkeffekten sprechen, weil eine höhere Anzahl Nutzer die Suchmaschine nicht nur deswegen für Werber attraktiver macht, weil so mehr Nutzer erreicht werden können, sondern auch, weil dann die Werbung besser auf den Nutzer zugeschnitten werden kann. Andererseits können direkte Netzwerkeffekte darin gesehen werden, dass die organischen Suchergebnisse für die Nutzer individualisiert und damit verbessert werden, je mehr andere Nutzer die Suchmaschine in Anspruch nehmen.

Zwar wird die Datenbank einer Suchmaschine tatsächlich dadurch, dass mehr Personen die Suchmaschine benutzen, größer. Dies geschieht jedoch nicht automatisch mit einer höheren Nutzerzahl, sondern erst durch die Verarbeitung der Nutzerdaten durch den Algorithmus.¹⁹⁸ Die Daten müssen dafür noch nicht einmal von den Nutzern kommen – Daten können vielmehr auch von Dritten erworben und dann analysiert werden.¹⁹⁹ Außerdem entsteht der Nutzen nicht aus der Möglichkeit der Interaktion mit den anderen Mitgliedern, wie das bei sozialen Netzwerken, Betriebssystemen, Telekommunikationsnetzwerken, Auktionsplattformen oder Kreditkarten der Fall ist. Es geht den Nutzern einer Suchmaschine nicht darum, mit anderen Nutzern zu interagieren. Sie wollen lediglich von deren Daten-Input profitieren.

Ein weiterer Unterschied zu Netzwerkeffekten ist, dass diese üblicherweise auch derart wirken, dass Mitglieder einen Dienst nutzen, weil sie davon ausgehen, dass in Zukunft viele weitere Mitglieder ebenfalls den Dienst nutzen. Ein Telekommunikationsnetzwerk ist beispielsweise attraktiver, wenn davon auszugehen ist, dass auch zukünftig viele Teilnehmer darüber zu erreichen sind. Bei der Auswahl einer Suchmaschine kommt es für den Nutzer jedoch nur auf den Datenbestand zum Zeitpunkt der Suche an – wie dieser in Zukunft wächst, ist für die Qualität des Suchergebnisses in diesem Moment unerheblich.²⁰⁰

196 Körber, NZKart 2016, 303, 305.

197 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, 44 ff.

198 Conrad, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 39, Rn. 443.

199 Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 360 ff – *Google/DoubleClick*.

200 *Luchetta*, 9 J. Comp. L. & Econ. 185, 196 (2013).

Aufgrund dieser Unterschiede ist es *Luchetta* zufolge sinnvoller, nicht von Netzwerkeffekten, sondern allgemeiner von nachfrageseitigen Größeneffekten zu sprechen.²⁰¹ Konkret könne man diese Wirkung als Lerneffekt bezeichnen,²⁰² weil der Prozess des maschinellen Lernens mit einem größeren Datenbestand erfolgreicher ist.

Das BKartA spricht ebenfalls von Lerneffekten, jedoch in einem anderen Zusammenhang: gemeint ist dort die nach einer längeren Marktpräsenz gewonnene Fähigkeit eines Unternehmens, marktspezifische Probleme durch besseres Know-how und Erfahrung zu lösen. Dies kann eine Marktzutrittsschranke darstellen.²⁰³ Zwar kann man den Datenbestand ebenfalls als Know-how begreifen – dies lässt jedoch unberücksichtigt, dass der darin liegende Wettbewerbsvorteil mit zunehmender Nutzerzahl ansteigt, was bei dem klassischen Know-how-Begriff nicht unbedingt der Fall sein muss.

Weiterhin gehört es zum Wesen eines nachfrageseitigen Größeneffekts, dass der Nutzen mit der nachgefragten Stückzahl steigt. Nicht jede Suchanfrage ist jedoch für die Suchmaschine vonnutzen: sucht ein Nutzer zum zehnten Mal den Begriff „Gebrauchtwagen kaufen“, hat diese Information für den Algorithmus nur einen geringen Wert, da er bereits weiß, dass der Nutzer an einem Gebrauchtwagen interessiert ist. Statt bloß auf die Menge der Daten kommt es auch auf deren Zusammensetzung an.²⁰⁴ Daten für sich genommen haben keinen Wert; erst die Kombination mehrerer Daten, die es erlaubt, Rückschlüsse auf das Nutzerverhalten vorzunehmen, ist für die Personalisierung des Angebots wertvoll.²⁰⁵

Festzuhalten ist damit, dass datenbedingte Größeneffekte zwar den Netzwerkeffekten ähneln. Es sollte jedoch zwischen beiden Begriffen differenziert werden.²⁰⁶

201 *Katz/Shapiro*, 94 J. Pol. Econ. 822, 824 (1986); *Luchetta*, 9 J. Comp. L. & Econ. 185, 196 (2013).

202 *Luchetta*, 9 J. Comp. L. & Econ. 185, 196 (2013).

203 BKartA, 25.10.2006, B7-97/06, Rn. 142 – *Coherent/Excel*; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 66.

204 *Körber*, NZKart 2016, 303, 305 f; *Weber*, ZWeR 2014, 169, 173.

205 *Holzweber*, NZKart 2016, 104, 105.

206 Ausführlich zu dieser Frage siehe unten Kapitel 4 B.I.1.a)bb) und cc).

D. Preisstruktur

Mehrseitige Märkte zeichnen sich außerdem häufig durch eine Quersubventionierung zwischen den Plattformseiten aus. Eine Plattformseite finanziert die Dienstleistung der Plattform auch für die andere Seite zumindest teilweise mit. Dafür erhält sie Zugang zu den Nutzern auf der anderen Seite. So finanzieren sich Suchmaschinen oder soziale Netzwerke durch Werbung, während die Nutzer keinen Preis bezahlen.²⁰⁷ Für die Plattform geht es darum, die Preiselastizitäten der verschiedenen Nutzergruppen optimal zueinander anzupassen: die Gruppe mit eher unelastischer Nachfrage – zum Beispiel die Gruppe der Werber – zahlt einen höheren Preis als die Gruppe mit sehr elastischer Nachfrage – meist die an die „Kostenlos-Kultur“ des Internets gewöhnten Nutzer.²⁰⁸

Daran anknüpfend definiert *Ward* eine Plattform unter anderem anhand der Fähigkeit, auf den Plattformseiten unterschiedliche Preise zu fordern.²⁰⁹ Auch *Rochet/Tirole* zufolge sind Plattformen durch eine besondere Preisstruktur gekennzeichnet. Die Preisstruktur bezeichnet das Verhältnis der Preise, welche die jeweiligen Nutzergruppen an die Plattform bezahlen. *Rochet/Tirole* unterscheiden zwischen der Gebühr a^B , die der Käufer B (Buyer) zahlt und der Gebühr a^S des Verkäufers S (Seller), wobei zwischen B und S eine Transaktion zustande kommt, die von der Plattform vermittelt wird. Das aggregierte Preisniveau (a) ist die Summe dieser beiden Preise ($a = a^S + a^B$). Wenn das Volumen der Transaktionen (V) nur von a abhängt, soll ein einseitiger Markt vorliegen. Die Parteien reagieren dann nicht auf Preisänderungen auf ihrer Seite, sondern nur auf die absolute Preiserhöhung der beiden Gebühren. Ein Beispiel ist die Mehrwertsteuer, bei der es gleichgültig ist, welche Anteile vom Verbraucher oder vom Verkäufer gezahlt werden, da der Verkäufer sie ohnehin auf den Kaufpreis aufschlagen kann.²¹⁰ Wenn aber V sich abhängig von a^B ändert, während a konstant bleibt, liegt ein zweiseitiger Markt vor.²¹¹ Dann liegt eine „nicht-

207 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 27.

208 *Körber*, NZKart 2016, 303, 305.

209 *Ward*, 84 U. Chicago L. Rev. 2059 (2017).

210 *Haucap*, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7, 12.

211 B steht zwar für buyer, was jedoch nicht bedeutet, dass nur der Einfluss des vom Käufer gezahlten Preises auf V für die Plattformdefinition relevant ist. Vielmehr ändert sich bei einer Änderung von a^S zwangsläufig auch a^B , wenn die Bedingung erfüllt ist, dass a konstant bleibt. D.h., sobald sich a^S oder a^B ändert, während a konstant bleibt, und das zu einer Änderung von V führt, liegt eine Platt-

neutrale Preisstruktur“ vor.²¹² Zum Beispiel kann man davon ausgehen, dass weniger Nutzer Google als Suchmaschine nutzen werden (V), wenn die Suche etwas kosten würde ($a^B > 0$), auch wenn dafür die Werbegebühren von Google (a^S) um den gleichen Betrag sinken würden. Die Nutzer werden schließlich sensibler auf eine Preiserhöhung reagieren als die Werber.

Eine Reihe von Anbietern, die üblicherweise als Plattform eingeordnet werden, stellt nach dieser Definition keine Plattform dar. Das trifft auf alljene Anbieter zu, die zwar eine Transaktion zwischen mehreren Parteien vermitteln, bei denen die Parteien die Plattformgebühr jedoch unter sich aufteilen können. Bei Ebay bezahlt zum Beispiel alleine der Verkäufer eine Gebühr an die Plattform. Der Käufer überweist lediglich den Kaufpreis an den Verkäufer. Dem Käufer ist jedoch bewusst, dass der Verkäufer die Gebühr auf den Kaufpreis aufschlägt, wenn er die Funktionsweise der Plattform kennt. Ob der Verkäufer die Gebühr auf den Preis aufschlägt oder ob der Käufer die Gebühr unmittelbar an Ebay zahlt, ist für den Kaufpreis im Ergebnis ohne Belang. Der Kaufpreis würde für den Käufer gleich bleiben, unabhängig von der Preisstruktur. Bei einem gleichen Kaufpreis sollte der rationale Käufer sich aber nicht gegen den Kauf entscheiden.²¹³ Erhöht Ebay die Käufergebühr a^B , während a konstant bleibt, weil die Verkäufergebühr a^S sinkt, müsste demnach V ebenfalls konstant bleiben. Damit ist die Definition nicht erfüllt und Ebay stellt keine Plattform dar.²¹⁴ Dies gilt für alle Angebote, bei denen die Gebühren auf die andere Partei umgelegt werden können, wie z.B. auch bei Kreditkartengebühren, die der Händler auf den Kaufpreis aufschlagen kann.

Katz/Sallet weisen außerdem darauf hin, dass die Definition erfüllt sein kann, obwohl ein klassisches Pipeline-Unternehmen vorliegt. Ein Automo-

form vor. Die Preisstruktur beschreibt damit zwar das Verhältnis von a^S zu a^B , wird jedoch nicht als Bruch a^S/a^B ausgedrückt. In diesem Fall entstünde auch das Problem, dass die Preisstruktur bei a^S und/oder $a^B = 0$ insgesamt null ergäbe, unabhängig davon, wie sich der andere Preis ändert.

212 *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645, 648 (2006); *Ward*, 84 U. Chicago L. Rev. 2059, 2089 ff (2017). *Ward* fordert darüber hinaus, dass die Plattform einheitliche Preise innerhalb einer Plattformseite fordern kann. Andernfalls sei sie ein reiner Preisnehmer, habe keine Marktmacht und stelle einen bloßen „Verteiler“ dar, vgl. *Ward*, 84 U. Chicago L. Rev. 2059, 2095 (2017). Diese Definition geht aber bereits über den Begriff der Plattform hinaus und gibt eine Einschätzung der Marktposition ab. Außerdem ist Preisdiskriminierung eine übliche Praxis bei vielen klassischen Plattformen. Siehe dazu unten Kapitel 4 C.II.a)cc).

213 *Haucap*, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7, 18 f.

214 Vgl. für ein ähnliches Beispiel *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2150 (2018).

bilhersteller bezahlt zum Beispiel einen Preis a^S an seinen Zulieferer, der ihm die Bremsen liefert. Von den Endkunden fordert der Hersteller den Preis a^B für das fertige Automobil. Erhöht der Hersteller diesen Preis a^B , wird der Absatz sinken, selbst wenn er gleichzeitig dem Zulieferer einen höheren Preis a^S bezahlt. Da a konstant bleibt, V sich aber ändert, liegt nach der Definition eine Plattform vor.²¹⁵ Diese Definition ist daher isoliert nicht geeignet, um zu bestimmen, ob eine Plattform vorliegt.²¹⁶

E. Zusammenfassung des Plattformbegriffs

Eine Internetplattform zeichnet sich zusammenfassend durch drei zentrale Eigenschaften aus: sie bedient erstens die Nachfrage von mehreren Nutzergruppen, zwischen denen zweitens eine Interaktion zustande kommen soll. Dabei tritt die Plattform auf allen Plattformseiten als Anbieter einer Vermittlungsleistung auf. Drittens sind die Nutzergruppen durch Netzwerkeffekte miteinander verbunden. Eine bestimmte Preisstruktur ist jedoch weder eine notwendige, noch eine hinreichende Bedingung für das Vorliegen einer Plattform.

215 *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2149 (2018).

216 So auch BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 14 ff.

Kapitel 3: Abgrenzung digitaler Märkte

Dieses Kapitel befasst sich mit der Marktabgrenzung bei Internetplattformen. Dafür wird zunächst die Vorfrage diskutiert, wann ein Markt an sich vorliegen kann (A.). Abschnitt B geht darauf ein, wie sich die Mehrseitigkeit von Plattformen auf die Marktabgrenzung auswirkt. Hierbei wird das Bedarfsmarktkonzept als primäre Methode der Marktabgrenzung verwendet. Die zweite gängige Methode, der Hypothetical Monopolist Test, wird in Abschnitt C mit Blick auf Internetplattformen dargestellt. Schließlich erläutert Abschnitt D die räumliche Marktabgrenzung im Internet.

A. Was ist ein Markt?

„Price and competition are so intimately entwined that any discussion of theory must treat them as one. It is inconceivable that price could be controlled without power over competition or vice versa.”
– Supreme Court Justice S. F. Reed²¹⁷

Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, welche Austauschbeziehungen einen Markt darstellen können. Dafür wird zuerst die Rspr. zu unentgeltlichen Märkten analysiert (I.) und dann auf den zentralen Begriff des Entgelts eingegangen (II.). Ob ein Entgelt vorliegt, ist insbesondere bei passiven Empfangshandlungen (II.1.) und bei Daten (II.2. und III.) streitig. Letztlich stellt sich die Frage, ob ein Markt vorliegen kann, wenn das auszutauschende Produkt noch nicht die Marktreife erlangt hat und sich die Unternehmen in einem Innovationsmarkt befinden (IV.).

217 U.S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 392 (1956).

I. „Unentgeltliche Märkte“

1. Überblick über die klassische Entscheidungspraxis zu „unentgeltlichen“ Märkten

Bevor ein Markt abgegrenzt werden kann, muss ein solcher zunächst überhaupt begrifflich vorliegen. In einigen Fällen wurde das Vorliegen eines Marktes ausdrücklich verneint, weil für die Leistung kein Preis gezahlt wurde. So grenzte das OLG Düsseldorf in *HRS* einen Markt für Online-Hotelbuchungsplattformen ab, der jedoch nur die Plattformseite zwischen dem Vermittler und den Hotels betraf, weil hier ein Entgelt entrichtet wurde. Auf der anderen Plattformseite zahlten die Nutzer keinen Preis dafür, verschiedene Hotelangebote zu vergleichen. Nur die Hotelbuchung musste letztendlich bezahlt werden, jedoch nicht bei der Plattform, sondern bei dem Hotel selbst. Zwischen der Plattform und den Hotelgästen wurde das Vorliegen eines Marktes ausdrücklich abgelehnt.²¹⁸ In gleicher Weise äußerte sich die Monopolkommission zu unentgeltlichen Rundfunk- und Fernsehprogrammen.²¹⁹ Auch das BKartA war in *VG Media/Google* skeptisch, ob es ein Marktgeschehen darstellt, wenn ein Nutzer von Google Suchergebnisse erhält bzw. wenn eine Website sich bei Google als Ergebnis auflisten lässt.²²⁰ In den USA wurde die Klage der Suchmaschine KinderStart gegen Google abgewiesen, weil es bereits an einer korrekten Marktabgrenzung fehlte. Die Klägerin hatte einen Markt für die kostenlose Nutzung von Internetsuchmaschinen abgegrenzt.²²¹ Auch die Europäische Kommission hat angedeutet, unentgeltliche Leistungen nicht als Marktgeschehen einordnen zu wollen. In einer Reihe von Entscheidungen wurde das Free-TV nicht dem Markt für Pay-TV zugeordnet, weil im Free-TV die wirtschaftliche Austauschbeziehung zwischen Zuschauer und Sender fehle. Diese liege nur zwischen dem Sender und der finanzierenden Werbewirtschaft vor.²²²

218 OLG Düsseldorf, 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148, Rn. 27 – *HRS*.

219 Monopolkommission, VI. Hauptgutachten, BT Drs. 10/5860, Rn. 584.

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

221 *KinderStart.com, LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF (RS), 7 ff (N.D. Cal. Mar. 16, 2007).

222 *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 44–45 (2018); Kommission, 18.7.2007, M.4504, ABL (EG) 2007 L 316/57, Rn. 45 – *SFR/Télé 2 France*; Kommission, 2.4.2003, M.2876, ABL (EG) 2004 L 110/73, Rn. 24 – *Newscorp/Telepiù*; Kommission, 27.5.1998, M.993, ABL (EG) 1999 L 53/1, Rn. 18 – *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.

2. Begründung für die Ablehnung des Vorliegens eines Marktes

Es werden vor allem zwei Gründe angeführt, um bei Unentgeltlichkeit das Vorliegen eines Marktes abzulehnen.

a) Die Wettbewerbstheorie als Fundament des Kartellrechts

Erstens basiert das Kartellrecht auf der klassischen Wettbewerbstheorie.²²³ In der ökonomischen Theorie wird Marktmacht in einem preistheoretischen Sinne verstanden. Zwar gibt es neben dem Preis weitere Wettbewerbsparameter wie Qualität, Service, Werbung und Innovation. Der Preis als einzige leicht messbare Größe ist aber das wichtigste Kennzeichen.²²⁴ Der klassische „Feind“ der Wettbewerbstheorie ist der Monopolist, der durch Absatzbeschränkungen den Preis erhöhen kann, wodurch ein *deadweight loss* für die Gesellschaft entsteht.²²⁵ Um diese Monopolsituation zu erläutern, ist es hilfreich, zuerst ihr Gegenteil darzustellen:

aa) Preise bei vollständigem Wettbewerb

Im Idealbild des vollständigen Wettbewerbs ist die Anzahl der Anbieter und Nachfrager eines Produkts sehr hoch. Dadurch sind die Anbieter Preisnehmer; sie können den Preis nicht unabhängig festsetzen. Außerdem wollen alle Marktteilnehmer ihren Gewinn und Nutzen maximieren. Deswegen wird jeder Anbieter diejenige Menge produzieren, bei der sich sein Gewinn maximiert. Das ist der Fall, wenn sich seine Grenzkosten und –erlöse decken, denn solange die Grenzkosten unter den Grenzerlösen liegen, kann ein Unternehmen seinen Gewinn erhöhen, indem es mehr produziert.²²⁶

Diese Situation wird als gesamtwirtschaftlich wünschenswert betrachtet, weil sich so die Gesamtwohlfahrt maximiert, indem optimale Effizienz vorliegt: Unternehmen werden dazu gezwungen, ihre Kosten zu minimie-

223 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 15 ff.

224 *Abrar*, Notwendigkeit einer sektorspezifischen Fusionskontrolle?, 55; *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 78 ff.

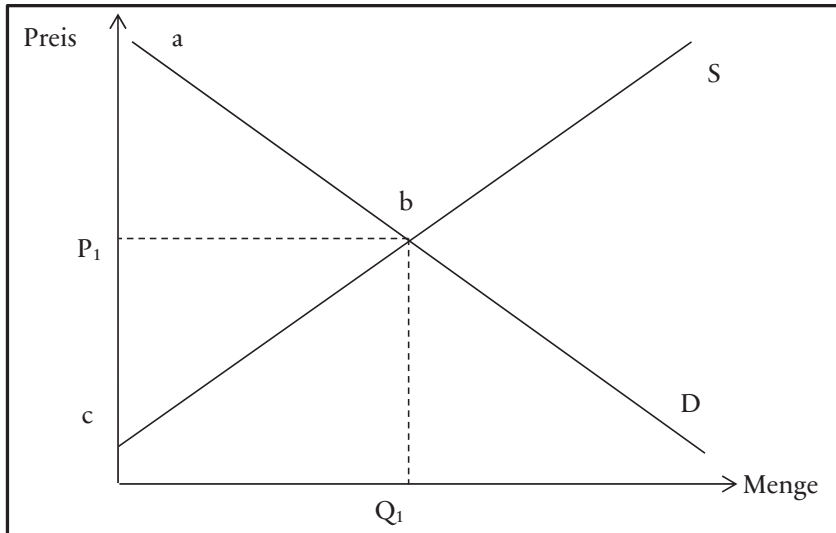
225 *Blair/Carruthers*, in: Hylton, Antitrust Law and Economics, 64, 67 f.

226 *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 148; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 17.

ren. Verbraucher zahlen genau den Preis, der ihren Nutzen maximiert und wiederum den optimalen Grenzkosten des Anbieters entspricht. Dieser Zustand wird pareto-optimal genannt: kein Akteur kann seine Position verbessern, ohne die Stellung eines anderen in stärkerem Ausmaß zu verschlechtern.²²⁷

Dieser Zusammenhang lässt sich anhand folgender Grafik illustrieren:

Abb. 2: Preise bei vollständigem Wettbewerb



Die Kurve S stellt dabei das Angebot („Supply“) dar und D die Nachfrage („Demand“). Das Gleichgewicht der Gewinnmaximierung ist bei dem Preis P_1 bzw. der Menge Q_1 erreicht. Dann stellt das Dreieck abP_1 die Konsumentenrente dar, denn das ist der Unterschied zwischen dem Preis, den der Verbraucher angesichts seines Nutzens zu zahlen bereit wäre und dem Marktpreis. Diese „Ersparnis“ stellt den Nutzen des Verbrauchers dar. Das Dreieck P_1bc steht für die Produzentenrente. Die Gesamtwohlfahrt ist das Dreieck abc .²²⁸

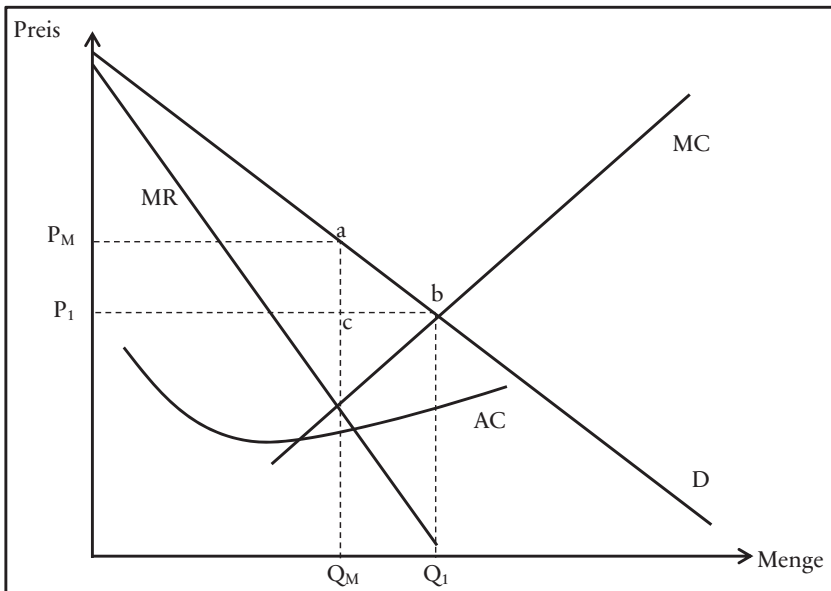
227 *Abrar*, Notwendigkeit einer sektorspezifischen Fusionskontrolle?, 56 ff; *Blair/Carruthers*, in: Hylton, Antitrust Law and Economics, 64, 65 ff; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 16.

228 *Blair/Carruthers*, in: Hylton, Antitrust Law and Economics, 64, 65 ff; *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 147 ff.

bb) Preise in der Monopolsituation

Ein Monopol liegt vor, wenn es nur einen Anbieter eines Produkts gibt. Dieser ist kein Preisnehmer, sondern kann die Absatzmenge entlang der Nachfragekurve und damit auch den Preis frei bestimmen. Auch der Monopolist wird seinen Gewinn maximieren wollen, indem er die Produktion erhöht, bis die Grenzkosten den Grenzerlösen entsprechen. Anders als im vollständigen Wettbewerb sind die Grenzerlöse aber nicht durch den Markt festgelegt, sondern können vom Monopolisten bestimmt werden.²²⁹ In Abb. 3 ist dies der Preis P_M bei der produzierten Menge Q_M , an dem sich MR (Marginal Revenue – Grenzerlös) und MC (Marginal Costs – Grenzkosten) treffen (Punkt c).

Abb. 3: Preise in der Monopolsituation



Der Monopolpreis P_M ist damit höher als der Preis bei effektivem Wettbewerb (P_1). Solange die durchschnittlichen Kosten (Average Costs, AC) ge-

²²⁹ Kerber/Schwalbe, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 161 ff; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 17; Niels/Jenkins/Kavanagh, Economics for competition lawyers, 116 f.

ringer sind als P_M , hat der Monopolist einen ökonomischen Gewinn. Gleichzeitig ist der Absatz geringer. Es wird weniger produziert als für die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt effizient wäre. Die Produzentenrente wird zwar erhöht, allerdings die Konsumentenrente in stärkerem Umfang gesenkt. Einige Verbraucher sehen vom Kauf ab, da der Preis für sie zu hoch ist. Insgesamt entsteht dadurch ein Verlust – der deadweight loss – in dem Dreieck abc. Dieser Verlust ist das Hauptargument gegen Monopole in der Wettbewerbstheorie.²³⁰

Was für Monopole gilt, ist ebenso im Grundsatz auf marktbeherrschende Unternehmen unterhalb der Monopolschwelle, d.h. unterhalb eines Marktanteils von 100%, auf Kartelle und auf kollektiv marktbeherrschende Unternehmen (Oligopole) anwendbar: auch marktbeherrschende Unternehmen, Kartelle und Oligopole können die Absatzmenge kontrollieren und dadurch die Preise erhöhen. Es kann damit auch einem Kartell oder einem Oligopol Marktmacht zukommen. Wenngleich dies hier in geringerem Ausmaß als beim Monopol geschieht, wird auch hier der Wettbewerb verzerrt, der Verbraucher geschädigt und die Gesamtwohlfahrt reduziert.²³¹

Auf „unentgeltlichen“ Märkten werden jedoch, wie häufig bei Onlineplattformen wie Suchmaschinen, Hotelbuchungsplattformen oder Immobilienplattformen keine Preise gezahlt. Die Leistungen werden durch Werbung finanziert.²³² Auf Märkten, auf denen keine Preise gezahlt werden, kann Marktmacht sich aber auch nicht auf die oben beschriebene Weise auswirken – eine Reduktion der Absatzmenge bewirkt keine Preiserhöhung. Deswegen stellt sich die Frage, ob ohne das Fundament der klassischen Wettbewerbstheorie im Fall von Märkten ohne Preise überhaupt ein Schutzbedürfnis besteht, das ein kartellrechtliches Eingreifen rechtfertigt.

230 Blair/Carruthers, in: Hylton, Antitrust Law and Economics, 64, 67 ff; Geradin/Layne-Farrar/Petit, EU Competition Law and Economics, Rn. 4.372; Kerber/Schwalbe, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 164 ff; Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 409 ff.

231 Abrar, Notwendigkeit einer sektorspezifischen Fusionskontrolle?, 58 f; Kerber/Schwalbe, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 175 ff.

232 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 36.

b) Spiegelung der Marktanteile von Nutzermärkten und Werbemärkten

Neben diesem theoretischen Grund werden auch praktische Gründe dafür angeführt, keine unentgeltlichen Märkte abzugrenzen. Wenn das Geschäftsmodell werbefinanziert ist, solle es ausreichen, bloß den Werbemarkt wettbewerblich zu untersuchen. So wurde in der Fernsehwirtschaft kein – unentgeltlicher – Markt für Zuschauer abgegrenzt, sondern lediglich einer für Fernsehwerbung. Es sei „risikolos“,²³³ nur einen Markt abzugrenzen, da sich die Marktanteile auf dem Markt für Werbung und für Zuschauer ohnehin entsprächen – je mehr Zuschauer, desto größer auch der Werbeumsatz.²³⁴ Eine zusätzliche Abgrenzung eines Zuschauermarktes würde nur den Aufwand erhöhen und keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn bereithalten. Gleiches gilt für andere werbefinanzierte Modelle wie kostenlose Anzeigenblätter.²³⁵

Diese Erwägungen sind auf werbefinanzierte Online-Plattformen übertragbar: je mehr Nutzer eine Suchmaschine oder eine andere Plattform hat, desto mehr Werbeumsatz wird sie generieren. Demnach ließe sich erwägen, ob auch in der digitalen Wirtschaft bloß ein Werbemarkt abgegrenzt werden sollte.²³⁶ Die Kommission grenzte z.B. in *Facebook/WhatsApp* keinen unentgeltlichen Datenmarkt ab, sondern untersuchte eine potentielle Datenkonzentration nur im Hinblick darauf, wie diese die Position Facebooks auf dem Online-Werbemarkt beeinflusse.²³⁷

3. § 18 Abs. 2a GWB und die jüngere Praxis zu unentgeltlichen Märkten

Mit der gewachsenen wirtschaftlichen Bedeutung der digitalen Wirtschaft und seiner teils unentgeltlichen Geschäftsmodelle ist jedoch auch das Bewusstsein dafür gewachsen, diese Tätigkeiten als Marktgeschehen einzuordnen. Zwar gibt es auch in der ökonomischen Forschung weiterhin ver-

233 *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 122.

234 BKartA, 19.01.2006, B6-103/05, 23 – *Springer/ProSiebenSat.1*; OLG Düsseldorf, 03.12.2008, VI-Kart 7/06 (V), OLGR Düsseldorf 2009, 553, Rn. 104 ff – *RTL/Pro7/Sat1*; *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 122. Kritisch aber die Kommission, 17.7.1996, M.553, Rn. 17 – *RTL/Veronica/Endemol*.

235 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 37.

236 Vgl. BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 38.

237 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 187 f – *Facebook/WhatsApp*.

einzel Stimmen, die beispielsweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nur dann annehmen wollen, wenn eine solche Stellung auf der entgeltlichen Plattformseite vorliegt.²³⁸ Ein Schaden für die Gesellschaft wird jedoch mehrheitlich nicht mehr nur in dem *deadweight loss* gesehen, der durch einen Monopolpreis entsteht. Vielmehr wird es auch als wettbewerbstheoretisches Problem empfunden, wenn der Verbraucher eine geringe Auswahl an Produkten hat oder Qualitätseinbußen erleidet, zum Beispiel, wenn er die Kontrolle über seine Daten verliert.²³⁹ Außerdem kann bereits die Reduktion der Absatzmenge, die ein Monopolist auch in einem Nullpreismarkt durchsetzen kann, als *deadweight loss* angesehen werden, selbst wenn keine Preiserhöhung stattfindet. Denn so wird weiterhin ein bestimmter Teil der Nachfrage nicht bedient und es entsteht ein Wohlfahrtsverlust.

Dementsprechend ordnet § 18 Abs. 2a GWB seit der 9. GWB-Novelle an, dass es der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, wenn eine Leistung unentgeltlich erbracht wird. Die anderslautende deutsche Rspr. ist damit überholt.²⁴⁰ Das BKartA hatte auch bereits vor der Reform die Unentgeltlichkeit einer Leistung nicht als Grund dafür gesehen, keinen Markt abzugrenzen.²⁴¹ Teilweise versuchte das Amt auch vor der Reform, das Erfordernis der Entgeltlichkeit zu umgehen. So sollte bei Plattformen schon kein unentgeltlicher Markt vorliegen, weil auch bei kostenlosen Angeboten ein Preis gezahlt werde, dieser aber Null betrage und von einer anderen Plattformseite rabattiert würde.²⁴² Wenn ein Gegenstand einen Preis von Null hat, dann hat er jedoch gerade keinen Preis, sodass es fragwürdig erscheint, auf diesem Wege einen entgeltlichen Markt anzunehmen. Derartige Begründungen sind jedenfalls nach der neuen Rechtslage nicht mehr erforderlich.

238 *Ratliff/Rubinfeld*, 10 J. Comp. L. & Econ. 517 (2014).

239 Siehe z.B. BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 794 – *Facebook*; OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets* (2018), 16 f.

240 *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 279 f.

241 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 83 – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 40. Siehe insg. zur Praxis des BKartA übersichtlich *Sauermann*, ZWeR 2018, 341, 343 ff.

242 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 40.

In der europäischen Praxis wurde das Problem, ob ein Markt begrifflich vorliegt, lange nicht diskutiert.²⁴³ Das Vorliegen eines Marktes wurde vielmehr implizit vorausgesetzt, obwohl die Leistungen unentgeltlich waren, wie in *Facebook/WhatsApp*²⁴⁴, *Microsoft/Skype*²⁴⁵, *Microsoft/Yahoo! Search Business*²⁴⁶ oder *Microsoft II*.²⁴⁷ In *Google Shopping* stellte die Kommission aber klar, dass die Unentgeltlichkeit eines Angebots nichts daran ändert, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen kann. Die Unentgeltlichkeit sei lediglich ein Faktor, der bei der Marktmachtbestimmung Berücksichtigung finden müsse.²⁴⁸ Da die Kommission dies am Anfang des Abschnitts der Entscheidung zur Marktabgrenzung erörtert, ist davon auszugehen, dass die Kommission die Unentgeltlichkeit nicht als Hindernis für das Vorliegen eines Marktes betrachtet.

Dabei verweist die Kommission auf die *Microsoft*-Entscheidung des EuG, in der das Gericht jedoch nur feststellte, dass auch unentgeltliche Produkte zusätzliche Leistungen im Sinne eines Kopplungsgeschäfts gem. Art. 102 S. 2 lit. d AEUV darstellen können.²⁴⁹ Dort ging es demnach nicht um die Frage, ob ein Markt vorliegt. In *Cisco Systems*, der EuG-Entscheidung zum Zusammenschluss von *Microsoft* und *Skype*, auf die die Kommission ebenfalls verweist, wird nur klargestellt, dass die Unentgeltlichkeit Berücksichtigung in der Marktmachtbestimmung finden muss.²⁵⁰ Die Frage des Vorliegens eines Marktes wird nicht diskutiert. Gerichtlich wurde diese Frage demnach auf Unionsebene bislang nicht ausdrücklich beantwortet. Da das Vorliegen eines Marktes aber in *Cisco Systems* und *Microsoft* nicht ausdrücklich abgelehnt, sondern im Gegenteil das Marktgeschehen untersucht wurde, scheint die europäische Rspr. in der Unentgeltlichkeit keinen Grund dafür zu sehen, einen Markt nicht anzunehmen.

243 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 37.

244 Kommission, 03.10.2014, M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

245 Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*.

246 Kommission, 18.02.2010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

247 Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530 – *Microsoft II (Internet Explorer)*.

248 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 152, 321 – *Google Shopping*.

249 EuG, 17.09.2007, T-201/04, Rn. 966 ff. – *Microsoft I*; Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 158 ff. – *Google Shopping*.

250 EuG, 11.12.2013, T-79/12, Rn. 65–74 – *Cisco Systems und Messagenet/Kommission*.

Die *KinderStart*-Entscheidung²⁵¹ bildet außerdem in den USA eine Ausnahme. In anderen Fällen, wie *LiveUniverse v MySpace*²⁵², *Google/ITA*²⁵³ oder *Google Search Bias*²⁵⁴ wurde das Marktgeschehen untersucht, ohne dass an der Unentgeltlichkeit der Märkte Anstoß genommen wurde.

Dass die Unentgeltlichkeit von Leistungen dem Vorliegen eines Marktes nicht entgegensteht, wird demnach von der mittlerweile h. M. akzeptiert.²⁵⁵

II. Wann liegt ein Markt ohne Geld vor?

Die Frage, ob es unentgeltliche Märkte im Kartellrecht geben kann, wurde mithin bejaht. Das wirft jedoch eine weitere Frage auf. Wenn das Vorliegen eines Marktes nicht damit begründet werden kann, dass ein Entgelt gezahlt wird – womit kann es dann begründet werden? Was macht einen Markt aus, auf dem kein Geld für eine Leistung gezahlt wird? Auf diese Frage kann auf unterschiedliche Weise geantwortet werden:²⁵⁶

1. Zwei Willenserklärungen

a) Das Verfahren VG Media/Google

Das BKartA deutete eine Antwort auf diese Frage in *VG Media/Google* an. Gegenstand des Verfahrens war die Beziehung zwischen einer Suchmaschine und den Webseitenbetreibern, deren Inhalte als Suchergebnis angezeigt werden. Einige Verlage hatten von Google nach dem deutschen Leistungsschutzrecht (§§ 87ff. UrhG) verlangt, eine Vergütung für das Anzeigen sogenannte Snippets, kleiner Übersichten von Online-Zeitungsartikeln, die

251 *KinderStart.com, LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF (RS) (N.D. Cal. Mar. 16, 2007).

252 *LiveUniverse v. MySpace*, 304 Fed.Appx. 554 (9th Cir. 2008); *LiveUniverse v. MySpace*, CV 06-6994 AHM (C.D. Cal. June 4, 2007).

253 *U.S. v Google/ITA*, Competitive Impact Statement, No. 1:11-cv-00688, 7 f (D.D.C. Apr. 8, 2011).

254 FTC, 03.01.2013, File No. 111-0163 – *Google's Search Practices*.

255 Siehe auch m. w. N. *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 79.

256 Siehe zum Meinungsspektrum ebenfalls *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 128 ff.

Google als Suchergebnis anzeigte, zu entrichten. Dies lehnte Google ab und stellte den Verlagen in Aussicht, ihre Artikel nicht mehr in den Suchergebnissen aufzuführen, wenn sie nicht vertraglich auf ihre Vergütung nach dem Leistungsschutzrecht verzichteten. Darin sahen die Verlage einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung Googles.²⁵⁷

Während das LG Berlin in dem Verfahren lediglich allgemein einen Markt für Internetsuchmaschinen abgrenzte und dabei davon ausging, dass „[a]llen, die mit dem Internet vertraut sind, [bekannt ist], dass [Google] einen hohen Marktanteil hat“,²⁵⁸ ging das BKartA mehr in die Tiefe, wenngleich die Frage, ob ein bzw. welcher Markt abgegrenzt werden musste, im Ergebnis offen gelassen wurde.²⁵⁹ Zwar sprach auch das BKartA von einem Markt für Suchmaschinendienste.²⁶⁰ Möglicherweise sollten in diesen Markt aber auch andere Angebote einzubeziehen sein, die es den Verlegern ermöglichen, Besucher auf ihre Webseiten zu leiten.²⁶¹ Damit deutet das Amt eine präzisere Abgrenzung an: aus Sicht der Verleger geht es darum, dass über Suchmaschinen viele Nutzer ihren Weg zu den Webseiten der Zeitungen finden. Dieses Besucheraufkommen wird auch *traffic* genannt und generiert die Werbeeinnahmen.²⁶² Abzugrenzen wäre demnach nicht ein Markt für Suchmaschinendienste, sondern ein Markt für die Leitung von Besuchern zu bestimmten Webseiten oder für die Verbreitung von Online-Inhalten. In diesem Markt gibt es nicht nur Suchmaschinen, sondern auch andere Plattformen. Der Inhalteanbieter kann seine Inhalte auch über andere „Verteiler“ – wie soziale Netzwerke – verbreiten.

Die Verlage präsentieren Inhalte auf ihren Webseiten. Damit die Inhalte von der Suchmaschine gefunden und als Suchergebnis gezeigt werden, bedarf es keines weiteren Tätigwerdens. Die Interaktion mit der Suchmaschine erschöpft sich darin, dass die Verlage im Code ihrer Webseite eine bestimmte Datei („robots.txt“) unterbringen, in der geregelt wird, ob es Suchmaschinen erlaubt ist, den Inhalt der Webseite zu erforschen („crawling“) und als Suchergebnis darzustellen. Dies nennt sich Robots Exclusion Protocol („REP“), weil die automatischen Crawler der Suchmaschine so

257 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 44 ff – *VG Media/Google*.

258 LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338, Rn. 66 – *VG Media/Google*.

259 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 128 – *VG Media/Google*.

260 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 142 ff – *VG Media/Google*.

261 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 145 – *VG Media/Google*.

262 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 58, 69 – *VG Media/Google*.

von der Website ausgeschlossen werden können.²⁶³ Das REP ist zwar für Internetplattformen nicht verpflichtend. Da sich aber alle großen Anbieter daran halten, hat es sich zu einem *de facto*-Kommunikationsstandard entwickelt.²⁶⁴ Bleibt der Betreiber untätig, wird eine Website automatisch bei Suchmaschinen angezeigt; nur im Ausnahmefall und bei aktivem Tätigwerden des Betreibers kommt es nicht zu einer Interaktion.

Das Bundeskartellamt bezweifelte in dem Fall das Vorliegen einer tauglichen Austauschhandlung. Es sei äußerst fraglich, ob zwischen Google und den Online-Zeitungen ein zivilrechtlicher Vertrag zustande komme. Dafür bedürfe es zweier übereinstimmender Willenserklärungen. Dies sei insb. schwierig bei der „Handlung“ der Zeitungen. Diese müssen nicht aktiv darauf hinwirken, bei einer Suchmaschine gelistet zu werden. Vielmehr werden sie automatisch von Suchmaschinen angezeigt, sofern sie nicht die entsprechende Datei in ihrem Webseitencode aufnehmen. Unterlassen sie das Einbringen der Datei, d.h. bleiben sie untätig, wird ihre Website bei Suchmaschinen gelistet. Ein solches Schweigen stellt aber nach der deutschen Rechtsgeschäftslehre im Zivilrecht gerade keine Willenserklärung dar.²⁶⁵

Damit forderte das BKartA implizit für das Vorliegen eines Marktes, dass zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, was gleichzeitig die Voraussetzung für einen zivilrechtlichen Vertrag ist, §§ 145 ff. BGB.

In *Facebook* ließ das BKartA die Frage offen, ob ein Vertrags- oder sonstiges Austauschverhältnis vorliegen muss, da in dem Fall jedenfalls ein Vertragsschluss zustande kam. Außerdem könne auch die Datenhingabe der privaten Nutzer als Teil einer Austauschbeziehung anzusehen sein.²⁶⁶

263 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 135 ff – *VG Media/Google*.

264 *Conrad/Schubert*, GRUR 2018, 350, 351.

265 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 136 – *VG Media/Google; Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46; *Petersen/Medicus*, Bürgerliches Recht, 25. Ähnlich *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 86 f.

266 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 244 – *Facebook*. Zur Datenhingabe als Gegenleistung siehe unten, Kap. 3 A.II.3.b).

b) Willenserklärungen im Internet

Eine Willenserklärung (§§ 133, 157 BGB) ist eine privatrechtliche Erklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.²⁶⁷

Bei Prozessen im Internet ist zu beachten, dass ein Massenverkehr stattfindet, bei dem in kurzer Zeit eine Vielzahl an Interaktionen abgewickelt wird.²⁶⁸ Diese Interaktionen stellen elektronische und automatisierte Willenserklärungen dar. Sie werden dem Betreiber einer Website zugerechnet. Insofern steht es dem Vorliegen einer Willenserklärung nicht entgegen, dass kein Mensch handelt, sondern ein automatisches Programm abläuft.²⁶⁹

Das Vorliegen der Willenserklärung Googles hat das BKartA bejaht, da die Suchmaschine durch das Crawling eine aktive Handlung vornehmen soll.²⁷⁰

Eine Willenserklärung der Verlage lag nicht bereits in der von den Verlagen auf §§ 87ff. UrhG gestützten Forderungen auf die Abgeltung der Snippets, da Google auf diese Forderungen gerade nicht eingehen will. Ein solches Rechtsgeschäft wird Google nicht aufgezwungen; es besteht kein Kontrahierungszwang.²⁷¹

Ein Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer Willenserklärung könnte aber das REP sein. In der robots.txt-Datei können die Webseitenbetreiber regeln, wie sich Suchmaschinen bezüglich ihrer Inhalte zu verhalten haben. Der Webseitenbetreiber kann präzise festlegen, welche Inhalte freigegeben und welche gesperrt werden. Er kann die Anweisungen an bestimmte Empfänger oder an die Allgemeinheit (*ad incertas personas*) adressieren. Der Webseitenbetreiber bezweckt damit, den Crawler an seine in der robots.txt-Datei niedergelegten Regeln zu binden. *Conrad/Schubert* ordnen daher das Hochladen dieser Datei als Willenserklärung ein.²⁷²

Bei dem Vorliegen einer Willenserklärung geht es jedoch nicht um die Frage, ob der Erklärende den Empfänger an etwas binden möchte, worauf

267 *Armbrüster*, in: MünchKomm BGB, Vor § 116, Rn. 3; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 44.

268 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 136 – *VG Media/Google*.

269 *Busche*, in: MünchKomm BGB, Vor § 145, Rn. 37; *Clemens*, NJW 1985, 1998, 2000 ff.; *Köhler*, AcP 182 (1982), 126, 170; *Säcker*, in: MünchKomm BGB, Einl., Rn. 184 f.

270 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 135 ff. – *VG Media/Google*.

271 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 139 – *VG Media/Google*.

272 *Conrad/Schubert*, GRUR 2018, 350, 352 f.

Conrad/Schubert abstellen, sondern, ob der Erklärende sich selbst rechtlich binden will. Die Willenserklärung könnte vielmehr darin liegen, dass der Webseitenbetreiber sich selbst mit den Anweisungen in der robots.txt-Datei daran bindet, den Crawlern bestimmte Verhaltensweisen zu erlauben, indem er sie nicht verbietet.

Unterlässt der Webseitenbetreiber es gänzlich, die robots.txt-Datei zu implementieren, könnte in dem Hochladen seiner Inhalte in das Internet die *konkludente* Erklärung liegen, dass die Webseite als Ergebnis in Suchmaschinen angezeigt werden soll.²⁷³ Diese Handlung ist auch Ausdruck des Hauptinteresses des Inhabers: mit dem Hochladen der Inhalte begehrt er die Verbreitung seiner Inhalte im Internet. Damit schafft er zwischen sich und den Suchmaschinen sowie anderen Verteilern einen Markt für die Verbreitung seiner Inhalte im Internet: denn es ist nicht das endgültige Ziel des Inhabers, nur als Suchergebnis in der Suchmaschine zu erscheinen, sondern, dass andere Nutzer auf seiner Website seine Inhalte wahrnehmen. Mit der Vermittlung solchen „traffics“ stellt eine Suchmaschine den Webseitenbetreibern ein bestimmtes Produkt zur Verfügung, das Gegenstand eines Marktes sein kann.

c) Google Shopping

Anzumerken ist, dass auch die Europäische Kommission die Beziehung zwischen der Suchmaschine und den Inhabern nicht als Marktgeschehen betrachtet. So untersuchte sie in *Google Shopping* nur den Markt für allgemeine Internetsuche („Markt A“) sowie für Online-Shopping-Vergleichsdienste („Markt B“).²⁷⁴ Zudem bezeichnete sie Google als „zweiseitige“ – nicht als drei- oder mehrseitige Plattform.²⁷⁵ Im Sachverhalt hatte Google bestimmte Inhabers – Produktvergleichsseiten – in seinen Suchergebnissen herabgestuft.²⁷⁶ Dieses missbräuchliche Verhalten betraf die Beziehung zwischen der Suchmaschine und den Inhabern. Demnach hätte geprüft werden müssen, ob diese Beziehung einen Markt darstellt. In diesem Markt geht es den Inhabern darum, ihre Inhalte über das Internet zu verbreiten und Besucher auf ihre Website zu lenken. Diese Besucher generieren Werbeeinnahmen für die Webseitenbetrei-

273 Vgl. zu konkludenten Erklärungen *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46.

274 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 154 – *Google Shopping*.

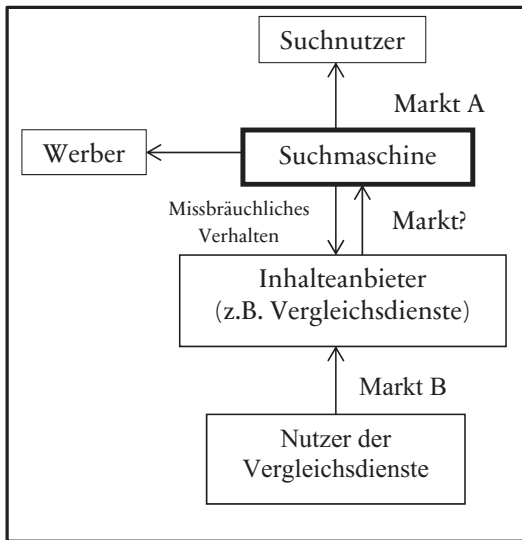
275 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 159 – *Google Shopping*.

276 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 344 – *Google Shopping*.

ber. Dabei spielen Suchmaschinen eine wichtige Rolle: sie stellen für die meisten Nutzer eine Art „Gateway“ in das Internet dar.²⁷⁷ In diesem Markt bieten demnach die Inhaltenanbieter ihre Inhalte an, während die Plattformen es den Inhaltenanbietern ermöglichen, ihre Inhalte im Internet zu verbreiten.

Stattdessen betrachtete die Kommission aber einen Markt für Vergleichsdienste aus Nutzersicht („Markt B“).²⁷⁸

Abb. 4: Suchmaschinen und Inhaltenanbieter



Festzuhalten ist, dass die Kommission anscheinend die Tätigkeit der Inhaltenanbieter nicht als Marktgeschehen auffasst. Diese Ansicht wird jedoch nicht begründet. Das BKartA deutet ebenfalls an, das Vorliegen eines Marktes zu verneinen, jedoch mit der Begründung, dass es an zwei übereinstimmenden Willenserklärungen fehle.

277 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 444 ff. – *Google Shopping*.

278 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 191 – *Google Shopping*.

2. Kein Markt für Allgemeingüter

Das BKartA diskutierte in *VG Media/Google* einen weiteren Grund gegen das Vorliegen eines Marktes. So könnte das Auflisten der Webinhalte als Suchergebnisse und das vorherige Crawling lediglich die Nutzung von im Internet frei verfügbaren und nicht gehandelten Vorprodukten darstellen.²⁷⁹ Ein Markt liege dann nicht vor, weil kein willensgeleiteter Austausch zwischen zwei Parteien stattfindet, sondern lediglich ein einseitiges Geschehen, bei dem eine Partei auf ein Allgemeingut zugreift.

Dafür spricht, dass jedem, der seine Inhalte in das Internet stellt, bewusst sein muss, dass diese Inhalte damit öffentlich und für jedermann zugänglich sind. In *HiQ v LinkedIn* entschied das Gericht, dass eine Webseite, die ein soziales Netzwerk betreibt, Unternehmen nicht den Zugang verweigern darf. Das Unternehmen HiQ analysierte Daten des sozialen Netzwerks LinkedIn, die für jeden Nutzer frei einsehbar sind. Diese Methode wird scraping genannt. Für die Ausübung der Meinungsfreiheit, die durch das First Amendment der Verfassung der USA geschützt ist, sei es erforderlich, dass jedermann Zugang zu öffentlichen Foren habe, wozu auch öffentliche Internetseiten zählten.²⁸⁰ Internetseiten wurden damit als eine Art allgemein verfügbares Gut qualifiziert. Eine solche Einordnung ließe sich auch auf deutsche und europäische Grundrechte – insbesondere die Informationsfreiheit – stützen.²⁸¹

In Bezug auf Suchmaschinen gewährleistet aber das Robot Exclusion Protocol, dass es den Webseitenbetreibern möglich ist, Suchmaschinen-Crawler daran zu hindern, ihre Webseite zu erforschen und somit zu vermeiden, dass eine Webseite als Suchergebnis angezeigt wird.²⁸² Webseitenbetreiber können auch verhindern, dass eine Suchmaschine Inhalte findet, indem sie nur registrierten Mitgliedern einer Seite angezeigt werden. Ein Allgemeingut liegt aber nicht vor, wenn es einem Privaten möglich ist, andere Private vom Gebrauch des Gutes auszuschließen.²⁸³ Dadurch unterscheiden sich Webinhalte von klassischen Allgemeingütern wie öffentliche

279 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 139 – *VG Media/Google*.

280 *HiQ Labs v LinkedIn*, Case No. 17-cv-03301-EMC (N.D. Cal. Aug. 14, 2017).

281 Vgl. Art. 5 Abs. 1 GG; *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 5 GG, Rn. 75 ff. Für das europäische Recht vgl. Art. 11 Abs. 1 S. 2 EU-GRCh, Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 11 Rn. 10 ff.

282 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 17 – *VG Media/Google*.

283 Vgl. für die unterschiedlichen Definitionen des "collective good" *Hart/Cowhey*, 30 *The Western Political Quarterly* 351, 352 ff. (1977).

Straßen oder Parks. Dem Inhalteanbieter ist es stets möglich, andere Nutzer von dem Besuch seiner Webseite abzuhalten.²⁸⁴ Selbst wenn der Anbieter darauf verzichtet, Nutzer von der Nutzung auszuschließen, schließt diese Möglichkeit das Vorliegen eines Allgemeingutes aus. Daher eignet sich der Begriff des Allgemeinguts schwerlich als Kriterium für das Vorliegen eines Marktes.

3. Nicht-monetäre Gegenleistungen

Eine weitere Ansicht fordert für das Vorliegen eines Marktes ein Entgelt, auch wenn es sich um einen Markt ohne Geldzahlung im Sinne des § 18 Abs. 2a GWB handelt. Der Entgeltbegriff ist lediglich nicht auf Geldzahlungen begrenzt. Eine Gegenleistung könnte beispielsweise auch in den Daten zu sehen sein, die der Nutzer an die Plattform abgibt.²⁸⁵

a) Begriff der Unentgeltlichkeit im Zivilrecht

Die Formulierung des § 18 Abs. 2a GWB lässt sich allerdings so verstehen, dass keine Gegenleistung vorliegen muss, um einen Markt anzunehmen. So bedeutet „unentgeltlich“ im deutschen Zivilrecht, dass eine Leistung ohne Pflicht zur Gegenleistung erfolgt. Das ist beispielsweise bei einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB der Fall.²⁸⁶ Ein Entgelt ist kein „Entgelt“, wie es im umgangssprachlichen Sinne verwendet wird, sondern jede Form der Gegenleistung. Die Gegenleistung muss nicht unbedingt in einer Geldzahlung bestehen. „Unentgeltlich“ bedeutet somit gerade nicht nur, dass kein Geld gezahlt wird, sondern, dass auch keine Gegenleistung in anderer Form erbracht wird.²⁸⁷ Der Monopolkommission zufolge erüb-

284 Vgl. zur Frage der Gemeingüter im Internet insg. *Lessig*, *The Future of Ideas*, 19 ff. *Lessig* vertritt die Ansicht, bei Internetinhalten handle es sich um Allgemeingüter („commons“), da viele Internetquellen wie der HTML-Code frei verfügbar sind. Dabei bezieht er sich aber nicht ausdrücklich auf das Crawling.

285 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 244 – *Facebook*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 41 f; *Louven*, NZKart 2018, 217, 219; *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 122; *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555, 557.

286 *Graf von Westphalen*, EuZW 2017, 373, 376; *Hoppenz*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 516 BGB, Rn. 12; *Koch*, in: MünchKomm BGB, § 516, Rn. 24.

287 *Weidenkaff*, in: Palandt BGB, § 516, Rn. 8.

rigt sich daher die Frage, ob eine andere Form der Gegenleistung, wie zum Beispiel Daten, vorliegen muss, um eine Marktbeziehung feststellen zu können.²⁸⁸ Eine nicht-monetäre Gegenleistung sollte daher nicht Voraussetzung sein, um ein Marktgeschehen zu bejahen.

Die Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle ist vor diesem Hintergrund missverständlich. So soll ein Markt durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage und das Vorliegen einer „Austauschbeziehung“ gekennzeichnet sein. Ein Markt soll „demzufolge“ auch gegeben sein, wenn bei der Transaktion „kein Entgelt“ übertragen wird. Die Regelung erfasse damit Geschäftsmodelle, bei denen Leistungen ohne direkte monetäre Gegenleistung angeboten werden.²⁸⁹ Mit „unentgeltlich“ meint die Regierung demnach, dass eine Leistung „ohne direkte monetäre Gegenleistung“ angeboten wird. Es ist nicht gemeint, dass eine Gegenleistung wie bei einer Schenkung vollständig fehlt. Vielmehr soll trotzdem eine „Austauschbeziehung“ erforderlich sein. In einem Austausch muss es auch eine Gegenleistung geben. § 18 Abs. 2a GWB unterliegt demnach einem anderen Begriff der Unentgeltlichkeit als das BGB. Daher ist es sinnvoll zu erwägen, welche nicht-monetären Gegenleistungen tauglich sind, um ein Marktgeschehen darzustellen.

b) Daten als Gegenleistung

Da Daten stets bei Prozessen im Internet ausgetauscht werden, kommen sie als nicht-monetäre Gegenleistungen zuerst in Betracht. *Faust* will zwischen zwei Typen von Datenhergabe differenzieren. Erstens gebe es Daten, deren Abgabe erforderlich ist, um eine Leistung zu erhalten – z.B. muss der Suchnutzer eine Suchanfrage eingeben, um ein Ergebnis zu erhalten. Bei einer Hotelbuchungsplattform muss der Nutzer die Reisedauer und das Reiseziel eingeben, um Vorschläge zu erhalten. Ohne diese Angaben kann die Plattform keine Leistung erbringen. Demgegenüber sei es z.B. nicht für das Lesen eines Zeitungsartikels erforderlich, wenn man sich davor mit seiner E-Mail-Adresse registrieren muss. Manche Zeitungen stellen ihre Artikel aber nur registrierten Lesern zur Verfügung. *Faust* zufolge erbringt der Nutzer erst eine echte Gegenleistung, wenn er Daten übermit-

288 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 617.

289 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 51.

telt, die nicht für die Leistung des Anbieters erforderlich sind. Dann soll ein entgeltlicher Vertrag vorliegen.²⁹⁰

Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass der Nutzer kein wirkliches „Opfer“ erbringt, wenn er nur die zur Suchanfragenbearbeitung erforderlichen Daten abgibt. Ohne diese Daten wäre es schlicht nicht möglich, die Anfrage zu beantworten.

Vergleichbar ist die Lage beim Werkvertrag gemäß § 631 BGB: kann der Werkunternehmer sein Werk nur herstellen, wenn der Besteller eine bestimmte Mitwirkungshandlung vollzieht, ist der Besteller bei Unterlassen dieser Handlung gemäß § 642 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Der Grundstückseigentümer muss dem Bauunternehmer zum Beispiel das Grundstück zur Verfügung stellen.²⁹¹ Darin liegt aber nur eine Obliegenheit oder ggfs. eine Nebenpflicht, sofern die Parteien entsprechendes vereinbaren.²⁹² Ein Vertrag besteht nicht aufgrund dieser Obliegenheit, sondern aufgrund der vereinbarten Hauptleistungspflichten, der Zahlung des Werklohns gegen die Herstellung des Werkes, § 631 Abs. 1 BGB.²⁹³ Nur wegen dieser gegenseitigen Verpflichtung zur Erbringung der Hauptleistungen wird die Beziehung zwischen Werkunternehmer und Besteller als Austauschhandlung betrachtet.

Eine vergleichbare Hauptleistungspflicht fehlt aber häufig auf der Seite der Nutzer bei Plattformen. Der Nutzer gibt lediglich seine Daten ab.

Zu beachten ist allerdings, dass eine Datenhergabe, die über das Erforderliche hinausgeht, gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO unwirksam sein kann.²⁹⁴ Nach dieser Norm ist bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung in die Datenhergabe in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen, ob die Erfüllung des Vertrags von der Einwilligung zu einer Verarbei-

290 *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 7.

291 *Busche*, in: MünchKomm BGB, § 642, Rn. 11.

292 *Busche*, in: MünchKomm BGB, § 642, Rn. 2 f. Obliegenheiten begründen keine Handlungspflicht, sondern haben lediglich eine Schadensersatzpflicht zur Folge, sollte die Obliegenheit nicht erfüllt werden.

293 Nebenpflichten und Obliegenheiten können selbstverständlich auch bei anderen Vertragstypen vereinbart werden. Beim Werkvertrag sind diese aber in § 642 BGB gesetzlich verankert.

294 Die Datenerhebung wird auch nicht von dem Erlaubnistatbestand des § 15 Abs. 1 TMG gedeckt sein, da hiernach der Diensteanbieter personenbezogene Daten eines Nutzers nur erheben und verwenden darf, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen. Facebook stellt ein Telemedium dar, vgl. *Wiedmann/Jäger*, K & R 2016, 217, 219.

tung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.²⁹⁵ Dann für das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrags zu fordern, dass die Datenhergabe über das zur Vertragserfüllung Erforderliche hinausgeht, hieße, etwas rechtlich Unmögliches zu verlangen und jeglichen Datenaustausch nicht als Marktgeschehen zu qualifizieren.

Die vorgeschlagene Differenzierung ist daher nicht dafür geeignet, die Frage nach dem Vorliegen eines Marktes beim Datenaustausch zu beantworten.

In systematischer Hinsicht aufschlussreich ist aber der Entwurf der Kommission zu einer Richtlinie über digitale Inhalte.²⁹⁶ Er sieht in Art. 3 Abs. 1 RL-Entwurf vor, dass die Richtlinie für alle Verträge gelten soll, in denen ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt.²⁹⁷ Der europäische Gesetzgeber sieht demnach Daten als taugliche Gegenleistung für ein Austauschverhältnis. Diese Wertung lässt sich auf den Markt begriff übertragen.

c) Aufmerksamkeit als Gegenleistung

Neben Daten ist außerdem die Werbeaufmerksamkeit des Nutzers eine Gegenleistung, die in der Literatur diskutiert wird. Bei Online-Plattformen muss ein Preis üblicherweise nicht gezahlt werden, weil sich die Leistung durch Werbung finanziert.²⁹⁸ Deswegen könnte man die Gegenleistung

295 *Faust*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag, 7 f; *Stemmer*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 7 DSGVO, Rn. 46. Vgl. auch den 43. Erwägungsgrund der DSGVO, demzufolge eine Einwilligung nicht als freiwillig erteilt gilt, wenn die Erfüllung des Vertrags von der Einwilligung abhängig gemacht wird, ohne dass diese Einwilligung für die Erfüllung erforderlich ist.

296 Entwurf einer neuen Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, 9.12.2015, COM (2015) 634 final.

297 Die Richtlinie erfasst zwar nur Fälle, in denen der Verbraucher dem Anbieter aktiv seinen Namen, seine E-Mail-Adresse oder sein Foto im Rahmen einer Registrierung überlässt, vgl. *Graf von Westphalen*, EuZW 2017, 373, 376. Diese Einschränkung dient jedoch nur der Begrenzung des Anwendungsbereichs der Richtlinie; an der grundsätzlichen Wertungsentscheidung, dass auch die Hergabe von Daten eine Gegenleistung darstellen soll, ändert sich nichts.

298 *Graef*, W. Comp. 2015, 473.

der Nutzer darin sehen, dass sie ihre Werbeaufmerksamkeit der Plattform zur Verfügung stellen.²⁹⁹

Aufmerksamkeit erscheint *prima facie* eine taugliche Gegenleistung zu sein, da manche Anbieter statt eines werbefinanzierten ein gebührenfinanziertes Modell verfolgen (z.B. werbefinanziertes Fernsehen und Pay-TV). Während der Nutzer einmal einen Preis in Geld bezahlt, entrichtet er im anderen Fall einen Teil seiner Zeit bzw. Aufmerksamkeit als Gegenleistung, um die Leistung zu erhalten.³⁰⁰ Die Aufmerksamkeit ist hierbei das Äquivalent zur Geldleistung, sodass ihr Wert durch den Vergleich sogar ermittelbar ist.

Das bloß passive „Ertragen“ von Werbung erscheint aber als Gegenleistung wenig greifbar. Der Nutzer wird dabei nicht aktiv tätig und drückt seinen Willen zum Wahrnehmen der Werbung auch nicht aus. Betrachtete man Werbeaufmerksamkeit als taugliche Gegenleistung, würde bereits das Entlanglaufen einer Straße in vielen Fällen als Marktgeschehen einzuordnen sein, wenn ein Verbraucher Werbung auf Werbetafeln, Gebäuden oder Plakaten wahrnimmt. Wegen der Allgegenwart von Werbung im modernen Leben stünde der Verbraucher permanent in einer Marktbeziehung, ohne den Willen bekundet zu haben, sich darauf einzulassen.³⁰¹ Insofern kann schwerlich von einem Austauschverhältnis die Rede sein, in dem beide Parteien etwas hergeben.

Auch das BKartA führt in *Facebook* aus, dass ein „Markt für Zeit“ – wie er von Facebook vorgeschlagen wurde – abzulehnen ist. Erstens komme dieser im Ergebnis einem Werbemarkt gleich. Dies ist jedoch wiederum ein entgeltlicher Markt, was dem Sinn und Zweck des § 18 Abs. 2a GWB nicht gerecht werde. Zweitens sei ein „Markt für Zeit“ einem „Markt für das Einkommen“ für entgeltliche Leistungen gleichzusetzen. In diesem „Markt für das Einkommen“ würden alle Unternehmen um das Einkommen der Nachfrager konkurrieren. Solch ein Markt grenzt die Kartellrechtspraxis hingegen gerade nicht ab – stattdessen werden Märkte für unterschiedliche Produkte je nach Funktionalität abgegrenzt. Dies gelte entsprechend für unentgeltliche Produkte.³⁰²

299 Vgl. *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555, 559.

300 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 39; *Dewenter/Rösch/Terschüren*, NZKart 2014, 387, 389.

301 Deswegen grenzt die Kommission zurecht nur Märkte für den Verkauf von Werbefläche ab, nicht für die Wahrnehmung derselben, vgl. Kommission, 09.01.2014, M.7023, Rn. 89 ff. – *Publicis/Omnicon*.

302 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 246 – *Facebook*.

Aufmerksamkeit erscheint damit nicht als geeignete Gegenleistung, um ein Marktgeschehen zu begründen. Festzuhalten ist somit, dass diese Ansicht das Vorliegen eines Marktgeschehens nur bejaht, wenn eine Gegenleistung in Geld oder sonstiger Form vorliegt. Daten könnten eine solche nicht-monetäre Gegenleistung darstellen, Werbeaufmerksamkeit hingegen nicht.

4. Wirtschaftliche Tätigkeit

a) Die Ansicht der herrschenden Meinung

Die letzte und herrschende Ansicht stellt für das Vorliegen eines Marktes darauf ab, ob das Unternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Die Bundesregierung stellte in der Begründung zur 9. GWB-Novelle fest:

„Werden unentgeltliche Leistungen aus nicht-wirtschaftlichen Motiven angeboten, ohne Teil einer zumindest mittelbar oder längerfristig auf Erwerbszwecke angelegten Strategie zu sein, [liegt kein Markt vor]. Das kann beispielsweise bei der Vergabe von privaten Stipendien der Fall sein.“³⁰³

Die Literatur folgt größtenteils dieser Vorgabe.³⁰⁴ Ein „verlagertes Entgelt“ sollte erfasst sein, wenn eine Nutzergruppe eine andere mit finanziert, sowie ein „aufgeschobenes Entgelt“, das vorliegt, wenn ein Angebot zunächst unentgeltlich und erst nach einer gewissen Marktdurchdringung entgeltlich angeboten wird. Auch nicht-mehrseitige, spendenfinanzierte Dienste wie Wikipedia könnten in einen entgeltlichen Markt für Nachschlagewerke einbezogen werden, sofern die Erwerbsabsicht auf Spenderlöse gerichtet ist.³⁰⁵

Entscheidend ist die Erkenntnis, dass ein Angebot kostenlos und trotzdem Teil eines wirtschaftlichen Geschäftsmodells sein kann, insbesondere wenn eine Querfinanzierung der Plattformseiten stattfindet.³⁰⁶ Der Erwerbszweck wird auf diese Weise Teil des Marktbegriffs.³⁰⁷ Der Begriff der

303 Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 51 f.

304 Siehe zum Überblick sowie als Beispiel *Brinkmann*, Marktmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 128 ff.

305 *Pohlmann/Wismann*, WuW 2017, 257.

306 *Holzweber*, Der Marktmarkttransfer bei digitalen Plattformen, 78 f.

307 *Pohlmann/Wismann*, WuW 2017, 257; *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555, 557.

Unentgeltlichkeit müsste *Esser/Höft* zufolge dafür teleologisch reduziert werden: ein Markt könnte nur dann vorliegen, wenn zwar kein direktes, aber ein verlagertes oder aufgeschobenes Entgelt gezahlt wird, sodass insgesamt ein kommerzielles Angebot vorliegt.³⁰⁸ Auch *Thomas* spricht von einer „konditional mit der marktrelevanten Tätigkeit verbundene[n] Gegenleistung“.³⁰⁹

Das BKartA versteht den Marktbegriff ähnlich wie die Bundesregierung:

*„Es erscheint für die Behandlung von Internet-Plattformen sinnvoll, eine Nutzerseite, von der die Plattform keine Gegenleistung in Geld verlangt, dann als Marktleistung im Sinne des GWB anzusehen, wenn sie mit einer zahlungspflichtigen Nutzerseite verknüpft ist. Maßgeblich hierfür ist die Erwägung, dass auch zwischen den [Plattformseiten] über indirekte Netzwerkeffekte ein enger Zusammenhang besteht und ein einheitlicher Erwerbzzweck der Tätigkeit anzunehmen ist.“*³¹⁰

Das Amt fordert damit einen einheitlichen Erwerbzzweck der Plattform sowie eine Verknüpfung des unentgeltlichen Marktes mit einem entgeltlichen Markt.

Das Bundeskartellamt hat in der oben besprochenen Entscheidung *VG Media/Google* angedeutet, dass zwei Willenserklärungen erforderlich sind, damit ein Markt vorliegt.³¹¹ Möglicherweise sieht das Amt demnach den einheitlichen Erwerbzzweck und das Vorliegen von Willenserklärungen als kumulative Voraussetzungen für das Vorliegen eines Marktes an. Eine Ausnahme soll gelten, wenn Allgemeingüter in Anspruch genommen werden.

Die Bundesregierung hat in der Begründung zur 9. GWB-Novelle für das Vorliegen eines Marktes gefordert, dass ein nicht-monetäres Entgelt vorliegt.³¹² Hier ist ebenfalls denkbar, dass diese Voraussetzung als kumulativ neben der Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit angesehen wird.

Die Europäische Kommission fordert ebenfalls das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit. In *Google Shopping* stellte sie klar, dass die Unentgeltlichkeit eines Angebots nichts daran ändert, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen kann. Die Unentgeltlichkeit sei lediglich ein Faktor,

308 *Esser/Höft*, NZKart 2017, 259, 262.

309 *Thomas*, NZKart 2017, 92, 93.

310 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 83 – *Online-Dating-Plattformen*. Siehe auch BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 241 – *Facebook*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 41.

311 Siehe oben Kapitel 3 A.II.1.a).

312 Siehe oben Kapitel 3 A.II.3.

der bei der Marktmachtbestimmung Berücksichtigung finden müsse.³¹³ Da die Kommission dies am Anfang des Abschnitts der Entscheidung zur Marktabgrenzung erörtert, ist davon auszugehen, dass die Kommission das Vorliegen einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“ als hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen eines Marktes betrachtet. Im Fall wird das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit damit begründet, dass die Nutzer mit ihren Daten zu dem zweiseitigen, werbefinanzierten Geschäftsmodell beitragen und dass es neben dem Preis andere Wettbewerbsparameter zwischen Suchmaschinen gebe, wie die Relevanz und Geschwindigkeit der Suchergebnisse.³¹⁴

b) Marktbeginn und Unternehmensbeginn

Der Marktbeginn wird von der h. M. in die Nähe eines anderen Rechtsbegriffs gerückt, dem des Unternehmens. Nur Unternehmen sind Adressaten der kartellrechtlichen Vorschriften wie Art. 101, 102 AEUV, §§ 1, 18, 19 GWB. Ein Unternehmen ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit.³¹⁵

Der Marktbeginn und der Unternehmensbeginn überschneiden sich somit dahingehend, dass für beide eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen muss. Liegt ein Unternehmen vor, liegt auch ein Markt vor.³¹⁶

Das Vorliegen eines Unternehmens ist aber üblicherweise eine Vorfrage der Prüfung der Missbrauchs- und Kartellverbote sowie der Fusionskontrolle, da es sonst am Normadressaten fehlt und der persönliche Anwen-

313 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 152, 321 – *Google Shopping*.

314 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 158 ff. – *Google Shopping*. Die Kommission geht von einer zweiseitigen Plattform aus, obwohl die Plattform nicht nur aus den Werbenden und den Nutzern besteht. Unverzichtbar für das Geschäftsmodell sind außerdem die Webseitenbetreiber, deren Inhalte in den organischen Suchergebnissen angezeigt werden. Bestünden die Suchergebnisse nur aus bezahlten Werbeanzeigen, hätten die Nutzer an einer Suchmaschine wahrscheinlich wenig Interesse.

315 *Herrmann*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 955; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 1 GWB, Rn. 31. Zur Rspr. s. BGH, 19.09.1974, KZR 14/73, NJW 1974, 2236; BGH, 06.11.1972, KRB 1/72, NJW 1973, 94, 95; BGH, 26.10.1961, KZR 1/61, NJW 1962, 196, 200; EuGH, 19.02.2002, C-309/99, WRP 2002, 405, Rn. 46 – *Wouters*; EuGH, 23.04.1991, C-41/90, NJW 1991, 2891 – *Höfner und Elser/Macrotron*.

316 Vgl. *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555, 558.

dungsbereich der Normen nicht eröffnet ist.³¹⁷ Liegt kein Erwerbszweck vor, so liegt auch kein Unternehmen vor, und die Frage des Vorliegens eines Marktes stellt sich nicht. Liegt hingegen ein Unternehmen vor, so muss zwangsläufig eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen, was wiederum bedeuten würde, dass nach der Definition der Regierungsbegründung und des BKartA auch ein Markt vorliegt. Das Kriterium der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ würde demnach keine neuen Abgrenzungsmöglichkeiten bieten, da ohnehin jedes Unternehmen in einem Markt tätig ist. Es wäre nicht möglich, dass das Vorliegen eines unentgeltlichen Marktes abgelehnt wird, obwohl ein Unternehmen handelt. Das Kriterium würde schlicht doppelt geprüft werden. Bereits aus diesem Grund ist die Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit nicht geeignet, um das Vorliegen eines unentgeltlichen Marktes zu begründen.

Darüber hinaus definiert die der EuGH die wirtschaftliche Tätigkeit als jede Tätigkeit, die darin besteht, „Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt“ anzubieten.³¹⁸ Das Vorliegen eines Marktes muss mithin bereits im Unternehmensbegriff festgestellt werden. Wird aber wie in dem Regierungsentwurf das Vorliegen eines Marktes mit dem Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit begründet, kommt es im Rahmen des Marktbegriffs zu einem Zirkelschluss: ein Markt liegt vor, weil eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, weil Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Das Vorliegen eines Marktes kann daher nicht davon abhängen, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Vielmehr ist das Bestehen eines Marktes eine Voraussetzung dafür, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Der Marktbegriff muss demnach eine eigenständige Bedeutung haben. Er kann sich nicht darin erschöpfen, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit erforderlich ist. Es muss daher andere Kriterien geben, anhand derer das Vorliegen eines Marktes festgestellt werden kann. Daraus folgt, dass andere Kriterien gefunden werden müssen, um das Vorliegen eines unentgeltlichen Marktes festzustellen.

Im Übrigen ist der Marktbegriff auch insofern vom Unternehmensbegriff zu trennen, als hier nicht die Frage beantwortet wird, ob ein Unternehmen auch dann vorliegen kann, wenn Leistungen unentgeltlich er-

317 Herrmann, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 946.

318 EuGH, 24.10.2002, C-82/01 P, Slg. 2002, I-9297, Rn. 79 – *Aéroports de Paris*; EuGH, 18.6.1998, C-35/96, Slg. 1998, I-3851, Rn. 36 m.w.N. – *Kommission/Italienische Republik*. Vgl. für die deutsche Rspr., die auf den Zusatz „Markt“ verzichtet, BGH, 14.03.1990, KVR 4/88, BGHZ 110, 371 = GRUR 1990, 702, Rn. 35 m.w.N. – *Sportübertragungen*.

bracht werden.³¹⁹ Diese Frage stellt sich zum Beispiel bei gemeinnützigen Stiftungen. Das Vorliegen eines Unternehmens ist jedoch eine der Marktbeherrschung vorgelagerte Vorfrage.

Festzuhalten ist, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht zur Eingrenzung des Marktbegriffs beitragen kann.

5. Offener Marktbegriff

Podszun/Franz vertreten einen „offenen Marktbegriff“³²⁰. Der Markt sei eine „Organisationsform des Gütertauschs“. Er entstehe durch Transaktionen und stelle ein soziales Netzwerk von Akteuren dar, die innerhalb einer bestimmten Ordnung knappe Ressourcen neu verteilen. Diese Definition gestalte den Marktbegriff „autonom, offen und dynamisch“.³²¹ Zudem solle der Marktbegriff sich nicht an dem Zweck der Marktmachtbestimmung – der Ermittlung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung – orientieren, sondern autonom und unabhängig davon bestehen.³²¹ Der offene Marktbegriff wird jedoch derart „offen“, dass er eine ausufernd große Anzahl an sozialen Interaktionen erfasst. Erfasst wäre beispielsweise auch eine Auslobung, in der ein Gewinn zufällig an einen Teilnehmer ausgelost wird. Unter den Teilnehmern findet kein Wettbewerb statt – es gewinnt schlicht der, der Glück hat. Das zeigt eine Schwachstelle dieses Begriffs: wird der Marktbegriff „autonom“ definiert, fehlt ihm notwendigerweise der Bezug zum Wettbewerb und damit zum Kartellrecht. Doch erst wenn die Schutzfunktion des Kartellrechts – der Schutz des freien Wettbewerbs³²² – aktiviert ist, sollte auch ein Grund zum Eingreifen bestehen. Aus dieser Perspektive muss auch der Marktbegriff betrachtet werden.

Ein autonomes Verständnis des Marktbegriffs ist damit abzulehnen. Der Marktbegriff sollte sich vielmehr perspektivisch an dem Wettbewerbschutz orientieren.

319 Siehe hierzu OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets* (2018), 17 ff.

320 *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 125. Zustimmung *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 132.

321 Siehe auch *Podszun*, in: Di Porto/*Podszun*, *Abusive Practices in Competition Law*, 68 ff.

322 *Immenga/Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht*, Einl., Rn. 30; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Recht der EU*, Art. 102 AEUV, Rn. 6.

6. Autonome Auswahlentscheidung

Diese Perspektive nimmt der BGH ein. In einer Entscheidung über die Fusion von Krankenhäusern und dem Markt für stationäre Krankenhausbehandlung äußerte er sich zu unentgeltlichen Märkten. Es stand zur Frage, ob ein Markt deswegen nicht vorlag, weil gesetzlich versicherte Patienten dem Krankenhaus nicht persönlich zur Zahlung verpflichtet sind. Schuldner waren vielmehr die Krankenkassen. Zwischen den Krankenhäusern und den Patienten lag mithin ein unentgeltlicher Markt vor.³²³

Der BGH verwarf diese Argumentation. Das Vorliegen eines Marktes setze nicht voraus, dass es die Leistungsempfänger sind, die das Entgelt bezahlen. Es reiche aus, dass die Leistungsempfänger eine *autonome Auswahlentscheidung* unter mehreren konkurrierenden Leistungserbringern treffen, die wettbewerbliche Handlungsspielräume haben. Der Zweck der Fusionskontrolle, Verschlechterungen der Marktstruktur durch die Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen zu verhindern, gebiete es, die §§ 35 ff. GWB auch auf derartige Märkte anzuwenden. Wettbewerbsstrukturen seien dort nicht weniger schutzwürdig als im Regelfall, in dem der Nachfrager, der eine Ware oder Dienstleistung auswählt, sie auch bezahlen muss.³²⁴ Außerdem bemerkte der BGH, dass der Fusionskontrolle Zusammenschlüsse nur insoweit unterliegen, als sie sich auf einen Markt beziehen, der Wettbewerbskräften unterworfen ist.³²⁵ Damit fordert der BGH deutlich einen Wettbewerbsbezug im Marktbegriff.

Nicht nachvollziehbar ist jedoch, dass der BGH eine autonome Auswahlentscheidung fordert. Eine Auswahlentscheidung ist nicht autonom, wenn sie fremdbestimmt ist und beispielsweise unter Zwang getroffen wird. Doch gerade wenn ein Unternehmen seinen Markt beherrscht und die Abnehmer auf seine Produkte angewiesen sind, kann die Auswahlentscheidung unter faktischen Zwang zustande gekommen sein. Dann ist die Entscheidung nicht autonom, doch gerade hier besteht ein Schutzbedürfnis. Weshalb sollten gerade vermachtete Märkte aus dem Marktbegriff herausfallen? In dieser Hinsicht ist dem BGH nicht zu folgen.

323 BGH, 16.01.2008, KVR 26/07, WRP 2008, 1242, Rn. 22 ff. – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*.

324 BGH, 16.01.2008, KVR 26/07, WRP 2008, 1242, Rn. 33 – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*.

325 BGH, 16.01.2008, KVR 26/07, WRP 2008, 1242, Rn. 22 – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*.

7. Teleologisches Verständnis: Orientierung am Wettbewerbsbegriff

Im Übrigen jedoch ist das von dem BGH angedeutete teleologische Verständnis des Marktbegriffs vorzugswürdig. Danach liegt ein Markt immer dort vor, wo auch Wettbewerb stattfindet. Konkurrieren mehrere Personen um ein knappes Gut, stehen sie im Wettbewerb untereinander und sind Teilnehmer eines Marktes.³²⁶

Hierfür spricht eine teleologische Auslegung des Marktbegriffs. Der Sinn und Zweck der Vorschriften des GWB besteht im Schutz der Privatautonomie und im Schutz des freien Wettbewerbs.³²⁷ Podszun/Franz verstehen unter dem teleologischen Marktbe­griff jedoch – unter Verweis auf Möschel – einen „normativen Zweckbegriff“. Demnach diene die Markt­abgrenzung der Marktmachtbestimmung. Mithin müsse der Marktbe­griff sich an der Marktmachtbestimmung orientieren.³²⁸ Die teleologische Auslegung betrifft jedoch den telos des Gesetzes, das es auszulegen gilt, nicht den Zweck der Methode, der mit der Markt­abgrenzung als Instrument der Marktmachtbestimmung verfolgt wird.

Daher sollte, sofern ein Geschehen den Wettbewerbsschutz als telos be­rührt, das GWB anwendbar sein. Wird jedoch kein Markt abgegrenzt, kann auch keine marktbeherrschende Stellung vorliegen, was die Anwen­dung des Missbrauchsverbots in § 19 GWB unmöglich macht.

Lediglich in dem Fall, in dem bei einer mehrseitigen Plattform ein Markt auf einer anderen Plattformseite vorliegt, bliebe § 19 GWB trotzdem anwendbar. Dann müsste jedoch auch auf jenem Markt eine beherrschende Stellung vorliegen. Fehlt diese in jenem Markt, während sie hypothe­tisch auf einer anderen Plattformseite vorliegt, wird auf diesem zweiten Markt das Kartellrecht seiner Anwendbarkeit beraubt.

Auch die Untersagung eines Zusammenschlusses gemäß § 36 Abs. 1 S. 1 GWB wird schwieriger, wenn nicht das Regelbeispiel der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen werden kann. Wo kein Markt vorliegt, findet auch schwerlich eine kartellrechtliche Kontrolle statt. Rechtsschutz gegen den Missbrauch von wirtschaftlichen Machtpo­sitionen ist dann zumindest nach den Normen des Kartellrechts nicht mög­lich. Der Markt ist somit in gewisser Weise das Einfallstor in das Kartell-

326 Volmar, WRP 2019, 582, 586 ff.

327 Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Einl., Rn. 30; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV, Rn. 6.

328 Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 65; Podszun/Franz, NZKart 2015, 121, 125.

recht. Liegt kein Markt vor, würden viele Bereiche des digitalen Wirtschaftslebens zu einem kartellrechtsfreien Raum, obwohl gerade auf diesen Märkten häufig Daten gespeichert und verarbeitet werden, die für viele Internetplattformen eine wirtschaftlich zentrale Rolle spielen.³²⁹

Fehlt eine Marktbeziehung, verbleibt als *ultima ratio* nur die Möglichkeit, eine marktbeherrschende Stellung auf einer anderen Plattformseite anzunehmen, die sich in der Beziehung, die keinen Markt darstellt, als Missbrauch auswirkt.³³⁰ Auch ein solches marktübergreifendes Verhalten kann einen Missbrauch gemäß § 19 GWB darstellen. Dies ist jedoch erstens an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft³³¹ und zweitens fehlt der kartellrechtliche Schutz trotzdem, wenn auf der anderen Plattformseite keine marktbeherrschende Stellung vorliegt.³³² Diese Möglichkeit schützt damit die von einem Missbrauch Betroffenen nicht umfassend. Für ein hohes Schutzniveau der betroffenen Unternehmen spricht daher weiterhin ein weites Verständnis des Marktbegriffs.

Für das teleologische Verständnis spricht weiterhin der grundrechtliche Rahmen, der das Kartellrecht bedingt. Das Kartellrecht ist erforderlich, um die Grundrechte der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG sowie der Wettbewerbsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG zu gewährleisten.³³³ Sobald der Schutzbereich dieser Grundrechte eröffnet ist, d.h. unter anderem, sobald die Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigt sein könnte, obliegt dem Gesetzgeber in gewissem Umfang eine Schutzpflicht.³³⁴ Insofern sollte ein Markt-begriff mit Wettbewerbsbezug zugrunde gelegt werden. Eine Auslegung des Markt-begriffs, der Berührungspunkte der Wettbewerbsfreiheit ausklammert, würde Art. 12 Abs. 1 GG widersprechen.

Diese Auslegung des Markt-begriffs bedeutet jedoch nicht, dass jeglicher Wettbewerb von nun an Gegenstand des Kartellrechts wäre. Die Normen des Kartellrechts sind weiterhin nur anwendbar, wenn ein Unternehmen wirtschaftlich tätig wird. Dies ergibt sich jedoch bereits aus dem Unternehmenskriterium in den kartellrechtlichen Normen und nicht aus dem

329 Siehe dazu ausführlich unten Kapitel 4 B.I.1.a)bb).

330 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 75.

331 Siehe zu den Voraussetzungen der Tetra-Pak-Rspr. unten Kapitel 4 B.I.2.b)bb).

332 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 75 f.

333 Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2, Rn. 116; *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2 f.

334 *Epping*, Grundrechte, 58 ff.

Marktbegriff.³³⁵ Andere Formen des Wettbewerbs, wie sportlicher Wettkampf oder der Meinungswettbewerb, werden nicht erfasst.

Allerdings spricht auf den ersten Blick gegen diesen Marktbegriff, dass – ebenso wie im Begriff des BGH – monopolisierte Märkte aus dem Konzept herausfallen, da auf ihnen *prima facie* kein Wettbewerb stattfindet. Gerade diese Märkte, in denen das Schutzbedürfnis besonders hoch ist, würden vom Schutzbereich des Kartellrechts ausgenommen. Diese Kritik legt jedoch einen zu engen Wettbewerbsbegriff zugrunde. Ein essentieller Teil des Wettbewerbs findet nicht aktuell statt, sondern geht von potentiellen Wettbewerbern aus, die durch ihren drohenden Markteintritt Wettbewerbsdruck auf den Markt ausüben. Auch ein Monopolist ist diesem Wettbewerbsdruck stets ausgesetzt. Solange Wettbewerb *möglich* bleibt, liegt daher nach dem teleologischen Marktbegriff ein Markt vor. Ein Markt kann damit auch vorliegen, wenn aktuell lediglich ein Unternehmen ein Produkt anbietet. Monopolisierte Märkte werden somit nicht vom teleologischen Marktbegriff ausgeschlossen.³³⁶

Der Begriff des potentiellen Wettbewerbs zeigt, dass mit dem teleologischen Marktbegriff die Frage nach dem Vorliegen eines Marktes auf die Frage verlagert wird, was Wettbewerb ist – eine Frage, die nicht abschließend beantwortet ist. Insofern ist diese Definitionsverschiebung nicht unproblematisch. Gleichzeitig ist jedoch das Konzept des *Leistungswettbewerbs* in der Rspr. des EuGH üblich und häufig sogar zentral.³³⁷ Anhand dieser Rspr., die primär mittels Negativbeispielen den Begriff des Leistungswettbewerbs abgrenzt, kann der teleologische Marktbegriff konkretisiert werden.³³⁸ Auch das US-amerikanische Antitrust Law hat ein eigenes Verständnis im negativen Sinne von dem Wettbewerbsbegriff, wie es z.B. in der Grundsatzentscheidung *Grinnell* des Supreme Court zum Ausdruck kommt: demzufolge ist die Monopolisierung eines Marktes verboten, wenn Marktmacht anders als auf dem Wege der Herstellung eines höherwertigen Produkts, aufgrund besonderen Geschäftssinns oder historischen Zufalls erlangt oder aufrechterhalten wird.³³⁹ Insbesondere mit dem Verweis auf die Herstellung eines höherwertigen Produkts und den besonde-

335 Vgl. oben Kapitel 3 A.II.4.b).

336 *Volmar*, WRP 2019, 582, 586.

337 Vgl. EuGH, 06.09.2017 – C-413/14 P, EuZW 2017, 850, Rn. 134 ff. – *Intel*; EuGH, 27.03.2012 – C-209/10, EuZW 2012, 540, Rn. 22 ff. – *Post Danmark*. Vgl. dazu *Letil*, WRP 2018, 652, 653 f.

338 *Volmar*, WRP 2019, 582, 586.

339 *U.S. v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966). Siehe auch *Volmar*, WRP 2019, 582, 586.

ren Geschäftssinn umschreibt der Supreme Court sein Konzept des Leistungswettbewerbs.

Somit bedarf zwar der Wettbewerbsbegriff – bereits aufgrund seiner zentralen Bedeutung für jeden kartellrechtlichen Sachverhalt – einiger Konkretisierung, für die es jedoch bereits ein Fundament in der Rspr. gibt.

Der teleologische Markt-begriff ist außerdem in folgenden Punkten gegenüber den anderen Ansichten vorzugswürdig:

Erfasst werden damit auch Leistungen ohne Gegenleistung, sofern um diese Leistungen ein Wettbewerb stattfindet. Es kann auch um Schenkungen Wettbewerb stattfinden, wie zum Beispiel um Stipendien einer Stiftung. Hier konkurrieren die Bewerber um ein knappes Angebot, wie auf anderen Märkten die Käufer um ein knappes Gut. Auch um Blutspenden konkurrieren verschiedene Nachfrager.³⁴⁰ Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Formen des Wettbewerbs nicht von den kartellrechtlichen Normen erfasst werden sollten.³⁴¹ Die Entgeltlichkeit wäre stattdessen ein Kriterium, das bestimmte Wirtschaftsbeziehungen ausschließt, ohne dass dafür aus wettbewerblicher Sicht ein Grund bestünde.

Entsprechendes gilt für das Erfordernis der zweifachen Willenserklärungen. Hier wird ein rechtliches Verständnis des Marktes vertreten, das sich nicht an den tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen orientiert. Das Vorliegen einer Willenserklärung kann gerade im Internet problematisch sein und dies würde ein Einfallstor dafür liefern, Märkte dem Kartellrecht zu entziehen, obwohl sie für den Wettbewerb relevant sind.

Diese Wettbewerbsrelevanz lässt sich anhand des Falles *VG Media/Google* illustrieren, in dem das BKartA zwei Willenserklärungen forderte, damit ein Markt vorliegt: In dem Fall verlangte Google von der VG Media einen Verzicht auf die Vergütung, auf welche die VG Media nach dem Leistungsschutzrecht Anspruch erhob. Aufgrund dieses Verzichts handelte es sich um einen Markt, in dem kein Preis gezahlt wurde.³⁴² Gegenstand des Falles war es jedoch gerade, ob es gerechtfertigt war, diesen Nullpreis zu fordern. Google wurde vorgeworfen, den Nullpreis von der VG Media mittels seiner Marktmacht zu erzwingen. Der Fall zeigt, dass ein Preis von null das Ergebnis eines Marktmachtmissbrauchs sein kann, wenn der Preis durch

340 Vgl. OLG Jena, 27.09.2006, 2 U 60/06, Rn. 11 f. – *Blutspende*. Das Sammeln und Verkaufen der Blutspenden wurde in einem Markt zusammengefasst. Da der Verkauf eine Gegenleistung erfordert, liegt zumindest in dieser Hinsicht jedenfalls eine entgeltliche Austauschbeziehung vor.

341 Ähnlich *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 132.

342 Für den Sachverhalt des Falls siehe oben Kapitel 3 A.II.1.a).

einen Preissmissbrauch entstand. Dann wegen der Unentgeltlichkeit der Leistung das Vorliegen eines Marktes zu verneinen, hieße, jeden Preissmissbrauch, der in einem Preis von null endet, zu erlauben. Abnehmer könnten dann stets von ihren Lieferanten einen Preis von null verlangen, um kartellrechtlicher Kontrolle zu entgehen. Das Kartellrecht würde sich so dort seiner Kompetenzen berauben, wo sie am meisten vonnöten sind.³⁴³

Das Verhalten Googles schadet dabei nicht nur unmittelbar den Inhalteanbietern als Lieferanten der Snippets, indem sie keine Vergütung erhalten. Darüber hinaus kann auch der Wettbewerb zwischen den Inhalteanbietern verzerrt werden: Ob ein Snippet an einer hohen oder niedrigen Stelle in der Suchergebnisliste erscheint, entscheidet darüber, wie viele Leser diesen Artikel ansehen werden. Es wird also darüber entschieden, welche Zeitung besonders viele Leser anzieht. Bevorzugt Google eine Zeitung gegenüber anderen, kann dies den Wettbewerb zwischen den Online-Zeitungen verfälschen.³⁴⁴ Das könnte einen Diskriminierungsmissbrauch im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. Art. 102 S. 2 lit. c AEUV darstellen. Die Beziehung zwischen den Zeitungen und den Verteilern wie Google muss der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen, um den unverfälschten Leistungswettbewerb auf dem nachgelagerten Markt, auf dem die Online-Zeitungen um ihre Leser konkurrieren, zu gewährleisten.

Suchmaschinen können in ihrer Verteilerposition zwischen Nutzern und Inhalteanbietern einen erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb in den nachgelagerten Märkten ausüben. So hat die FTC in ihrem Verfahren zu Googles Suchalgorithmus bereits anerkannt, dass Google durch die Herabstufung von anderen Shopping-Webseiten Konkurrenten im Suchmaschinen- und Vergleichsgeschäft schädigte.³⁴⁵ Auch die Kommission hat in *Google Shopping* entschieden, dass die Anzahl der Besucher, die über eine Suchmaschine die Webseite eines Inhalteanbieters erreichen, eine große Rolle dafür spielt, ob der Inhalteanbieter wirtschaftlich arbeiten kann. Die Herabstufung der Ergebnisse von konkurrierenden Shopping-Vergleichsseiten sah die Kommission deswegen als Behinderungsmissbrauch an.³⁴⁶

343 So auch *Volmar*, WRP 2019, 582 ff.

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

345 FTC, 03.01.2013, File No. 111-0163, 2 f. – *Google's Search Practices*.

346 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 444 ff. – *Google Shopping*. Zu beachten ist, dass die Kommission keinen Markt für diese Verteilerfunktion abgrenzte, sondern einen Markt für die allgemeine Internetsuche.

Zusammenfassend ist die unentgeltliche Beziehung zwischen Inhabern und der Suchmaschine für den Wettbewerb unter den Inhabern relevant und sollte daher ein Marktgeschehen darstellen. Es würde dem telos des GWB zuwiderlaufen, mit dem BKartA das Vorliegen eines Marktes mit der Begründung abzulehnen, dass möglicherweise keine Willenserklärungen vorliegen.

8. Zwischenfazit zu unentgeltlichen Märkten

Dieser Abschnitt hat den Begriff des unentgeltlichen Marktes konkretisiert. Wenn kein Preis in Geld gezahlt wird, stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien stattdessen über das Vorliegen eines Marktes entschieden werden soll. Hierzu wurden sechs Ansichten dargestellt. Eine Ansicht, die das BKartA in *VG Media/Google* angedeutet hat, stellt darauf ab, dass zwei Willenserklärungen im Sinne des BGB vorliegen. Im gleichen Verfahren deutete das Amt an, dass ein Markt außerdem dann nicht vorliegen sollte, wenn auf ein Allgemeingut zugegriffen wird. Eine weitere Ansicht fordert eine Gegenleistung, die nicht in Geld bestehen muss, sondern eine andere Form – z.B. Daten – annehmen kann. Die herrschende Meinung bejaht das Vorliegen eines Marktes, auch wenn kein Geld gezahlt wird, solange das Geschäftsmodell des Unternehmens insgesamt auf eine gewerbliche, wirtschaftliche Tätigkeit ausgerichtet ist. In der Literatur wurde außerdem ein offener Marktbegriff vertreten, der jedoch keinen Wettbewerbsbezug hat. Ebenjenes fordert aber der BGH samt dem Erfordernis einer „autonomen Auswahlentscheidung“. Diese sechs Ansichten sind jedoch abzulehnen. Vorzugswürdig ist stattdessen ein teleologischer Marktbegriff. Danach liegt ein Markt vor, obwohl kein Preis gezahlt wird, wenn verschiedene Marktteilnehmer um ein knappes Gut konkurrieren. Wo Wettbewerb stattfindet, liegt auch ein Markt vor.

III. Datenmärkte

1. Die Wettbewerbsrelevanz von Daten

Zu den speziellen unentgeltlichen Märkten gehören die Datenmärkte. Es stellt sich die Frage, ob auch hier ein Markt abgegrenzt werden sollte. Das wäre der Fall, wenn Unternehmen um Daten im Wettbewerb stehen.

Daten werden in den unterschiedlichsten Zusammenhängen ausgetauscht. Meist gibt der Nutzer einseitig seine Daten ab und erhält dafür eine Dienstleistung wie im Fall von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken. Insofern können Daten als Gegenleistung und somit als Teil eines Marktgeschehens betrachtet werden. Darüber hinaus diskutieren Stimmen in der Literatur aber auch „Datenmärkte“ und „Datenmacht“.³⁴⁷ Diese zwei Konzepte suggerieren, dass Daten nicht nur Teil eines Marktgeschehens sind, sondern der alleinige Gegenstand des Marktes sein sollen und aus sich heraus eine wirtschaftliche Machtposition begründen können. Wie im 19. Jahrhundert Großkonzerne wie Standard Oil den Rohstoff Öl kontrolliert haben, so sollen heutzutage datenverarbeitende Unternehmen wie Google und Facebook den neuen Rohstoff Daten kontrollieren und eine Datenmacht besitzen.³⁴⁸ Daher wird hier auf die Datenmärkte gesondert eingegangen.

Konkret können Daten auf unterschiedliche Weise im Wettbewerb relevant werden. Datenmacht kann bedeuten, dass Unternehmen, die einen großen Datenbestand kontrollieren, Wettbewerbern den Zugang dazu verweigern und damit einen Behinderungsmissbrauch verwirklichen. Diese Daten können für Wettbewerber in verschiedenster Weise kommerzielle Bedeutung haben. In zwei Fällen ging es darum, dass soziale Netzwerke den Zugang zu ihrem Datenbestand verweigerten, sodass Unternehmen diese nicht mehr analysieren und die Analyse als Produkt verkaufen konnten.³⁴⁹ In einem anderen Fall verweigerte die Deutsche Telekom AG den Anbietern auf dem nachgelagerten Markt für Telefonauskunftsleistungen Zugang zu ihrem Datenbestand. Dies wurde als Behinderungsmissbrauch eingeordnet.³⁵⁰

Darüber hinaus kann auch die Erhebung von Daten wettbewerbslich relevant sein. Um eine möglichst große Menge dieses neuen Rohstoffs zu erlangen, müssen Unternehmen möglichst viele Daten der Nutzer erheben und speichern. Diese Praxis war Gegenstand des Facebook-Verfahrens des BKartA: Facebook erhebt Daten von Internetnutzern auch dann, wenn diese nicht bei Facebook angemeldet sind und sich nicht auf der Webseite

347 Vgl. *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 43 (2018); *Graef*, W. Comp. 2015, 473, 492–494; *Harbour/Koslov*, 76 Antitrust L. J. 769, 785–786 (2010); *Körber*, NZKart 2016, 303; *Schweitzer/Peitz*, NJW 2018, 275, 277.

348 *Economist* v. 20.1.2018, S. 11 f., 21 ff.; *Wandtke*, MMR 2017, 6.

349 *HiQ Labs v LinkedIn*, Case No. 17-cv-03301-EMC (N.D. Cal. Aug. 14, 2017); *PeopleBrowsr v. Twitter*, No. C-12-6120 EMC (N.D. Cal. 2013).

350 OLG Düsseldorf, 8.6.2011, VI-U (Kart) 2/11 – *Deutsche Telekom*.

von Facebook befinden.³⁵¹ Auch wenn lediglich ein Facebook-Like-Button auf einer Drittwebseite implementiert ist, kann Facebook das Verhalten der Nutzer im Internet verfolgen. Das BKartA sieht hierin einen sogenannten Konditionenmissbrauch. Diese Art des Missbrauchs ist eine besondere Form der unangemessenen Geschäftsbedingungen und fällt dem BKartA zufolge unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB.³⁵² Die Geschäftsbedingungen sind danach missbräuchlich, wenn sie allgemeinen gesetzlichen Wertentscheidungen widersprechen.³⁵³ Zu diesen Wertentscheidungen gehört unter anderem die Inhaltskontrolle für Allgemeine Geschäftsbedingungen nach den §§ 307 ff. BGB.³⁵⁴ Das BKartA sieht in der Praxis von Facebook einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht und damit auch einen Verstoß gegen allgemeine gesetzliche Wertentscheidungen.³⁵⁵ Es soll demnach ein Ausbeutungsmissbrauch gegenüber den Nutzern von Facebook vorliegen.

2. Das Spannungsfeld zwischen Datenschutzrecht und Kartellrecht

Auf den ersten Blick sollte der Sachverhalt des Facebook-Verfahrens nicht von dem Kartellrecht, sondern vom Datenschutzrecht erfasst werden.³⁵⁶ Verstößt ein Verhalten gegen das Datenschutzrecht, sind in der Datenschutzgrundverordnung eigene Sanktionen vorgesehen. Art. 83 DSGVO erlaubt Geldbußen von bis zu 4% des Umsatzes. Diese Wertung des Datenschutzrechts wird unterlaufen, wenn eine kartellrechtliche Geldbuße das gleiche Verhalten mit einer Summe von bis zu 10% des Umsatzes bestraft, vgl. Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003.³⁵⁷ In *Facebook* erging zwar lediglich eine Abstellungsverfügung und keine Geldbuße.³⁵⁸ Damit stellt die Höhe der Bu-

351 Siehe für einen Überblick über die Entscheidung *Scharf*, E.C.L.R. 2019, 332.

352 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 523 – *Facebook*; vgl. dazu auch BGH, 06.11.2013, KZR 58/11, BGHZ 199, 1, Rn. 65 – *VBL-Gegenwert*; BGH, 06.11.1984, KVR 13/83, NJW 1986, 846, Rn. 23 – *Favorit*; BKartA, Hintergrundpapier zum Facebook-Verfahren (19.12.2017), 6.

353 BGH, 07.06.2016, KZR 6/15, BGHZ 210, 292, Rn. 48 – *Pechstein*.

354 BGH, 24.01.2017, KZR 47/14, NZKart 2017, 242, Rn. 35 – *VBL-Gegenwert II*.

355 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 914 – *Facebook*.

356 *Lettl*, WuW 2016, 214. Siehe ausführlich zur Problematik im Europäischen Recht EuGH, 05.10.1988, C-247/86, Rn. 10 – *Alsatel*; *Schneider*, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract., 213, 219 (2018); *Volmar/Helmdach*, Euro. Comp. J. 2018, 195, 205 ff.

357 *Colangelo/Maggiolino*, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 2017, 363, 367; *Franck*, ZWeR 2016, 137, 143, 153; *Körber*, NZKart 2016, 348, 353.

358 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 916 ff. – *Facebook*.

ßen in diesem Verfahren kein Hindernis dar, bleibt jedoch in theoretischer Hinsicht problematisch.

Erst wenn das fragliche Verhalten eine originär wettbewerbsschädigende Wirkung hat, die über den Datenschutzrechtsverstoß hinausgeht, würden die Wertungen des Kartellbußrechts greifen. Dann würden auch die Wertungen des Datenschutzrechts nicht mehr unterlaufen. Gerade in Fällen des Konditionenmissbrauchs wie *Facebook*, in denen bereits der Verstoß außerkartellrechtlicher Normen durch marktbeherrschende Unternehmen einen Missbrauch begründen kann, ist diese eigenständige wettbewerbliche Bedeutung des Verhaltens jedoch zweifelhaft.³⁵⁹

Darüber hinaus besteht die Gefahr widersprechender Entscheidungen. Die Datenschutzbehörden können ein Verhalten als rechtmäßig einstufen, während das BKartA es in seiner Inzidentprüfung als einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht einordnet.³⁶⁰

Ergehen zwei Entscheidungen, die dasselbe Verhalten betreffen, steht zudem im Raum, ob dies gegen das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 103 Abs. 3 GG verstößt. Dieser auch als *ne bis in idem* bekannte Grundsatz gilt auch für Ordnungswidrigkeiten im Sinne des GWB.³⁶¹ Als Ausprägung dieses Grundsatzes regelt § 84 OWiG, dass dieselbe Tat nicht mehr als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden darf, sobald ein Bußgeldbescheid rechtskräftig geworden ist oder ein Gericht über die Tat rechtskräftig entschieden hat.³⁶² § 84 OWiG ist jedoch nur anwendbar, wenn Verstöße gegen die DSGVO ebenso wie gemäß § 43 BDSG als Ordnungswidrigkeiten eingestuft werden.

Dabei ist außerdem zu beachten, dass die DSGVO auch jene Fälle erfasst, in denen ein marktmächtiges Unternehmen seine Stellung dazu ausnutzt, um besonders viele Daten zu erheben. Die DSGVO geht in ihrem 42. Erwägungsgrund davon aus, dass eine Einwilligung nur freiwillig ist, wenn der Nutzer eine echte oder freie Wahl hatte und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern, ohne Nachteile zu erleiden.³⁶³ Der 43.

359 So auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.8.2019, VI-Kart 1/19 (V), 7 ff.

360 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 201.

361 Dieser Grundsatz gilt auch im Unionsrecht, vgl. *Volmar/Helmdach*, Euro. Comp. J. 2018, 195, 210; EuGH, 10.5.2007, C-328/05 P, Rn. 18 ff. – *SGL Carbon/Kommission*; EuGH, 29.6.2006, C-289/04, Rn. 45 ff. – *Showa Denko/Kommission*; EuGH, 13.2.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1, Rn. 11 – *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*.

362 *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103 Abs. 3, Rn. 289.

363 Siehe dazu bereits oben Kapitel 3 A. II. 3. b).

Erwägungsgrund stellt fest, dass es bei einem klaren Ungleichgewicht zwischen den Parteien unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig abgegeben wurde.³⁶⁴ Die fehlenden Auswahlmöglichkeiten der Nutzer bzw. das Ungleichgewicht zwischen den Parteien sind Umschreibungen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Insofern erfassen sowohl die DSGVO als auch das Kartellrecht die Situation, dass ein Datenschutzmissbrauch durch die Marktmacht des Unternehmens ermöglicht wird.

Es bedarf daher einer klaren, systematischen Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete voneinander. Die Literatur fordert deswegen, dass das BKartA nur tätig werden dürfen soll, wenn das Verhalten einen Wettbewerbsbezug hat.³⁶⁵ Ein Wettbewerbsbezug könnte darin liegen, dass der Datenschutzverstoß auf der Marktmacht des Unternehmens beruht. Diese Kausalität ist ohnehin eine Voraussetzung für den Konditionenmissbrauch.³⁶⁶ Denkbar wäre es darüber hinaus, nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zu entscheiden, welches Rechtsgebiet zum Eingreifen berufen ist. Liegt der Schwerpunkt des Verhaltens in der Wettbewerbsstörung, ist das GWB anwendbar. Ist hingegen der Wettbewerbsvorteil durch die zusätzlichen Daten marginal und steht die Verletzung der informationellen Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG im Vordergrund, so sollte primär das Datenschutzrecht eingreifen.³⁶⁷

Auf dieses Grundrecht weist auch das BKartA im Facebook-Verfahren hin.³⁶⁸ Zwar trifft den Staat und damit grundsätzlich auch das BKartA eine Schutzpflicht hinsichtlich der Grundrechte.³⁶⁹ Da es mit dem Datenschutzrecht jedoch bereits ein nicht völlig ungeeignetes Schutzinstrument gibt, sind das Untermaßverbot und die Schutzpflicht nicht verletzt. Von den Grundrechten geht demnach weder eine Pflicht, noch eine Berechti-

364 *Kalimo/Majcher*, 42 Euro. L. Rev. 210, 222 (2017).

365 *Ellger*, WuW 2019, 446, 452; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 19 GWB, Rn. 192 ff.; *Vohmar/Helmdach*, Euro. Comp. J. 2018, 195, 211; *Rempe*, K&R 2017, 149, 151 f; *Telle*, WRP 2016, 814, 818.

366 BGH, 06.11.2013, KZR 58/11, BGHZ 199, 1, Rn. 65 – *VBL-Gegenwert*.

367 Vgl. *Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 2 GG, Rn. 16 ff.

368 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 526 ff. – *Facebook*.

369 *Costa-Cabral/Lynskey*, 54 C.M.L.R., 11 (2017); *Epping*, Grundrechte, Rn. 1035 f; *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 361 f; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 8 Rn. 10, Art. 51 Rn. 36 f; *Körber*, NZKart 2016, 348, 350.

gung zugunsten des BKartA hinsichtlich einer Regelung datenschutzrechtlicher Verstöße aus.

Im Facebook-Verfahren erschöpft sich der Schaden, der durch den Datenschutzrechtsverstoß verursacht wird, aber nicht in der Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Daten helfen Online-Plattformen, ihre Werbung besser auf die Nutzer auszurichten und tragen so mittelbar zu höheren Werbeeinnahmen bei. Große Datensätze sind allgemein erforderlich, damit eine künstliche Intelligenz maschinell lernen kann und damit in einem weit über die Werbung hinausgehenden Bereich relevant.³⁷⁰ Daten sind der Kern vieler Geschäftsmodelle der Unternehmen der Internetbranche und der zentrale Wettbewerbsfaktor.³⁷¹ Daten werden bereits wie andere Güter von sogenannten data brokers gehandelt.³⁷²

Speichert ein Unternehmen unangemessen viele Daten von seinen Nutzern, sind diese zwar durch das Datenschutzrecht ausreichend geschützt. Das Datenschutzrecht schützt jedoch nicht die Wettbewerber der datenverarbeitenden Unternehmen vor einer Beeinträchtigung des Wettbewerbsprozesses. Die Freiheit des Wettbewerbs wird jedoch ebenfalls betroffen, wenn ein Unternehmen wie Facebook die Daten seiner Nutzer speichert. Denn durch diese umfangreiche Speicherung kann das Unternehmen einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern erlangen, der für diese nicht mehr aufzuholen ist.³⁷³ Von einem großen Datenbestand gehen datenbedingte Größeneffekte aus.³⁷⁴ Zur Regelung dieses wettbewerblich relevanten Vorgangs ist aus teleologischer Sicht das Wettbewerbsrecht berufen. Daher sollte in dieser Beziehung ein Markt vorliegen.

Die Datenspeicherung durch Facebook ist insofern nicht nur als vertikaler Ausbeutungs- oder Konditionenmissbrauch zu betrachten, sondern als Verhalten, das sich auf der horizontalen Ebene auswirkt: es wird in vertikaler Hinsicht eine Ressource gesammelt, die auf horizontaler Ebene einen Wettbewerbsvorteil verschafft.

Insofern beeinflussen sich Datenschutz und Wettbewerb wechselseitig: schwacher Wettbewerb kann dazu führen, dass das Datenschutzniveau sinkt, wenn die Nutzer nur noch einen Anbieter kennen, der jede Einwilli-

370 *Surblyte*, WuW 2017, 120.

371 *Graef*, W. Comp. 2015, 473, 477 f.

372 Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 360 ff – *Google/DoubleClick*.

373 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 885 ff. – *Facebook.BKartA*, Hintergrundpapier zum Facebook-Verfahren (19.12.2017), 5.

374 Vgl. oben Kapitel 2 C. II.

gung von ihnen verlangen kann. Gleichzeitig führen schwache Datenschutzbestimmungen dazu, dass dominante Unternehmen mehr Daten erheben, dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen und so den Wettbewerb weiter schwächen können. Den ersten Konflikt kann das Datenschutzrecht regeln, während den zweiten Konflikt das Kartellrecht regeln sollte. Im wettbewerblich relevanten Erheben von Daten liegt gewissermaßen ein über den datenschutzrechtlichen Verstoß hinausgehender Unrechtsgehalt, der deswegen auch durch das Kartellrecht gesondert behandelt werden kann.

Der EuGH und die Kommission lehnen es ab, datenschutzrechtliche Gesichtspunkte in Kartellverfahren zu berücksichtigen.³⁷⁵ Die FTC betont ebenfalls, dass sie bei Fusionen nur prüft, ob sie den Wettbewerb – und nicht die Privatsphäre der Nutzer – beeinträchtigen.³⁷⁶ Datenschutz sei danach die Domäne des Datenschutzrechts – in der Union der DSGVO – nicht des Kartellrechts.³⁷⁷

Ein Beispiel für das Verhältnis von Datenschutz- und Kartellrecht aus der europäischen Rspr. bietet die Übernahme von WhatsApp durch Facebook. Die Kommission hatte den Zusammenschluss freigegeben, wobei sie allein wettbewerbliche Aspekte prüfte und darauf vertraute, dass Facebook die Datenbestände von WhatsApp aufgrund technischer Barrieren nicht verbinden könne, was Facebook im Verfahren angegeben hatte.³⁷⁸ Tatsächlich aber setzte Facebook ein solches technisch mögliches „matching“ der Datenbestände um, weshalb die Kommission wegen der Bereitstellung ir-

375 Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 10.05.2016, 23 ff.; EuGH, 23.11.2006, C-238/05, Rn. 63 – *Asnef-Equifax*; Kommission, 23.02.2016, M.7813, WuW 2016, 361, Rn. 70 – *Sanofi/Google/DMI JV*; Kommission, 09.01.2014, M.7023, Rn. 625 ff. – *Publicis/Omnicon*; Kommission, 04.09.2012, COMP/M.6314, Rn. 557 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*; Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 368 – *Google/DoubleClick*. Siehe zur europäischen Rechtslage insgesamt *Scharf*, ECLR 2019, 332 ff.; EuGH, 05.10.1988, C-247/86, Rn. 10 – *Asatel*; *Schneider*, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract., 213, 219 (2018); *Volmar/Helmdach*, Euro. Comp. J. 2018, 195, 205 ff. Die Lit. verweist insb. auf die Entscheidung *Allianz Hungária*, aus der sich schließen lassen könnte, dass datenschutzrechtliche Belange auch in Wettbewerbsachen Berücksichtigung finden könnten, siehe EuGH, Entscheidung v. 14.3.2013, C-32/11 – *Allianz Hungária*.

376 FTC, 20.12.2007, 071-0170, 2 – *Google/DoubleClick*.

377 Daneben wird der Verbraucher außerdem durch das Lauterkeitsrecht im UWG geschützt, vgl. *Bohne*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß.

378 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 181 ff – *Facebook/WhatsApp*.

reführender Informationen gegen Facebook ein Bußgeld verhängte.³⁷⁹ Daraufhin aktualisierte WhatsApp seine Nutzungsbestimmungen. Das VG Hamburg entschied danach, dass die neuen Bestimmungen gegen § 4a Abs. 1 BDSG verstoßen, weil keine wirksame Einwilligung vorlag. Aus der den Nutzern zur Verfügung gestellten Einwilligungserklärung war für diese nicht erkennbar, dass die Datenerhebung ausgeweitet wurde.³⁸⁰ Gerade bei dieser Kombination von Datenbeständen ist es denkbar, dass eine Einwilligung unfreiwillig abgegeben wird. Nutzte ein Verbraucher beispielsweise vor dem Zusammenschluss nur WhatsApp und nicht Facebook, und wird danach von WhatsApp aufgefordert, seine Einwilligung zur Datenweitergabe an Facebook abzugeben, kann er sich dazu gezwungen sehen, weil er andernfalls WhatsApp nicht weiter nutzen dürfte. Das könnte eine unfreiwillig abgegebene Einwilligung darstellen, insbesondere wenn der Nutzer bereits für den Zugang zu WhatsApp bezahlt hatte, was in einigen EU-Mitgliedsstaaten der Fall war.

Das zeigt, wie die datenschutzrechtliche Problematik erfolgreich durch das Datenschutzrecht gelöst wird, während die wirtschaftliche Freiheit der Parteien durch die Freigabe des Zusammenschlusses gewahrt wird. So werden Datenschutz und Wettbewerbsfreiheit gewährleistet, ohne dass die Kompetenzbereiche vermengt werden.

Das BKartA hat in *Facebook* zu diesen Problemen, insbesondere der Gefahr widersprechender Entscheidungen, dem Prinzip „ne bis in idem“ und der Umgehung von Bußgeldregelungen nicht Stellung genommen. Möglicherweise werden diese Punkte im Verfahren über die Beschwerde des Unternehmens gegen die Entscheidung beim OLG Düsseldorf relevant.³⁸¹

379 Kommission, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover, IP/17/1369; Kommission, Pressemitteilung vom 20.12.2016, Mergers: Commission alleges Facebook provided misleading information about WhatsApp takeover, IP/16/4473.

380 VG Hamburg, 24.04.2017, 13 E 5912/16, 28 ff. – *Facebook/Freie und Hansestadt Hamburg*.

381 Über die Beschwerde berichtete u.a. das Handelsblatt (15.2.2019), abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/wettbewerbshueter-facebook-geht-vor-gericht-gegen-bundeskartellamt-vor/23992898.html?ticket=ST-42501-efeYBVkhSU6kVMG5jEz2-ap2>.

3. Probleme bei der Abgrenzung von Datenmärkten

Besteht ein Grund dafür, das Kartellrecht anzuwenden, stellt sich die Frage nach der konkreten Abgrenzung von Datenmärkten. Die Abgrenzung von Datenmärkten steht jedoch im Fall von Nutzerdaten von Online-Plattformen vor großen Schwierigkeiten. Welche „Produkte“ wären in diesen Markt einzubeziehen? Grundsätzlich gehören diejenigen Produkte in einen Markt, die aus Verbrauchersicht funktional austauschbar sind.³⁸² Daten von Online-Plattformen dienen in erster Linie dem Zweck, Werbeunternehmen Informationen über das Kundenverhalten zu liefern. Diese Daten können weiter mit Hinblick auf ihre Austauschbarkeit kategorisiert werden: zu Werbezwecken, d.h. zur Individualisierung der Werbung, sind insbesondere Basisdaten wie Alter, Geschlecht, Wohnstatus oder Beruf und Daten über das Kaufverhalten und die Bezahlvorgänge sowie sonstiges Surfverhalten im Internet, das z.B. durch Cookies beobachtet werden kann, nützlich. Für mobile Werbung sind Ortsdaten besonders hilfreich.³⁸³ Daten sind jedoch in ihrer Entstehung sehr heterogen – jeder digitale Vorgang im Internet produziert Daten, die etwas über das Nutzerverhalten aussagen können. Dazu kommen Daten, die ebenfalls die Individualisierung von Werbung ermöglichen, aber außerhalb von Online-Plattformen erhoben werden, wie bei Kreditkartenunternehmen oder Kundenkarten im Einzelhandel.³⁸⁴ Bei dieser Fragmentierung von Datentypen fehlt die für einen Markt notwendige Standardisierung der Produkte.³⁸⁵ Daten können nicht wie andere, genormte oder standardisierte Güter einfach ausgetauscht und gehandelt werden. Der *Economist* spricht aus diesem Grund von einer „absence of markets“, und davon, dass es Daten an „Fungibilität“ fehle.³⁸⁶ Zwar gibt es Überlegungen, Rechte an Daten ähnlich dem Eigentum dem Nutzer zuzuordnen („propertisation“)³⁸⁷, was eine solche Standardisierung und Fungibilität von Daten schaffen könnte. *De lege lata* gibt es jedoch keinen „Datenstandard“.

382 Füller, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 1052 ff.

383 Vgl. Kommission, 04.09.2012, COMP/M.6314, Rn. 543 ff. – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*.

384 Graef, W. Comp. 2015, 473, 483, 496 f; Nuys, WuW 2016, 512, 513.

385 Colangelo/Maggiolino, 13 Euro. Comp. J., 249, 251 f (2017).

386 The Economist v. 06.05.2017, S. 14 f. Diese Fungibilität ist nicht zu verwechseln mit der gleichen Bezeichnungen im Strafrecht, vgl. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, § 25 Rn. 2.

387 Vgl. dazu Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, 26 ff; Kerber, IIC 2016, 759; Surblyte, WuW 2017, 120, 125.

4. Vergleich mit der Rspr. zu Datenmärkten und Datenmacht

Die Wettbewerbsbehörden hatten angesichts dieser Herausforderungen Schwierigkeiten, präzise Angaben zur Abgrenzung von Datenmärkten zu machen.³⁸⁸

Eine Abgrenzung eines Datenmarktes wurde vor allem dann vorgenommen, wenn Daten selbst als Produkt verkauft wurden. Die Kommission und die FTC grenzten z.B. in *Thomson/Reuters* Märkte für den Verkauf von Finanzdaten³⁸⁹ oder in *IMS Health/Cegedim Business* einen Markt für die Kontaktdaten von Experten im Gesundheitswesen ab.³⁹⁰ Das OLG Düsseldorf grenzte einen Markt für die Bereitstellung von Telefonie-Teilnehmerdaten zum Zwecke der Auskunftserteilung und/oder der Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen ab.³⁹¹ Auch in *Microsoft/LinkedIn* deutete die Kommission an, dass es einen Markt für die Bereitstellung von Daten aus sozialen Netzwerken, die zum Zweck des maschinellen Lernens für Produktivitätssoftware genutzt werden können, geben könnte.³⁹² Auf eine detaillierte Marktabgrenzung wurde jedoch verzichtet. Je nach Nutzung der Daten grenzt die Praxis demnach einen Markt für den Handel mit Daten mit einem spezifischen Verwendungszweck ab.³⁹³

Das nehmen *Harbour/Koslov* als Argument dafür, dass es auch sinnvoll sei, einen breiteren Markt für die allgemeine Verwendung von Internetnutzerdaten für Online-Werbung abzugrenzen.³⁹⁴ Dieser weite Markt für Werbedaten unterscheidet sich aber von den speziellen Märkten der bisherigen Praxis. In den Entscheidungen zu Datenmärkten ging es um klar abgrenzbare Datenbestände. So ging es in *Thomson/Reuters* nicht um allgemeine Finanzdaten, sondern um bestimmte Datenpakete, die mit der Soft-

388 Für eine Übersicht über die US-amerikanische Praxis zu Datenbeständen siehe *Sivinski/Okuliar/Kjolbye*, 13 Euro. Comp. J., 199, 210 ff (2017).

389 Kommission, 19.02.2008, COMP/M.4726, Rn. 110 – *Thomson/Reuters; U.S. v Thomson Corp.*, Complaint, Case No. 1:08-cv-00262, 14 ff (D.D.C. 2008).

390 Kommission, 19.12.2014, M.7337, Rn. 66 ff. – *IMS Health/Cegedim Business*.

391 OLG Düsseldorf, 8.6.2011, VI-U (Kart) 2/11, Rn. 46 – *Deutsche Telekom*.

392 Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 374 – *Microsoft/LinkedIn*.

393 Siehe als weitere Beispiele *CoreLogic*, FTC Docket No. C-4458 (Complaint), 5 ff (2014); *Dun & Bradstreet Corp.*, FTC Docket No. 9342 (Complaint), Rn. 11. (2010); *Fair Isaac v Experian Information Solutions*, 650 F.3d 1139, 1144 (8th Cir. 2011); *Standfacts Credit Services v. Experian Info. Solutions*, 294 Fed. Appx. 271, 272 (9th Cir. 2008). Gute Zusammenfassungen liefern *Harbour/Koslov*, 76 Antitrust L. J. 769, 787–792 (2010); *Ohlhausen/Okuliar*, 80 Antitrust L. J. 121, 143 ff. (2015).

394 *Harbour/Koslov*, 76 Antitrust L. J. 769, 785 (2010).

ware des Unternehmens eingespeist werden konnten und damit in einer gewissen Weise standardisiert waren.³⁹⁵ In *IMS Health/Cegedim Business* wurde ein Markt für Datenbanken über Kontakt- und Profildaten von Angestellten im Gesundheitswesen abgegrenzt und damit ein Markt, in dem Daten ihrem Inhalt und ihrem Verwendungszweck nach klar definiert werden können.³⁹⁶

Harbour/Koslov erkennen selbst an, dass ein weiter Markt für allgemeine Online-Werbedaten bislang nicht abgegrenzt wurde und dass in ihren Fallbeispielen aus der Praxis meist kein Markt für Daten abgegrenzt wird, sondern Datenbestände nach der Marktabgrenzung in der allgemeinen Marktmachtprüfung berücksichtigt werden.³⁹⁷

Facebook/WhatsApp ist soweit ersichtlich die einzige Entscheidung, in der versucht wurde, einen allgemeinen Datenmarkt für Nutzerdaten, die in der Werbung verwertet werden können, abzugrenzen.³⁹⁸ Dabei wurde als primärer Markt jedoch der Online-Werbemarkt abgegrenzt und ein Datenmarkt nur insofern berücksichtigt, als der Datenbestand sich im Werbemarkt auswirken könnte – ein primärer Datenmarkt liege nicht vor, weil weder Facebook noch WhatsApp mit Daten handelten.³⁹⁹ In ihrer Untersuchung des Werbemarktes erwog die Kommission jedoch, dass neben Facebook eine signifikante Anzahl von Marktteilnehmern ebenfalls Nutzerdaten sammelten. Dazu gehörten Google, Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, LinkedIn, Adobe, Yelp und andere. Die Kommission schätzte anhand einer Statistik eines externen Dienstleisters ab, welche Unternehmen wie viele Daten sammeln: Google sammle 33% der Internetdaten, Facebook 6,39%, Microsoft 0,02% und „Andere“ 58,67%. Die Prozentzahlen basieren darauf, wie oft Nutzer mit den Tracking-Anwendungen einer Website interagieren, stellen also eine Aktivitätsmessung dar.⁴⁰⁰ Der Marktanteil wird danach bestimmt, wie oft ein Unternehmen die Gelegenheit hat, aus einer Interaktion der Nutzer im Internet etwas

395 Kommission, 19.02.2008, COMP/M.4726, Rn. 109 ff. – *Thomson/Reuters*.

396 Kommission, 19.12.2014, M.7337, Rn. 67 – *IMS Health/Cegedim Business*.

397 *Harbour/Koslov*, 76 Antitrust L. J. 769, 787–792 (2010).

398 Vgl. *Díaz*, W. Comp. 2017, 393, 400.

399 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 69 ff. – *Facebook/WhatsApp*. Die Kommission grenzt drei Märkte für elektronische Kommunikation, soziale Netzwerke und Online-Werbung ab. Erst in der sekundären Ebene der wettbewerblichen Würdigung kommt sie darauf zu sprechen, welche Unternehmen welche „Anteile an der Datensammlung im Internet“ haben, vgl. Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 188 – *Facebook/WhatsApp*.

400 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 188 – *Facebook/WhatsApp*.

über ihn zu lernen. Dabei wird aber nicht darauf eingegangen, ob die Daten Informationen über Ort, Beruf, Name, oder Ähnliches über den Nutzer enthalten. Es wird eine unbestimmte Art von Datenmarkt abgegrenzt, wobei aber offenbleibt, welche Produkte tatsächlich untereinander austauschbar sind.

Zusammenfassend spielen Daten im Wettbewerb eine große Rolle. Deswegen besteht ein originärer Anwendungsbereich des Kartellrechts neben dem Datenschutzrecht. Daher sollten grundsätzlich Datenmärkte abgegrenzt werden können. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, ob die Daten standardisierbar oder in anderer Weise als austauschbar betrachtet werden können. Das kann bei allgemeinen Werbedaten zweifelhaft sein. Bei speziellen Datenbeständen hat jedoch bereits die Rspr. gezeigt, dass die Abgrenzung eines Datenmarktes möglich ist.

IV. Wettbewerb vor der Marktreife des Produkts

An einem weiteren Punkt im Marktbegriff ergeben sich bei Online-Plattformen Probleme. Die Internetbranche wird häufig als besonders innovativ und schnelllebig beschrieben. Unternehmen geht es darum, an erster Stelle in der Entwicklung eines neuen Produkts zu stehen. Bereits bevor der Verbraucher ein Produkt erwerben kann, ist es möglich, dass ein scharfer Wettbewerb zwischen den Unternehmen herrscht. Jedes für sich verfolgt das Ziel, in einem neuen Markt als Erster die Führerschaft zu erlangen und dadurch hohe Gewinne zu erwirtschaften. Oftmals ist es für Unternehmen nützlich, früh in der Entwicklung eines Produkts tätig zu sein, um gegenüber der Konkurrenz einen Zeit- und Know-How-Vorsprung zu erlangen („first mover advantage“).⁴⁰¹ In forschungsintensiven Industrien geht es häufig darum, ein Patent zu erlangen, das es dem Unternehmen ermöglicht, als Einziger Gewinne aus der Forschung zu ziehen („winner takes all“).⁴⁰² In diesem Fall findet der Wettbewerb nur vor der Marktreife des Produkts statt, während danach für die Dauer des Patents nur ein Anbieter den Markt beherrschen kann. Der Wettbewerb findet dann nicht „im Markt“, sondern „um den Markt“ statt.⁴⁰³ Diese Art von Wettbewerb

401 *Falck/Slopek/Thiermann*, GRUR 2015, 1050, 1053.

402 *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 246; *Körber*, ZUM 2017, 93, 95; *Paal/Hennemann*, NJW 2017, 1697, 1699.

403 *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 110 ff.

wird in der üblichen Marktabgrenzung nicht erfasst, da diese erfordert, dass es Produkte gibt, die aus Verbrauchersicht austauschbar sind. Gibt es jedoch nur zukünftige Pläne, Produkte zu verkaufen, gibt es auch keinen Markt.⁴⁰⁴ Trotzdem kann dieser Wettbewerb vor der Marktreife der Produkte insbesondere durch Zusammenschlüsse eingeschränkt werden. Schließen sich zwei Unternehmen zusammen, die das gleiche Forschungsziel verfolgen, erlischt der Wettbewerb darum, wer zuerst das beste Produkt zur Marktreife bringen kann.⁴⁰⁵

Es kann demnach bereits vor der Marktreife des Produkts Wettbewerb stattfinden. Nach dem hier vertretenen teleologischen Marktbegriff liegt daher auch ein Markt vor. Doch wie ist ein Markt beschaffen, in dem keine Produkte existieren? Auf diese Frage wurden unterschiedliche Antworten gefunden:

1. Anfänge in der Literatur

Shelanski hat den sogenannten Downward Innovation Pressure Test entwickelt. Dieser gilt als Pendant zum Upward Pricing Pressure Test, bei dem geprüft wird, ob die neue Einheit nach einem Zusammenschluss den Anreiz hat, die Preise zu erhöhen.⁴⁰⁶ Gibt es noch kein Produkt, dessen Preis erhöht werden könnte, ist der Upward Pricing Pressure Test nicht anwendbar. *Shelanski* zufolge sollten stattdessen die Innovationsanreize betrachtet werden. Entsteht durch eine Zusammenlegung der Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten ein Anreiz, nicht mehr innovativ zu sein, sollte die Fusion untersagt werden.⁴⁰⁷ Dieser Test prüft jedoch nicht, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht, sondern allgemein die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Zu-

404 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 31 ff.

405 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 31; *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 246.

406 *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 256. Siehe außerdem oben Kapitel 1 A.IV.

407 *Habne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 111 f; *Shelanski*, 161 U. Penn. L. Rev. 1663, 1703 (2013).

sammenschluss.⁴⁰⁸ Damit wird die Frage umgangen, wie ein Markt beschaffen wäre.

Darauf gehen jedoch *Gilbert/Sunshine* ein. Sie haben auf der Ebene der Marktabgrenzung das Konzept der Innovationsmärkte eingeführt. Teil des Innovationsmarktes sollen Forschungsprojekte sein, die als austauschbar betrachtet werden können, weil sie auf die Entwicklung der gleichen potentiellen Produkte hinarbeiten.⁴⁰⁹ Damit wird versucht, die Wettbewerbsbedingungen bereits vor der Marktreife eines Produkts in ein Marktkonzept einzuordnen.

2. Die Praxis der amerikanischen Behörden

Das Konzept der Innovationsmärkte hat 1995 Eingang in die Leitlinien des DOJ und der FTC über die Lizenzierung von geistigem Eigentum unter dem Begriff der „Research and Development Markets“ gefunden.⁴¹⁰ Die Behörden unterscheiden drei verschiedene Stufen der Produktentwicklung.⁴¹¹ Die letzte Stufe stellt das Endprodukt dar, für das in üblicher Weise ein Markt abgegrenzt wird. Davor befinden sich Technologiemarkte, in denen geistiges Eigentum gehandelt wird, das für die Produktentwicklung relevant ist. Die erste Stufe der Produktentwicklung stellen schließlich die Research and Development Markets dar. Ein solcher Markt besteht aus Vermögensgegenständen und Technologien, die sich auf ein bestimmtes neues Endprodukt oder neuen Prozess beziehen, sowie deren Substitute. Dabei berücksichtigen die Behörden insbesondere die Fähigkeit und die Anreize der Unternehmen, mittels der Vermögensgegenstände Marktmacht auszuüben und den Fortschritt der Entwicklung einzudämmen.⁴¹²

408 Daneben ließe sich ebenfalls darauf abstellen, wie viele Marktteilnehmer nach dem Zusammenschluss übrig bleiben, die planen, ein Produkt zur Marktreife zu bringen, vgl. *Glader*, Innovation Markets and Competition Analysis, 304.

409 *Gilbert/Sunshine*, 63 Antitrust L. J. 569 (1994); vgl. auch für das Konzept der „future markets“ *Kern*, W. Comp. 2014, 173, 178 f.

410 DOJ, FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12.01.2017), 11 ff; DOJ, FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (6.4.1995), Rn. 3.2.3.

411 DOJ, FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12.01.2017), 8 ff.

412 DOJ, FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12.01.2017), 11 f.

Sind Marktanteile verfügbar, die angemessen die wettbewerbliche Position der Marktteilnehmer widerspiegeln, wollen die Behörden diese in der wettbewerblichen Würdigung mit berücksichtigen.⁴¹³ Besitzen andere Marktteilnehmer ausreichende Technologien, Anlagen und sonstige relevante Gegenstände zur Erforschung eines Produkts, werden diese in den Innovationsmarkt einbezogen, auch wenn die Unternehmen nicht in aktuellen Märkten konkurrieren. Nach der Marktabgrenzung wird die Marktkonzentration berücksichtigt. Gibt es nach dem Zusammenschluss weniger als vier Marktteilnehmer, die ein ähnliches Leistungsvermögen und ähnliche Anreize haben, gehen die Behörden davon aus, dass die neue Einheit nach dem Zusammenschluss einen Anreiz und die Möglichkeit dazu hat, Ausgaben in seine Forschungsvorhaben zu reduzieren oder in anderer Weise den Fortschritt des Vorhabens zu verlangsamen.⁴¹⁴

Das Konzept der Innovationsmärkte wurde bislang in der Rspr. soweit ersichtlich nur einmal in einer Beschwerde des DOJ aufgegriffen.⁴¹⁵ In den Horizontal Merger Guidelines wird nicht auf Innovationsmärkte, sondern nur auf allgemeine Anreize nach der Fusion, Innovationsbemühungen zu steigern oder zu reduzieren, abgestellt.⁴¹⁶

3. Die Praxis der Europäischen Kommission

Die Kommission stellt in ihren Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit darauf ab, ob verschiedene „Forschungs- und Entwicklungspole“ existieren, die in einer Fusion zusammengelegt werden könnten und ob noch genügend weitere übrig bleiben.⁴¹⁷ Dabei wird insbesondere beachtet, ob die Unternehmen Zugang zu Finanz- und Humanressourcen, Know-How oder zu

413 DOJ, FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12.01.2017), 12.

414 DOJ, FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (12.01.2017), 13.

415 *U.S. v. General Motors Corp.*, Civ. No. 93-530 (D.Del 16 Nov. 1993). Vgl. auch *Kern*, W. Comp. 2014, 173, 184.

416 DOJ, FTC, Horizontal Merger Guidelines, Rn. 6.4.

417 *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 107; Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011/C 11/1, Rn. 120.

Patenten haben,⁴¹⁸ Außerdem kommt es darauf an, inwiefern die angestrebten Produkte später in einem Austauschverhältnis stehen.⁴¹⁹ Marktanteile werden nicht berechnet, da der Produktabsatz noch nicht gemessen werden kann.⁴²⁰

Die Kommission berücksichtigt die Forschungs- und Entwicklungspole ausweislich ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes jedenfalls nicht in der Marktabgrenzung, sondern erst in einem späteren Prüfungsschritt in der allgemeinen wettbewerblichen Würdigung.⁴²¹ Außerdem können die Teile der Leitlinien zu horizontalen Zusammenschlüssen, die sich auf den Preis beziehen, *mutatis mutandis* auch auf den Innovationswettbewerb bezogen werden.⁴²²

In ihrer Entscheidung *Ciba-Geigy/Sandoz* entwickelte die Kommission ein Konzept zur Würdigung des Wettbewerbsdrucks, der von Produkten ausgeht, die noch nicht marktreif sind, auf Produkte, die bereits verkauft werden. Die Kommission prüfte auch zukünftige Märkte („future markets“), d.h. Märkte für Produkte, die noch nicht existieren.⁴²³ Im Fall stellte die Kommission für die Feststellung der Position der Unternehmen in diesem Markt darauf ab, welche Kooperationen und Beteiligungen die Unternehmen unterhalten und inwiefern sie Zugang zu Patenten haben oder solche angemeldet haben.⁴²⁴

In ihren Entscheidung *Dow/DuPont* und *Bayer/Monsanto* hat die Kommission ihre Ansicht zu Innovationsmärkten merklich konkretisiert.⁴²⁵ Sie

418 *Klawitter*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 14, 74 f; Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011/C 11/1, Rn. 114. Kritisch dazu *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 108.

419 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011/C 11/1, Rn. 112 ff.

420 Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011/C 11/1, Rn. 120.

421 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 14, 24.

422 Kommission, 27.03.2017, M.7932, Rn. 279 – *Dow/DuPont*; Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004/C 31/03, Rn. 8.

423 Kommission, 17.7.1996, M.737, Rn. 42 ff. – *Ciba-Geigy/Sandoz*.

424 Kommission, 17.7.1996, M.737, Rn. 95 ff. – *Ciba-Geigy/Sandoz*. Vgl. auch *Lang*, 53 *Fordham Int'l. L. J.* 717, 750 (1997); *Landman*, 81 *J. Pat. & Trademark Off. Soc.* 728, 739 (1999).

425 Dabei vertritt die Kommission in *Bayer/Monsanto* im Wesentlichen die gleiche Linie wie zuvor in *Dow/DuPont*, vgl. Kommission, Entscheidung v. 21.3.2018, M.8084 – *Bayer/Monsanto*; siehe hierzu *Wirtz/Schulz*, NZKart 2019, 20.

bezieht sich dabei eingehend auf die amerikanischen Guidelines.⁴²⁶ Es soll keine Innovationsmärkte geben, die Produktmärkten vergleichbar wären. Vielmehr sind Innovationen relevant als Inputaktivitäten für Technologie- und Endproduktmärkte, wobei diese Unterscheidung sowohl in den Leitlinien der Kommission, als auch in denen des DOJ und der FTC vorkommen.⁴²⁷ Dabei geht die Kommission in zwei Schritten vor: Zuerst müssen die Unternehmen identifiziert werden, die aufgrund ihrer Vermögensgegenstände und ihrer Leistungsfähigkeit in der Lage sind, bestimmte neue Produkte zu entwickeln. Zweitens müssen Innovationsräume („innovation spaces“) gefunden werden, in denen die Unternehmen mit dem Ziel arbeiten, zukünftige Produkte zu entwickeln und bestimmte Forschungsziele („discovery targets“) zu verfolgen.⁴²⁸ Die Kommission scheint mit dem Begriff des Innovationsraumes verdeutlichen zu wollen, dass es sich nicht um einen Markt, sondern eine davon zu unterscheidende wettbewerbliche Situation handelt.

Statt Marktanteilen berechnet die Kommission in diesen Innovationsräumen andere Arten von Anteilen. Sogenannte Patentanteile („patent shares“) errechnen sich aus der Anzahl der Zitierungen der Patente, die ein Unternehmen besitzt. Die Höhe der Forschungsausgaben in finanzieller Hinsicht wird dabei nicht berücksichtigt.⁴²⁹ Aufgrund des spezifischen Sachverhalts berücksichtigte die Kommission außerdem die Anteile der Unternehmen an der Gesamtmenge sogenannter aktiver Zutaten („active ingredients“), bestimmter Moleküle, die Chemieunternehmen entwickeln.⁴³⁰ Es ist danach davon auszugehen, dass vom Einzelfall abhängig verschiedene Maßstäbe gewählt werden können, um die „Raumanteile“ zu berechnen, genau wie es auch bei Marktanteilen möglich ist, auf unterschiedliche Kennzahlen wie Umsatz oder Menge abzustellen.⁴³¹

In der wettbewerblichen Würdigung des Zusammenschlusses untersucht die Kommission schließlich, ob sich in den Innovationsräumen For-

426 Kommission, 27.03.2017, M.7932, Rn. 342 ff. – *Dow/DuPont*.

427 Kommission, 27.03.2017, M.7932, Rn. 348 – *Dow/DuPont*; Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011/C 11/1, Rn. 107 ff.

428 Kommission, 27.03.2017, M.7932, Rn. 349 f. – *Dow/DuPont*.

429 Kommission, 27.03.2017, M.7932, Rn. 387 ff. – *Dow/DuPont*.

430 Kommission, 27.03.2017, M.7932, Rn. 396 ff. – *Dow/DuPont*.

431 *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. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 53.

schungslinien („lines of research“) und in der Entwicklung befindliche Serienprodukte („early pipeline products“) der beiden Unternehmen überschneiden. Eine Forschungslinie umfasst dabei die Gesamtheit der Wissenschaftler, Patente, Anlagen und Ausrüstung, die einem bestimmten Forschungsziel dienen.⁴³²

Die Kommission kennt damit drei Wege, Innovationen in der kartellrechtlichen Prüfung zu berücksichtigen: erstens in der Form zukünftiger Märkte, zweitens als Forschungs- und Entwicklungspole, drittens als Innovationsräume. Hierbei scheint der erste Schritt auch derjenige zu sein, der graduell am dem tatsächlichen Endproduktmarkt am nächsten steht, während beim letzten Weg die Forschungsaktivitäten noch abstrakt und weit entfernt von der Marktreife des Produkts sind. Das Konzept der Forschungs- und Entwicklungspole ist dabei bislang nicht in der Praxis angewendet worden, das Konzept der Innovationsräume hingegen schon. Wie sich diese beiden Konzepte zueinander verhalten, bleibt unklar, weil sie beide Entwicklungsstufen beschreiben, in denen die Marktreife noch in einiger Entfernung liegt und die Kommission sich in *Dow/DuPont* nicht auf die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit bezieht, in der die Forschungs- und Entwicklungspole beschrieben werden.

4. Praxis des BKartA

Das BKartA unterscheidet zwischen zukünftigen Märkten und Innovationstätigkeiten ohne feststellbaren Produktmarktbezug. Dabei stehen zukünftige Märkte dem Endproduktmarkt näher als Innovationstätigkeiten ohne feststellbaren Produktmarktbezug, in denen die Marktreife des Produkts noch weit entfernt ist.

Zukünftige Märkte können einem Hintergrundpapier des BKartA zufolge abgegrenzt werden, wenn ein Fall bislang noch nicht entwickelte Produkte betrifft, die Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten aber konkreten, neuen Produkten zugeordnet werden können.⁴³³ Das BKartA diskutierte in *Tokyo Electron/Applied Materials* die Frage, ob der Zusammenschluss den Wettbewerb oder den Fortschritt bei der Entwicklung eines

432 Kommission, 27.03.2017, M.7932, Rn. 1955 ff. – *Dow/DuPont*.

433 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 26 ff.

zukünftigen Produkts beeinträchtigen könnte.⁴³⁴ Der Markt könnte „bereits in der Entstehungsphase dauerhaft vermachtet“ werden.⁴³⁵ Einen zukünftigen Markt grenzte das Amt in diesem Fall jedoch nicht ab. Dafür seien die Pläne der Unternehmen hinsichtlich der Produktentwicklung noch nicht konkret genug.⁴³⁶ In seinem Papier weist das BKartA vor allem auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung zukünftiger Märkte hin. So müssten die zukünftigen Anbieter erst identifiziert werden. Außerdem wäre abzuschätzen, ob andere Unternehmen den zukünftigen Markt noch betreten würden oder daran aufgrund von Schutzmöglichkeiten wie Patenten gehindert wären.⁴³⁷

Von den zukünftigen Märkten unterscheidet das BKartA Innovationsaktivitäten ohne feststellbaren Produktmarktbezug.⁴³⁸ Diese setzt es mit dem Konzept der Innovationsmärkte von *Gilbert/Sunshine* in Bezug.⁴³⁹ Um die Wettbewerbsposition der Unternehmen auf einem solchen Markt zu prüfen, will das Amt auf die Ausgaben für Forschung und Entwicklung abstellen.⁴⁴⁰ In einer Gesamtbetrachtung möchte das BKartA aber auch berücksichtigen, inwiefern Schutzmöglichkeiten wie Patente die Wettbewerbssituation beeinflussen können.⁴⁴¹

434 BKartA, 12.11.2014, B5-138/13, Rn. 327 ff. – *Tokyo Electron/Applied Materials*.

435 BKartA, 12.11.2014, B5-138/13, Rn. 332 – *Tokyo Electron/Applied Materials*.

436 BKartA, 12.11.2014, B5-138/13, Rn. 333 ff. – *Tokyo Electron/Applied Materials*.

437 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 28.

438 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 31 ff.

439 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 31 f.

440 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 34.

441 BKartA, Innovationen - Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis. Nr. 2 der Schriftenreihe "Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft" (November 2017), 35.

5. Internetplattformprodukte vor ihrer Marktreife

Festzuhalten ist, dass alle drei zu vergleichenden Rechtsordnungen Entwicklungsvorhaben von Unternehmen vor der Marktreife des Produkts in ihrer wettbewerblichen Würdigung berücksichtigen. Dabei wird danach unterschieden, wie weit fortgeschritten die Entwicklung des Produkts ist. Entwicklungsvorhaben in einem besonders frühen Stadium werden als Research and Development Market, als Innovationsraum oder als Innovationsaktivität ohne feststellbaren Produktmarktbezug bezeichnet. Das Konzept des Innovationsraums erscheint bislang am ehesten fassbar zu sein, da es in *Dow/DuPont* praktisch angewendet wurde. Für die vorliegende Arbeit stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, solche „Märkte“ auch bei Internetplattformen abzugrenzen:

Bei Online-Plattformen handelt es sich – wie in der Pharmabranche, die häufig Gegenstand der Praxis zu Innovationen ist – um einen Wirtschaftsbereich, in dem die Innovativität eines Unternehmens einen der zentralen Wettbewerbsfaktoren darstellt.⁴⁴²

Vor diesem Hintergrund scheinen die Vorschläge aus der Praxis auch für Internetplattformen geeignet zu sein. Arbeiten mehrere Plattformen an einem zukünftigen Produkt, kann dieser Wettbewerb in einem Innovationsraum, in einem Research and Development Market oder als Innovationsaktivität ohne feststellbaren Produktmarktbezug geprüft werden. Grundsätzlich kommt es auch für die Innovationsstärke einer Internetplattform auf die gleichen Kriterien wie in anderen innovativen Bereichen an, d. h. auf Finanzkräfte, Humanressourcen und Know-How. Dabei unterscheidet sich der Innovationswettbewerb unter Internetplattformen jedoch von dem von anderen Branchen:

Ein wesentlicher Anteil des Innovationswettbewerbs bei Produkten der pharmazeutischen Industrie wird von Patenten bestimmt, was die bisherige Diskussion zu Innovationsräumen beeinflusst hat. Auch Softwareprodukte können dem Patentschutz unterliegen („Softwarepatent“), wobei der Umfang der Patentierbarkeit von Software jedoch sehr umstritten ist.⁴⁴³ So werden gemäß § 1 Abs. 1 PatG Patente nur für Erfindungen erteilt, worunter Programme für Datenverarbeitungsanlagen gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG nicht fallen. Außerdem ist es technisch möglich, den Quellcode eines Softwareprogrammes herauszufinden und selber zu nut-

442 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 80 ff.

443 Vgl. Schwarz, GRUR 2014, 224.

zen, wenn das sogenannte *Reverse Engineering* genutzt wird. Dabei wird die Software analysiert, sodass erkennbar wird, aus welchem Code sie bestehen muss, und kann so „zurückgebaut“ werden.⁴⁴⁴ In vergleichbarer Weise lässt sich auch ein Kraftfahrzeugmotor in seine Einzelteile zerlegen, sodass die Funktionsweise verstanden und nachgeahmt werden kann. Dieses Verhalten verletzt nicht grundsätzlich das Geschäftsgeheimnis des Herstellers, kann aber vertraglich eingeschränkt werden.⁴⁴⁵ Ist ein Softwareprodukt wie das Angebot einer Online-Plattform nicht durch Schutzrechte vor der Kopie durch potentielle Wettbewerber geschützt, wird der Innovationswettbewerb vor der Marktreife des Produkts weniger entscheidend für die Wettbewerbssituation auf dem Endproduktmarkt. Denn dann ist es Wettbewerbern möglich, das Produkt bei Markteinführung zu kopieren oder ein ähnliches Produkt selbst zu entwickeln. Vor diesem Hintergrund ist es bei Online-Plattformen weniger wahrscheinlich, dass im Endproduktmarkt kein effektiver Wettbewerb herrscht.

Nicht nur Patente können Unternehmen vor der Marktreife des Produkts aber Vorteile verschaffen. Bei mehrseitigen Plattformen können insbesondere entwickelte Algorithmen und ein großer Datenbestand oder eine große Nutzerbasis Vorteile darstellen, wenn es darum geht, ein neues Produkt zu entwickeln. Datenbestände sind in vielen Bereichen der Entwicklung von künstlicher Intelligenz erforderlich, damit ein maschinelles Lernen vonstattengehen kann, zum Beispiel im autonomen Fahren.⁴⁴⁶ Unternehmen mit wertvollen Datenbeständen werden daher zu einem bevorzugten Übernahmeziel.⁴⁴⁷ Auch solche Übernahmen muss die Zusammenschlusskontrolle mit geeigneten rechtlichen Instrumenten überprüfen können. Um diese Wettbewerbssituation vor der Marktreife zu erfassen, könnten Datenbestände mithilfe der oben dargestellten marktähnlichen Konzepte untersucht werden. Dabei sind jedoch die gleichen Schwierigkeiten zu beachten wie bei der Abgrenzung von Datenmärkten. Nur wenn der Zweck der Datenverarbeitung und die Natur der Daten klar definiert werden kann, können auch aussagekräftige Marktanteile in „Datenräumen“ ermittelt werden.⁴⁴⁸

444 *Harte-Bavendamm*, GRUR 1990, 657, 658 f.

445 Art. 3 Abs. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2016/943 erlaubt das Reverse Engineering, wobei dieses Recht nach dem 15. Erwgr. der Richtlinie eingeschränkt werden kann, vgl. *Steinmann/Schubmehl*, CCZ 2017, 194, 198.

446 *Surblyte*, WuW 2017, 120, 122 ff.

447 *Stakhbeyeva/Toksoy*, E.C.L.R. 2017, 265, 269; *Stucke/Grunes*, Big Data and Competition Policy, 89 ff.

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

V. Zusammenfassung zum Marktbegriff

Die Praxis, insbesondere in Deutschland, ist lange davon ausgegangen, dass ein Markt im Sinne des Kartellrechts nur dort vorliegt, wo ein Entgelt gezahlt wird. Dahinter stand die das Kartellrecht untermauernde Wettbewerbstheorie, die einen Wohlfahrtsverlust in überhöhten Preisen und reduzierten Produktionsmengen sieht. Außerdem sollte es ausreichen, einen gespiegelten Werbemarkt abzugrenzen, auf dem Entgelte entrichtet werden. Diese Ansicht ist jedoch vom Gesetzgeber abgelehnt worden, seitdem in der 9. GWB-Novelle § 18 Abs. 2a GWB eingefügt wurde, der vorschreibt, dass es der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, wenn die Leistung unentgeltlich erbracht wird. Auch die europäische und amerikanische Praxis erkennen dies nahezu einhellig an.

Der Fokus der Problemstellung sollte sich daher verlagern von der Frage, ob ein unentgeltlicher Markt vorliegen kann, dahin, wann ein solcher gegeben ist. Diese Frage wurde in Schrifttum und Praxis auf unterschiedliche Art und Weise beantwortet. Es wurden fünf Ansichten identifiziert, die unterschiedliche Marktbegriffe vertreten.

Die erste Ansicht fordert für das Vorliegen eines Marktes zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Gleichzeitig soll ein Markt jedenfalls nicht vorliegen, wenn nur auf ein Allgemeingut zugegriffen wird.

Eine zweite Ansicht fordert eine Gegenleistung, die zwar nicht in einer Geldzahlung bestehen muss, aber eine andere Form, wie zum Beispiel die Hergabe von Daten annehmen kann. Damit werden einseitige Handlungen wie Schenkungen vom Marktbegriff ausgenommen.

Drittens vertritt eine weit verbreitete Ansicht, dass für das Vorliegen eines Marktes eine wirtschaftliche Tätigkeit gegeben sein muss. Dies ist aber bereits ein Merkmal des Unternehmensbegriffs in den kartellrechtlichen Tatbeständen. Daher ist die wirtschaftliche Tätigkeit als Definitionsmerkmal nicht in der Lage, den Begriff des Marktes einzuzugrenzen.

Eine vierte Ansicht vertritt einen offenen Marktbegriff, der jedoch ausufernd offen ist und dem der Wettbewerbsbezug fehlt. Von dem gleichen Problem sind auch die anderen Ansichten betroffen. Ebenjenen Wettbewerbsbezug fordert aber – fünftens – der BGH. Dem ist zuzustimmen. Ein Markt sollte dort vorliegen, wo Wettbewerb stattfindet. Damit ist ein teleologischer Marktbegriff vorzugswürdig, der sich am Schutzzweck des Kartellrechts – dem Schutz des freien Wettbewerbs – orientiert.

Der so gefundene Begriff wurde exemplarisch auf sogenannte Datenmärkte angewendet. Daten spielen für den Wettbewerb im Internet eine zentrale Rolle, wie zum Beispiel das Facebook-Verfahren des BKartA

zeigt.⁴⁴⁹ Das Abgrenzen von Datenmärkten und die kartellrechtliche Behandlung von Datenmacht stehen jedoch vor rechtlichen Problemen. So entsteht erstens ein Spannungsfeld mit dem Datenschutzrecht. Zweitens ist es praktisch schwierig, Datenmärkte abzugrenzen. Wie die Praxis gezeigt hat, ist es nur sinnvoll, Datenmärkte abzugrenzen, wenn die Daten nach ihrem Verwendungszweck klar abgrenzbar oder standardisierbar sind.

Das Geschäftsmodell von Internetplattformen fordert den hier vertretenen Markt-begriff an einem weiteren Punkt heraus. Wird noch kein Produkt angeboten, befindet sich dieses aber in der Entwicklungsphase oder wird erforscht, kann bereits in diesem frühen Stadium ein auf lange Sicht entscheidender Wettbewerb stattfinden. Für diesen „Wettbewerb vor dem Markt“ halten die Wettbewerbsbehörden unterschiedliche marktähnliche Konzepte bereit, die den klassischen Markt-begriff erweitern. In den USA werden Research and Development Markets abgegrenzt, in der EU und in Deutschland „zukünftige Märkte“ sowie „Innovationsräume“ beziehungsweise „Innovationsaktivitäten ohne feststellbaren Produktmarktbezug“. Wendet man diese Konzepte an, ist jedoch zu beachten, dass sich die Situation der bisherigen Praxis, die sich vor allem mit Patenten in der pharmazeutischen und chemischen Industrie befasste, von derjenigen in der Internetindustrie deutlich unterscheiden kann. Statt Patenten können Datenbestände in dem Stadium vor der Marktreife eine wichtige Rolle spielen.

B. Mehrseitige Märkte im Bedarfsmarktkonzept⁴⁵⁰

I. Die Problematik der Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen

1. Die Abgrenzung separater Märkte nach dem Bedarfsmarktkonzept

Steht fest, dass ein Markt im Sinne des Kartellrechts vorliegt, stellt sich die Frage der Abgrenzung dieses Marktes. Bei Online-Plattformen entsteht dabei ein spezifisches Problem, wenn das Bedarfsmarktkonzept angewendet wird. Nach dem Bedarfsmarktkonzept sind unterschiedliche Märkte für solche Produkte abzugrenzen, die aus Verbrauchersicht funktional nicht austauschbar sind. Online-Plattformen haben die Eigenschaft, dass sie die

449 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 885 ff. – Facebook.

450 Dieser Abschnitt (B.) wurde bereits in Teilen veröffentlicht in *Volmar, ZWeR* 2017, 386.

Nachfrage mehrerer Nutzergruppen bedienen.⁴⁵¹ Der Bedarf der einen Nutzergruppe unterscheidet sich dabei naturgemäß von dem der anderen Nutzergruppen. So fragt ein Suchnutzer bei einer Suchmaschine ein Suchergebnis nach, während der Werber seine Werbung und der Inhaltenanbieter seine Inhalte verbreiten will. Bei Auktionsplattformen will die eine Partei ein Produkt kaufen, die andere verkaufen.⁴⁵² Eigentümer wollen auf Immobilienplattformen ihre Immobilie vermieten und Kunden diese mieten. Nach dem Bedarfsmarktkonzept werden demnach bei Plattformen separate Märkte je nach Plattformseite abgegrenzt.⁴⁵³

2. Zusammenfassung mehrerer Märkte zu einem einheitlichen Plattformmarkt

Es kann aber bei Plattformen sinnvoll sein, diese separaten Märkte zu einem einheitlichen Plattformmarkt zusammenzufassen, der alle Teilmärkte umspannt. Dem Bundeskartellamt und Stimmen in der Literatur zufolge liegt das an Netzwerkeffekten, die zur Folge hätten, dass die Märkte nicht unabhängig voneinander betrachtet werden könnten.⁴⁵⁴ Außerdem soll das Produkt einer Plattform nicht teilbar sein, sondern immer mehrere Nutzergruppen einbeziehen. Dieses unteilbare Produkt sei die Vermittlungsleistung, die nur erbracht werden könne, wenn beide Plattformseiten teilnahmen.⁴⁵⁵

Abhängigkeiten zwischen verschiedenen Märkten bestehen aber nicht nur bei Plattformen. Es gibt im Kartellrecht viele Situationen, in denen Märkte verbunden oder abhängig voneinander sind, ohne dass diese Märkte zusammengefasst werden. Das lässt sich anhand zweier Beispiele zeigen:

Das erste Beispiel ist die sogenannte „essential facility“. Stellt ein Unternehmen eine essential facility dar, ist es auf Märkten tätig, die insofern miteinander verbunden sind, als die marktbeherrschende Stellung auf einem Markt dazu genutzt werden kann, den Zugang zu einem anderen

451 Vgl. oben Kapitel 2 A.

452 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 25.

453 *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 458–459; *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 388. Vgl. auch *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___ 10-11/34-35 (2018).

454 *Manne*, 7 J. Antitrust Enforcement 104, 111 (2019); BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 77 – *Online-Dating-Plattformen*.

455 BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 2 – *Immonet/Imnowelt*.

Markt unmöglich zu machen.⁴⁵⁶ Beispielsweise besaßen in *Magill* Fernsehsender ein geistiges Eigentumsrecht an ihren Programminformationen. Dieses Schutzrecht konnten sie dazu nutzen, es anderen Unternehmen unmöglich zu machen, die Informationen in Programmzeitschriften zu verwenden.⁴⁵⁷ Der Markt für Programmzeitschriften war demnach von dem Markt für Programminformationen abhängig. Das Produkt A des einen Marktes war erforderlich, um das Produkt B auf einem anderen Markt anzubieten. Trotzdem werden die Märkte nicht zusammengefasst, sondern strikt getrennt.⁴⁵⁸

Die zweite Fallgruppe ist die der Marktdivergenz. Hier verhält sich ein Unternehmen missbräuchlich auf einem Markt, den es nicht beherrscht. Der beherrschte und der Missbrauchsmarkt divergieren. In diesem Fall ist es dem EuGH zufolge erforderlich, dass der Missbrauchsmarkt mit dem beherrschten Markt in einer „engen Verbindung“ steht. Auch hier werden die Märkte nicht zusammengefasst.⁴⁵⁹

Dass Abhängigkeiten zwischen Märkten bestehen, wird in der heutigen, vernetzten Wirtschaft nicht die Ausnahme, sondern die Regel sein.⁴⁶⁰ Es ist nicht ersichtlich, weshalb in diesen Fällen Märkte nicht, bei Netzwerkeffekten jedoch schon zusammengefasst werden sollen. Netzwerkeffekte könnten außerdem ebenso gut in separaten Märkten berücksichtigt werden. Es muss kein einheitlicher Markt abgegrenzt werden, um zu untersuchen, wie sich die Netzwerkeffekte zwischen den Märkten auswirken.⁴⁶¹ Daher rechtfertigt eine durch Netzwerkeffekte begründete Abhängigkeit es in dieser Allgemeinheit nicht, mehrere Märkte zu einem einheitlichen Markt zusammenzufassen.⁴⁶²

Auch der Supreme Court der USA stützte seine einheitliche Marktabgrenzung in seiner Leitentscheidung zu mehrseitigen Märkten *Ohio v. American Express* wie das BKartA auf die Netzwerkeffekte, welche die

456 *Bulst*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 287; *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 316.

457 EuGH, 06.04.1995, Verbundene Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995 I-00743 – *Magill*.

458 *Eilmansberger/Bien*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 102 AEUV, Rn. 345 ff.

459 EuGH, 14.11.1996, C-333/94, Rn. 28 – *Tetra Pak II*; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV, Rn. 139 ff; *Schmidt*, in: Ezrachi, Research Handbook on International Competition Law, 369, 379 f.

460 *Podszum/Franz*, NZKart 2015, 121, 124.

461 *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2161 (2018).

462 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 389.

Märkte verbinden. Zu Recht weist in dem Urteil das Sondervotum aber darauf hin, dass die Frage offen bleibt, *weshalb* dies eine Zusammenlegung der Märkte gebieten soll.⁴⁶³ Eine Antwort auf diese Frage wurde bislang weder in den USA noch in Deutschland gefunden. In der Literatur wurde die Ansicht vertreten, dass es keinen Grund für die Zusammenfassung mehrerer Märkte gebe und dass schlicht stets separate Märkte abgegrenzt werden sollten.⁴⁶⁴ Außerdem wurde vertreten, es reiche aus, stets nur diejenige Plattformseite zu untersuchen, auf der ein missbräuchliches Verhalten stattgefunden hat.⁴⁶⁵ Diesen Ansichten ist jedoch zu widersprechen:

Der Grund für die Zusammenfassung mehrerer Märkte findet sich im Sinn und Zweck der Marktabgrenzung. Sie dient der Ermittlung der Wettbewerbsverhältnisse und des Wettbewerbsdrucks, dem ein Unternehmen ausgesetzt ist, was schließlich zur Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung führt.⁴⁶⁶ Die Wettbewerbsverhältnisse, denen die Plattform sich gegenüber sieht, gleichen sich aber auf vielen Märkten, was mit dem Geschäftsmodell zusammenhängt, mehrere Parteien zusammen zu bringen: will ein Verbraucher etwas im Internet versteigern, hat er neben eBay wenige Alternativen, da es keine Plattform gibt, über die er eine vergleichbare Anzahl an potentiellen Käufern erreichen könnte. Deshalb hat eBay ihm gegenüber eine starke Position. Gleichzeitig wissen auch die potentiellen Käufer, dass sie die größte Produktauswahl bei eBay haben werden, weil dort die meisten Verkäufer ihre Waren anbieten. Auch sie haben wenige Alternativen, sodass auch gegenüber ihnen die Plattform eine starke Position einnimmt.⁴⁶⁷

Die Plattformseiten sind in diesen Fällen, in denen die beiden Parteien eine Interaktion zwischen sich erstreben, durch beiderseitige positive indirekte Netzwerkeffekte verbunden: je mehr Käufer bei der Plattform ange-

463 *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___ 15/39 (2018). Die Entscheidung ist noch nicht in der offiziellen Sammlung des Supreme Court veröffentlicht, weswegen die Seitenzahlen sich auf die vorab verfügbare Version beziehen, abrufbar unter https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf, zuletzt abgerufen am 26.9.2018. Die Zahl vor dem Querstrich stellt die Seitenzahl innerhalb des Sondervotums dar. Vgl. Auch die Entscheidungsbesprechung bei *Volmar*, WuW 2019, 11.

464 *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2153–2159 (2018).

465 *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 465–466.

466 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 25; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 44.

467 Vgl. für den Fall von Ticketbuchungsplattformen BkArtA, 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 178 ff. – *CTS EVENTIM/FKP SCORPIO*.

meldet sind, desto attraktiver ist die Plattform aus Sicht der Verkäufer, und umgekehrt. Eine Plattform mit vielen Käufern wird daher für die Verkäufer einen hohen Wert haben, genauso wie eine Plattform mit vielen Verkäufern aus Sicht der Käufer. Eine sowohl an Käufern wie Verkäufern arme Plattform hat dementsprechend einen geringeren Wert und geringere Verhandlungsmacht gegenüber den Parteien. Aus Sicht der Plattform herrscht daher auf beiden Plattformseiten der gleiche Wettbewerbsdruck. Die Wettbewerbsbedingungen sind plattformseitenübergreifend homogen. Daher sollten die Plattformseiten gemeinsam betrachtet werden, indem sie zu einem Gesamtmarkt zusammengefasst werden.⁴⁶⁸ Sind die Wettbewerbsbedingungen homogen, wird eine beherrschende Stellung auf jeder Seite entweder vorliegen oder nicht vorliegen.

Die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen lässt sich auch daran ablesen, ob die Plattform auf allen Plattformseiten den gleichen Wettbewerbern gegenübersteht.⁴⁶⁹ Sowohl für Käufer als auch für Verkäufer gibt es beispielsweise neben eBay nur bestimmte Alternativen wie Amazon Marketplace oder offline-Verkaufsmöglichkeiten wie Privatauktionen.

Grenzte man stattdessen separate Märkte nach dem Bedarfsmarktkonzept ab, würden die zu untersuchenden Märkte unnötig verdoppelt, obwohl dazu aus Sicht der wettbewerblichen Würdigung kein Anlass besteht. So würde die Marktabgrenzung verlängert und in prozessualer Hinsicht ineffizient.

Diese Verdoppelung lässt sich zwar in der Missbrauchsaufsicht vermeiden, indem lediglich diejenige Marktseite untersucht wird, die von dem missbräuchlichen Verhalten betroffen ist. Das gleiche gilt für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Absprachen im Sinne des Art. 101 AEUV und § 1 GWB.⁴⁷⁰ In der Fusionskontrolle jedoch müssen grds. alle Märkte geprüft werden, in denen eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu befürchten ist. Hier kann die wettbewerbliche Würdigung durch die Zusammenfassung mehrerer Märkte vereinfacht werden.

468 So auch *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 574; *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 390; *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 12 f.

469 *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 46.

470 So das Sondervotum in *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___ 9-10/33-34 (2018).

3. Ausnahme bei competitive bottlenecks

a) Eigenschaften eines competitive bottlenecks

Ausnahmsweise können sich die Wettbewerbsbedingungen auf den verschiedenen Plattformseiten unterscheiden, obwohl beiderseitige indirekte positive Netzwerkeffekte wirken. Das ist der Fall bei den aus der ökonomischen Forschung bekannten „competitive bottlenecks“.⁴⁷¹ Ein bottleneck liegt vor, wenn sich die Nutzer auf den beiden Plattformseiten in einer bestimmten Weise verhalten. Manchmal ist es für die Nutzer üblich, mehrere Plattformen parallel zu nutzen. Dann spricht man von „multi-homing“. Werbende verbreiten ihre Werbung üblicherweise nicht nur über eine Plattform, sondern nutzen mehrere Werbekanäle: sie werben bei Suchmaschinen, sozialen Netzwerken, aber auch bei Offline-Plattformen wie im Fernsehen. Deswegen betreiben Werbende multi-homing.⁴⁷² Nutzt die Gruppe auf der Seite einer Plattform hingegen nur eine Plattform, so liegt „single-homing“ vor. Die meisten Internetnutzer benutzen für eine Suchanfrage beispielsweise nur eine Suchmaschine, nicht mehrere. In dieser Hinsicht sind die Nutzer damit single-homer.⁴⁷³

Ein competitive bottleneck liegt vor, wenn eine Plattform single-homing auf der einen Seite („A“) mit multi-homing auf der anderen Seite („B“) kombiniert. Eine Suchmaschine bedient auf der einen Seite die Nachfrage der single-homing betreibenden Internetnutzer und auf der anderen Seite die Nachfrage der multi-homing betreibenden Werbenden (vgl. Abb. 2).⁴⁷⁴

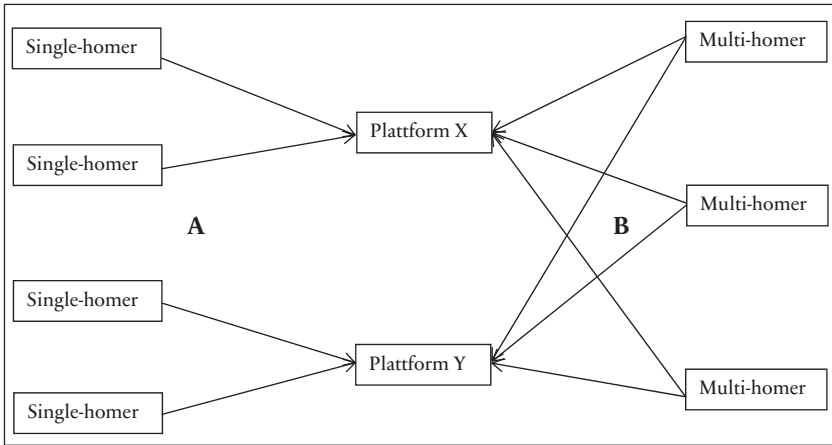
471 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668, 678 (2006); *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2155–2156 (2018).

472 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668, 678 (2006).

473 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).

474 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668 (2006); *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645 (2006).

Abb. 5: Competitive bottlenecks



Die Gründe für die verschiedenen Nutzungsgewohnheiten sind vielfältig. Bei Suchmaschinen macht es beispielsweise nur selten einen Unterschied, welche der Nutzer benutzt, weil alle ähnliche Ergebnisse anzeigen. Daher hat der Nutzer kein Interesse daran, mehr als eine Suchmaschine zu befragen. Demgegenüber haben Werbende ein Interesse daran, ein möglichst breites Publikum zu erreichen, wofür sie bei vielen Plattformen werben müssen.

b) Besondere Wettbewerbsbedingungen bei competitive bottlenecks

Mit dieser Kombination von single- und multi-homing gehen besondere Wettbewerbsbedingungen einher. Beiden Parteien geht es darum, die andere Seite zu erreichen – es wirken beiderseitige indirekte Netzwerkeffekte. Die single-homer sind aber wegen ihres single-homings nur über die Plattform erreichbar, die sie nutzen. Möchte ein Werbender bestimmte Internetnutzer erreichen, kann er das nur tun, wenn er bei derjenigen Plattform Werbung schaltet, die auch die single-homer benutzen.⁴⁷⁵

475 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 208 ff.

Die Plattform kontrolliert den exklusiven Zugang zu diesen Nutzern. Daher wird diese Situation bottleneck („Flaschenhals“) genannt.⁴⁷⁶

Auf der anderen Seite können die single-homer die andere Plattformseite auf vielen Wegen erreichen, da die Parteien dort als multi-homer viele Plattformen nutzen. In dieser spezifischen Lage wirken bestimmte Wettbewerbsbedingungen, die sich aus der Kombination von single- und multi-homing ergeben. Die single-homer können sich die Plattform, die sie benutzen wollen, frei aussuchen, da alle potentiellen Gegenparteien über alle Plattformen erreichbar sind. Die multi-homer sind dagegen darauf angewiesen, mit bestimmten Plattformen zu interagieren, da nur bestimmte Plattformen es ermöglichen, zu den single-homern auf der anderen Plattformseite zu gelangen.⁴⁷⁷

Aus der Sicht der Plattform bedeutet das, dass sie gegenüber den multi-homern eine starke Stellung einnimmt, weil sie weiß, dass die multi-homer auf sie angewiesen sind. Umgekehrt ist die Plattform gegenüber den single-homern in einer schwachen Position, weil die single-homer die Gegenparteien auch über jede beliebige andere Plattform erreichen könnten. Daher muss die Plattform sich bemühen, besonders viele single-homer an sich zu binden. Da jede Plattform dieses Interesse hat, herrscht ein hoher Wettbewerbsdruck hinsichtlich der Akquise von single-homern. Demgegenüber werden multi-homer weniger umworben. Den Plattformen ist bewusst, dass sich der Kampf um die multi-homer auf der Seite der single-homer entscheidet, weil die multi-homer diejenige Plattform wählen werden, über die die meisten single-homer erreichbar sind. Der Wettbewerbsdruck auf der multi-homer-Seite ist daher grundsätzlich geringer.⁴⁷⁸

Das bedeutet für die Marktmachtbestimmung zweierlei: erstens ist es aufgrund des unterschiedlichen Wettbewerbsdrucks für die Plattform schwer, sich gegenüber den single-homern unabhängig zu verhalten, weil diese die freie Auswahl haben. Es ist deswegen unwahrscheinlich, dass eine Plattform auf der single-homing-Seite eine beherrschende Stellung ein-

476 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668, 669 (2006); *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 30. Für eine ökonomische Modellierung der Preiselastizität in der Situation eines competitive bottlenecks siehe *Song*, Estimating Platform Market Power in Two-Sided Markets with an Application to Magazine Advertising, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=1908621>, zuletzt abgerufen am 10.4.2018, 8 ff.

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

478 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668, 677, 680 (2006).

nimmt, auch wenn sie hohe Marktanteile besitzt.⁴⁷⁹ Es kommt sogar vor, dass die Preisbestimmungsmacht so schwach ist, dass die single-homer für die Leistung keinen oder einen negativen Preis bezahlen, d.h. für die Nutzung sogar belohnt werden.⁴⁸⁰

Demgegenüber ist es auf der multi-homing-Seite leichter für die Plattform, Marktmacht auszuüben, sofern die Plattform ausreichend single-homer zu ihren Kunden zählen kann. Auch bei vergleichsweise wenigen single-homern kann die Plattform sich zu einem gewissen Grad unabhängig verhalten, weil sie den Zugang zu den single-homern exklusiv kontrolliert.⁴⁸¹ Das führt tendenziell eher zur Annahme einer marktbeherrschenden Stellung, auch wenn die Marktanteile niedrig sind.⁴⁸²

Die Wettbewerbsbedingungen, denen die Plattform auf den jeweiligen Plattformseiten unterliegt, sind sich demnach genau gegenübergesetzt.⁴⁸³

Damit gilt die oben aufgestellte Vermutung, dass bei beiderseitig positiven Netzwerkeffekten die Wettbewerbsbedingungen auf den beiden Plattformseiten homogen sind, ausnahmsweise nicht bei competitive bottlenecks.⁴⁸⁴ Demnach dürfen die beiden Plattformseiten auch nicht zu einem einheitlichen Plattformmarkt zusammengefasst werden. Stattdessen müssen separate Märkte entlang der Plattformseiten abgegrenzt werden.⁴⁸⁵

Dafür spricht im deutschen Recht seit der 9. GWB-Novelle § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB, nach dem die parallele Nutzung mehrerer Dienste bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zu berücksichtigen ist.⁴⁸⁶

Umgekehrt formuliert dürfen die Plattformseiten nur zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst werden, wenn die Nutzer sich auf beiden Seiten gleich verhalten, das heißt wenn auf beiden Seiten jeweils entweder

479 BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 36; *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 96 f.

480 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668, 673 (2006).

481 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668, 669 (2006); *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 40 f; *Haucap*, in: Kruse/Dewenter, Wettbewerbsprobleme im Internet, 7, 7, 12 f.

482 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 65 f.; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle (2012), Rn. 36; Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 81 – *Travelport/Worldspan*. Vgl. dazu ausführlich unten Kapitel 4 B.I.2.d)dd).

483 *Wismar/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 11.

484 Vgl. oben Kapitel 3 B.I.2.

485 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 392 f.

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

multi- oder single-homing betrieben werden. Dann hat die Plattform gegenüber beiden Seiten grundsätzlich die gleiche Verhandlungsposition und kann sich gegenüber den jeweiligen Nutzergruppen dementsprechend unabhängig oder nicht unabhängig verhalten.

c) Beispiele für competitive bottlenecks

Ein Beispiel für ein competitive bottleneck und seine rechtliche Behandlung bietet der Fall *Travelport/Worldspan* der Europäischen Kommission. Das Plattformunternehmen im Fall betrieb Reisebuchungssysteme. Diese Systeme geben Reisebüros die Möglichkeit, bei Reiseleistungsanbietern wie zum Beispiel Fluggesellschaften Reiseleistungen zu buchen. Reisebüros nutzen immer nur ein Buchungssystem (single-homing). Dahingegen sind die Reiseleistungsanbieter über alle Buchungssysteme erreichbar, betreiben mithin multi-homing. Dadurch kontrollierten die Buchungssystemanbieter den exklusiven Zugang zu ihren Kunden, den single-homing betreibenden Reisebüros. Daher grenzte die Kommission zu Recht keinen einheitlichen, sondern getrennte Märkte entlang der Plattformseiten ab.⁴⁸⁷

Eine weitere Form von bottlenecks liegt in dem Konzept der Ökosysteme. Besonders in der Konsumelektronik wird eine Tendenz dahin beobachtet, mehrere Funktionalitäten in einer geringeren Anzahl von Geräten zu bündeln. Während in der Vergangenheit verschiedene Geräte zum Abspielen von Musik, Telefonieren oder für den Internetzugang vonnöten waren, sind mittlerweile alle diese Funktionalitäten auf einem Smartphone zugänglich. Diese Bündelung verschafft den Plattformen, die ein solches Ökosystem kontrollieren, die Position eines „Gatekeepers“, weil die Nutzer für eine Vielzahl von Angeboten nur auf diese Weise zu erreichen sind.⁴⁸⁸

d) Gegenansicht der US-amerikanischen Rspr. in Bezug auf Kreditkartenunternehmen

Eine andere Sichtweise vertritt die US-amerikanische Rspr. in Bezug auf Kreditkartenunternehmen. Diese Anbieter, wie zum Beispiel American Express, stellen ebenfalls competitive bottlenecks dar: sie stehen zwischen

487 Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 9 ff. – *Travelport/Worldspan*.

488 *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 47 f.

Karteninhabern und Händlern, die die Kreditkarten akzeptieren. Die Händler akzeptieren meist verschiedene Kreditkarten und sind damit multi-homer. Die Karteninhaber nutzen hingegen meist nur eine Karte und betreiben single-homing.⁴⁸⁹ Die Dynamik eines competitive bottlenecks zeigt sich deutlich daran, dass American Express so sehr um single-homer konkurriert, dass es ihnen negative Preise – sogenannte „rewards“ – anbietet.⁴⁹⁰ Da es sich demnach um competitive bottlenecks handelt, sind getrennte Märkte abzugrenzen.

Der US Supreme Court und außerdem das Court of Appeals des Second Circuit vertreten eine andere Ansicht. Es ging in den Fällen, die den Gerichten vorlagen, darum, ob American Express market power besitzt. Die Sachverhalte hatten gezeigt, dass American Express in der Lage war, die Preise gegenüber den Händlern stetig zu erhöhen.⁴⁹¹ Die Vorinstanz im Second Circuit hatte daher market power bejaht.⁴⁹²

American Express erhöhte jedoch auch die rewards seiner Kartenkunden. Dazu war das Unternehmen gezwungen, denn es ist auf die Loyalität seiner Kunden angewiesen. Die Kunden beurteilen das Kreditkartennetzwerk jedoch eventuell als weniger attraktiv, wenn aufgrund der Gebührenerhöhung weniger Händler American Express akzeptieren. American Express *musste* daher die rewards erhöhen, um die geringere Anzahl von akzeptierenden Stellen zu kompensieren. Die Gerichte befanden, dass American Express in einer Gesamtbetrachtung der Plattform nicht die Preise erhöhen konnte. Ein Unternehmen, das die Preise auf einer Seite nur erhöhen kann, wenn es gleichzeitig die Preise auf der anderen Seite senkt – bzw. die rewards erhöht – habe keine Preisbestimmungsmacht. Die Abhängigkeit von den Kunden zeige das Fehlen von Marktmacht.⁴⁹³

Die Gerichte betrachteten demnach nicht die verschiedenen Seiten der Kreditkartenplattform als separate Märkte, sondern fassten sie zu einem Markt zusammen. Nur wenn in diesem Gesamtmarkt die Plattform die Preise bestimmen kann, liegt Marktmacht vor.

489 Studien haben gezeigt, dass die Karteninhaber zwar verschiedene Karten besitzen, aber meistens eine einzige Karte primär nutzen. Siehe *Rysman*, 55 J. Ind. Econ. 1 (2007); *Sly*, Federal Reserve Bank of Boston, Working Paper 13-13 (2013), 31.

490 *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___ 6 (2018).

491 *U.S. v. American Express*, Docket No. 15-1672, 42 ff. (2d Cir. Sep. 26, 2016).

492 *U.S. v. American Express*, Docket No. 15-1672, 42 ff. (2d Cir. Sep. 26, 2016).

493 *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___ 15 f. (2018); *U.S. v. American Express*, Docket No. 15-1672, 49–52 (2d Cir. Sep. 26, 2016).

Tatsächlich stellt es aber gerade das Wesen eines competitive bottlenecks dar, dass die Marktposition gegenüber den multi-homern stark und gegenüber den single-homern schwach ist, wie es das Gericht auch im Fall beschreibt. Die Marktmacht auf der multi-homing-Seite basiert dabei auf der Position auf der single-homing Seite, wie das Gericht selbst erkennt.⁴⁹⁴

Das Gericht des Second Circuit definiert „market power“ – dem Supreme Court folgend – als “power to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market”.⁴⁹⁵ Diese Fähigkeit hat die Plattform aber auf der multi-homing-Seite, auch wenn sie auf der single-homing-Seite fehlt. Ein Unternehmen muss aber nicht in jeder seiner Geschäftsbeziehungen Marktmacht ausüben können, um market power zu haben. Es muss ausreichen, wenn Marktmacht in der für den Fall relevanten Beziehung vorliegt. Auch in anderen Fällen wird nicht gefordert, dass ein Unternehmen, das auf mehreren Märkten tätig ist, in allen davon Marktmacht besitzen muss.

Außerdem würde den multi-homern kartellrechtlicher Schutz vor Marktmachtmissbrauch versagt, wenn Marktmacht nicht nur ihnen gegenüber, sondern auch den single-homern gegenüber vorliegen müsste. Der Wettbewerb auf der multi-homing-Seite könnte dann unkontrolliert gestört werden. Für competitive bottlenecks bedeutet die Rspr. *de facto* kartellrechtliche Immunität auf der Seite der multi-homer. Das widerspricht aber dem Schutz des Wettbewerbs und damit dem Zweck des Sherman Act.⁴⁹⁶ Deswegen muss es für das Vorliegen von Marktmacht ausreichen, wenn sie auf einer der Plattformseiten besteht.

Der Rspr. ist mithin zu widersprechen. Die Marktmacht eines competitive bottleneck sollte in separaten Märkten betrachtet werden und gerade nicht einheitlich.

4. Relevanz der Marktabgrenzung

Es ist demnach in manchen Fällen eine getrennte und in anderen Fällen eine einheitliche Marktabgrenzung angezeigt. Wie wirkt sich dieser Unter-

494 “Whatever market power Amex has appears, on this record, to be based on its rewards programs”, vgl. *U.S. v. American Express*, Docket No. 15-1672, 52 (2d Cir. Sep. 26, 2016).

495 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 464 (1992); *U.S. v. American Express*, Docket No. 15-1672, 42 (2d Cir. Sep. 26, 2016).

496 *Elhauge/Geradin*, *Global Competition Law and Economics*, 1 ff.

schied praktisch aus? Die Marktabgrenzung nimmt eine entscheidende Rolle in der Marktmachtbestimmung ein und fungiert als eine Art „Stellschraube“: eine weite Marktabgrenzung führt zu niedrigen Marktanteilen und tendenziell eher dazu, das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu verneinen. Umgekehrt führt eine enge Marktabgrenzung zu hohen Marktanteilen und eher zur Annahme einer beherrschenden Stellung.⁴⁹⁷

Wird beispielsweise für Facebook ein einheitlicher Markt für soziale Netzwerke abgegrenzt, so erreicht das Unternehmen dort Marktanteile von 50-100%, abhängig von den maßgeblichen Kennzahlen.⁴⁹⁸ Betrachtet man dahingegen neben dem Nutzermarkt einen separaten Markt für Online-Werbung, auf dem Facebook ebenfalls tätig ist, kommt es dort nur auf einen Anteil von 20-30%.⁴⁹⁹ Im ersten Fall liegt der Anteil deutlich über 40%, was gemäß § 18 Abs. 4 GWB eine Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auslöst; im zweiten Fall liegt der Anteil darunter. Die Frage, ob ein einheitlicher oder getrennter Markt abgegrenzt wird, kann demnach darüber entscheiden, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt.

5. Zwischenergebnis zur Problemstellung

Festzuhalten ist, dass in einigen Fällen einheitliche und in anderen Fällen separate Märkte abgegrenzt werden sollten. Nach welchen Kriterien ist diese gewichtige Entscheidung zu treffen? Um diese Frage zu beantworten, müssen Regeln gefunden werden, nach denen entschieden wird, wann ein Markt einheitlich und wann Märkte separat abgegrenzt werden. Wie oben dargestellt sollten einheitliche Märkte abgegrenzt werden, wenn homogene Wettbewerbsbedingungen herrschen. Es muss demnach eine Prüfmethode entwickelt werden, die in der Lage ist, solche homogenen Wettbe-

497 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 44; *Habne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 32.

498 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 389 – *Facebook*; BKartA, Hintergrundpapier zum Facebook-Verfahren (19.12.2017), 3; *Knebel*, in: Mittwoch/Klappstein/Bothof u. a., Netzwerke im Privatrecht, 189, 195 ff. Vgl. auch die Daten von Statista für das Jahr 2017, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/241601/umfrage/marktanteile-fuehrender-social-media-seiten-weltweit/>, zuletzt abgerufen am 26.9.2018.

499 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 171 ff. – *Facebook/WhatsApp*.

werbsbedingungen festzustellen. *Holzweber* nennt das einen „similar conditions test“. ⁵⁰⁰ Solch eine Methode hat das EuG formuliert (II.) sowie außerdem das BKartA, dessen Ansicht sich größtenteils mit der des Supreme Court der USA deckt (III.). Diese beiden Ansichten werden im Folgenden analysiert und schlussendlich einer vorzugswürdigen Ansicht gegenübergestellt (IV.). ⁵⁰¹

II. Der CEAHR-Test des EuG

Das EuG stellte in *CEAHR* für mehrseitige Märkte eine Regel auf, nach der einheitliche beziehungsweise separate Märkte abgegrenzt werden sollten. ⁵⁰² Im Fall hatte die Kommission einen einheitlichen Markt für Uhrenhersteller abgegrenzt, der sowohl den Primärmarkt für den Verkauf der Uhren, als auch den Anschlussmarkt für die Reparatur und Wartung der Uhren umfasste. ⁵⁰³ Dabei handelt es sich nicht um eine Plattform im üblichen Sinne. Es fehlt bereits an mehreren Nutzergruppen, zwischen denen die Uhrenhersteller eine Transaktion vermitteln. Es handelt sich vielmehr um eine Pipeline-Beziehung zwischen den Herstellern und den Kunden. ⁵⁰⁴ Das EuG widersprach daher zu Recht der Abgrenzung eines einheitlichen Marktes und stellte fest, dass zwei separate Märkte hätten abgegrenzt werden müssen. ⁵⁰⁵ Das Gericht stellte die Regel auf, dass,

⁵⁰⁰ *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 576.

⁵⁰¹ Daneben hat *Ward* einen eigenen Test vorgeschlagen, nach dem ein einheitlicher Markt abgegrenzt werden soll, wenn (1) die Plattform auf den Plattformseiten unterschiedliche Preise nimmt, (2) indirekte Netzwerkeffekte wirken und (3) die Plattform auf den jeweiligen Seiten Preisbestimmungsmacht besitzt, vgl. *Ward*, 84 U. Chicago L. Rev. 2059 (2017). Während die ersten zwei Prüfungspunkte typische Eigenschaften einer Plattform darstellen (vgl. oben Kapitel 2), ist nicht ersichtlich, weshalb ein einheitlicher Markt nur abgegrenzt werden soll, wenn Preisbestimmungsmacht vorliegt. Auch bei kleinen Plattformen mit geringer Marktmacht ist es sinnvoll, einheitliche Märkte abzugrenzen, wenn die Wettbewerbsbedingungen auf den unterschiedlichen Plattformseiten homogen sind. Außerdem dient die Marktabgrenzung der Ermittlung der Marktmacht, weshalb Marktmacht nicht als eine Voraussetzung in der Marktabgrenzung geprüft werden kann. Dieses Konzept ist daher abzulehnen.

⁵⁰² *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 576.

⁵⁰³ EuG, 15.12.2010, T-427/08, Rn. 106 f. – *CEAHR*; Kommission, 10.7.2008, AT.39097, Rn. 17 – *CEAHR*.

⁵⁰⁴ Siehe zum Plattformbegriff oben Kapitel 2.

⁵⁰⁵ EuG, 15.12.2010, T-427/08, Rn. 106 f. – *CEAHR*.

„damit der Primärmarkt und die Anschlussmärkte – gegebenenfalls als ein einziger einheitlicher Markt oder ein „Systemmarkt“ – zusammen geprüft werden können, ... erwiesen sein muss, dass sich genügend Verbraucher den anderen Primärprodukten zuwenden würden, wenn die Preise der Waren oder Dienstleistungen auf den Anschlussmärkten gemäßigt erhöht würden, so dass sich eine solche Erhöhung als nicht gewinnträchtig erwiese... Mit anderen Worten genügt ... allein die Möglichkeit für den Verbraucher, zwischen mehreren Marken des Primärprodukts zu wählen, nicht, um den Primärmarkt und die Anschlussmärkte als einen einzigen Markt zu behandeln, wenn nicht erwiesen ist, dass diese Wahl namentlich nach Maßgabe der Wettbewerbsbedingungen auf dem Sekundärmarkt getroffen wird.“⁵⁰⁶

Zusammengefasst will das EuG einen einheitlichen Markt abgrenzen, wenn eine Preiserhöhung auf der einem Markt dazu führt, dass die Verbraucher auf dem anderen Markt den Anbieter wechseln.⁵⁰⁷ Das soll zeigen, dass ein starker wettbewerblicher Zusammenhang zwischen den Marktseiten besteht und die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes gerechtfertigt ist.

Die Methode lässt sich auf Plattformen übertragen: steigt auf der einen Seite (A) der Preis und gehen auf der anderen Seite (B) deswegen Nutzer verloren, bedeutet das, dass die Nutzer auf Seite B ihre Konsumententscheidung danach ausrichten, wie viele Nutzer sich auf Seite A aufhalten. Mit anderen Worten wirken dann positive indirekte Netzwerkeffekte.⁵⁰⁸ Erhöht beispielsweise Ebay seine Gebühren gegenüber Verkäufern, werden einige davon die Plattform nicht mehr nutzen. Dadurch wird Ebay auch für die Käufer unattraktiver und einige davon werden den Anbieter wechseln. Durch die Wirkungen der Preiserhöhung auf der anderen Plattformseite können demnach Netzwerkeffekte gemessen werden.

Allein die Tatsache, dass die Preiserhöhung auf der einen Seite einen Nutzerverlust auf der anderen Seite zur Folge hat, spricht jedoch noch nicht für homogene Wettbewerbsbedingungen. Würde man zum Beispiel den Preis einer Suchanfrage bei einer Suchmaschine erhöhen, würden sicher Nutzer den Anbieter wechseln und wegen des kleineren Publikums auch Werbekunden wechseln. Erhöht man aber die Preise gegenüber den Werbenden und wählen einige von ihnen einen anderen Werbeanbieter, so würden die Nutzer nicht die Suchmaschine wechseln. Die Netzwerkef-

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

507 So auch *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2159 (2018).

508 *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 62; *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 576 f.

fekte wirken nur einseitig.⁵⁰⁹ Daher gleichen sich auch die Wettbewerbsbedingungen nicht: Suchmaschinen sind vielmehr competitive bottlenecks, deren Marktmacht sich auf den Plattformseiten unterscheidet – sie sind stark gegenüber den Werbern, aber schwach gegenüber den Nutzern, auf die sie angewiesen sind.

Die Netzwerkeffekte müssen vielmehr – wie oben beschrieben – *beiderseitig* wirken, damit die Wettbewerbsbedingungen homogen sind.⁵¹⁰ Daher ist es erforderlich, den CEAHR-Test des EuG bei beiden Plattformseiten anzuwenden.⁵¹¹ Dann stellt der CEAHR-Test einen similar conditions test dar.

Ein Bekenntnis des EuG zum similar conditions test lässt sich seiner MasterCard I-Entscheidung entnehmen. Das Gericht erkannte die Wechselwirkungen und insbesondere die Netzwerkeffekte zwischen den unterschiedlichen Marktseiten bei Kreditkartenunternehmen.⁵¹² Trotzdem grenzte es keine einheitlichen Märkte für Kreditkartenanbieter, sondern separate Märkte entlang der Plattformseiten ab, wobei es unter anderem darauf abstellte, dass die Abnehmer „getrennt Wettbewerbsdruck“ auf die Plattformseiten der Kreditkartenunternehmen ausüben könnten.⁵¹³ Entscheidend für die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes sollte demnach sein, ob sich der Wettbewerbsdruck auf den Marktseiten unterscheidet.

Der CEAHR-Test ist jedoch in seiner Anwendbarkeit auf Internetplattformen beschränkt. Für den Test ist es nämlich erforderlich, dass auf beiden Plattformseiten ein Preis gezahlt wird. Das ist bei Online-Plattformen selten. Das Geschäftsmodell besteht meist darin, dass die Nutzer kein Entgelt zahlen müssen und dafür Werbung in Kauf nehmen.⁵¹⁴ Wird jedoch auf beiden Seiten ein Entgelt gezahlt und sind Daten über das Wechselverhalten verfügbar, ist der CEAHR-Test nützlich, um festzustellen, ob beiderseitig positive indirekte Netzwerkeffekte wirken und ob die Wettbewerbsbedingungen homogen sind.

509 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 25.

510 S. oben Kapitel 3 B.I.2.

511 Vgl. Holzweber, W. Comp. 2017, 563, 577.

512 EuG, 24.5.2012, T-111/08, Rn. 172 ff. – *MasterCard*.

513 EuG, 24.5.2012, T-111/08, Rn. 177 – *MasterCard*. Auch der EuGH bestätigte die Entscheidung, jedoch ohne erneut die Frage der Marktabgrenzung zu erörtern, EuGH, 11.9.2014, C-382/12 P – *MasterCard*.

514 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 7.

III. Die Plattformtheorie des BKartA und des US Supreme Court

1. Die Theorie

Das BKartA unterscheidet für die Marktabgrenzung zwei Plattfortmtypen. Einerseits gebe es sogenannte „Matching-Plattfortmen“, bei denen die Plattfortm eine Interaktion oder ein „Matching“ zwischen den beiden Parteien vermittelt und herbeiführt. Auktionsplattfortmen wie eBay vermitteln zum Beispiel eine Transaktion zwischen den Parteien, zwischen Käufer und Verkäufer. In diesem Fall werden die Plattfortmseiten zu einem einheitlichen Plattfortmmarkt zusammengefasst.⁵¹⁵

In ähnlicher Form wurde diese Methode bereits in der Literatur diskutiert. So sollte ein einheitlicher Markt abgegrenzt werden, wenn eine Transaktionsplattfortm vorliegt, d.h. eine Plattfortm, die zwischen den Nutzergruppen eine Transaktion abwickelt.⁵¹⁶ Der Literatur folgend grenzte auch der Supreme Court der USA in der Leitentscheidung *Ohio v. American Express* einen einheitlichen Markt ab, weil eine Transaktion zwischen den Plattfortmseiten zustande kam. In diesem Fall soll die Plattfortm nicht mehrere Leistungen an die verschiedenen Plattfortmseiten, sondern lediglich eine einzige Vermittlungsleistung erbringen, was eine einheitliche Marktabgrenzung rechtfertigt.⁵¹⁷

Das BKartA macht von der einheitlichen Marktabgrenzung jedoch eine Ausnahme, wenn die Plattfortm ein competitive bottleneck darstellt. Auch

515 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 70 ff. – *Online-Dating-Plattfortmen*; BKartA, 24.07.2015, Fallbericht, B8-67/15 – *Verivox/ProSiebenSat.1*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 1 ff. – *Immonet/Immowelt*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattfortmen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 23 f. Zustimmung *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 135. Siehe zusammenfassend *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 280.

516 Der grundlegende Beitrag dazu kam von *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293 (2014). Mit einer ähnlichen Aussage davor *Luchetta*, 9 J. Comp. L. & Econ. 185 (2013).

517 *Ohio v. American Express*, 585 U.S. ___11–15 (2018). Das Sondervotum vertrat hingegen die Ansicht, dass lediglich ein Markt um diejenige Plattfortmseite abgegrenzt werden sollte, die von dem konkreten Verhalten betroffen wird. Es handelt sich also um eine wirkungsbasierte Marktabgrenzung, siehe *Ohio v. American Express*, 585 U.S. ___9–10/33-34 (2018). Außerdem weist das Sondervotum darauf hin, dass es sich bei den Plattfortmseiten gerade nicht um Substitute, sondern um komplementäre Leistungen handelt, *Ohio v. American Express*, 585 U.S. ___11/35 (2018). In den USA hat das Urteil seither vor allem Verwirrung hervorgerufen, vgl. *Ritter*, 10 J. Euro. Comp. L. & Pract. 172, 175–176 (2019).

wenn eine Matching-Plattform vorliegt und die Märkte zusammengefasst werden müssten, grenzt das BKartA bei competitive bottlenecks separate Märkte entlang der Plattformseiten ab. Dadurch entspricht die Marktabgrenzung den herrschenden Wettbewerbsbedingungen.⁵¹⁸

Auf den ersten Blick machte das BKartA in *Booking.com* eine weitere Ausnahme von der einheitlichen Marktabgrenzung. In dem Fall ging es um Hotelbuchungsportale, mittels derer Endkunden Übernachtungen bei Hotels buchen können. Insofern handelt es sich um eine Matching-Plattform, die eine Transaktion zwischen Endkunden und Hotels vermittelt. Das BKartA müsste daher einen einheitlichen Markt mitsamt aller beteiligten Parteien abgrenzen. Tatsächlich grenzte das BKartA aber einen separaten Markt ab, der lediglich die Beziehung zwischen den Hotels und der Plattform umfasste.⁵¹⁹

Das wirft die Frage auf, ob das BKartA für solche Fälle eine Ausnahme vom Grundsatz der einheitlichen Marktabgrenzung bei Matching-Plattformen machen möchte.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass das BKartA in dieser Entscheidung nicht seine Praxis zu Matching-Plattformen ändern wollte, sondern lediglich die Entscheidung des OLG Düsseldorf in *HRS* berücksichtigte. Das Gericht hatte zuvor und noch vor der Einführung des § 18 Abs. 2a GWB entschieden, dass lediglich die entgeltliche Plattformseite Teil des Marktes von Hotelbuchungsplattformen sein könne. Da die Hotelgäste jedoch keinen Geldbetrag an die Buchungsplattform zahlen, könnten sie nicht Teil des Marktes sein.⁵²⁰ In der angefochtenen Entscheidung in *HRS* hatte das BKartA einen zweiseitigen Markt abgegrenzt, der auch die Hotelgäste umfasst.⁵²¹ Auch in anderen älteren Entscheidungen bezog das BKartA die unentgeltliche Marktseite von Matching-Plattformen mit ein.⁵²² Das BKartA wies dann in *Booking.com* ausdrücklich auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf hin.⁵²³ Dies legt nahe, dass das BKartA grds. seine Praxis zu Matching-Plattformen weiterverfolgt, jedoch in *Booking.com* lediglich eine Ausnahme zuließ, um der Rspr. des OLG Düsseldorf zu entsprechen. Da die Rspr. des OLG Düsseldorf mittlerweile aufgrund der Einführung des

518 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 70.

519 BKartA, Entscheidung v. 22.12.2015, B9-121/13, Rn. 135 ff. – *Booking.com*.

520 OLG Düsseldorf, Entscheidung v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14, Rn. 35 – *HRS*.

521 BKartA, Entscheidung v. 20.12.2013, B9-66/10, Rn. 72, Fn. 90 – *HRS*.

522 Siehe z.B. BKartA, Entscheidung v. 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 1 ff. – *Immonet/Immowelt*.

523 BKartA, Entscheidung v. 22.12.2015, B9-121/13, Rn. 130 – *Booking.com*.

§ 18 Abs. 2a GWB überholt ist,⁵²⁴ wird das BKartA voraussichtlich in Zukunft auch die unentgeltlichen Marktseiten von Matching-Plattformen in die Märkte einbeziehen. Insofern gilt für unentgeltliche Märkte keine Ausnahme von der einheitlichen Marktabgrenzung bei Matching-Plattformen. Den neben der Matching-Plattform zweiten Plattformtyp nennt das BKartA „Aufmerksamkeitsplattform“. Diese Plattformart ermöglicht es Unternehmen, über die Plattform potentielle Kunden auf sich aufmerksam zu machen. Daran sind vor allem Werbende interessiert. Der Plattformtyp wird daher vom BKartA auch „Werbeplattform“ genannt. Hier werden die Märkte nicht zusammengefasst, sondern separat abgegrenzt.⁵²⁵ Eine Werbeplattform wie Google besteht demnach aus einem Markt für Online-Werbung und einem separaten Markt für Online-Suche. Für Werbemärkte sieht auch der Supreme Court eine Ausnahme von der einheitlichen Marktabgrenzung vor.⁵²⁶

2. Die Kritik an der Plattformtheorie des BKartA

Die Plattformtheorie des BKartA kann jedoch an drei Punkten kritisiert werden. Erstens ist der Begriff des Matchings unscharf (a). Zweitens ist unklar, welcher Markt abgegrenzt werden sollte, wenn aufgrund einer Werbeanzeige ein Matching zustande kommt (b). Drittens macht das BKartA eine Ausnahme für Vertretergeschäfte, die nicht nachvollziehbar ist (c). Im Einzelnen:

a) Wann liegt ein Matching vor?

Erstens bleibt der Begriff des Matchings unklar. In älteren Entscheidungen sprach das BKartA von „Transaktionsplattformen“.⁵²⁷ Darunter hatte man sich Plattformen vorzustellen, die eine Transaktion zwischen den Parteien

524 Vgl. dazu oben Kapitel 3 A.I.1. und 3.

525 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 127 – *VG Media/Google*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 24.

526 *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___/10/34 (2018); *Times-Picayune v U.S.*, 345 U.S. 594, 610 (1953).

527 BKartA, 24.07.2015, Fallbericht, B8-67/15, 2 – *Verivox/ProSiebenSat.1*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15 – *Immonet/Immowelt*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 23.

vermitteln. Mit dem Begriff „Transaktion“ war klar, dass ein Rechtsgeschäft zustande kommen sollte, wie bei Auktionsplattformen zwischen Verkäufer und Käufer oder bei Immobilienplattformen zwischen Vermieter und Mieter.⁵²⁸ Diese Geschäfte konnten klar und deutlich als Transaktion eingeordnet werden, womit auch die einheitliche Marktabgrenzung klar war. Dann behandelte das Amt jedoch den Zusammenschluss von zwei Online-Dating-Plattformen, Elitepartner und Parship.⁵²⁹ In diesem Fall schien der Begriff „Transaktion“ nicht mehr recht zu passen, obwohl der Sache nach ebendies, nämlich ein Kontakt zwischen den Parteien vermittelt wurde. Das BKartA verwendet aber seitdem den Begriff des Matchings. Dadurch verlor der Begriff jedoch seine Konturen und wurde unscharf.⁵³⁰ Während vorher der Begriff der Transaktion durch die rechtlichen Bindungen zwischen den Parteien klar umrissen war, fällt nun eine Vielzahl an rein sozialen und unverbindlichen „Kontakten“ und Interaktionen darunter.⁵³¹

Das Amt stellt zwar klar, dass es unter dem Matching nicht nur ein „Suchen-Vergleichen-Buchen“ wie bei Hotelbuchungsplattformen versteht, sondern die „Vermittlung als Produktkern, [die] für das Zustandekommen eines solchen Angebots zwingend beide Marktseiten ... benötigt“.⁵³² Für die Beantwortung der Frage, welche Art von Transaktion vorliegen oder welche Schwelle von Verbindlichkeit überschritten sein muss, hilft dies jedoch nicht weiter.

Wie der Begriff ausufern kann, deutete sich im Verfahren *VG Media/Google* an. Das Amt untersuchte hierbei die Beziehung zwischen Internetnutzern und Inhalteanbietern im Internet, deren Websites den Nutzern bei Suchmaschinen als Suchergebnisse angezeigt werden. Die Suchmaschine steht hierbei gewissermaßen als Vermittler zwischen den Nutzern und Inhalteanbietern. Ob hierin eine Matching-Plattform zu sehen ist, konnte das Amt zwar im Ergebnis offenlassen.⁵³³ Es stellte aber fest, dass zwischen den Nutzern und den Inhalteanbietern eine „Interaktion“ ermöglicht wird. Die Interaktion besteht dabei im bloßen Klicken auf ein Suchergeb-

528 BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15 – *Immonet/Immowelt*.

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

530 *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 281; *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 73 f.; *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 395.

531 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 76 – *Online-Dating-Plattformen*.

532 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 90 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*.

533 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 128 – *VG Media/Google*.

nis von Google, das den Nutzer zur Website des Inhaltenbieters weiterleitet. Dabei wurde angedeutet, dass auch dieser Kontakt ein Matching darstellen könnte.⁵³⁴

Diese Unklarheit des Matching-Begriffs schafft ein weiteres Problem:

- b) Welcher Markt wird abgegrenzt, wenn eine Werbepattform ein Matching herbeiführt?

Viele Plattformen vermitteln ein Matching und finanzieren sich gleichzeitig durch Werbung. Die Videoplattform YouTube ermöglicht es beispielsweise, dass Inhaltenbieter ihre Videos hochladen können, sodass jeder Internetnutzer sie sehen kann. Die Plattform vermittelt damit ein Matching zwischen Inhaltenbietern und Nutzern und kann als Matching-Plattform eingeordnet werden. Gleichzeitig wird den Nutzern aber, bevor sie die Videos sehen können, Werbung von Drittunternehmen angezeigt, sodass auch eine Werbepattform vorliegt.⁵³⁵ Man kann die Plattformen daher nicht für jeden Sachverhalt abstrakt als Matching- oder Werbepattform qualifizieren. Vielmehr liegt abhängig von der Austauschbeziehung, die betrachtet wird, der jeweilige Plattfortmtyp vor: zwischen den Nutzern und den Videoanbietern eine Matching-Plattform und zwischen den Nutzern und den Werbern eine Werbepattform. Diese Ebenen müssen separat betrachtet werden.⁵³⁶ Insofern muss die Plattfortmtheorie des BKartA konkretisiert werden.

Eine derartige Konkretisierung ist aber nicht mehr möglich in dem anderen Fall, in dem *auf derselben Ebene* sowohl eine Matching-, als auch eine Werbepattform vorliegt: Wenn bereits das Klicken auf einen Link in der Suchergebnisliste ein Matching darstellen könnte, müsste das ebenso der Fall sein, wenn ein Nutzer auf eine bezahlte Werbeanzeige klickt, die vor den unbezahlten, sogenannten „organischen“ Suchergebnissen steht.⁵³⁷ Der Kontakt des Nutzers mit der Website des Werbers kann aber über diesen Klick auf die Anzeige hinausgehen. Der Nutzer kann sich dafür entscheiden, ein Produkt des Werbers auf dessen Website zu kaufen, womit

534 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 123 – VG Media/Google. Vgl. auch das Verfahren beim LG Berlin, 19.02.2016, 92 O 5/14 Kart, NZKart 2016, 338 – VG Media/Google.

535 Mandrescu, E.C.L.R. 2017, 410, 411.

536 Klasse/Wiethaus, WuW 2017, 354, 360; Volmar, ZWeR 2017, 386, 396.

537 Klasse/Wiethaus, WuW 2017, 354, 360.

eine echte Transaktion zustande käme („Werbefolgekontakt“).⁵³⁸ Das zeigt erneut, wie schwer es ist, dem Matching-Begriff Konturen zu geben: reicht es aus, wenn lediglich in manchen Fällen – bei Werbefolgekontakten – eine Transaktion zustande kommt, in anderen jedoch nicht? Oder reicht es bereits aus, wenn der Nutzer dem Werber seine Aufmerksamkeit schenkt?⁵³⁹

Das entscheidende Problem liegt aber darin, dass beim Werbefolgekontakt einerseits ein Matching vorliegt und damit eine einheitliche Marktabgrenzung vorgegeben ist. Andererseits wird aber die Beziehung zwischen Werbern und Nutzern betrachtet, sodass eine Werbeplattform vorliegt und eine separate Marktabgrenzung entlang der Plattformseiten geboten ist. Tatsächlich ordnet das BKartA Suchmaschinen als Werbeplattform ein.⁵⁴⁰ Es wird somit *in derselben Ebene* sowohl eine einheitliche, als auch eine separate Marktabgrenzung angeordnet. Die Plattformtheorie des BKartA ordnet damit Rechtsfolgen an, die sich logisch gegenseitig ausschließen und wird damit *ad absurdum* geführt.⁵⁴¹

In dem Fall von Werbefolgekontakten bleibt unklar, welche Marktabgrenzung vorgenommen werden muss, was gerade in der für die Markt-machtbestimmung entscheidenden Marktabgrenzung hohe Rechtsunsicherheit bedeutet.⁵⁴²

c) Die Vertreterausnahme

Der dritte Kritikpunkt betrifft die hier sogenannte Vertreterausnahme in der Plattformtheorie des BKartA. Liegt eine Matching-Plattform vor, werden die Plattformseiten grundsätzlich zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst. Wenn aber die Plattform als Vertreter im Sinne eines Handelsvertreters (§ 84 HGB) oder eines Kommissionärs (§ 383 HGB) agiert, grenzt das BKartA ausnahmsweise separate Märkte entlang der Plattform-

538 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn.122 – *VG Media/Google*; Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 295 – *Google Shopping*.

539 Vgl. *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121.

540 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 127 – *VG Media/Google*.

541 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 401. Auch *Mandrescu* weist daraufhin, dass die typologische Herangehensweise des BKartA den Nachteil in sich birgt, hybride Plattformen zwischen Matching- und Werbeplattform nicht erfassen zu können, siehe *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 461–464.

542 Dieses Problem erkennt auch *Holzweber*, Der Markt-machttransfer bei digitalen Plattformen, 58.

seiten ab. Ein Beispiel für einen solchen Vertreter ist das Unternehmen CTS EVENTIM, das Gegenstand dreier Verfahren des BKartA war.⁵⁴³ Das Unternehmen verkauft für Konzertveranstalter Tickets an Vorverkaufsstellen und daneben direkt an Endverbraucher. Es verbindet damit die Parteien und vermittelt eine Interaktion. Grundsätzlich sieht das BKartA darin ein Matching.⁵⁴⁴

Für seine Ausnahme führt das Amt zwei Gründe auf, die jedoch im Ergebnis beide nicht überzeugen können:

aa) Europarechtliche Vorgaben

Die Literatur und die europäische Rspr. grenzen im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 lit. h Vertikal-GVO⁵⁴⁵ bei Handelsvertretern separate Märkte ab: einen Markt für Vermittlungsleistungen und einen Markt für die Produkte des Prinzipals.⁵⁴⁶ Auf dem vorgelagerten Produkt für Vermittlungsleistungen bietet der Vertreter es dem Prinzipal an, seine Produkte zu verkaufen. In dem nachgelagerten Markt für die Produkte des Prinzipals verkauft der Vertreter die Produkte an seine Abnehmer. An diese Abgrenzung sei auch das BKartA gebunden. Bei Handelsvertretern wie bei CTS EVENTIM müssten daher separate Märkte abgegrenzt werden.⁵⁴⁷ Das BKartA befürchtet, dass

543 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 74 ff. – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*; BKartA, 23.11.2017, B6-35/17 – *CTS EVENTIM/Four Artists*; BKartA, 03.01.2017, B6-53/16 – *CTS EVENTIM/FKP SCORPIO*.

544 BKartA, 23.11.2017, B6-35/17, Rn. 52 ff. – *CTS EVENTIM/Four Artists*.

545 VO (EU) Nr. 330/2010 der Kommission v. 20.4.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. (EU) v. 23.4.2010 Nr. L 102/1.

546 *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 Vertikal-GVO, Rn. 25; EuGH, 14.12.2006, C-217/05, Slg. 2006, I-11987, Rn. 62 – *CEPSA I*; *GA'in Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-217/05 v. 17.5.2005, Slg. 2006, I-11987, Rn. 44 f. (*CEPSA I*); *Jestaedt/Zöttl*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Art. 1 Vertikal-GVO, Rn. 82 f.; *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, Rn. 274.

547 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 108 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*; BKartA, 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 122 – *CTS EVENTIM/FKP SCORPIO*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 32.

„... eine einheitliche Marktabgrenzung die Einordnung der Marktseiten als Vertikalkette für die Zwecke der Vertikal-GVO im Hinblick auf deren Art. 1 Abs. 1 b) verhindern [würde].“⁵⁴⁸

Art. 1 Abs. 1 lit. h Vertikal-GVO erstreckt den Begriff „Abnehmer“ im Sinne der Vertikal-GVO auf Unternehmen, die auf der Grundlage einer unter Art. 101 AEUV fallenden Vereinbarung Waren oder Dienstleistungen für Rechnung eines anderen Unternehmens verkaufen. Die Vertikal-GVO ist gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO nur auf vertikale Vereinbarungen anwendbar, die vorliegen, wenn zwei Unternehmen auf anderen Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette tätig sind. Das BKartA hat die Befürchtung, dass bei einer Zusammenfassung der Märkte des Handelsvertreters zwischen dem Vertreter und dem Prinzipal kein Vertikalverhältnis im Sinne der Vertikal-GVO vorliegt und diese Beziehung daher einer Freistellung nicht mehr zugänglich wäre. Es bedürfe vielmehr einer separaten Marktabgrenzung, um festzustellen, dass zwischen den beiden Märkten ein Vertikalverhältnis besteht. Um die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO nicht zu unterlaufen, müsse das BKartA separate Märkte abgrenzen.

(1) Grundsätzliche Bindungswirkung des BKartA an die europäische Rspr.

Ist das BKartA tatsächlich an die europäische Rspr. gebunden? Es ist aber nicht ohne weiteres möglich zu begründen, weshalb das BKartA allgemein an Entscheidungen der europäischen Gerichte gebunden sein sollte. Grundsätzlich geht das europäische Recht dem Recht der Mitgliedsstaaten zwar vor – jedoch nur soweit sein Anwendungsbereich greift.⁵⁴⁹ In der Fusionskontrolle erfordert dies einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung, Art. 1 Abs. 1 FKVO. Art. 102 AEUV ist nur anwendbar, wenn das missbräuchliche Verhalten dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.⁵⁵⁰ Art. 101 AEUV betrifft Vereinbarungen nur, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten

548 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 110 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*.

549 BVerfG, 30.6.2009, 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267, Rn. 335 ff. – *Lissabon*; EuGH, 15.07.1964, 6/64, Slg. 1964, 125 – *Costa/E.N.E.L*; *Frenz*, Europarecht, 47 f.

550 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 22.

zu beeinträchtigen geeignet sind. Unterhalb dieser Schwelle ist das Recht der Mitgliedsstaaten grundsätzlich eigenständig anwendbar.⁵⁵¹

Für das Kartellrecht schreibt allerdings Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 vor, dass die Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedsstaaten im Falle der Anwendung ihres einzelstaatlichen Rechts auch Art. 101 und 102 AEUV anwenden. Die Anwendung des einzelstaatlichen Rechts darf dabei gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 nicht zu einer strengeren Entscheidung als nach dem Unionsrecht führen.⁵⁵² Diese Grundsätze gelten jedoch gemäß Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003 nicht im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle. Auch die Literatur verneint eine Bindungswirkung europäischen Rechts für die mitgliedstaatlichen Behörden, soweit sie in der Zusammenschlusskontrolle tätig sind.⁵⁵³ Zwei der CTS EVENTIM-Fälle waren aber Zusammenschlüsse.

Ein Einfluss des europäischen Rechts auf die deutsche Zusammenschlusskontrolle ist jedoch nicht zu bestreiten. Dieser ist auch vom Gesetzgeber gewollt, wie unter anderem die Einführung des SIEC-Tests („Significant Impediment to Effective Competition“) in § 36 Abs. 1 GWB zeigt.⁵⁵⁴ Es wäre auch nicht wünschenswert, im Rahmen der Fusionskontrolle einen rein mitgliedstaatlich geprägten Marktbeherrschungsbegriff vorzufinden, während im Missbrauchsverbot ein europarechtlich vorgegebener Begriff genutzt wird. Das würde Rechtszersplitterung bedeuten und spricht für eine Bindungswirkung auch in der Fusionskontrolle.

Darüber hinaus betrifft die vorliegende Rechtsfrage nicht nur die Fusionskontrolle, sondern *auch* wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Sinne des Art. 101 AEUV, da es um die Auslegung eines Begriffs der Vertikal-GVO geht. Im Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinba-

551 *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 194 f.

552 Siehe dazu auch den deklaratorischen § 22 GWB.

553 *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 21, 35; *Bardong*, NZKart 2013, 303, 304; *Kallfaß*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 36 GWB, Rn. 32 ff.; *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 36 GWB, Rn. 42, § 37 GWB Rn. 80 ff. m.w.N.; *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 398 f. Dem BGH zufolge sind die Bekanntmachungen und Mitteilungen der Kommission zur Marktabgrenzung im Rahmen der Fusionskontrolle lediglich zu „berücksichtigen“, vgl. BGH, 06.12.2011, KVR 95/10, BGHZ 192, 18, Rn. 32 – *Total/OMV*.

554 Gesetzentwurf der Bundesregierung zur 8. GWB-Novelle, BTDr. 17/9852 vom 31.5.2012, 28; *Ackermann*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 21, 36; BGH, 10.12.2008, KZR 54/08, GRUR 2009, 698, Rn. 17 – *Subunternehmervertrag II*; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 11.

rungen strebt der Gesetzgeber aber eine vollumfängliche Anpassung des § 1 GWB an das europäische Recht an.⁵⁵⁵

Es gibt somit eine Reihe an Gründen, die für und wider eine grundsätzliche Bindungswirkung der europäischen Rspr. in Bezug auf das BKartA streiten. Diese Frage kann jedoch dahinstehen, da es auf sie vorliegend nicht ankommt:

(2) Keine Bindungswirkung im konkreten Fall

Selbst wenn man eine derartige abstrakte Bindungswirkung bejaht, sprechen die überwiegenden Gründe gegen eine solche Wirkung im konkreten Fall der Marktabgrenzung bei Handelsvertretern:

Die Marktabgrenzung für Handelsvertreter entstammt der CEPSA-Rspr. des EuGH und einiger weiterer Urteile.⁵⁵⁶ Dort ging es um die Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV und die Reichweite des Art. 1 Abs. 1 lit. h Vertikal-GVO. Der Gerichtshof entschied, dass die Vereinbarungen zwischen Handelsvertreter und Prinzipal Art. 101 AEUV insoweit unterfallen, als sie die deren Beziehung untereinander betreffen. Das sei zum Beispiel bei Wettbewerbsverbots- oder Ausschließlichkeitsklauseln der Fall. Vereinbarungen betreffend das Verhältnis des Vertreters mit Dritten – insbesondere den Abnehmern – sind hingegen nicht von Art. 101 AEUV erfasst. Lediglich insofern ist auch die Entscheidung des Gerichtshofes zu verstehen. Im Fall nahm der Gerichtshof keine Marktabgrenzung vor. Er verwendete nicht einmal den Begriff „Markt“, sondern sprach von den „Beziehungen“ zwischen Prinzipal und Vertreter.⁵⁵⁷ Lediglich Generalanwältin Kokott sprach von Märkten, worin ihr der Gerichtshof jedoch – zu Recht – nicht folgte.⁵⁵⁸ Es ging somit nicht um eine Marktabgrenzung im Sinne des Art. 102 AEUV oder des Art. 2 Abs. 3 FKVO zur Bestimmung einer beherr-

555 Begründung zur 7. GWB-Novelle, BTDRs. 15/3640, 21.

556 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 108 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*; EuGH, 14.12.2006, C-217/05, Slg. 2006, I-11987, Rn. 62 – *CEPSA I*; EuGH, 1.10.1987, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801, Rn. 19 f. – *Flämische Reisebüros*; EuGH, 3.7.1985, Rs. 243/83, Rn. 44 f. – *Binon/AMP*; EuGH, 16.12.1975, C-40/73, Slg. 1975, 1663, Rn. 473 ff. – *Suiker Unie*; *GA'in Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-217/05 v. 17.5.2005, Slg. 2006, I-11987, Rn. 44 ff. (CEPSA I).

557 EuGH, 14.12.2006, C-217/05, Slg. 2006, I-11987, Rn. 62 – *CEPSA I*; EuGH, 16.12.1975, C-40/73, Slg. 1975, 1663, Rn. 473 ff. – *Suiker Unie*.

558 *GA'in Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-217/05 v. 17.5.2005, Slg. 2006, I-11987, Rn. 44 ff. (CEPSA I).

schenden Stellung. Daher ist nicht einzusehen, weshalb eine Entscheidung, die der EuGH zum Fall der Anwendbarkeit des Art. 101 AEUV traf und die den Begriff „Markt“ in dem Zusammenhang nicht einmal erwähnt, eine konkrete Marktabgrenzung in einem Fall der Fusionskontrolle oder der Missbrauchsaufsicht des BKartA vorgeben sollte. Daher geht in Bezug auf die Marktabgrenzung bei Agenturverhältnissen von den Entscheidungen der europäischen Gerichte keine Bindungswirkung aus.⁵⁵⁹

Aus demselben Grund wird auch die Anwendung der Vertikal-GVO auf einheitliche Märkte nicht verhindert. Es kann unabhängig von der Marktabgrenzung in Fällen der Zusammenschlusskontrolle oder der Missbrauchsaufsicht, wo sie der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung dient, trotzdem ein Vertikalverhältnis im Sinne der Vertikal-GVO festgestellt werden. Ein einheitlicher Markt besteht gerade aus mehreren Marktseiten, die zu einem Markt zusammengefasst werden. Diese Marktseiten können in einem vertikalen Verhältnis zueinander stehen. Beispielsweise kann man bei Auktionsplattformen die Seite der Verkäufer als vorgelegerten und die Seite der Käufer als nachgelagerten Markt begreifen.⁵⁶⁰ Die beiden Parteien stehen auf unterschiedlichen Ebenen, die durch die Plattform verbunden werden. Erfolgt eine bestimmte Marktabgrenzung zum Zwecke der Marktmachtbestimmung, entfaltet sie nur in ihrem teleologisch definierten Anwendungsbereich Bindungskraft. Über Rechtsfragen für andere Zwecke – wie für die Beurteilung der Anwendbarkeit der Vertikal-GVO – trifft eine Marktabgrenzung im Rahmen der Art. 102 AEUV und Art. 2 Abs. 3 FKVO im Einzelfall keine Aussage.

(3) Begrenzte Kompetenzen der europäischen Gerichte

Eine konkrete Marktabgrenzung für den Einzelfall würde sogar die Kompetenzen des EuGH überschreiten. Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV sind nur zulässig bezüglich der *Auslegung* des Unionsrechts, nicht bezüglich seiner *Anwendung*.⁵⁶¹ Die europäische Rspr. legt lediglich abstrakt-generell aus, wie Begriffe des europäischen Rechts zu verstehen sind. Dahin-

559 Volmar, ZWeR 2017, 386, 399 f.

560 Vgl. BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 30 f.

561 Gaitanides, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Art. 267 AEUV, Rn. 30 f.; Stotz, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, § 22, 48 ff.; Wißmann, in: Erfurter Kommentar ArbR, Art. 267 AEUV, Rn. 5 f.

gegen ist die Anwendung des Rechts im konkreten Einzelfall Sache des Gerichts des Mitgliedsstaates.⁵⁶² Die Marktabgrenzung ist aber eine Tatsachenfrage. Es kommt auf die Austauschbarkeit der Produkte an. Die europäischen Gerichte dürften demnach ohnehin nicht entscheiden, ob im konkreten Einzelfall ein Markt oder mehrere für eine Handelsvertreter-Plattform abgegrenzt werden dürfte.

bb) Fehlende Interaktion zwischen den Plattformseiten

Das BKartA sieht aus einem weiteren Grund die Vertreterausnahme als geboten an. So definiert das Amt die Plattform bzw. den mehrseitigen Markt im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB als einen Vermittler, der eine Transaktion zwischen den Plattformseiten herbeiführt.⁵⁶³ Daran fehle es jedoch bei klassischen Händlern:

„Gegenüber mehrseitigen Märkten unterscheidet sich [eine] Handelstätigkeit damit grundsätzlich auch dadurch, dass die Plattform nach ihrer Marktfunktion auf beiden Seiten als Anbieter einer Vermittlungsleistung auftritt, während der Händler auf der vorgelagerten Marktstufe das Transaktionsprodukt selbst einkauft, insoweit also Nachfrager ist, und auf der nachgelagerten Marktstufe Anbieter des gehandelten Transaktionsproduktes. Die Unterscheidung ist gerade im Zusammenhang mit der Marktbeherrschungsprüfung relevant, da sich die Prüfung einer an Drohpunkten orientierten und schon bei relativ niedrigen Marktanteilen anzunehmenden Nachfragemacht erheblich von den Phänomenen und Gefahren der Angebotsmacht einer Plattform und ihrem sog. Tipping-Problem unterscheidet.“⁵⁶⁴

Das BKartA erwägt demnach, den im Fall betroffenen Ticketvermittler nicht als Plattform, sondern als eine Art Einzelhändler einzuordnen. Eine einheitliche Marktabgrenzung wäre dann nicht mehr denkbar. Im Fall von Ticketsystemen sollen sich die Plattform- und die Vertriebstätigkeit für die Veranstalter jedoch erheblich überschneiden.⁵⁶⁵ Unternehmen sollen so-

562 Volmar, ZWeR 2017, 386, 400.

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

564 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 100 – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen).

565 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 101 – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen).

wohl als Handelsvertreter, als auch in einem mehrseitigen Markt im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB tätig sein können.⁵⁶⁶

„Der typische („echte“) Handelsvertreter (oder Kommissionär) hat jedoch ebenfalls keine Kontrolle über die wesentlichen Transaktionsvariablen und trägt keine wesentlichen Transaktionsrisiken. Die Dienstleistung eines Handelsvertreters..., bei dem der Handelsvertreter im Verhältnis zum Prinzipal (dem „Vermittlungsverhältnis“) ebenfalls als Anbieter auftritt, weist daher ähnliche Züge wie ein mehrseitiger Markt auf... Die Transaktion erfolgt bei jedem Vertragstyp des Agenturverhältnisses damit rechtlich oder wirtschaftlich („für Rechnung“) direkt mit dem Prinzipal... Die Vereinbarung eines Handelsvertreterverhältnisses und die Distributionsfunktion der Plattform schließt daher das Vorliegen eines mehrseitigen Marktes für die Zwecke der Prüfung von Marktmacht nicht aus. Denn das zentrale Element der indirekten Netzwerkeffekte ist dennoch vorhanden und bei der Marktmachtprüfung besonders zu berücksichtigen.“⁵⁶⁷

Das BKartA beseitigt somit seinen eigenen Einwand selbst. Warum das Amt trotzdem zu einem anderen Ergebnis kommt, bleibt unklar. Das Vorliegen eines Agenturverhältnisses ändert damit nichts daran, dass eine Plattform vorliegen kann, deren Plattformseiten grundsätzlich zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst werden könnten.

cc) Verfahrensökonomische Erwägungen

Das entscheidende Argument gegen die Vertreterausnahme erfordert einen Rückblick auf den Grund für die Abgrenzung einheitlicher Märkte. Die verschiedenen Plattformseiten können und sollten zusammengefasst werden, wenn beiderseitig positive indirekte Netzwerkeffekte wirken, da sich dann davon ausgehen lässt, dass auf den jeweiligen Plattformseiten die gleichen Wettbewerbsbedingungen herrschen. Eine separate Prüfung der Plattformseiten würde lediglich dazu führen, dass dieselben Wettbewerbsbedingungen mehrmals mit dem gleichen Ergebnis geprüft werden. Die wettbewerbliche Würdigung würde dadurch ohne sachlichen Grund ver-

566 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 102 – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen).

567 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 103 – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen).

längert.⁵⁶⁸ Genau dies tat jedoch das BKartA in den drei Verfahren betreffend CTS EVENTIM: Das BKartA prüfte zunächst die Marktbedingungen auf dem vorgelagerten Markt und danach diejenigen auf dem nachgelagerten Markt. Bereits in der Marktabgrenzung bemerkt das Amt:

„Der Markt für Ticketsystemdienstleistungen ist sachlich und räumlich aus Sicht der VVK-Stellen im Wesentlichen genauso abzugrenzen wie aus Sicht der Veranstalter.“⁵⁶⁹

„Die Leistungsinhalte der Ticketsystemdienstleistungen für VVK-Stellen decken sich nach den vertraglichen Vereinbarungen im Wesentlichen mit denjenigen für Veranstalter. Im Hinblick auf die Vermittlungsfunktion des Ticketsystems zwischen Veranstalter und VVK-Stellen und deren Kunden ist ein im Wesentlichen einheitlicher Bedarf der VVK-Stellen und der Veranstalter bezogen auf die Anbindung an ein Ticketsystem anzunehmen.“⁵⁷⁰

Das Amt erkennt auch die positiven indirekten Netzwerkeffekte, die dazu führen, dass die Wettbewerbsbedingungen homogen sind.⁵⁷¹ Außerdem erkennt es, dass das Nutzerverhalten auf beiden Seiten der Plattform gleich ist.⁵⁷² Zu Recht stellt das Amt folgerichtig in allen drei Entscheidungen fest:

„Die Marktstellung von CTS auf der Marktseite der VVK-Stellen entspricht derjenigen auf der Seite der Veranstalter.“⁵⁷³

Trotzdem fährt das Amt fort, die Wettbewerbsbedingungen auf dieser Seite zu untersuchen, wobei – wie sollte es auch anders sein – größtenteils auf die Ausführungen zur ersten Plattformseite verwiesen wird.⁵⁷⁴ Damit wird gerade die doppelte Prüfung derselben Wettbewerbsbedingungen vorge-

568 Vgl. oben Kapitel 3 B.I.2.

569 BKartA, 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 141 – CTS EVENTIM/FKP SCORPIO.

570 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 140 f. – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen).

571 BKartA, 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 169 ff., 180 – CTS EVENTIM/FKP SCORPIO.

572 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 192 f. – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen).

573 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 222, 226 – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen); BKartA, 23.11.2017, B6-35/17, Rn. 217 – CTS EVENTIM/Four Artists; BKartA, 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 178 – CTS EVENTIM/FKP SCORPIO.

574 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 223 ff. – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen); BKartA, 23.11.2017, B6-35/17, Rn. 218 ff. – CTS EVENTIM/Four Artists; BKartA, 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 178 ff. – CTS EVENTIM/FKP SCORPIO.

nommen, die durch die Zusammenfassung der Plattformseiten zu einem einheitlichen Markt vermieden werden soll.⁵⁷⁵ Die wettbewerbliche Würdigung wird aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten unnötig verlängert. Dabei entsteht der Eindruck einer etwas formalistischen Prüfung, die sich zugunsten einer vermeintlich nötigen Europarechtskonformität nicht mehr an den tatsächlich wirkenden Wettbewerbskräften orientiert.⁵⁷⁶

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich die Plattformtheorie des BKartA an drei Punkten kritisieren. Erstens ist unklar, wann ein Matching vorliegt, wodurch die Abgrenzung zwischen Matching- und Werbeplattformen schwerfällt. Das führt zweitens dazu, dass gleichzeitig eine Werbe- und eine Matching-Plattform in derselben Ebene vorliegen können. In diesem Fall ist nicht mehr eindeutig, ob separate Märkte entlang der Plattformseiten oder einheitliche Märkte abgegrenzt werden sollen. Drittens wird eine Vertreterausnahme gemacht, die weder europarechtlich noch verfahrensökonomisch geboten ist.

Damit ist die Plattformlehre des BKartA nicht überzeugend. Die Methode des EuG hingegen überzeugt zwar inhaltlich, ist aber in ihrem Anwendungsbereich auf entgeltliche Märkte begrenzt.

IV. Die Erweiterung des Bedarfsmarktkonzepts als Alternative

Daher soll hier ein alternatives Konzept zur Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen vorgeschlagen werden.⁵⁷⁷

1. Separate Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept als Grundsatz

Ausgangspunkt der Marktabgrenzung sollte das Bedarfsmarktkonzept bleiben. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbedingun-

575 Vgl. oben Kapitel 3 B.I.2.

576 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 401.

577 Siehe bereits *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 402 ff.

gen sich auf verschiedenen Märkten unterscheiden. Die homogenen Wettbewerbsbedingungen bei Plattformmärkten mit beiderseitig positiven indirekten Netzwerkeffekten sind lediglich eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Für einen großen Teil der Märkte, auch der Plattformmärkte, wird das Bedarfsmarktkonzept ausreichen, weil es an solchen homogenen Bedingungen fehlt.⁵⁷⁸

a) Beispiel Internetwerbemärkte

Beispielsweise erfordern Werbemärkte eine getrennte Marktabgrenzung. Dort wirken keine beiderseitig positiven indirekten Netzwerkeffekte, weil es den Nutzern nicht darauf ankommt, mit den Werbern in Kontakt zu kommen. Lediglich von den Nutzern in Richtung der Werber gehen positive Netzwerkeffekte aus, nicht jedoch in umgekehrter Richtung.⁵⁷⁹ Daher sind die Wettbewerbsbedingungen auf dem Werbemarkt nicht identisch mit denen auf anderen Plattformseiten. So kann beispielsweise ein soziales Netzwerk wie Facebook hohe Nutzeranteile haben und gegenüber den Nutzern geringem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sein. Das bedeutet jedoch nicht, dass es auch gegenüber Werbenden eine starke Stellung einnehmen müsste. Die Werber verfügen schließlich über genügend Ausweichmöglichkeiten, bei denen sie ebenfalls werben können, wie zum Beispiel Suchmaschinen.⁵⁸⁰ Wenn die Plattform auf einer Plattformseite andere Wettbewerber hat als auf der anderen Seite, gleichen sich grundsätzlich die Wettbewerbsbedingungen auch nicht.⁵⁸¹ Während Facebook im Werbemarkt mit Google und anderen Unternehmen konkurriert, steht es im Markt für soziale Netzwerke anderen Wettbewerbern wie StudiVZ gegenüber.⁵⁸² Die Wettbewerbsbedingungen auf den Plattformseiten sind demnach nicht homogen.

Bei Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes kommt es darauf an, ob die Produkte auf den jeweiligen Plattformseiten aus Verbrauchersicht funktio-

578 Vgl. Wismer/Rasek, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 11.

579 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 25.

580 Vgl. Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 97 – Google/DoubleClick.

581 Katz/Sallet, 127 Yale L. J. 2142, 2155 (2018).

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

nal austauschbar sind.⁵⁸³ Danach sind hier die Märkte getrennt abzugrenzen, da sich die eine Leistung der Plattform – Werbung – nicht mit der Leistung auf der anderen Seite – soziale Kontakte, Suchergebnisse etc. – austauschen lässt. Es werden aus funktionaler Hinsicht verschiedene Bedarfe bedient. Der Werbende erwartet von Facebook eine andere Leistung als der Nutzer. Das Bedarfsmarktkonzept kommt damit bereits alleine zu einem Ergebnis, das den geltenden Wettbewerbsbedingungen entspricht.⁵⁸⁴

Dafür spricht auch der rechtsvergleichende Befund. Die Kommission kam in einer Reihe von Entscheidungen mit der bloßen Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes zu dem Ergebnis, separate Märkte für Online-Werbung abzugrenzen.⁵⁸⁵ Das gleiche gilt für Entscheidungen aus den USA.⁵⁸⁶

b) Gegenbeispiel Fernsehwerbung?

Eine andere Ansicht vertrat lange Zeit die deutsche Praxis zu dieser Frage. Es wurde stets lediglich ein Markt für Fernsehwerbung abgegrenzt, weil man davon ausging, dass sich die Anteile auf dem Markt für Fernsehwerbung und dem Markt für Zuschauer entsprechen. Es sei „risikolos“, den Markt für Fernsehwerbung alleine zu betrachten, weil sie ohnehin „gespiegelt“ seien.⁵⁸⁷ Diese Feststellung ist aus zweierlei Gründen problematisch:

Für den Fernsehbereich ist es zwar richtig, dass sich die Marktanteile auf beiden Märkten ungefähr gleichen, was jedoch nur dann möglich ist, wenn der Werbemarkt die gleichen Anbieter umfasst wie der Zuschauermarkt. Fernsehsender konkurrieren um Zuschauer wie um Werber nur mit anderen Fernsehsendern. Im Internet besteht der Werbemarkt jedoch aus vielen Anbietern, die gegenüber den Nutzern unter Umständen nicht

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

584 *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 85; *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 403.

585 *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 87 ff.

586 FTC, 20.12.2007, 071-0170, 4 f. – *Google/DoubleClick*; FTC, Administrative Complaint in the Matter of 1-800 Contacts, Inc., 08.08.2016, Docket No. 9372, 6–7; *KinderStart.com, LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF (RS), 8-9 (N.D. Cal. Mar. 16, 2007).

587 BKartA, 19.01.2006, B6-103/05, 23 – *Springer/ProSiebenSat.1*; OLG Düsseldorf, 03.12.2008, VI-Kart 7/06 (V), OLGR Düsseldorf 2009, 553, Rn. 104 ff. – *RTL/Pro7/Sat1*; *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 122. Vgl. außerdem oben Kapitel 3 A.I.2.b).

konkurrieren. Eine Suchmaschine konkurriert beispielsweise nicht um Nutzer mit einem sozialen Netzwerk, weil die beiden Anbieter völlig verschiedene, nicht austauschbare Leistungen anbieten. Beide Unternehmen konkurrieren jedoch um Werbende, die Anzeigen bei ihnen schalten sollen. Im Werbemarkt sind mehr Anbieter tätig als in den einzelnen Nutzermärkten für verschiedene Internetangebote. Daher unterscheiden sich die Marktanteile der Anbieter auf dem Werbemarkt einerseits und den jeweiligen Nutzermärkten andererseits.⁵⁸⁸ Bei Online-Plattformen sind demnach die Marktanteile nicht gleich und auch die Wettbewerbsbedingungen auf den Werbe- und Nutzermärkten nicht zwangsläufig homogen.

Zweitens ist die Annahme kritisch zu sehen, dass auf zwei Märkten die gleichen Wettbewerbsbedingungen herrschen, nur weil die Anbieter dort die gleichen Marktanteile halten. Die Wettbewerbsbedingungen auf den jeweiligen Plattformseiten entsprechen sich nämlich tatsächlich nicht. Zwar bedeutet ein hoher Anteil an Zuschauern, dass die Plattform eine starke Position gegenüber den Werbenden einnimmt. Umgekehrt aber geht eine starke Position gegenüber den Werbern nicht zwangsläufig mit einer starken Position gegenüber den Nutzern einher. Für die Nutzer ist es nicht wichtig, dass eine Plattform besonders viele Werber hat. Kein Fernsehzuschauer wird sich gezwungen sehen, einen Fernsehsender zu schauen, weil dieser viele Werbekunden hat. Die Netzwerkeffekte wirken insofern positiv nur von den Nutzern aus in Richtung der Werber, jedoch nicht umgekehrt.⁵⁸⁹ Gegenüber den Zuschauern hat der Fernsehsender daher nicht unbedingt Marktmacht. Vielmehr sind die Sender auf die Zuschauer angewiesen, um Werbeeinkommen zu generieren. Die Sender sind somit grundsätzlich in einer schwachen Position gegenüber den Zuschauern. Die Wettbewerbsbedingungen auf den Plattformseiten müssen sich demnach nicht entsprechen. Sie sind demnach im Wortsinne „gespiegelt“, weil auf ihnen die *umgekehrten* Wettbewerbsbedingungen herrschen. Daher ist es nicht „risikolos“, lediglich einen Werbemarkt abzugrenzen. Es besteht vielmehr das Risiko, das Wettbewerbsgeschehen auf dem Nutzermarkt wettbewerblich falsch einzuordnen.

Festzuhalten ist, dass bei Werbeplattformen häufig nicht die gleichen, sondern gegensätzliche Wettbewerbsbedingungen herrschen. Hier ist kei-

588 Vgl. Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 273 ff. – *Google Shopping*; Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 97 – *Google/DoubleClick*. Der Marktanteil Googles auf dem Nutzermarkt beträgt ca. das Zweifache des Anteils auf dem Online-Werbemarkt.

589 Vgl. oben Kapitel 2 C. I.

ne einheitliche Abgrenzung geboten. Bereits die separate Abgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept kommt zu zufriedenstellenden Ergebnissen. Das Bedarfsmarktkonzept bedarf somit in diesen Plattformfällen keiner Anpassung. Es ist nicht erforderlich, einen eigenen Plattfortmtypus für Werbeplattformen abzugrenzen. So wird außerdem die Unklarheit darüber vermieden, welcher Markt abgegrenzt werden soll, wenn sowohl eine Matching-, als auch eine Werbeplattform vorliegen.⁵⁹⁰

c) Bedarfsmarktkonzept als Basis der Plattformlehre des BKartA?

Zwar nimmt auch das BKartA für sich in Anspruch, das Bedarfsmarktkonzept zu beachten. So führe „gerade die Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts zu einer einheitlichen Betrachtung der Plattform, da bei Matchingplattformen beide Nachfragergruppen regelmäßig einen einheitlichen Bedarf haben und die Austauschmöglichkeiten der Nachfragergruppen nicht wesentlich voneinander abweichen.“⁵⁹¹ Außerdem könne die Marktgegenseite „auch aus zwei oder mehr Nutzergruppen bestehen, wie es auf vielen einseitigen Märkten der Fall“ sei.⁵⁹² Wenn bereits das Bedarfsmarktkonzept ausreicht, ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb zusätzlich die Einordnung in Matching- und Werbeplattformen nötig ist. Außerdem führt eine strikte Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes wie oben gezeigt tatsächlich zu einer separaten Markt abgrenzung.⁵⁹³ Daher kann sich das Amt nicht darauf berufen, bei einer einheitlichen Markt abgrenzung das Bedarfsmarktkonzept anzuwenden.

In jüngerer Praxis verwendet das BKartA die Plattfortmtypologie an weniger prominenter Stelle. So betont es in *Facebook*, dass jede Markt abgrenzung dem Bedarfsmarktkonzept zu folgen habe und eine einheitliche Markt abgrenzung nur anzunehmen sei, wenn die Sichtweisen der Nutzergruppen bezüglich der funktionalen Austauschbarkeit der Leistung nicht wesentlich voneinander abweichen und sie damit einen weitgehend einheitlichen Bedarf aufweisen.⁵⁹⁴ Der Begriff „Matching-Plattform“ wird le-

590 Volmar, ZWeR 2017, 386, 407.

591 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 78 – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 2 f. – *Immonet/Immowelt*.

592 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 32.

593 Vgl. oben Kapitel 3 B.I.1.

594 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 233 – *Facebook*.

diglich in einer Fußnote gebraucht.⁵⁹⁵ Das BKartA hebt aber hervor, dass Facebook eine Aufmerksamkeitsplattform darstellt.⁵⁹⁶

Im Grundsatz ist somit am Bedarfsmarktkonzept festzuhalten, um separate Märkte entlang der Plattformseiten abzugrenzen.

2. Einheitliche Marktabgrenzung bei reziprokem Bedarf

a) Der Ansatz

Daneben muss eine Regel gefunden werden, nach der ausnahmsweise einheitliche Märkte abgegrenzt werden. Diese einheitliche Abgrenzung ist nach dem oben Gesagten sinnvoll, wenn die gleichen Wettbewerbskräfte wirken. Es muss damit ein „similar conditions test“ entwickelt werden, nach dem entschieden werden kann, wann die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten.⁵⁹⁷ Dies ist wie oben beschrieben der Fall, wenn beiderseitig indirekte positive Netzwerkeffekte wirken. Das ist wiederum der Fall, wenn der Wert der Plattform aus der Sicht der beiden Nutzergruppen mit der Anzahl der Mitglieder der gegenüberliegenden Gruppe steigt.⁵⁹⁸ Mit anderen Worten kommt es in dieser Situation beiden Parteien darauf an, mit der jeweils anderen in Kontakt zu kommen. Die Bedarfe der beiden Seiten bedingen sich damit wechselseitig und sind *reziprok*.⁵⁹⁹ Beispielsweise geht es beiden Seiten bei einer Partnervermittlung darum, in

595 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Fn. 204 – *Facebook*.

596 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 221, 227, 235 – *Facebook*.

597 *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 60; *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 576. Vgl. auch oben Kapitel 3 B.I.2.

598 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 38.

599 Der Verf. stellte früher auf die „Komplementarität“ des Bedarfs ab, vgl. *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 402. Siehe auch *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 281. Dieser Begriff erscheint jedoch ungeeignet, weil in der Terminologie der Wettbewerbsbehörden mehrere Bedarfe komplementär sind, wenn sie nicht in einen Markt gehören, sondern sich parallel ergänzen. „Komplementär“ ist dabei das Gegenteil von „austauschbar“. So werden zum Beispiel Online- und Offline-Werbekanäle von Werbeunternehmen komplementär genutzt, weswegen separate Märkte für jeden Werbungstypus abgegrenzt werden, vgl. BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 150 – *VG Media/Google*. Ebenfalls denkbar wäre es, den Begriff des „wechselseitigen“ oder – wie das BKartA – „einheitlichen“ Bedarfs zu verwenden, vgl. BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 32.

Kontakt zu treten. Die Vermittlungsleistung der Plattform ist nur mit beiden Plattformseiten möglich. Die Vermittlungsleistung hängt währenddessen nicht davon ab, dass die Plattform Werbung anzeigt. Der Bedarf der Werbenden ist daher nicht reziprok im Verhältnis zu den Nutzern. Bei einem reziproken Bedarf lassen sich demnach die durch Netzwerkeffekte verbundenen Plattformseiten zu einem einheitlichen Markt zusammenfassen.

Der reziproke Bedarf passt dabei in die Kategorien des Bedarfsmarktkonzeptes. Zwar ließe sich einerseits sagen, dass mit diesem Konzept mehrere Produkte in einen Markt hineingezwängt werden, die nicht untereinander austauschbar sind. Schließlich fragt die eine Nutzerseite genau das nach, was die andere anbietet. Ein Käufer bei eBay sucht ein Produkt, während ein Verkäufer es verkaufen möchte – die Leistungen sind demnach nicht austauschbar. Anders betrachtet sind aber auch diese Leistungen austauschbar. Denn der Käufer fragt tatsächlich nicht den Kauf nach, sondern die Vermittlungsleistung der Plattform, genauso wie der Verkäufer diese Vermittlung an einen Käufer begehrt.⁶⁰⁰ Insofern konsumieren Käufer und Verkäufer das gleiche Produkt der Plattform, nur aus einer anderen Perspektive. Daher lassen sich bereits mit dem Bedarfsmarktkonzept Plattformmärkte zusammenfassen. Die Kategorie des reziproken Bedarfs benennt dabei die unterschiedlichen Perspektiven der Verbraucher präziser. Der Reziprozitätsbegriff ist damit eine Konkretisierung des Bedarfsmarktkonzeptes.

Mit dem Kriterium des reziproken Bedarfs wird man häufig zu ähnlichen Ergebnissen wie bei der Einordnung als Matching-Plattform kommen. Kommt es zu einem Matching, wird das nur gelungen sein, weil beide Parteien den gegenseitigen Kontakt wollten. Dafür ist Voraussetzung, dass der Bedarf der einen Seite dem der anderen Seite genau gegenübersteht, d.h. reziprok ist. Der Vorteil beim Abstellen auf den reziproken Bedarf ist jedoch, dass die Plattformen nicht mehr in schwer abgrenzbare Plattformentypen eingeordnet werden müssen. Das Kriterium der Reziprozität ist klarer und einfacher.

Statt an bestimmten Plattformentypen orientiert sich diese Regel an den vorhandenen Wettbewerbskräften und insbesondere an den wirkenden

600 Vgl. *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2157 (2018); *Wisner/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 13. Das BKartA spricht von „einheitlichem Bedarf“, vgl. BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 78 – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 2 f. – *Immonet/Immowelt*.

Netzwerkeffekten.⁶⁰¹ Damit wird dieses Kriterium auch eher der Vorgabe des § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB gerecht, nach dem bei der Bewertung der Marktstellung von Unternehmen in mehrseitigen Märkten die indirekten Netzwerkeffekte zu berücksichtigen sind.⁶⁰²

Ein ähnliches Konzept wird von *Mandrescu* vorgeschlagen.⁶⁰³ Nach seiner „Interaktionstypologie“ soll die Marktabgrenzung nicht auf der Basis bestimmter Plattfortmtypen erfolgen, sondern die Interessen der Parteien als Ausgangspunkt nehmen. Bei einem „bi- oder multilateralen Matching“ haben beide bzw. mehrere Nutzergruppen ein Interesse daran, miteinander in Kontakt zu treten. Dann sollen beiderseitig positive Netzwerkeffekte wirken und ein einheitlicher Markt abgegrenzt werden. Damit beschreibt *Mandrescu* die Situation eines reziproken Bedarfs. Bei einem „unilateralen Matching“ habe lediglich eine Partei ein Interesse an der Interaktion. Die positiven Netzwerkeffekte wirken nur einseitig, wie z.B. bei Werbeplattformen. Hier sollen separate Märkte abgegrenzt werden. Hiermit erreicht *Mandrescu* das, was in dem hier unterbreiteten Konzeptvorschlag durch die herkömmliche Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts geschieht. Damit sind die beiden Konzepte jenseits der Terminologie weitestgehend vergleichbar.

b) Rechtsfolge bei einheitlich abgegrenzten Märkten

Ist die Entscheidung für die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes gefallen, so findet das Bedarfsmarktkonzept in einer angepassten Art und Weise Anwendung: es gehören diejenigen Plattformen zum gleichen Markt, die genau wie das betroffene Unternehmen die gleichen reziproken Bedarfe auf den jeweiligen Plattformseiten bedienen.⁶⁰⁴ So vermittelt bspw. neben HRS auch Expedia Hotelübernachtungen zwischen Gästen und Hotels. Beide Plattformen bedienen den reziproken Bedarf beider Parteien, sodass sie demselben Markt zuzuordnen sind.

Dabei kann es sich ergeben, dass neben Plattformangeboten auch einseitige Nicht-Plattformangebote den Bedarf beider Seiten bedienen können. Hotelgästen ist es bspw. möglich, ohne die Vermittlung unmittelbar bei

601 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 402.

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

603 *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 464–465.

604 *Mandrescu*, E.C.L.R. 2017, 410, 411.

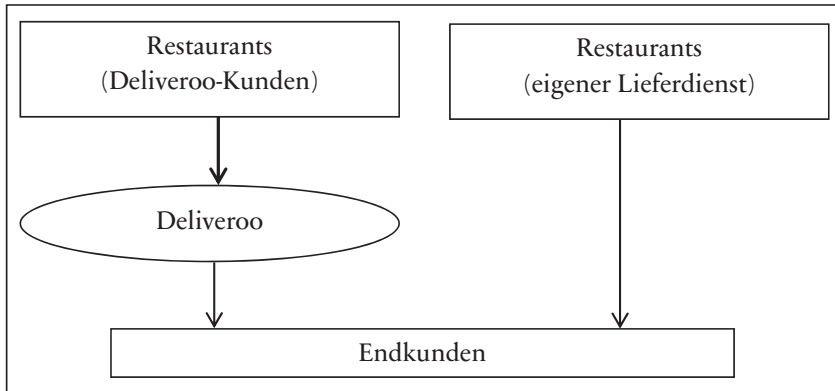
dem Hotel zu buchen. Sind an dieser Interaktion die gleichen Parteien wie bei dem Plattformangebot beteiligt und ist der Direktvertrieb aus ihrer Sicht austauschbar, so ist der Umsatz über diesen Direktvertriebskanal ebenfalls im Plattformmarkt als Marktanteil zu berücksichtigen. Dann ist der Umsatz der Hotels mit Direktbuchungen dem Markt der Zimmervermittlung hinzuzufügen. Da sich die Funktionalitäten des Direkt- und Vermittlungsvertriebs jedoch erheblich unterscheiden, hat die Rspr. diese beiden Märkte häufig getrennt – so auch im Fall der Hotelbuchungen.⁶⁰⁵

Die Ermittlung der Substitute ist dabei wechselseitig mit der vorgelagerten Entscheidung verbunden, wie viele Märkte abzugrenzen sind. So kann der Bedarf der einen Nutzergruppe bei einigen Plattformen auch von Dritten bedient werden, die nicht gleichzeitig den Bedarf der anderen Nutzergruppe bedienen. *Mandrescu* gibt das Beispiel der Lieferplattform „Deliveroo“.⁶⁰⁶ Das Unternehmen bietet es Restaurants an, ihre Speisen gegen Gebühr an Kunden zu liefern, die über die mobile Applikation von Deliveroo bestellen können. Die hungrigen Kunden können jedoch statt bei Deliveroo auch bei Restaurants bestellen, die über einen eigenen Lieferdienst verfügen. Der Markt aus Sicht der Kunden umfasst daher alle Dienste, die Speisen liefern. Die Lage unterscheidet sich jedoch auf der anderen Marktseite davon und auch von der Situation beim Direktvertrieb. Aus der Sicht der bei Deliveroo angemeldeten Restaurants besteht nämlich alleine die Möglichkeit, Deliveroo zu nutzen, jedoch nicht die Lieferdienste der anderen Restaurants. Die Märkte sind mithin auf den jeweiligen Plattformseiten unterschiedlich weit und enthalten unterschiedliche Anbieter (vgl. Abb. 7). Daher werden sich regelmäßig auch die Wettbewerbsbedingungen unterscheiden. Trotz des reziproken Bedarfs liegen somit keine homogenen Wettbewerbsbedingungen vor und es ist eine separate Marktabgrenzung angezeigt. Insofern beeinflusst die Ermittlung der substituierbaren Produkte die Anzahl der abzugrenzenden Märkte.

605 BKartA, 20.12.2013, B9-66/10, Rn. 73 – *HRS*; Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 216 ff. – *Google Shopping*; Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 58 f. – *Travelport/Worldspan*; *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 474–475; OLG Düsseldorf, 13.11.2013, VI-Kart 5/09 (V), Rn. 100 ff. – *Laborchemikalien*.

606 *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 468–469.

Abb. 6: Unterschiedliche Märkte trotz reziproken Bedarfs



Mandrescu will daher einen einheitlichen Markt nur abgrenzen, wenn die Plattform unverzichtbar für das Zustandekommen des Matchings ist. Verfügt hingegen die eine oder andere Nutzergruppe über Möglichkeiten, ihren Bedarf zu befriedigen, die nicht eine Interaktion mit der anderen Nutzergruppe mit sich bringt, seien separate Märkte abzugrenzen. Die Unverzichtbarkeit der Plattform wird damit zu einem wichtigen Kriterium der Marktabgrenzung.⁶⁰⁷

Das Kriterium ist jedoch hierfür nicht geeignet. In den seltensten Fällen sind Plattformen unverzichtbar dafür, dass eine Transaktion vonstatten geht. Häufig gibt es daneben die Möglichkeit des Direktvertriebs. In Fällen des Direktvertriebs sind aber wie oben dargestellt nicht unbedingt separate Märkte abzugrenzen. Sind der Direkt- und Vermittlungsvertrieb aus Sicht beider Nutzergruppen austauschbar, sollten die beiden Vertriebskanäle Teil desselben einheitlichen Marktes sein.

Statt auf die Unverzichtbarkeit der Plattform sollte darauf abgestellt werden, ob die andere Nutzergruppe unverzichtbar ist, um den Bedarf zu bedienen.⁶⁰⁸ Ist eine Transaktion nur mit der anderen Nutzergruppe denkbar, muss zwischen den Nutzergruppen eine Vermittlung oder ein Direktvertrieb stattfinden. Anders als im Beispiel von Deliveroo ist es für eine Partei bei einer „echten“ Plattformleistung nicht möglich, auf Dritte auszuweichen und dort den Bedarf zu befriedigen. Daher ist die Reziprozitäts-

607 *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 468–469.

608 So auch BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 78 – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 2 f. – *Immonet/Immowelt*.

regel insofern zu konkretisieren. Nur wenn der Bedarf reziprok ist und die jeweils andere Nutzergruppe aus der Sicht jeder Nutzergruppe unverzichtbar ist, sollte ein einheitlicher Markt abgegrenzt werden.

c) Vorteil der rechtlichen Klarheit aus rechtsvergleichender Sicht

Die Praxis in der EU hat in einigen Fällen einheitliche Märkte abgegrenzt und damit eine für die wettbewerbliche Prüfung sinnvolle Entscheidung getroffen.⁶⁰⁹ Dabei wurde jedoch nicht darauf eingegangen, dass vom Bedarfsmarktkonzept abgewichen wurde oder weshalb die Zusammenfassung der Märkte im konkreten Fall geboten war. So grenzte die Kommission in *Travelport/Worldspan* zunächst einen Markt für Reisebuchungssysteme ab, obwohl der Bedarf der Reisebüros sich von dem der Reiseleistungsanbieter unterschied und demnach eine separate Abgrenzung angezeigt gewesen wäre.⁶¹⁰ Auch in *Axa/Permira/Opodo/GoVoyages/eDreams* grenzte die Kommission einen einheitlichen Markt für die Vermittlung von Urlaubsflügen ab, ohne zwischen der Seite der Kunden und derjenigen der Reiseleistungsanbieter zu unterscheiden.⁶¹¹ *Holzweber* zufolge ist die Kommissionspraxis konform mit der CEAHR-Entscheidung des EuG⁶¹² – tatsächlich erwähnt die Kommission die Entscheidung aber nicht und nimmt auch nicht auf den modifizierten SSNIP-Test Bezug.⁶¹³ Im Allgemeinen fehlt in den europäischen Entscheidungen ein Bezug zum Konzept der mehrseitigen Märkte.⁶¹⁴ Stellte die Praxis aber auf die Reziprozität als Kriterium für die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes ab, würde die Rechtssicherheit gewinnen, weil klar würde, weshalb in manchen Fällen einheitliche und in anderen Fällen separate Märkte abgegrenzt werden.⁶¹⁵

609 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 405.

610 Erst danach grenzte die Kommission aufgrund des Vorliegens eines competitive bottlenecks separate Märkte ab, vgl. Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 10 ff. – *Travelport/Worldspan*.

611 Kommission, 30.05.2011, M.6163, 18 ff. – *Axa/Permira/Opodo/Go Voyages/eDreams*.

612 *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 577.

613 Vgl. EuG, 15.12.2010, T-427/08, Rn. 105 – CEAHR.

614 So auch *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 73.

615 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 406. Ebenfalls für eine Herausstellung der Kriterien der einheitlichen Marktabgrenzung *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 73.

d) Konkretisierung des Merkmals der Reziprozität

Die Einführung des neuen Kriteriums würde jedoch nichts verbessern, wenn dadurch lediglich ein altes, unklares Kriterium mit einem neuen, ebenso unklaren Kriterium ersetzt würde. Auch das Kriterium der Reziprozität muss daher konkretisiert werden. Dabei ist vor allem auf die Interessen der Parteien mit Hinblick auf Netzwerkeffekte einzugehen. In der Plattformtheorie des BKartA besteht ein Problemfall bei der Einordnung von Suchmaschinen. Es ist unklar, ob diese eine Werbe-, oder im Fall eines Werbefolgekontaktes eine Matching-Plattform darstellen sollten.⁶¹⁶ Bei der Reziprozität als Kriterium stellt sich eine ähnliche Frage: wenn ein Nutzer einer Werbeanzeige folgt, muss er ein Interesse an der Anzeige haben. In diesem Moment schätzt er die Suchmaschine für ihre Werbung. Insofern gehen von der Werbeseite in Richtung der Nutzerseite ausnahmsweise positive indirekte Netzwerkeffekte aus. Für die Reziprozität kann daher nur das allgemeine Interesse der *Mehrheit* der Nutzer maßgeblich sein. Diese Mehrheit wird kein Interesse an der Werbung haben.⁶¹⁷ Ein Werbefolgekontakt entsteht vielmehr nur „bei Gelegenheit“ der Plattformnutzung für primär andere Zwecke. Daher sind die Bedarfe nicht reziprok und es wird in dieser Hinsicht auch kein einheitlicher Markt abgegrenzt. Vielmehr werden separate Märkte abgegrenzt, was auch den geltenden Wettbewerbsbedingungen entspricht.

Für die Feststellung der Reziprozität kann es außerdem hilfreich sein, zu vergleichen, ob die jeweiligen Nutzergruppen die gleichen Ausweichmöglichkeiten haben. Ein Wohnungssuchender wird zum Beispiel genau wie ein Wohnungseigentümer regelmäßig die gleichen Portale in Anspruch nehmen, wie Immonet oder Immobilienscout.⁶¹⁸ Eine Plattform kann nur um eine Nutzergruppe konkurrieren, wenn sie gleichzeitig eine andere Nutzergruppe bedient. Hierauf stellte auch der Supreme Court in *Ohio v. American Express* ab.⁶¹⁹

Ebenfalls hilfreich kann es sein, zu berücksichtigen, ob die Kosten des Unternehmens für die unterschiedlichen Seiten getrennt oder nur gemeinsam betrachtet werden können. Eine reziproke oder gemeinsame Nachfra-

616 Vgl. oben Kapitel 3 B.III.2.b).

617 Podszun/Franz, NZKart 2015, 121, 122.

618 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn.78 – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, 20.03.2015, Fallbericht, B6-39/15, 2f. – *Immonet/Immowelt; Volmar*, ZWER 2017, 386, 407.

619 *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___ 14 (2018).

ge geht meistens mit gemeinsamen Kosten einher.⁶²⁰ Es ist zum Beispiel nicht vorstellbar, bei einer Auktionsplattform einzeln die Kosten für die Bieter zu berechnen, da diese keine Kosten verursachen, sofern es nicht auch Verkäufer gibt. Der Plattform entstehen nur Kosten, wenn beide Parteien tätig sind.

Ein weiteres Indiz für reziproken Bedarf kann es darstellen, dass die Parteien auf beiden Plattformseiten eine Transaktions- oder Nutzungsgebühr bezahlen. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass es den Parteien um die Interaktion mit der Gegenseite geht.⁶²¹ Zahlt hingegen nur eine Partei eine solche Gebühr – wie im Fall der Suchmaschinenwerbung – deutet das auf nicht-reziproken Bedarf und eine separate Marktabgrenzung hin.

Schließlich muss der Begriff der Reziprozität auch dahingehend konkretisiert werden, dass entschieden werden muss, ob die beiden Bedarfe vollends identisch sein müssen oder ob es ausreicht, dass ein Bedarf nur eine Teilmenge des anderen Bedarfs darstellt. Kreditkartenunternehmen lassen sich beispielsweise als Plattformen betrachten, weil sie zwischen Händlern, die ihre Karten akzeptieren und Karteninhabern als Intermediär stehen.⁶²² Die Kommission entschied in *MasterCard I*, dass der Bedarf der Karteninhaber und der Händler nicht „komplementär“ (oder: reziprok) sei, weil die Kreditkartenunternehmen den Karteninhabern auch Leistungen wie Reiseversicherungen anbieten, die sie auf der anderen Seite den Händlern nicht anbieten und an denen diese auch kein Interesse hätten.⁶²³ Die Kommission fordert damit eine vollständige Identität der Leistungen auf beiden Seiten.

Bei diesem engen Verständnis werden die Annahme der Reziprozität und die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes aber nahezu unmöglich. Die meisten Plattformen bieten ihren Kunden auf der einen Seite spezielle Zusatzleistungen an, die nur für diese Seite sinnvoll sind. Immobilienplattformen bieten den Mietern beispielsweise an, eine virtuelle Bewerbermappe anzulegen, woran die Vermieter für sich naturgemäß kein Interesse haben.⁶²⁴ Es muss deswegen ausreichen, wenn die Kern- und Hauptleistung

620 So argumentierte MasterCard für die Abgrenzung eines einheitlichen Kreditkartenmarktes in Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 275 – *MasterCard I*. Die Kommission folgte dem Unternehmen jedoch im Ergebnis nicht.

621 *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 73; *Wright*, 3 Rev. Network Econ. 44, 62 (2004).

622 Vgl. bereits die oben in Kapitel 3 B.I.3.d) erfolgte Besprechung der US-amerikanischen Rspr. zu Kreditkartenunternehmen.

623 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 270 ff. – *MasterCard I*.

624 *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 406.

der Plattform *schwerpunktmäßig* darin besteht, den Kontakt zur anderen Seite herzustellen und wenn darin das Hauptinteresse der beiden Nutzergruppen besteht.

In derselben Entscheidung nannte die Kommission als weiteren Grund dafür, dass die Plattformseiten nicht zusammengefasst werden sollten, die Tatsache, dass auf den jeweiligen Märkten unterschiedliche Preiselastizitäten herrschten.⁶²⁵ Die Preiselastizität hängt aber nicht mit der Plattformeigenschaft zusammen, sondern mit den Gewohnheiten und Erwartungen der Nutzer sowie mit dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage. Daher wird es nicht verwundern, wenn sich die Elastizitäten auf den meisten Plattformen unterscheiden. Verkäufer sind zum Beispiel eher bereit, eine Gebühr an eine Handelsplattform wie Ebay zu bezahlen, da sie ohnehin mit dem Geschäft Geld einnehmen. Von seinen Einnahmen gibt der Verkäufer bereitwillig etwas ab. Der Käufer hingegen ist nur ungern bereit, einen Kaufpreis zu zahlen, auf den eine Gebühr aufgeschlagen wird. Das macht aus seiner Sicht das Produkt teurer. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, dass Ebay eine Gebühr von den Verkäufern und nicht von den Käufern fordert.⁶²⁶ Die Preiselastizität variiert ebenfalls bei Immobilienplattformen: Wegen der Wohnungsknappheit in Deutschland mussten Mieter bis zur Einführung des Bestellerprinzips eine Courtage an Immobilienmakler bezahlen, da die Mieter eher dazu bereit waren als die Vermieter.⁶²⁷

Aus Sicht der Plattform stellt es meist eine zentrale Herausforderung dar, die Preise optimal an die verschiedenen Elastizitäten anzupassen, sodass alle Parteien bereit sind, die Plattform zu nutzen.⁶²⁸ Unterschiedliche Preiselastizitäten sollten demnach kein Maßstab dafür sein, ob die Bedarfe reziprok sind oder ob einheitliche Märkte abgegrenzt werden sollen.

e) Absage an das Konzept in MasterCard I?

Die Kommission hat jedoch möglicherweise dem hier vorgeschlagenen Konzept in ihrer Entscheidung *MasterCard I* eine Absage erteilt. Master-

625 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 274 – *MasterCard I*.

626 Vgl. die Regelungen von eBay, abrufbar unter <http://pages.ebay.de/help/sell/seller-fees.html>, zuletzt abgerufen am 26.9.2018.

627 BVerfG, 29.6.2016, 1 BvR 1015/15, BVerfGE 142, 268, Rn. 67 – *Bestellerprinzip*. Vgl. auch § 2 Abs. 1a WoVermRG.

628 Vgl. *Rochet/Tirole*, 1 J. Euro. Econ. Ass., 990 (2003); *Ward*, 84 U. Chicago L. Rev. 2059, 2084 (2017).

Card wollte in dem Verfahren einen einheitlichen Markt für Kreditkartenunternehmen abgrenzen, in dem das Unternehmen als Intermediär zwischen Karteninhabern und Händlern steht. Außerdem sollten mehrere Plattfortmtypen unterschieden werden: es gebe einerseits eine *zweiseitige* Nachfrage wie zum Beispiel bei Werbeplattformen, wo Werber und Nutzer unterschiedliche Ziele verfolgten. Dies wurde „einfache Komplementarität“ genannt. Daneben gebe es eine *gemeinsame* Nachfrage wie bei Kreditkartenunternehmen, bei der beide Seiten das gleiche wollten („strenge Komplementarität“).⁶²⁹ Die gemeinsame Nachfrage ähnelt konzeptuell der Reziprozität und auch der Situation bei Matching-Plattformen, wohingegen die zweiseitige Nachfrage der Werbe- bzw. Aufmerksamkeitsplattform ähnlich ist.⁶³⁰ Aufgrund der gemeinsamen oder reziproken Nachfrage wäre in diesem Fall nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich ein einheitlicher Markt abzugrenzen.

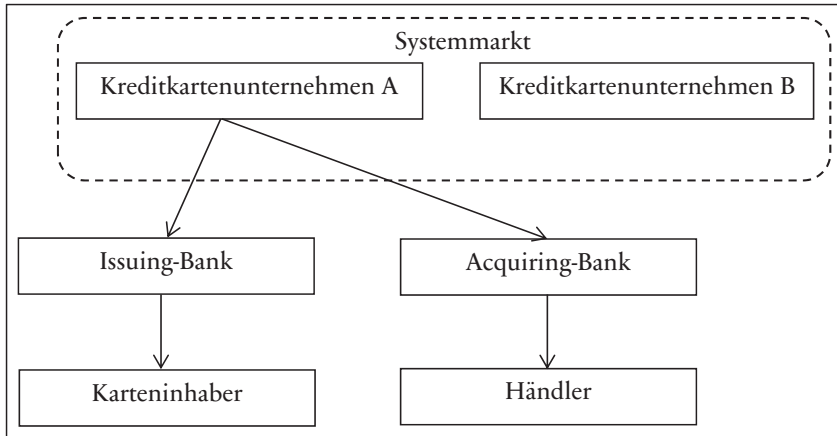
Die Kommission beurteilte den Fall jedoch anders. Sie grenzte keinen einheitlichen Markt für Kreditkartenunternehmen ab, in dem Kreditkartenunternehmen als Intermediäre zwischen Karteninhabern und Händlern tätig sind. Vielmehr gebe es erstens einen „Systemmarkt“, indem die Kreditkartenunternehmen untereinander konkurrierten. Zweitens gebe es nachgelagerte Märkte, auf denen die Kreditkartenunternehmen mit den Banken in Verbindung stehen. Die Banken stellen wiederum die Karten an die Endkunden aus („Issuing“-Banken) oder werben Händler an, damit diese die jeweilige Karte akzeptieren („Acquiring“-Banken).⁶³¹

629 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 270 – *MasterCard I*.

630 Wollte man Kreditkartenunternehmen als einheitlichen Plattformmarkt betrachten, käme man jedoch zur Einordnung derselben als competitive bottleneck, da davon auszugehen ist, dass die meisten Karteninhaber nur eine Kreditkarte benutzen, während die meisten Händler fast alle Karten akzeptieren. Daher wären getrennte Märkte abzugrenzen.

631 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 279 – *MasterCard I*; Kommission, 24.7.2002, Rs. 29.373, ABL (EU) 2002 Nr. L 318/17, Rn. 43 – *Visa II*. Siehe auch mit vergleichbarer Argumentation Kommission, Entscheidung v. 17.10.2007, 38.606, Rn. 178 ff. – *Cartes Bancaires*.

Abb. 7: Plattformstruktur in MasterCard I



Dass die Kommission im vorliegenden Fall keinen einheitlichen Markt abgrenzen will, könnte man als Absage an das hier vertretene Konzept der einheitlichen Marktabgrenzung sehen. In der Literatur werden meist nur die Beziehung zwischen Händler, Kreditkartenunternehmen und Karteninhaber als Plattform dargestellt.⁶³² Dementsprechend grenzte der Supreme Court der USA in *Ohio v. American Express* einen einheitlichen Markt für Kreditkartentransaktionen ab. In dem Fall ging es um die Beziehung zwischen den Händlern und den Kreditkartenunternehmen.⁶³³

Tatsächlich liegen aber mehrere Plattformmärkte innerhalb des Systems vor. Die Kreditkartenunternehmen bieten eine Systemleistung auf einem vorgelagerten Markt an. Diese Systemleistung, die den Issuing- und Acquiring-Banken verkauft wird, stellt eine Plattformleistung dar. Die Banken nutzen dabei das System des Kreditkartenunternehmens für die Berechnung ihrer Verbindlichkeiten. Außerdem fungieren die Banken mit ihrer Stellung zwischen den Karteninhabern beziehungsweise den Händlern und den Kreditkartenunternehmen als vermittelnde Intermediäre. Hier sind die Bedarfe reziprok, da die Händler und Karteninhaber auf der einen Seite Zugang zu den Kreditkartenunternehmen nachfragen und die Kreditkartenunternehmen dasselbe in umgekehrter Richtung begehren. In

632 Z.B. Graef, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 87 ff; Luchetta, 9 J. Comp. L. & Econ. 185, 192 (2013); Rochet/Tirole, 1 J. Euro. Econ. Ass., 990, 1013 f (2003).

633 *Ohio v American Express*, 585 U.S. ___12–15 (2018).

dem System der Kreditkarten in *MasterCard I* ging es gerade nicht nur um einen einfachen Transfer von Geld, sondern um ein „Geflecht komplexer Dienstleistungen technischer und gewerblicher Art“. ⁶³⁴

Die Kommission grenzte im Fall ausdrücklich keinen einheitlichen Plattformmarkt um das gesamte Gebilde ab, weil sonst die Beziehungen zwischen den Kreditkartenunternehmen und den Acquiring-Banken, um die es im Rahmen des Art. 101 AEUV ging, nicht sinnvoll hätten untersucht werden können. ⁶³⁵ Insofern ist die Entscheidung nicht als Absage an das hier vertretene Konzept der einheitlichen Marktabgrenzung zu verstehen.

3. Competitive bottlenecks

a) Ausnahme von der einheitlichen Marktabgrenzung bei competitive bottlenecks

Wie bei dem Konzept des BKartA muss auch beim Abstellen auf den reziproken Bedarf eine Ausnahme für competitive bottlenecks gemacht werden. Grundsätzlich wird bei competitive bottlenecks auch ein reziproker Bedarf vorliegen. Im Fall *Travelport/Worldspan*, in dem es um Reisebuchungssysteme ging, hatten einerseits die Reisebüros ein Interesse daran, mit den Reiseleistungsanbietern in Kontakt zu treten und andererseits die Reiseleistungsanbieter ein dem genau gegenüberstehendes Interesse. ⁶³⁶ Die Reisebuchungssysteme verbanden diese Bedarfe. Damit lag ein reziproker Bedarf vor und eine einheitliche Marktabgrenzung wäre angezeigt. In der spezifischen Situation des competitive bottleneck, die in der Kombination von single- und multi-homing besteht, sind die Wettbewerbsbedingungen auf den Plattformseiten aber nicht mehr homogen. Vielmehr hat die Plattform – wie oben beschrieben – grundsätzlich eine starke Stellung gegenüber den multi-homern und eine schwächere gegenüber den single-homern. ⁶³⁷ Daher ist eine Ausnahme von der Reziprozitätsregel erforderlich. Dies wird außerdem von § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB vorgeschrieben, der besagt, dass die parallele Nutzung mehrerer Dienste bei der Bewertung der

634 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 260 f., 119 – *MasterCard I*.

635 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 260 f., 119 – *MasterCard I*. Siehe auch *Holzweber*, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, 68.

636 Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 12 – *Travelport/Worldspan*.

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

Marktstellung von Plattformen zu berücksichtigen ist.⁶³⁸ Im Fall eines competitive bottleneck werden deswegen nicht ein einheitlicher Markt, sondern separate Märkte entlang der Plattformseiten abgegrenzt.⁶³⁹

b) Konkretisierung des Begriffs des competitive bottlenecks

Der Begriff des competitive bottlenecks bedarf dabei noch einiger Konkretisierung. Nur in seltenen Fällen wird auf der einen Plattformseite ausnahmslos jeder Nutzer nur eine Plattform nutzen und damit ein „perfektes“ single-homing vorliegen. Genauso werden selten auf der anderen Plattformseite alle Nutzer auch ausnahmslos alle Plattformen in Anspruch nehmen.⁶⁴⁰ Es wird vielmehr bestimmte Abstufungen im Nutzerverhalten geben.

aa) Praxis des BKartA

Das BKartA hat den Begriff des multi-homings bereits dahingehend spezifiziert, dass

„eine wirksame marktmachtbegrenzende parallele Nutzung mehrerer Plattformen grundsätzlich dann [vorliegt], wenn beide Seiten überwiegend mehrere Plattformen gleichberechtigt für ihre Bedarfserfüllung nutzen.“⁶⁴¹

Damit formuliert das Amt zwei Voraussetzungen: erstens müssen die Nutzer *überwiegend* mehrere Plattformen in Anspruch nehmen und zweitens müssen die Anbieter *gleichberechtigt* genutzt werden.

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

639 Volmar, ZWeR 2017, 386, 403 f.

640 Volmar, ZWeR 2017, 386, 404.

641 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 182 – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen). Hierbei bezieht sich das Amt auf ein beiderseitiges multi-homing; es ist aber nicht ersichtlich, weshalb die Voraussetzungen bei einem einseitigen multi-homing anders sein sollten.

(1) Überwiegende Nutzung mehrerer Plattformen

„Überwiegend“ lässt sich so verstehen, dass zumindest mehr als die Hälfte der Nutzer mehrere Plattformen nutzt. Im Fall *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)* beauftragten nur ca. 10% der Kunden mehrere Anbieter, was das Amt als single-homing einordnete, obwohl auf diesen Kundenkreis 50% der gehandelten Tickets entfielen.⁶⁴² Das BKartA will demnach für die Entscheidung, wann überwiegend mehrere Plattformen genutzt werden, auf die schlichte Anzahl der Kunden und nicht auf das Transaktionsvolumen oder den Umsatz abstellen. Von transaktionsstarken Abnehmern geht aber ein stärkerer Wettbewerbsdruck aus, der als Nachfragemacht eingeordnet werden kann.⁶⁴³ Gerade auf diesen Wettbewerbsdruck kommt es an, wenn es gilt, die Frage zu beantworten, ob die Marktmacht durch das multi-homing begrenzt wird. Deswegen sollte das Transaktionsvolumen ebenfalls berücksichtigt werden, um ein multi-homing festzustellen.

In *Facebook* ließ das BKartA den Marktanteil des Unternehmens von 90% ausreichen, um ein multi-homing auszuschließen. Die sich daraus ergebenden nur geringen Überschneidungsmöglichkeiten mit anderen Diensten deuteten auf single-homing hin.⁶⁴⁴ Ein Transaktionsvolumen gab es in diesem Fall nicht zu berücksichtigen.

(2) Gleichberechtigte Nutzung

Außerdem müssen die Plattformen „gleichberechtigt“ genutzt werden. Eine Plattform darf von den Abnehmern nicht in dem Sinne ungleich behandelt werden, dass zuerst eine bestimmte Plattform und nachrangig andere genutzt werden. Im Fall von *CTS EVENTIM* nutzten manche Abnehmer parallel noch andere Plattformen, allerdings nie, ohne auch das System von *CTS EVENTIM* zu nutzen. In dem Markt war es für die beiden Nutzergruppen nicht möglich, auf das System von *CTS EVENTIM* zu verzichten. Auf andere Anbieter wurde nur ausgewichen, wenn der Primäranbieter keine zufriedenstellenden Ergebnisse lieferte. Dieses Verhalten be-

642 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 186 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*.

643 *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 172; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 102 AEUV, Rn. 116.

644 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 459 – *Facebook*.

zeichnet das BKartA als „sequentielles multi-homing“ und behandelt es nicht als multi-, sondern als single-homing.⁶⁴⁵ In diesem Fall wurden demnach die Plattformen nicht gleichberechtigt genutzt.

bb) Praxis der Kommission

Die Kommission definierte in einer Umfrage den multi-homer als einen Nutzer, der mindestens 5% seiner Suchanfragen bei mehreren Suchmaschinen stellt. Das taten in der EU nur 12-21%, weshalb kein verbreitetes multi-homing angenommen wurde.⁶⁴⁶ In *Facebook/WhatsApp* bejahte die Kommission multi-homing, weil 80-90% der Nutzer monatlich und 50-60% täglich mehr als einen Dienst für Kommunikationsapps nutzen. Außerdem hätten Nutzer drei bis vier Apps auf ihrem Smartphone installiert und nutzen durchschnittlich mindestens zwei davon im Monat.⁶⁴⁷ Damit stellte die Kommission sowohl auf die Anzahl der Kunden als auch auf das Transaktionsvolumen ab.

In *Microsoft/Skype* ließ die Kommission es ausreichen, dass 20-30% der Skype-Nutzer auch Windows Live Messenger sowie 70-80% auch Facebook nutzten.⁶⁴⁸ Hierbei wurde nicht auf das Transaktionsvolumen, d.h. die Anzahl der Nachrichten, sondern lediglich darauf abgestellt, dass der Dienst mindestens einmal genutzt wurde, was *Carbonnel* zu Recht kritisiert.⁶⁴⁹ Schließlich entfaltet ein intensiv genutzter Dienst deutlich stärkeren Wettbewerbsdruck als ein nur selten genutzter Dienst. Außerdem dürfe *Carbonnel* zufolge nicht nur auf das Downloaden der App abgestellt werden, da dies meist kostenlos sei und die Nutzer sich nicht zu dem Dienst bekennen müssen, indem sie ihn aktiv nutzen. Es müsse außerdem maßgeblich sein,

645 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 145, 182 f., 189 – *CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen)*; BKartA, 03.01.2017, B6-53/16, Rn. 181 – *CTS EVENTIM/FKP SCORPIO*; BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 70 f; *Volmar, ZWeR* 2017, 386, 403 f.

646 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 307 – *Google Shopping*.

647 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 110 – *Facebook/WhatsApp*.

648 Kommission, 07.10.2011, COMP/M.6281, Rn. 92 Fn. 52 – *Microsoft/Skype*. Facebook war nicht im relevanten Produktmarkt enthalten und somit ist nicht ersichtlich, warum die Kommission jetzt in Bezug auf das multi-homing darauf hinweist. Die Angebote von Facebook und Skype sind schließlich nicht austauschbar. Im Ergebnis hat daher die Kommission ein multi-homing aus dem Grund bejaht, dass 20-30% der Nutzer sowohl Skype als auch Windows Live Messenger nutzten.

649 *Carbonnel*, E.C.L.R. 2018, 175, 178.

mit wie vielen anderen Mitgliedern des Netzwerkes die Nutzer sich austauschen.⁶⁵⁰

In *Microsoft/LinkedIn* stellte die Kommission darauf ab, ob unter mehreren verfügbaren Netzwerken eins das „Hauptnetzwerk“ für die Nutzer darstellt, das priorisiert genutzt wird.⁶⁵¹ Damit lässt sich davon ausgehen, dass die Kommission wie das BKartA ein sequentielles multi-homing als single-homing einstuft.

Außerdem prüft die Kommission, ob die Nutzer die Möglichkeit haben, das bottleneck zu umgehen. So stellte die Kommission in *Travelport/Worldspan* fest, dass single- und multi-homing in Kombination vorlagen.⁶⁵² Im Fall wurde nur ein Markt für Reisebuchungssysteme abgegrenzt, die Reiseleistungsanbieter und Reisebüros miteinander verbanden.⁶⁵³ Tatsächlich bestand jedoch ein Vertriebskanal außerhalb dieses bottlenecks: Endverbraucher konnten Reisen direkt bei Reiseleistungsanbietern buchen, ohne ein Reisebüro bzw. ein Reisebuchungssystem in Anspruch zu nehmen. Diese Ausweichmöglichkeit der Reiseleistungsanbieter schwächte die Position der Reisebuchungssystemanbieter auf der multi-homing-Seite, was im Ergebnis die Bedenken der Kommission auf dieser Plattformseite zerstreute, sodass der Zusammenschluss freigegeben wurde.⁶⁵⁴

Die Kommission hat sich dabei insgesamt noch nicht auf bestimmte Schwellenwerte festgelegt, ab welchen Nutzeranteilen ein multi- oder single-homing angenommen werden kann. Eine solche Konkretisierung wäre für die Einordnung von competitive bottlenecks wünschenswert. Außerdem sollte festgelegt werden, mit welcher Umfragemethode multi-homing festgestellt werden soll.⁶⁵⁵

Die Feststellung von single-homing könnte erleichtert werden, wenn die Plattform seinen Nutzern die exklusive Nutzung der Plattform vorschreibt, wie im Fall *Epyx* der Competition and Markets Authority.⁶⁵⁶ Dabei muss diese Exklusivvereinbarung jedoch für sich genommen rechtmä-

650 *Carbannel*, E.C.L.R. 2018, 175, 178.

651 Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 345 – *Microsoft/LinkedIn*.

652 Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 15 – *Travelport/Worldspan*.

653 Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 58 – *Travelport/Worldspan*.

654 Kommission, 21.08.2007, M.4523, Rn. 84 ff. – *Travelport/Worldspan*.

655 *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 38.

656 *Collyer/Mullan/Timan*, in: OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), 71, 83; Competition and Markets Authority, 9.9.2014, CE/9496-11 – *Epyx*.

ßig sein und darf insbesondere nicht gegen Art. 101, 102 AEUV beziehungsweise §§ 1, 19 GWB verstoßen.⁶⁵⁷

cc) Mittelbares multi-homing bei Interoperabilität

Eine besondere Form des multi-homings liegt vor, wenn Interoperabilität zwischen verschiedenen Plattformen besteht. Dann können die Nutzer verschiedener Plattformen miteinander interagieren, ohne die andere Plattform unmittelbar zu nutzen. Beispielsweise könnte Amazon auch Suchergebnisse von eBay anzeigen, oder Facebook das Austauschen von Nachrichten mit Nutzern von LinkedIn erlauben.⁶⁵⁸ Der Nutzer kann dann zwar unmittelbar nur eine Plattform nutzen und somit *prima facie* als single-homer einzustufen sein. Mittelbar nutzt er aber durch die Interoperabilität auch andere Plattformen und ist somit faktisch ein multi-homer. Dieses *mittelbare multi-homing* muss ebenfalls als multi-homing klassifiziert werden.

4. Keine Vertreterausnahme

Das hier vertretene konkretisierte Bedarfsmarktkonzept sollte auf eine Vertreterausnahme verzichten. Auch bei Agenturverhältnissen wie bei Handelsvertretern oder Kommissionären ist es denkbar, dass sie zwischen Parteien vermitteln, die durch einen reziproken Bedarf verbunden sind. Gerade bei solchen Agenturverhältnissen gehört es üblicherweise dazu, dass das Vertretergeschäft nur gelingt, wenn sowohl der Prinzipal als auch die Gegenseite ein Interesse daran haben. In den Fällen zu den Ticketvermittlern ging es den Konzertanbietern gerade darum, ihre Tickets über das System an die Vorverkaufsstellen und Endkunden abzusetzen, während der Bedarf der Endabnehmer und Vorverkäufer darauf gerichtet war, die Tickets über das System zu erhalten.⁶⁵⁹ Die Bedarfe sind damit reziprok. Da die Wettbewerbsbedingungen homogen sind, sollte hier ein einheitlicher Markt abge-

657 Zahlungen an Abnehmer als Belohnung für die exklusive Belieferung betrachte die Kommission als Verstoß gegen Art. 102 AEUV, vgl. Kommission, Pressemitteilung vom 24.1.2018, IP/18/421 (Qualcomm).

658 Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 301.

659 BKartA, 4.12.2017, B6-132/14-2, WuW 2018, 164, Rn. 96 – CTS EVENTIM (Exklusivvereinbarungen).

grenzt werden. Durch eine Vertreterausnahme würden die zu untersuchenden Märkte nur unnötig dupliziert. Weder verfahrensökonomisch noch unionsrechtlich ist diese Ausnahme geboten.⁶⁶⁰

V. Fazit zum Bedarfsmarktkonzept bei mehrseitigen Märkten

Das BKartA steht bei der Abgrenzung mehrseitiger Märkte vor der Frage, wann separate und wann einheitliche Märkte abgegrenzt werden sollten. Die Abgrenzung einheitlicher Märkte ist angezeigt, wenn auf den jeweiligen Plattformseiten die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten. Das ist der Fall, wenn beiderseitig positive Netzwerkeffekte wirken. Dann haben nämlich die jeweiligen Nutzergruppen die gleichen Interessen und auch die gleichen Verhandlungspositionen gegenüber der Plattform.

Wendet man jedoch das Bedarfsmarktkonzept an, werden die Märkte stets separat entlang der Plattformseiten abgegrenzt, weil die Leistungen an die unterschiedlichen Plattformseiten nicht austauschbar sind. Das führt dazu, dass Märkte, auf denen die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten, doppelt geprüft werden. Daher ist es sinnvoll, Märkte mit homogenen Wettbewerbsbedingungen zu einem einheitlichen Plattformmarkt zusammenzufassen.

Um zu entscheiden, wann die Plattformseiten zusammengefasst werden sollen, wurden vorliegend drei verschiedene „similar conditions tests“ diskutiert.

Das EuG hat in seiner CEAHR-Entscheidung einheitliche Märkte abgegrenzt, wenn eine Preiserhöhung auf einer Plattformseite einen Nutzerverlust auf der anderen Plattformseite zur Folge hat. Dieser Test ist geeignet, um das Vorliegen von beiderseitig positiven indirekten Netzwerkeffekten nachzuweisen und damit ein sinnvoller Test, um homogene Wettbewerbsbedingungen zu identifizieren und einheitliche Märkte abzugrenzen. Sein Anwendungsbereich ist jedoch beschränkt, da viele Internetplattformen ihr Angebot zumindest auf einer Plattformseite kostenfrei anbieten.

Zweitens hat auch das BKartA eine Plattformtheorie vorgelegt. Dabei unterscheidet es zwischen Matching-Plattformen, bei denen ein einheitlicher Plattformmarkt abgegrenzt wird, und Werbeplattformen, bei denen separate Märkte entlang der Plattformseiten abgegrenzt werden. Eine ähnliche Herangehensweise wird auch von der Literatur und von dem Supreme Court der USA bevorzugt.

⁶⁶⁰ Siehe oben Kapitel 3 B.III.2.c).

Diese Theorie ist jedoch an drei Stellen zu kritisieren. Erstens ist unklar, wann ein Matching vorliegt, was dazu führt, dass zweitens unklar ist, welcher Markt abgegrenzt werden soll, wenn auf einer Werbepattform ein Matching herbeigeführt wird. Drittens grenzt das Amt bei Matching-Plattformen ausnahmsweise separate Märkte ab, wenn die Plattform in einem Agenturverhältnis tätig wird. Diese Vertreterausnahme ist jedoch weder rechtlich noch verfahrensökonomisch geboten.

Daher wurde ein Alternativvorschlag unterbreitet. Grundsätzlich sollte das Bedarfsmarktkonzept Anwendung finden. Danach werden in den meisten Fällen separate Märkte entlang der Plattformseiten abgegrenzt, weil die Leistungen an die verschiedenen Nutzergruppen nicht austauschbar sind. So werden zum Beispiel separate Märkte für Online-Werbung abgegrenzt, weil die Werbeleistung sich von der Leistung an die Nutzer unterscheidet. Hierdurch wird jedoch die unscharfe Einordnung als Werbepattform vermieden. Ausnahmsweise werden einheitliche Märkte abgegrenzt, wenn ein reziproker Bedarf vorliegt. Das ist der Fall, wenn die Nutzergruppen auf beiden Plattformseiten genau das begehren, das die andere Seite anbietet. Außerdem muss die jeweils andere Nutzergruppe aus der Sicht jeder Nutzergruppe unverzichtbar für die Transaktion sein, damit ein einheitlicher Markt abgegrenzt werden kann.

Ein Markt soll somit nach diesem *konkretisierten Bedarfsmarktkonzept* für solche Produkte abgegrenzt werden, die entweder aus Verbrauchersicht funktional austauschbar sind (Alternative 1) oder reziproke Bedarfe bedienen (Alternative 2).

Diese Ansicht vermeidet die unklare Einordnung in Matching- und Werbepattformen und ersetzt sie mit dem klareren Kriterium der Reziprozität. Außerdem soll das konkretisierte Bedarfsmarktkonzept auf eine Vertreterausnahme verzichten. Dadurch wird es vermieden, Märkte mit homogenen Wettbewerbsbedingungen doppelt zu prüfen.

Letztlich soll das konkretisierte Bedarfsmarktkonzept ausnahmsweise keine einheitlichen Märkte abgrenzen, wenn ein competitive bottleneck vorliegt. Bei dieser spezifischen Kombination von multi- und single-homing sind die Wettbewerbsbedingungen trotz eines reziproken Bedarfs nicht homogen und gebieten eine separate Marktabgrenzung.

Damit wird das Bedarfsmarktkonzept nicht beseitigt und auch nicht neu erfunden. Die Rechtsanwendung wird so jedoch einerseits klarer – durch den Wegfall der Plattfortmtypen – und andererseits schlanker – durch den Wegfall der Vertreterausnahme.

Da das konkretisierte Bedarfsmarktkonzept nur auf den Bedarf und nicht auf Preise abstellt, ist es idealerweise komplementär zum CEHR-Test anzuwenden.

C. Der Hypothetical Monopolist Test

Neben dem Bedarfsmarktkonzept ist ein weiteres Instrument der Marktabgrenzung der sogenannte Hypothetical Monopolist Test (“HMT”) oder SSNIP-Test. Ausgangspunkt dieses Tests ist der Marktpreis des Produktes, um das es in dem jeweiligen Fall geht. Es wird simuliert, dass der Preis dieses Produkts durch den Anbieter um 5-10% erhöht wird. Diese Preiserhöhung muss small but significant and non-transitory sein – daher wird die Methode SSNIP-Test genannt. Dann wird beobachtet, zu welchen Produkten die Verbraucher wechseln. Wechseln sie, sodass die Preiserhöhung für den Anbieter unprofitabel wird, ist das ein Anzeichen dafür, dass der Markt noch weitere Produkte neben dem Ausgangsprodukt enthält. Daher wird dieses Produkt der Produktpalette neben dem Ausgangsprodukt hinzugefügt. Der hypothetische Monopolist kontrolliert nun die Produktion dieser beiden Güter. Kann er den Preis jetzt erhöhen, ohne unprofitabel zu werden, bedeutet dies, dass die Abnehmer keine Ausweichmöglichkeiten haben. Der Markt ist dann vollständig abgegrenzt. Ist die Preiserhöhung hingegen aufgrund der Abnehmerwechsel unprofitabel, wird ein weiteres Produkt der Palette des hypothetischen Monopolisten hinzugefügt. Dieser Ablauf wird wiederholt, bis die Preiserhöhung profitabel ist. Dann ist die Marktabgrenzung beendet. Der Markt enthält dann die Produkte des hypothetischen Monopolisten.⁶⁶¹

Diese Methode stößt bei Internetplattformen auf drei Probleme. Erstens stellt sich die Frage, auf welcher Plattformseite bei mehrseitigen Märkten der HMT durchgeführt werden soll (I.). Zweitens ist die Methode nur anwendbar, wenn Preise gezahlt werden, was aber bei Internetplattformen häufig nicht der Fall ist. Daher werden Alternativen gesucht (II.). Für den Fall, dass doch Preise gezahlt werden, verstärken Netzwerkeffekte die Wirkung der Preiserhöhung derart, dass dies im HMT Berücksichtigung finden muss (III.).

661 Vgl. oben Kapitel 1 A. I. 1.

I. Welche Plattformseite ist für den SSNIP-Test maßgeblich?

Auf mehrseitigen Märkten stellt sich zuerst die Frage, auf welcher Plattformseite der SSNIP-Test durchgeführt werden soll, d.h. insbesondere, auf welchem Markt der Preis erhöht werden soll.

1. Preiserhöhung bei separater Marktabgrenzung

Werden die Plattformseiten als getrennte Märkte betrachtet, besteht insofern nur ein geringer Anpassungsbedarf des HMT in Bezug auf Plattformen. Es reicht dann aus, den Preis auf der jeweiligen Seite zu erhöhen.⁶⁶² Bei der Beurteilung der Profitabilität der Preiserhöhung darf jedoch nicht nur die Profitabilität des jeweiligen, separaten Marktes berücksichtigt werden. Daneben muss auch beachtet werden, inwiefern sich die Profitabilität auf den anderen Plattformseiten ändert.⁶⁶³ Erhöht eine Werbepattform beispielsweise die Preise gegenüber ihren Nutzern, verliert sie dadurch einige Mitglieder aus dieser Gruppe, was die Profitabilität auf der Werbeseite reduzieren könnte. Erst wenn die Preiserhöhung hinsichtlich der gesamten Plattform profitabel ist, ist die Marktabgrenzung vollendet.

2. Preiserhöhung bei einheitlicher Marktabgrenzung

Werden mehrere Plattformseiten zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst, stellt sich die Frage, auf welcher Seite der Preis erhöht werden soll. Nach dem konkretisierten Bedarfsmarktkonzept wird ein einheitlicher Markt abgegrenzt, wenn sich zwei Bedarfe reziprok gegenüberstehen.⁶⁶⁴

Bei Plattformen lässt sich im Rahmen des SSNIP-Tests entweder das Preisniveau erhöhen, d.h. die Summe der auf beiden Seiten gezahlten Preise, oder die Preisstruktur ändern, d.h. das Verhältnis der auf den beiden Seiten gezahlten Preise zueinander, wobei der Preis auf mindestens einer

662 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 634.

663 *Evans/Noel*, 4 J. Comp. L. & Econ., 663, 665 (2008); *Kebder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 76 ff.

664 Vgl. oben Kapitel 3 B.IV.2.a)

Seite erhöht wird.⁶⁶⁵ Es stellt sich damit die Frage, welche Preisänderung für den SSNIP-Test die richtige ist.

a) Ansicht von Filistrucchi et al.

Filistrucchi et al. unterscheiden zwischen Transaktionsplattformen und Nicht-Transaktionsplattformen – eine Aufteilung, die der oben gezeigten Differenzierung von Matching- und Werbeplattformen beziehungsweise reziprokem Bedarf ähnelt.⁶⁶⁶ Liegt keine Transaktion vor, soll es auf die Profitabilität jeder einzelnen Preiserhöhung auf einer der beiden Marktseiten ankommen. Bei Transaktionsplattformen – in einheitlich abgegrenzten Märkten – soll hingegen eine Erhöhung des Preisniveaus, d.h. der Summe der Preise, die beide Parteien zahlen, maßgeblich sein.⁶⁶⁷

Diese Ansicht überzeugt, weil die Alternative zu einem zweifelhaften Ergebnis führt. Die Alternative besteht darin, auf die Preisstruktur abzustellen, d.h. auf das Verhältnis der beiden Preise. In diesem Fall könnte die Plattform den Preis auf der einen Plattformseite erhöhen und auf der andere Seite senken. Auf diese Weise könnte die Plattform auf der nun aus Nutzersicht günstigeren Seite neue Nutzer anziehen und so profitabel bleiben oder sogar ihre Profitabilität noch erhöhen, wenn die neue Preisverteilung eher der Preiselastizität der verschiedenen Seiten widerspiegelt. Dann würde eine Preiserhöhung nur in seltenen Fällen unprofitabel sein und Märkte würden zu eng abgegrenzt, da tatsächlich bestehende Ausweichmöglichkeiten nicht Teil des Marktes wären.

Doch wie würde eine Preiserhöhung bei einer Werbeplattform funktionieren? Eine Zeitung kann eine Preiserhöhung gegenüber den Lesern schwerlich kompensieren, indem sie den Preis für Anzeigen senkt. Hier ist bereits eine Preiserhöhung auf einer Seite ausreichend, damit der SSNIP-Test funktioniert. In diesem Fall wirken jedoch negative Netzwerkeffekte von den Werbenden in Richtung der Nutzer. Dann ist keine einheitliche Marktabgrenzung angezeigt. Einheitliche Märkte werden nur abgegrenzt, wenn beiderseitig positive Netzwerkeffekte wirken. Dann kann die Plattform eine Preiserhöhung grundsätzlich über eine Preissenkung kompensieren.

665 *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293, 329–333 (2014); *Rochet/Tirole*, 37 RAND J. Econ. 645, 648 (2006).

666 Vgl. oben Kapitel 3 B.III.1. und IV.2.

667 *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293, 329–333 (2014).

sieren. Somit ist nur bei Plattformen, die in einheitlich abgegrenzten Märkten tätig sind und bei denen beiderseitig positive Netzwerkeffekte wirken, eine Erhöhung des Preisniveaus notwendig.⁶⁶⁸

Dabei sollte es bei Transaktionsplattformen unerheblich sein, auf welcher Plattformseite der Preis erhöht wird. Da die Seiten durch beiderseitige positive Netzwerkeffekte verbunden sind, wirkt sich eine Preiserhöhung ohnehin auf beiden Plattformseiten aus.

Das Modell erfordert jedoch mehr Daten als der bereits anspruchsvolle SSNIP-Test und ist überdies komplexer, da die Wechselwirkungen zwischen den Plattformseiten berücksichtigt werden müssen. Preise, Kosten, Elastizitäten und die Stärke der Netzwerkeffekte müssen bekannt sein.⁶⁶⁹ *Evans/Noel* bezweifeln deshalb, dass „das Licht die Kerze wert“ ist.⁶⁷⁰

b) Ansicht von Emch/Thompson

Emch/Thompson haben in *MasterCard I* vertreten, dass für den Fall von Kreditkartenunternehmen auf das Preisniveau abgestellt werden sollte. Der HMT könne nur angewendet werden, wenn der Preis erhöht wird sowohl gegenüber den Kreditkarteninhabern, als auch gegenüber den Händlern, die die Karten akzeptieren. Grund dafür sei, dass diese Summe der Preise die „unmittelbarste“ Analogie zum Einzelpreis in Märkten darstelle, weil das dem Umsatz des hypothetischen Monopolisten je verkaufter Einheit entspreche. Tatsächlich errechnet sich der Umsatz bei zweifach entgeltlichen Plattformen nicht nur aus dem Preis auf einer Seite, sondern auf beiden Seiten. Darüber hinaus steigert nur eine Erhöhung beider Preise auch den Gewinn des hypothetischen Monopolisten. Würde stattdessen die Preisstruktur geändert, z.B. nur auf einer Seite der Preis erhöht, auf der anderen aber gesenkt, kann der Gewinn insgesamt unverändert bleiben.⁶⁷¹

Die Kommission hat dieses Modell in *MasterCard I* mit dem Argument abgelehnt, es sei zu vereinfachend, da es nicht beachte, dass Kreditkarteninhaber nicht unmittelbar mit dem Kreditkartenunternehmen in Verbin-

668 So auch *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 137.

669 *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 83 f.; *Filistrucchi*, A SSNIP Test for Two-Sided Markets, 21.

670 *Evans/Noel*, Defining Markets that Involve Multi-Sided Platform Businesses, 40.

671 *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 80 f.; *Emch/Thompson*, 5 Rev. Network Econ. 1-45 (2006); Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 271 – *MasterCard I*.

dung stehen, sondern nur über die Vermittler, die Issuing- und Acquiring-Banken.⁶⁷² Daher liege in diesem Fall keine Plattform vor.⁶⁷³ Das stellt jedoch nicht die Ansicht von *Emch/Thompson* grundsätzlich in Frage und auch nicht die dafür vorgebrachten Argumente, sondern lediglich die Anwendbarkeit des Modells auf den vorliegenden Fall der Kreditkartenunternehmen. In dem Fall grenzte die Kommission auch getrennte Märkte und nicht einen einheitlichen Plattformmarkt ab.⁶⁷⁴ Bei einheitlichen Märkten sind die Argumente von *Emch/Thompson* aber überzeugend. Sie weisen darauf hin, dass die Profitabilität der Preiserhöhung von beiden Plattformseiten abhängt. In der Tat werden der Umsatz und der Gewinn, die wiederum für die Profitabilität maßgeblich sind, am sachnächsten durch eine Erhöhung des Preisniveaus abgebildet. Eine Änderung der Preisstruktur könnte nämlich ohne Auswirkungen auf die Profitabilität bleiben, wie oben anhand des Beispiels der Dating-Plattform dargestellt wurde.

c) Ansicht des EuG in CEAHR

Das EuG will einen einheitlichen Markt abgrenzen, wenn erwiesen ist, „dass sich genügend Verbraucher den anderen Primärprodukten zuwenden würden, wenn die Preise der Waren oder Dienstleistungen auf den Anschlussmärkten gemäßigt erhöht würden, so dass sich eine solche Erhöhung als nicht gewinnträchtig erweise“.⁶⁷⁵ *Holzweber* will dieses Modell von „Anschluss- und Primärmärkten“ auf Plattformen übertragen.⁶⁷⁶ Damit ist eine Preiserhöhung auf lediglich einer Seite erforderlich, die sich auf der anderen Seite in einem Nutzerverlust auswirkt, sodass sie insgesamt unprofitabel wird. Da das Gericht die Preise auf der anderen Seite nicht erwähnt, ist davon auszugehen, dass diese unverändert bleiben sollen. Somit steigt im Modell des EuG das Preisniveau der Plattform insgesamt.

Die Rspr. ist sich somit in diesem Punkt mit der Literatur einig. Das Abstellen auf das Preisniveau ist auch sinnvoll, weil bei der Alternative, dem Abstellen auf die Preisstruktur, diese so geändert werden kann, dass die Profitabilität von der Preiserhöhung unberührt bleibt. Festzuhalten ist da-

672 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 276 – *MasterCard I*.

673 Vgl. bereits oben Kapitel 3 B.IV.2.e).

674 Kommission, 19.12.2007, 34.579, Rn. 264 – *MasterCard I*.

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

676 *Holzweber*, W. Comp. 2017, 563, 576. Vgl. auch bereits oben Kapitel 3 B.II.

mit, dass bei beiderseitiger Engeltlichkeit für die Preiserhöhung des SSNIP-Tests auf das Preisniveau abgestellt werden sollte.

Die Ansicht des EuG hat dabei den Vorzug, dass in einem einzigen Schritt entschieden wird, ob ein einheitlicher Markt oder separate Märkte abgegrenzt werden sollen und welcher sachliche Produktmarkt abgegrenzt wird.⁶⁷⁷

II. Preiserhöhung ohne Preis

Soll das Preisniveau erhöht werden, stellt sich bei Internetplattformen eine Anschlussfrage. Die Preiserhöhung des HMT läuft nämlich ins Leere, wenn die Plattform ihre Leistung unentgeltlich anbietet. Nach einer Erhöhung eines Preises von Null um 5-10% ist dieser Preis immer noch Null. Daher wird der SSNIP-Test von der h. M. bei Online-Plattformen für nicht anwendbar erachtet.⁶⁷⁸ Die Kommission und das EuG haben entschieden, dass der SSNIP-Test in solchen Fällen nicht angewendet werden muss.⁶⁷⁹ Soweit ersichtlich wurde der SSNIP-Test auch in keinem Fall zu Internetplattformen bislang angewendet.⁶⁸⁰

1. Absolute statt relative Preiserhöhung

Es ließe sich aber statt einer relativen Preiserhöhung um 5-10% auf eine absolute Preiserhöhung um einen geringen Betrag abstellen. Dann würde bei einem bislang kostenfreien Angebot erstmals ein Preis erhoben. Doch welcher Preis sollte zugrunde gelegt werden? Welche Preiserhöhung ist „small

677 Vgl. zur Abgrenzung einheitlicher Märkte nach dem CEAHR-Test oben Kapitel 3 B.II.

678 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 46; *Gebicka/Heinemann*, W. Comp. 2014, 149, 157 f.; *Newman*, 94 Wash. U. L. Rev. 49, 65–66 (2016); *Stallibrass/Pang*, 6. J. Euro. Comp. L. & Pract. 418, 419 (2015).

679 EuG, 11.01.2017, T-699/14, Rn. 82 – *Topps Europe/Kommission*; Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 245 – *Google Shopping*.

680 Vgl. auch *Holzweber*, Der Marktmachtstransfer bei digitalen Plattformen, 49 f.; *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 85. Lediglich eine Entscheidung der Competition Commission in Großbritannien untersuchte einen Preisanstieg auf dem Werbemarkt bei der Fusion zweier Verlage, vgl. Competition Commission, 22.9.2004, Appendix E, Rn. 24 ff. – *Archant/Independent News and Media*.

but significant“, wenn davor der Preis null betrug? Da die Nutzer daran gewöhnt sind, dass viele Internetleistungen wie Suchergebnisse oder das Angebot sozialer Netzwerke kostenlos sind, könnten bereits kleinste Preise die Nutzer abschrecken und dazu führen, dass die Plattform in großem Umfang Nutzer verliert („free effect“).⁶⁸¹

Ein absoluter Preis müsste deswegen mit größter Vorsicht kalkuliert werden. Bei vielen Online-Plattformen gibt es jedoch teilweise bezahlte und teilweise kostenfreie Angebote, die sich durch Werbung finanzieren. So können Vergleichswerte gefunden werden, an denen sich die Preiserhöhung orientieren kann. Es gibt beispielsweise eine Reihe kostenloser Online-Dating-Plattformen, jedoch auch kostenpflichtige Angebote. Dabei bewegen sich die meisten monatlichen Gebühren in einer Höhe von 10 bis 30€. ⁶⁸² Wenn diese Zahlen als Vergleichswerte zur Verfügung stehen, ist es denkbar, darauf zurückzugreifen, um eine absolute Preiserhöhung zu simulieren.

Außerdem sind Internetnutzer häufig zur Zahlung von zumindest einstelligen Beträgen bereit, insbesondere, wenn sie dadurch auf Werbung verzichten dürfen.⁶⁸³ Auch diese Beträge könnten als Vergleichswert herangezogen werden.

Klasse/Wiethaus haben vorgeschlagen, den absoluten Preis anhand des Verhältnisses von Nutzern und Umsatz zu errechnen. Die Preiserhöhung bezieht sich dann nicht auf die unentgeltliche, sondern auf die entgeltliche Seite: es sollten – auf der unentgeltlichen Seite – Preise angenommen werden, die bei unverändertem Nutzerverhalten 5 bis 10% des Umsatzes der entgeltlichen Seite entsprechen. Eine solche Einführung von Preisen sei bei vielen bislang unentgeltlichen Angeboten möglich, wie z.B. bei Spiegel Online, das sich lang allein durch Werbung finanzierte und nun vermehrt Artikel nur über das kostenpflichtige Portal Spiegel Plus zur Verfügung stellt.⁶⁸⁴ Der Preis würde sich folgendermaßen berechnen:

681 OECD, Quality considerations in digital zero-price markets, 13.; BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 176 – *Online-Dating-Plattformen*.

682 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 105 ff. – *Online-Dating-Plattformen*.

683 So war beispielsweise der Dienst WhatsApp in Deutschland und Spanien lange Zeit kostenpflichtig, vgl. Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 42 – *Facebook/WhatsApp*. Dienste wie Threema, Spotify und Netflix sind ebenfalls mit einstelligen Beträgen kostenpflichtig. Auch viele Online-Zeitungen bieten ein digitales Abonnement, welches alle Artikel vollständig freischaltet und frei von Werbeanzeigen ist.

684 *Klasse/Wiethaus*, WuW 2017, 354, 360.

$$\text{Preis} = \frac{\text{Umsatz} \times (5 \text{ bis } 10\%)}{\text{Anzahl der Nutzer}}$$

Damit wird errechnet, wie viel Umsatz pro Nutzer das Unternehmen erwirtschaftet, d. h. wie viel Geld ein Nutzer aus Sicht des Unternehmens wert ist. Die Nutzer würden dann einen Betrag bezahlen, der 5-10% des Preises entspricht, den das Unternehmen fordern würde, wenn es sich nicht durch Werbung finanzierte.

Der richtige absolute Preis wird sich dabei nicht immer genau beziffern lassen, vor allem wenn der Markt nicht sowohl kostenfreie als auch kostenpflichtige Angebote bereithält, d. h. wenn keine Vergleichswerte zur Verfügung stehen. Daher kann eine absolute Preiserhöhung nicht denselben Aussagegehalt wie eine relative besitzen. Eine absolute Preiserhöhung wird sich stets der Kritik aussetzen, dass der Betrag nicht richtig ermittelt wurde und höher oder niedriger sein müsse. Daher kann eine absolute Preiserhöhung auch als Gedankenexperiment dienen: würde die Plattform einen niedrigen, einstelligen Betrag von ihren Nutzern fordern, wie würden diese sich verhalten?

2. Der SSNDQ-Test

In der Literatur werden neben einer absoluten Preiserhöhung weitere Alternativen diskutiert. Die Preiserhöhung des SSNIP-Tests lässt sich auch als eine Verschlechterung der Austauschbeziehung zulasten des Nachfragers betrachten.⁶⁸⁵ Analog könnte man bei unentgeltlichen Leistungen darauf abstellen, dass sich die Qualität eines Dienstes verschlechtert. Statt der Simulation eines Increase in Price wäre die Simulation einer Decrease in Quality angebracht. Diese Alternative wird deswegen SSNDQ-Test genannt. Es wird gefragt, ob Nutzer bei einer hypothetischen Verschlechterung der Qualität zu anderen Diensten wechseln. Ist diese Verschlechterung für den Anbieter profitabel (z.B. durch Kosteneinsparungen), gehören die Wechselprodukte in denselben Markt wie das Ausgangsprodukt.⁶⁸⁶

685 *Baker*, 74 Antitrust L.J. 129, 146–147 (2007); *Evans*, Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms, 26.

686 *Gebicka/Heinemann*, W. Comp. 2014, 149, 157 f.; *Heinemann*, Google als kartellrechtliches Problem?, 27; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 102.

Gegen diese Methode wurde aber vorgebracht, wie schwierig es sei, eine Qualitätsminderung zu messen.⁶⁸⁷

a) Typische Qualitätsfaktoren im Internet

Die Qualität lässt sich aber anhand einiger typischer Qualitätsfaktoren im Internet bestimmen. So könnte man darauf abstellen, wie verlässlich die Website ist, z.B. wie oft der Server abstürzt oder es Passwortprobleme gibt.⁶⁸⁸ Die Qualität verschlechtert sich außerdem, wenn die Kosten aus Nutzersicht steigen, z. B. wenn der Nutzer eine größere Werbefläche oder längere Werbeeinspieler ansehen muss.⁶⁸⁹ Insofern ließe sich auch auf einen Increase in Cost („SSNIC“)⁶⁹⁰ abstellen. Dabei wird einerseits auf Informationskosten, d.h. Kosten betreffend die Preisgabe von Daten, sowie andererseits auf Aufmerksamkeitskosten, d.h. die Pflicht zur Wahrnehmung von Werbung, abgestellt.⁶⁹¹ Das läuft i. E. auf dasselbe Konzept wie der SSNDQ hinaus – ein Angebot, das für den Nutzer höhere – nicht-monetäre – Kosten beinhaltet, hat auch eine aus seiner Sicht geringere Qualität.

Ein anderer Weg der Qualitätsmessung könnte darin bestehen, zu beobachten, wie die Nutzer darauf reagieren, wenn der Zugang zu einem kostenlosen Angebot erschwert wird, z.B. wenn eine Website plötzlich eine Registrierung mit Anlegung eines Kundenkontos fordert.⁶⁹²

Außerdem könnte eine Qualitätsminderung vorliegen, wenn das Unternehmen die Datenschutzbedingungen zulasten des Nutzers ändert, z.B. wenn mehr Daten erhoben und verarbeitet werden als zuvor, oder wenn gar eine Datenverarbeitungseinwilligung rechtswidrig wird, weil sie gegen das Datenschutzrecht in der DSGVO verstößt, z.B. weil die Abgabe unfreiwillig ist.⁶⁹³ Diese Qualitätsunterschiede können auch in der Praxis bestimmt werden. So bemerkte die Kommission in *Microsoft/LinkedIn*, dass

687 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 635; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 102.

688 *Gebicka/Heinemann*, W. Comp. 2014, 149, 158.

689 OECD, Quality considerations in digital zero-price markets (2018), S. 12.

690 *Newman*, 94 Wash. U. L. Rev. 49, 66 (2016); *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 102.

691 *Mandrescu*, CoRe 2018, 244, 250.

692 *Thépot*, W. Comp. 2013, 195, 208.

693 Vgl. OECD, Quality considerations in digital zero-price markets (2018), S. 11; *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 52 (2018); *Costa-Cabral/Lynskey*, 54 C.M.L.R., 11,

das mit LinkedIn konkurrierende soziale Netzwerk XING ein höheres Datenschutzniveau als LinkedIn habe, weil die Nutzer auf die Datenschutzbestimmungen besser hingewiesen würden.⁶⁹⁴

b) Subjektivität und Quantifizierbarkeit von Qualität

Auch wenn sich diese Faktoren zur Bestimmung von Qualität benennen lassen, bleibt Qualität ein subjektives Merkmal von Produkten.⁶⁹⁵ Zwar werden sich die Qualitätsanforderungen der Nutzer in vielen Bereichen überschneiden. So ist eine übersichtliche Website oder ein fehlerlos laufender Server vermutlich bei allen Nutzern beliebt.⁶⁹⁶ Vor allem bei differenzierten Produkten aber gehen die Qualitätsanforderungen auseinander. So hat sich die Partnervermittlungsplattform „elitepartner.de“ auf die Vermittlung von Akademikern spezialisiert und wirbt damit, gerade nicht der breiten Öffentlichkeit offen zu stehen.⁶⁹⁷ Das ist für einige potentielle Nutzer ein Qualitätsmerkmal, während es für andere ein Ausschlusskriterium ist. Selbst wenn sich eine umfassende Liste an Kriterien zur Qualitätsmessung zusammenstellen ließe, würden die Nutzer die einzelnen Kriterien individuell unterschiedlich gewichten.

Die Stärke des SSNIP-Tests liegt unter anderem in der präzisen Quantifizierbarkeit der Preiserhöhung. Es ist schwieriger, qualitative Faktoren in einer Zahl auszudrücken, die sich um 5-10% erhöhen ließe.⁶⁹⁸ Es gibt jedoch einige Werte, die sich quantifizieren lassen. Für die Qualität von Suchmaschinen, insbesondere für ihre Zielgenauigkeit im Finden von relevanten Suchergebnissen,⁶⁹⁹ ist die click-through-rate ein nützlicher Maßstab. Das bezeichnet die Häufigkeit, mit der Nutzer nach einer Suchanfrage auf ein Suchergebnis klicken.⁷⁰⁰ Das wird meistens nur dann der Fall

34 (2017); *Eben*, I/S J. L. & Pol'y 221 (2018); *Stucke/Ezrachi*, 18 Yale J. L. & Tech., 70, 104 (2016).

694 Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 350 – *Microsoft/LinkedIn*.

695 *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 138.

696 *Gebicka/Heinemann*, W. Comp. 2014, 149, 158.

697 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 36 – *Online-Dating-Plattformen*.

698 *Newman*, 94 Wash. U. L. Rev. 49, 66–67 (2016); *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 102.

699 Vgl. *Argenton/Prüfer*, 8 J. Comp. L. & Econ. 73, 78 (2012).

700 *Höppner/Grabenschroer*, NZKart 2015, 162, 165.

sein, wenn die Nutzer das gefunden haben, wonach sie suchen, d.h. ein qualitativ hochwertiges Suchergebnis angezeigt bekommen haben.

Ein weiterer Faktor der Qualität eines Dienstes könnte in den Netzwerkeffekten bestehen. Eine Plattform, die besonders viele Nutzer hat, stellt für jeden Nutzer ein attraktiveres Angebot dar als eine Plattform mit weniger Nutzern, da so mehr potentielle Gegenparteien angetroffen werden können.⁷⁰¹ Nutzerzahlen könnten auch alleine als Qualitätsmerkmal berücksichtigt werden: zahlt der Nutzer keinen Preis für das Angebot, ist der Qualitätswettbewerb entscheidend dafür, wie viele Verbraucher das Angebot nachfragen.⁷⁰² Das beste Angebot müsste deswegen die meisten Nutzer haben. So bearbeitet z.B. Google die meisten Suchanfragen und wird gleichzeitig in Umfragen als Suchmaschine mit den besten Suchergebnissen bewertet.⁷⁰³

Weiterhin kann die juristische Praxis auf wirtschaftswissenschaftliche Methoden zurückgreifen, wie es im Kartellrecht an vielen Stellen üblich ist. So gibt es Methoden zur Ermittlung des sogenannten impliziten oder hedonischen Preises. Diese werden unter anderem in der Inflationsberechnung genutzt. Steigt der Preis eines Gutes, während auch korrespondierend seine Qualität steigt, liegt darin keine Verteuerung im Sinne einer Inflation. Daher berechnet unter anderem das Statistische Bundesamt bei einer Preissteigerung, welcher Anteil davon einer Qualitätssteigerung geschuldet ist. So kann es dazu kommen, dass trotz einer Preissteigerung keine Inflation herrscht. In diesem Prozess wird der Zusammenhang von Qualitätsmerkmalen eines Produkts mit dem Preis mithilfe einer Regression ermittelt.⁷⁰⁴ Eine andere Herangehensweise, die Kontingente Bewertungsmethode, ermittelt durch Umfragen den Wert von nicht-handelbaren Gütern wie z.B. Umweltgütern. Außerdem kann auf den Preis entgeltli-

701 Ewald, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 7, 70.

702 Körber, NZKart 2016, 303, 305.

703 Vgl. Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 312, Fn. 333 – *Google Shopping*. Die Ergebnisse der Studie sind abrufbar unter https://docs.google.com/spreadsh eets/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).

704 Vgl. für einen Überblick *Hill*, OECD Statistics Working Papers 2011/01: Hedonic Price Indexes for Housing, 9 f. m.w.N. sowie *Haan*, in: Lippe/Diewert, Index Number Theory and Price Statistics, 772. Vgl. außerdem Statistisches Bundesamt, Preise: Hedonische Methoden in der amtlichen Preisstatistik (Juli 2013), abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUm welt/Preise/Verbraucherpreisindizes/Methoden/Downloads/HedonischeMethod enUpdate.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

cher Vergleichsprodukte abgestellt werden.⁷⁰⁵ Auf Umfragen verlässt sich die Kommission häufig in ihren Verfahren. In *Microsoft I* sollte die Qualität des Windows-Betriebssystems bestimmt werden und die Umfragen kamen zu dem Ergebnis kam, dass Windows die niedrigsten Werte erlangte.⁷⁰⁶

Bei Umfragen muss jedoch stets beachtet werden, ob die Befragten ihre tatsächlichen Präferenzen ehrlich nennen. Häufig stellt sich in der Statistik das Problem, dass die tatsächlichen und die genannten Präferenzen divergieren.⁷⁰⁷

In *Microsoft I* wurden außerdem Aussagen von Microsoft selbst herangezogen:

*“Microsoft itself does not think much of its media player called NetShow stating that “it was unpopular with customers because it did not work very well [...].“*⁷⁰⁸

Auch in *Google Shopping* haben interne Dokumente von Google offengelegt, dass das Unternehmen einer alten Version seines eigenen Preisvergleichsdienstes eine geringe Qualität beimaß.⁷⁰⁹ Dabei bemerkt die Kommission aber auch, dass sie keine Pflicht trifft, präzise zu beziffern, wie sehr die Qualität eines Produkts sinken muss, damit ein Unternehmen seine marktbeherrschende Position verliert. Genauso müsse sie nicht nennen, wie viele Nutzer den Anbieter wechseln müssen, damit die Qualitätssenkung unprofitabel wird.⁷¹⁰

Es lässt sich demnach nicht ausschließen, dass die Qualität von Online-Angeboten für die hier verfolgten Zwecke ausreichend präzise gemessen werden kann.⁷¹¹

705 Carson, 26 J. Econ. Perspectives 27 (2012); GSMA, Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem, 34. Für die Ermittlung des Preises durch Umfragen vgl. auch *Genevaz/Vidal*, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 30, 32 (2017). Für Umfragen als Instrument im Rahmen des SSNDQ-Tests *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 52 (2018).

706 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 650 f. – *Microsoft I*.

707 *Bania*, 14 Euro. Comp. J. 38, 52–53 (2018).

708 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 819 – *Microsoft I*. Bestätigt durch EuG, 17.09.2007, T-201/04, Rn. 1046 – *Microsoft I*.

709 *Laitenberger*, Vortrag bei den Baden-Badener Unternehmengesprächen, Brüssel, 20.10.2017, S. 7, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_17_de.pdf, zuletzt abgerufen am 27.9.2018; Kommission, Pressemitteilung vom 27.06.2017, IP/17/1784 (Google Shopping).

710 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 313 – *Google Shopping*.

711 So auch *Mandrescu*, CoRe 2018, 244, 252 ff.

c) Nutzerwechsel bei Qualitätsreduzierung?

Gegen den SSNDQ-Test lässt sich aber einwenden, dass er nur funktioniert, wenn die Nutzer tatsächlich auf eine Qualitätsänderung reagieren.⁷¹² Nur dann lässt sich der Nutzerwechsel beobachten, der dazu führt, dass Alternativprodukte einem bestimmten Markt zugeordnet werden. Internetnutzer vergleichen jedoch häufig Angebote nicht miteinander, verbleiben zum Beispiel stets bei einer Suchmaschine, die als Standard festgelegt ist.⁷¹³ Datenschutzbestimmungen werden von Nutzern oft nicht gelesen, weshalb sie auch nicht darauf reagieren könnten, wenn diese sich zu ihren Ungunsten verändern.⁷¹⁴ Selbst wenn Nutzern ein niedriges Datenschutzniveau bewusst ist, führt dies nur selten zu einem Anbieterwechsel.⁷¹⁵

Fehlt eine solche Reaktion auf eine Qualitätsreduzierung, lässt sich daraus schließen, dass es sich nicht um ein für die Nutzer relevantes Qualitätsmerkmal handelt oder dass der Qualitätsunterschied zu gering ist, um sich auf die Konsumententscheidung auszuwirken. Wenn Datenschutzbedingungen für die Nutzer eine derart geringe Rolle spielen, dass die Nutzer auf eine Änderung nicht reagieren, sind die Bedingungen scheinbar für die Qualität eines Angebots nicht ausschlaggebend. Wären die Datenschutzbedingungen umgekehrt ein relevantes Qualitätsmerkmal für die Nutzer, so müssten sie darauf achten und den Anbieter wechseln. Fehlt die Reaktion der Nutzer, muss daher ein anderes Qualitätsmerkmal einer Änderung unterworfen werden, um dort eine Nutzerreaktion zu überprüfen.

Ein weiterer Grund, weshalb Nutzer aufgrund einer Qualitätssenkung nicht zwangsläufig wechseln, liegt in dem Fehlen des Einkommens- und Substitutionseffekts bei Nullpreisgütern: steigt der Preis eines Produkts – wie beim SSNIP-Test – während das Einkommen der Verbraucher konstant bleibt, müssen diese ihr Konsumverhalten anpassen, sodass sie weniger Einheiten des teureren Produkts kaufen und ggfs. andere Produkte erwerben. Sie sind aufgrund des begrenzten Einkommens dazu gezwungen, ihr Verhalten zu ändern.⁷¹⁶ Dieser Effekt fehlt jedoch beim SSNDQ-Test: bei einer Qualitätsreduktion wird kein Verbraucher daran gehindert, das

712 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 32.

713 Kommission, 18.02.2010, COMP/M.5727, Rn. 102 f., 221 ff. – *Microsoft/Yahoo! Search Business*; Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530, Rn. 47 – *Microsoft II (Internet Explorer)*; *Stucke/Ezrachi*, 18 Yale J. L. & Tech., 70, 99, 104 ff. (2016).

714 *Thomas*, NZKart 2017, 92, 95.

715 *Basedow*, in: MünchKomm BGB, Vor § 305 BGB, Rn. 6.

716 Vgl. *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 152 ff.

Produkt weiterhin zu konsumieren. Es besteht kein Zwang, das Produkt zu wechseln. Auch wenn es vorteilhaft für den Konsumenten sein kann, den Anbieter zu wechseln, bedeutet das Fehlen des Einkommens- und Substitutionseffekts, insbesondere in Verbindung mit der Tatsache, dass viele Internetnutzer verschiedene Angebote nicht vergleichen und häufig bei einem Standardprodukt verbleiben, dass ein Nutzerwechsel aufgrund eines SSNDQ unwahrscheinlicher wird. Dies schränkt die Praktikabilität des SSNDQ-Tests erheblich ein.

d) Gefahr einer cellophane fallacy?

Gebicka/Heinemann haben angemerkt, dass bei der Anwendung des SSNDQ-Tests die Gefahr einer cellophane fallacy besteht.⁷¹⁷ Dieser Begriff beschreibt ein aus der Marktabgrenzung beim SSNIP-Test bekanntes Problem, das entsteht, wenn ein Monopolist bereits den höchstmöglichen Preis fordert: erhöht er dann den Preis noch weiter, wechseln zwangsläufig Verbraucher zu einem anderen Produkt, da ihre Zahlungsbereitschaft bereits ausgereizt ist. Könnte der Monopolist den Preis weiter erhöhen und gleichzeitig die Profitabilität steigern, so wäre dies vermutlich schon geschehen. Die Abnehmer wechseln daher den Anbieter, sodass der Schein entsteht, dass sie zu substituierbaren Produkten wechseln, die dem Markt zugeordnet werden sollten. Damit wird ein zu weiter Markt abgegrenzt und die Monopolposition des Anbieters nicht erkannt.⁷¹⁸

Gebicka/Heinemann vertreten, dass es beim SSNDQ-Test ein vergleichbares Phänomen gibt.⁷¹⁹ Verschlechtert sich die Qualität eines Dienstes, wechseln üblicherweise die Nutzer. Sie können sich aber gezwungen sehen, bei einem Anbieter zu verbleiben, weil von diesem starke Netzwerkeffekte ausgehen. Sind alle Freunde und Kollegen bei einem sozialen Netzwerk wie Facebook angemeldet, kann ein sogenannter lock-in-Effekt vorliegen.⁷²⁰ Ein Nutzer wird sich daher nicht einem anderen Netzwerk zuwenden, auch wenn dieses eine höhere Qualität hat.

717 *Gebicka/Heinemann*, W. Comp. 2014, 149, 159.

718 *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 252 ff.; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 65–66.

719 *Gebicka/Heinemann*, W. Comp. 2014, 149, 159.

720 Vgl. *Ewald*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 7, 70; *Körber*, ZUM 2017, 93, 95.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Situation eine Art cellophane fallacy darstellt. Während die cellophane fallacy eine Situation beschreibt, in der bei einer Preiserhöhung Nachfrager wechseln, obwohl andere Produkte tatsächlich nicht funktional austauschbar sind, ist beim lock-in-Effekt genau das Gegenteil der Fall: obwohl eine Qualitätsminderung vorliegt, wechseln Nutzer nicht zu anderen Produkten. Das stellt jedoch keine fallacy dar, sondern zeigt lediglich, dass es keine austauschbaren Produkte gibt, weil von keinem anderen Anbieter derart starke Netzwerkeffekte ausgehen. Der Anbieter ist dann tatsächlich ein Monopolist. Die Marktabgrenzung ist in diesem Fall nicht fehlerhaft.

Die richtige Analogie zur cellophane fallacy würde beim SSNDQ-Test vielmehr folgende Situation darstellen: senkt der Monopolist die Qualität seiner Produkte unter ein für viele Nutzer akzeptables Niveau, würden Nutzer zu anderen Anbietern wechseln, obwohl deren Produkte nicht funktional austauschbar sind. Dann wird der Markt zu weit abgegrenzt. Insofern besteht auch beim SSNDQ-Test die Gefahr einer cellophane fallacy.

e) Vergleich des SSNDQ- mit dem SSNIP-Test

Auf den ersten Blick unterscheiden sich der SSNIP- und der SSNDQ-Test deutlich voneinander, vor allem weil der SSNDQ-Test nicht auf einen leicht quantifizierbaren Faktor wie den Preis, sondern auf den qualitativen Faktor der Produktqualität abstellt.

Qualität kann jedoch in bestimmten Fällen, unter anderem durch Rückgriff auf wirtschaftswissenschaftliche Methoden, quantifiziert werden. Das subjektive Element des Qualitätsbegriffs kann so reduziert werden.

Gleichzeitig ist auch der SSNIP-Test nicht frei von subjektiven Wertungen, zum Beispiel bei der Frage, wann eine Preiserhöhung signifikant ist. Das wird üblicherweise bei einer Erhöhung um 5-10% angenommen. Diese Zahl ist jedoch nicht ökonomisch indiziert.⁷²¹ Bei manchen Produkten, deren Erwerber sehr preissensibel sind, kann es einen großen Unterschied machen, ob ein Preis um 5% oder um 10% erhöht wird. Demgegenüber kann es bei günstigen Alltagsgegenständen aus Sicht des Verbrauchers gleichgültig sein, ob ein Produkt 10% günstiger oder teurer ist.⁷²²

721 *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 94, 122.

722 Man stelle sich nur vor, wie viele Verbraucher bei einer Preiserhöhung eines Kaugummis von €0,90 auf €0,99 zu einem anderen Anbieter wechseln würden.

Die Gefahr einer cellophane fallacy besteht darüber hinaus sowohl beim SSNIP-, als auch beim SSNDQ-Test.⁷²³ Sie ist aber bei Plattformen wahrscheinlicher, da dort wegen der Netzwerkeffekte höhere Konzentrationen üblich sind.⁷²⁴

Der SSNIP-Test kann außerdem nur angewendet werden, wenn über die Preise auch ausreichend Daten vorliegen. Üblicherweise leidet der SSNIP-Test aber an einem Datenmangel.⁷²⁵ Zwar sind Daten über Preise in der Vergangenheit oft verfügbar. Daten darüber, wie der Absatz sich im Vergleich zu Konkurrenzprodukten veränderte, fehlen aber häufig. Konsumwanderungen zu beobachten ist praktisch sehr schwierig. In der Praxis ist es deswegen selten, dass der SSNIP-Test in vollem Umfang angewendet wird. Üblicherweise wird der Test eher als „Gedankenexperiment“ zur Unterstützung der Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept verwendet.⁷²⁶ Es werden keine Daten erhoben, sondern die Reaktionen der Verbraucher auf Preisänderungen abgeschätzt. Dafür werden auch die Ansichten der Parteien und der anderen Marktteilnehmer berücksichtigt. Diese Funktion des Gedankenexperiments kann aber auch der SSNDQ-Test erfüllen.⁷²⁷ Wettbewerber und andere Marktteilnehmer können häufig die Reaktion auf Qualitätsänderungen beurteilen. In *Microsoft I* äußerten sich beispielsweise mehrere Parteien zum Qualitätswettbewerb.⁷²⁸ Solche Marktumfragen und auch interne Dokumente der Parteien können dazu beitragen, einen Eindruck von der Qualität der Produkte zu erhalten.⁷²⁹

Der Großteil der Käufer würde den Unterschied vermutlich nicht einmal bemerken.

723 Siehe oben Kapitel 1 A.I.1.

724 *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 35.

725 *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 267 f.; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 102.

726 *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 94; International Competition Network, Merger Guidelines Workbook, April 2006, 20; *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 33.

727 So auch *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 45; *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 263 f.

728 Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 648, 819, 887 – *Microsoft I*.

729 Solch ein Gedankenexperiment hat der Oberste Gerichtshof der Volksrepublik China in der Marktabgrenzung verwendet, vgl. *Stallibrass/Pang*, 6. J. Euro. Comp. L. & Pract. 418 (2015); *Wei/Guizhen*, Competition Law Insight 11(1) 2015, 62, 65. Der Gerichtshof sah es als unwahrscheinlich an, dass die Nutzer

3. Zwischenergebnis zum SSNIP-Test auf unentgeltlichen Märkten

Die Tatsache, dass in vielen Märkten, in denen Online-Plattformen tätig sind, keine Preise gezahlt werden, bedeutet noch nicht, dass der SSNIP-Test keine Anwendung finden könnte. Er bedarf jedoch einer Anpassung. Entweder kann statt auf eine Preiserhöhung von 5-10% auf das erstmalige Fordern eines Preises abgestellt werden. Alternativ könnte statt der Preiserhöhung eine analoge Reduzierung der Qualität des Produkts maßgeblich sein. In beiden Fällen ist jedoch die Berechnung einer signifikanten Preiserhöhung bzw. einer signifikanten Qualitätsreduzierung aufwändiger und mit größerer Unsicherheit behaftet als im Rahmen des herkömmlichen SSNIP-Tests. Als Gedankenexperiment kann die Methode gleichwohl hilfreich sein.⁷³⁰ Zudem hat der herkömmliche SSNIP-Test ebenfalls Schwachstellen und wird trotzdem angewendet. Der hypothetische Monopolistentest kann insofern bei unentgeltlichen Märkten ähnlich erfolgreich sein wie bei entgeltlichen.

III. Stärkere Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten

Auch wenn eine Plattform ihre Leistung entgeltlich anbietet, können bei der Anwendung des SSNIP-Tests auf mehrseitige Märkte Probleme entstehen. Grund dafür sind zwischen den Plattformen wirkende Netzwerkeffekte:

1. Beiderseitig wirkende positive indirekte Netzwerkeffekte

Bei einseitigen Märkten bewirkt eine Preiserhöhung im Markt unmittelbar eine Änderung der Absatzmenge abhängig von der Nachfrageelastizität. Dies geschieht bei zweiseitigen Märkten ebenfalls. Darüber hinaus bewirkt eine Preiserhöhung bei beiderseitig positiven indirekten Netzwerkeffekten aber, dass durch die Absatzminderung auf der von der Preiserhöhung betroffenen Seite (A) die Plattform auch für die nicht unmittelbar betroffene

eines mobilen Nachrichtendienstes zu SMS wechseln, wenn der Dienst seine Qualität verschlechtert.

730 A.A. *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 31 f.

Seite (B) an Wert verliert. Dadurch geht der Absatz nicht nur auf Seite A, sondern auch auf Seite B zurück. Wegen der geringeren Mitgliederzahl auf Seite B verliert dann wiederum die Plattform auch für Mitglieder auf Seite A an Wert, sodass auch dort der Absatz zurückgeht.⁷³¹ Erhöht z.B. eine Auktionsplattform wie eBay die Gebühren für die Verkäufer, werden einige Verkäufer die Plattform nicht länger nutzen. Dadurch wird die Plattform auch für Käufer unattraktiver, da es weniger Anbieter und weniger Auswahl gibt. Deswegen werden einige potentielle Käufer aufhören, bei eBay Produkte zu suchen, was wiederum dazu führt, dass Verkäufer auf weniger potentielle Kunden treffen. Das setzt den Prozess erneut in Gang. Dieser sich selbst verstärkende Kreislauf kann sich grundsätzlich beliebig oft wiederholen. Es bleibt deswegen nicht bei den unmittelbaren Effekten der Preiserhöhung auf die Absatzmenge. Vielmehr ist die Wirkung einer Preiserhöhung auf längere Sicht, berücksichtigt man auch die Rückkoppelungseffekte, stärker als bei kurzfristiger Betrachtung. Betrachtet man jedoch im Rahmen des HMT nur die kurzfristigen Auswirkungen der Preiserhöhung, wird der so erfasste Nutzerverlust hinter dem tatsächlichen zurückbleiben. Das beeinflusst die Berechnung des sogenannten „critical loss“, d.h. des maximalen Absatzrückgangs, bei dem eine Preiserhöhung um 5-10% des hypothetischen Monopolisten noch profitabel ist. Eine Preiserhöhung erscheint damit profitabler als sie tatsächlich ist – sie kann kurzfristig profitabel sein, obwohl sie unter Berücksichtigung der Rückkoppelungseffekte unprofitabel ist. In dieser Situation scheint es so, als ob der hypothetische Monopolist den Preis der Produktauswahl bereits kontrollieren kann. Daraus würde geschlossen, dass den Abnehmern keine Ausweichalternativen mehr zur Verfügung stehen. Daher wäre der Markt bereits vollständig abgegrenzt. Tatsächlich aber ist die Preiserhöhung wegen der Rückkoppelungseffekte nicht unbedingt profitabel. Werden die Rückkoppelungseffekte mit einbezogen, würde dies deutlich, weil die Abnehmer zu anderen Anbietern wechseln. Das zeigt, dass es austauschbare Produkte gibt, zu denen die Abnehmer ausweichen können. Diese Produkte werden aber bei einer kurzfristigen Anwendung des SSNIP-Tests nicht berücksichtigt. Die Marktabgrenzung ist daher zu eng.⁷³²

731 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 44 f.; *Evans*, 20 *Yale J. Reg.* 325, 357–358 (2003); *Evans/Noel*, 4 *J. Comp. L. & Econ.*, 663, 667 (2008); *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 *J. Comp. L. & Econ.* 293, 330–331 (2014); *Habne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 117 m.w.N.

732 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 632; *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 71 ff.; *Evans/Noel*, 4

2. Einerseits positive, andererseits negative indirekte Netzwerkeffekte

Die Anwendung des HMT ist außerdem problematisch, wenn von der einen Seite (A) in Richtung der anderen Seite (B) positive indirekte, in umgekehrter Richtung aber negative Netzwerkeffekte wirken. Das soll z. B. der Fall sein bei Werbepattformen wie Suchmaschinen oder Fernsehsendern: eine höhere Nutzerzahl ist zwar aus der Sicht der Werbenden zu begrüßen. Eine höhere Werbendenzahl ist aber umgekehrt nicht besser für die Nutzer – eine höhere Menge an Werbung ist vielmehr störend für die Nutzer.⁷³³

Wird auf Seite B gegenüber den Werbenden der Preis erhöht, werden weniger Werbende die Plattform nutzen. Damit nehmen die negativen Effekte auf die Nutzerseite ab, was den Wert der Plattform aus Sicht von Seite A steigert, weil die Nutzer weniger Werbung als angenehm empfinden. Dadurch sollten mehr Nutzer auf Seite A die Plattform nutzen. Das wiederum macht die Plattform für Seite B attraktiver. Wegen der Preiserhöhung gewinnt so die Plattform mittelbar an Wert. Wegen der zusätzlichen Nutzer auf Seite A werden mehr Mitglieder der Seite B das Produkt konsumieren – wegen der höheren Nutzerzahl werden mehr Werber bei der Plattform werben. Die Wirkung der Preiserhöhung auf Seite B, d.h. der dortige Absatzrückgang, wird dabei gemindert. Es werden daher weniger Werber aufgrund der Preiserhöhung aufhören, bei der Plattform zu werben, als kurzfristig absehbar ist. Dadurch sollte grundsätzlich der langfristige Absatzrückgang geringer ausfallen als der kurzfristige. Eine Preiserhöhung erscheint damit kurzfristig unprofitabler als sie tatsächlich ist. Auf lange Sicht kann somit der hypothetische Monopolist die Preise bereits um 5-10% erhöhen und kontrolliert die Produktion aller relevanten Substitute. Bei einer kurzfristigen Betrachtung der Profitabilität scheint es jedoch, als ob der Monopolist die Preise nicht erhöhen kann, weil die Abnehmer auf andere Produkte ausweichen. Daher werden diese Produkte dem Markt zugeordnet, obwohl sie langfristig nicht Teil des Marktes sind. Damit würden, wie *Blaszczyk* feststellt, zu viele Produkte in den Markt einbezogen und ein zu weiter Markt abgegrenzt.⁷³⁴

J. Comp. L. & Econ., 663, 667 (2008); *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293, 331 (2014); *Kehder*, Konzepte und Methoden der Markt-abgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 75; *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017, Rn. 34 ff.

733 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 25; *Volmar*, ZWeR 2017, 386, 390.

734 *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 76–78.

Allerdings wird bei einem neuen Zuwachs auf Seite B die Plattform wiederum unattraktiver für Seite A: werben mehr Werber auf der Plattform, ist sie aus Nutzersicht weniger wertvoll. Dadurch werden wieder Nutzer aufhören, die Plattform zu nutzen, was wiederum zu einem Absatzrückgang auf der Werberseite (B) führen sollte. Dieser „Ping-Pong-Effekt“ kann sich endlos fortführen und führt dazu, dass sich die Mitgliederzahlen langfristig einpendeln und insgesamt nach der Preiserhöhung auf einem Niveau sind, das unter dem Niveau vor der Preiserhöhung liegt, aber über dem Niveau unmittelbar nach der Preiserhöhung vorzufinden war.

Dabei ist es ausgeschlossen, dass der Mitgliederverlust auf der Werberseite B wegen der Preiserhöhung vollständig dadurch neutralisiert wird, dass Mitglieder auf derselben Seite zurückkehren, weil die Mitgliederzahl auf der Nutzerseite A zwischenzeitlich gestiegen ist. Um dies zu zeigen, wird angenommen, dass die Zahl der Werber nur von dem Preis, den sie zahlen müssen, und von der Zahl der Nutzer abhängt. Würde die Zahl der Werber das Niveau vor der Preiserhöhung erreichen, müsste die Plattform mehr Mitglieder auf der A-Seite haben als vor der Preiserhöhung. Denn die Preiserhöhung macht die Plattform für die B-Seite unattraktiver und nur durch eine Attraktivitätserhöhung dank Netzwerkeffekten ausgehend von der A-Seite wären alle Werber bereit, einen höheren Preis zu zahlen. Bleibt die Zahl der Werber gleich, während der Preis für die Nutzung der Plattform aus ihrer Sicht steigt, muss demnach die Zahl der Nutzer steigen. Dass die Mitgliederzahl auf der A-Seite steigt, während gleichzeitig die Zahl auf der B-Seite gleich bleibt, würde externe Effekte erfordern, wie eine Steigerung der Qualität des Dienstes. Die Qualität des Produkts muss aber im HMT gerade gleich bleiben, da sonst die Preiserhöhung den Kundenverlust nicht messen kann – bei höherer Qualität wären Kunden selbstverständlich bereit, auch einen höheren Preis zu zahlen. Im Rahmen des SSNIP-Tests ist es damit nicht vorgesehen, dass die Mitgliederzahl auf Seite A auf ein Niveau steigt, das die Preiserhöhung auf Seite B kompensieren würde.

In den Fällen von Werbepattformen wird demnach die Wirkung der Preiserhöhung auf Seite B durch die Netzwerkeffekte lediglich abgemildert, aber nicht vollständig kompensiert. Die Preiserhöhung erscheint demnach kurzfristig weniger profitabel als sie langfristig tatsächlich ist. Das führt – wie oben dargestellt – zu einer tendenziell zu weiten Marktabgrenzung.⁷³⁵

735 Im Ergebnis ebenso *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 77–78.

Entsprechend verhält es sich bei einer Preiserhöhung auf Seite A, von der positive Netzwerkeffekte ausgehen. Wird von den Nutzern ein Entgelt verlangt und dieses erhöht, werden einige Nutzer den Konsum unterlassen. Dadurch wird die Plattform unattraktiver für die Werber, wodurch diese das Netzwerk verlassen. Dadurch wiederum steigt der Wert der Leistung aus Nutzersicht trotz der Preiserhöhung. Einige Nutzer werden zurückkehren, weil sie z.B. weniger Werbung wahrnehmen müssen. Das wiederum führt dazu, dass einige Werber wieder auf der Plattform werben. Dadurch sinkt erneut der Wert der Plattform für die Nutzer und der Kreislauf setzt sich fort. Eine Preiserhöhung auf Seite A wird demnach abgefeuert und ist langfristig profitabler als kurzfristig. Aus der kurzfristigen Perspektive scheint es, als wäre die Preiserhöhung profitabel. Daher müssten weitere Produkte der Produktauswahl des hypothetischen Monopolisten hinzugefügt werden. Deswegen werden bei einer kurzfristigen Betrachtung zu viele Produkte in den Markt mit einbezogen und ein zu weiter Markt abgegrenzt.⁷³⁶ Eine Preiserhöhung gegenüber den Nutzern hat damit den gleichen Effekt wie eine Erhöhung der Werberanzahl, weil beide Änderungen die Plattform aus der Sicht der Nutzer unattraktiver machen.

Die Wirkung von negativen Netzwerkeffekten bei Werbeplattformen muss aber für die hier relevanten Zwecke konkretisiert werden. Steigt die Anzahl der Werber, wird dadurch nicht zwangsläufig auch die Plattform aus Nutzersicht unattraktiver. Es ist richtig, dass ein Übermaß an Werbung stören kann. Ein Mehr an Werbern bedeutet aber nicht unbedingt auch ein Mehr an Werbung. Hat eine Suchmaschine mehr Werbekunden, bedeutet das nicht unbedingt, dass dem Nutzer mehr Werbung angezeigt wird. So kann eine Suchmaschine den Raum, den Werbung auf der Website einnimmt, statisch begrenzen, beispielsweise auf drei Werbeanzeigen pro Suchanfrage. Auch bei dieser Begrenzung kann die Suchmaschine aber mehr Werbekunden akquirieren, die dann um das begrenzte Werbeflächenangebot konkurrieren. Die Suchmaschine kann mithilfe ihres Wissens über den Nutzer aus diesem größeren „Pool“ an Werbern diejenigen auswählen, der am besten zu dem individuellen Profil des Nutzers passt. Dadurch steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Nutzer ein für sich passendes Werbeangebot findet und somit der Individualisierungsrad. Das stellt jedoch für den Nutzer keinen Nachteil und auch keinen negativen Netzwerkeffekt dar, sondern eher einen Vorteil.

Negative Netzwerkeffekte liegen mithin nur insofern vor, als ein Mehr an Beteiligung der Werbekunden auch die Zeit oder die Fläche erhöht, in

736 Blaschczok, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 78.

der die Nutzer Werbung ausgesetzt sind. In diesem Fall können die Netzwerkeffekte tendenziell zu einer zu weiten Marktabgrenzung führen.

3. Diskussion und Stellungnahme

Blaszczyk will den HMT angesichts dieser Probleme bei Plattformen nicht mehr anwenden oder allenfalls den durch den HMT abgegrenzten Markt als *argumentum a minore ad maius* benutzen: wird der Markt bei beiderseitig positiven Netzwerkeffekten tendenziell zu eng abgegrenzt und liegt bereits in diesem Markt keine beherrschende Stellung oder keine Einschränkung des Wettbewerbs vor, kann das in dem tatsächlich abzugrenzenden, weiten Markt erst recht nicht der Fall sein.⁷³⁷

Filistrucchi et al. schlagen vor, den SSNIP-Test dahingehend zu modifizieren, dass der hypothetische Monopolist nach jeder Preiserhöhung das Verhältnis der Preise auf den jeweiligen Seiten anpassen darf. Denn auch ein echter Monopolist würde die Preise anpassen, um optimal den Preiselastizitäten auf den jeweiligen Seiten zu entsprechen. So werden nicht nur eine, sondern mehrere, aufeinander folgende Preiserhöhungen vorgenommen.⁷³⁸

Die Prämisse, der HMT würde nur kurzfristige Preisentwicklungen berücksichtigen,⁷³⁹ ist jedoch nicht richtig. Tatsächlich ist eine Preiserhöhung erforderlich, die *non-transitory*, d.h. nicht vorübergehend ist.⁷⁴⁰ Die Kommission spricht von einer bleibenden bzw. permanenten Preiserhöhung.⁷⁴¹ Darunter wird allgemein ein Zeitraum von ein bis zwei Jahren verstanden.⁷⁴² Liegen zu einem solchen Zeitraum Daten über das Nachfragerverhalten vor, ist den Mitgliedern der Netzwerke bereits genug Zeit gelassen worden, auf die Preiserhöhungen einerseits und Absatzrückgänge

737 *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 74 f.

738 *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293, 332 (2014).

739 *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 78.

740 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 50.

741 Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABL (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 17.

742 *Filistrucchi*, A SSNIP Test for Two-Sided Markets, 13 f.; *Kerber/Schwalbe*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU), Einl., Rn. 232; *Newman*, 94 Wash. U. L. Rev. 49, 64–65 (2016); *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for competition lawyers, 45.

andererseits zu reagieren. Die mittelbaren Rückkoppelungseffekte werden dann berücksichtigt. Es ist somit nicht erforderlich, sequentielle Preiserhöhungen zu simulieren wie *Filistrucchi et al.* oder lediglich einen Erstrecht-Schluss zuzulassen wie *Blaschczok*. Tatsächlich stellt auch *Filistrucchi* fest, dass ein Jahr vermutlich eine ausreichende Zeit ist, damit sich die meisten oder alle Rückkoppelungseffekte auswirken.⁷⁴³ Es handelt sich somit um ein Scheinproblem.

Damit ist es bei Plattformen besonders wichtig, nicht nur vorübergehende Preiserhöhungen zu betrachten. So wird die Gefahr minimiert, dass der SSNIP-Test aufgrund von Netzwerkeffekten zu einer zu weiten oder zu engen Marktangrenzung kommt.

Kehder zufolge liegt das Problem des HMT auf zweiseitigen Märkten jedoch nicht darin, dass die Rückkoppelungseffekte nicht berücksichtigt werden könnten, sondern umgekehrt darin, dass sie berücksichtigt werden. Erhöht zum Beispiel eine Werbepattform ihre Preise gegenüber ihren Nutzern, wird sie einerseits Nutzer verlieren, was sich auf dieser Plattformseite bereits auf die Profitabilität auswirkt. Außerdem sinken auch die Werbeeinnahmen auf der anderen Seite. Dadurch ist eine Preiserhöhung auf zweiseitigen Märkten mit positiven Netzwerkeffekten bereits bei niedrigen Erhöhungen schneller unprofitabel als auf einseitigen Märkten. *Kehder* stellt jedoch in Frage, ob dies für die Austauschbarkeit der Produkte aus Nutzersicht eine Rolle spielen sollte. Schließlich kann es den Nutzern gleichgültig sein, wie viele Werbeeinnahmen die Plattform generiert. Aus ihrer Sicht ändern die Werbeeinnahmen nichts daran, welche Plattform mit welcher anderen Plattform austauschbar ist. Beispielsweise sind für einen Leser, der sich über das politische Tagesgeschehen informieren möchte, stets die gleichen Tageszeitungen austauschbar, unabhängig von deren Werbeeinnahmen. Der HMT messe bei dieser Anwendungsweise nicht die Austauschbarkeit aus Sicht der Nutzer, sondern aus der Sicht der Werber. Die Austauschbarkeit aus Nutzersicht bestimme aber darüber, welcher Wettbewerbsdruck im Markt herrscht. Im Falle der Rückkoppelungseffekte sei dann fraglich, ob die unprofitablen Preiserhöhungen, die auf eine hohe Substituierbarkeit hindeuten, auch die Folgerung zulassen, dass effektiver Wettbewerb im Markt herrscht.⁷⁴⁴

Tatsächlich ist das jedoch der Fall. Das Unternehmen wird in seinem Verhaltensspielraum nicht nur dadurch eingeschränkt, zu welchen Alter-

743 *Filistrucchi*, A SSNIP Test for Two-Sided Markets, 13 f.

744 *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktangrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 79 ff.

nativen die Nutzer wechseln könnten. Es wird außerdem durch die andere Plattformseite eingeschränkt, nämlich dadurch, dass von den Nutzern indirekte Netzwerkeffekte ausgehen, die für die Werbefinanzierung der Plattform essentiell sind. Der schnelle Profitabilitätsverlust bei einer Preiserhöhung spiegelt nur die Wettbewerbsbedingungen wieder.

Kehder zufolge geht es jedoch bei der Marktabgrenzung nicht primär darum, die geltenden Wettbewerbskräfte zu ermitteln, sondern die austauschbaren Produkte zu identifizieren. Der HMT ermittle aber die Austauschbarkeit aus der Sicht der falschen Plattformseite und beziehe mit den Werbeeinnahmen Faktoren mit ein, welche die Austauschbarkeit nicht berührten. Daher sollte der HMT bei intensiven Netzwerkeffekten keine Anwendung finden.⁷⁴⁵

Das Kriterium der Austauschbarkeit ist aber lediglich ein Hilfsmittel zur korrekten Marktabgrenzung. Die Marktabgrenzung dient der Bestimmung des Vorliegens einer beherrschenden Stellung.⁷⁴⁶ Insofern soll sie den Raum bestimmen, in dem das Unternehmen Wettbewerb ausgesetzt ist.⁷⁴⁷ Diese „area of effective competition“ lässt sich jedoch angemessen mit dem HMT bei Plattformen definieren, was *Kehder* auch nicht bestreitet.⁷⁴⁸

Aus diesem Grund stellen die stärkeren Nachfrageeffekte bei Plattformen kein unüberwindbares Hindernis für den HMT dar. Diese Effekte werden im Rahmen des HMT in der üblichen, langen Zeitperiode betrachtet und können in dieser Dauer ausreichend berücksichtigt werden. Dadurch werden die Wettbewerbskräfte, welche auf die Plattformen wirken, adäquat ermittelt. In dieser Hinsicht ist eine Modifizierung des HMT mithin nicht erforderlich.

IV. Zusammenfassung zum hypothetischen Monopolistentest bei Online-Plattformen

Der hypothetische Monopolistentest begegnet bei Online-Plattformen drei Herausforderungen: der Frage, welcher Preis erhöht werden soll, wenn ein einheitlicher Markt abgegrenzt wurde (1.), der Preiserhöhung ohne Preis

745 *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 81 ff., 87.

746 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 44.

747 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17 Rn. 17.

748 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 47.

(2.) sowie der stärkeren Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten (3.).

1. Welche Plattformseite ist für den SSNIP-Test maßgeblich?

Das erste Problem entsteht, wenn die Plattformseiten zu einem einheitlichen Markt zusammengefasst werden. Werden separate Märkte entlang der Plattformseiten abgegrenzt, reicht es aus, den Preis in jedem Markt einzeln zu erhöhen und das dortige Nutzerverhalten zu beobachten. Doch welcher Preis ist zu erhöhen und welches Nutzerverhalten ist maßgeblich, wenn ein Markt mehrere Plattformseiten umfasst? Reicht es aus, wenn nur das Verhältnis der Preise zueinander – die Preisstruktur – sich ändert oder ist es erforderlich, dass das Preisniveau insgesamt steigt?

Nach der Literatur, der Rspr. und auch nach der hier vertretenen Ansicht sollte das Preisniveau insgesamt angehoben werden. Es reicht nicht aus, wenn nur die Preisstruktur sich ändert, da es in dieser Situation sein kann, dass die Preiserhöhung auf einer Seite für die Plattform insgesamt profitabel ist, wenn der Preis auf der anderen Plattformseite gesenkt wird. Optimiert die Plattform die Preisstruktur, kann die Änderung sogar die Profitabilität der Plattform insgesamt steigern. Daher müssen die Preise so geändert werden, dass sich die Nutzung der Plattform aus der Sicht beider Nutzergruppen zusammen verteuert.

Die Plattformseiten sind nach der hier vertretenen Ansicht zusammenzufassen, wenn ein reziproker Bedarf vorliegt. Dann wirken beiderseitig positive indirekte Netzwerkeffekte, die bedeuten, dass sich eine Preiserhöhung oder ein Nutzerverlust auf einer Seite immer auch auf der anderen Seite auswirken muss. Daher kommt es nicht darauf an, auf welcher Seite die Preiserhöhung im Sinne des SSNIP-Tests durchgeführt wird.

2. Preiserhöhung ohne Preis

Zweitens wird auf vielen Online-Plattformen von mindestens einer Partei kein Entgelt an die Plattform entrichtet. In diesem Fall ist der SSNIP-Test auf dieser Plattformseite in der herkömmlichen Form nicht anwendbar. Alternativ kann einerseits der Preis von null auf einen absoluten Preis, der nicht in Relation zu dem vorherigen Nullpreis steht, erhöht werden. Andererseits kann statt einer Preiserhöhung darauf abgestellt werden, wie sich die Nutzer bei einer Reduzierung der Produktqualität – einer Decrease

se in Quality – verhalten. Diese Methode wird SSNDQ-Test genannt. In beiden Fällen ist es jedoch schwierig, den richtigen absoluten Preis zu berechnen beziehungsweise die Qualitätsänderung zu beziffern. Auch der SSNIP-Test in seiner herkömmlichen Anwendung ist jedoch mit subjektiven Unsicherheiten behaftet und benötigt eine umfangreiche Datenmenge, die häufig nicht verfügbar ist.⁷⁴⁹ Insofern können die beiden Alternativen als Gedankenexperiment ähnlich wie der SSNIP-Test durchaus Anwendung finden.

3. Stärkere Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten

Das dritte Problem betrifft die Wirkung von Netzwerkeffekten nach einer Preiserhöhung. Einerseits verstärken positive indirekte Netzwerkeffekte die Wirkung einer Preiserhöhung, weil ein Nutzerverlust auf einer Plattformseite auch einen Nutzerverlust auf der anderen Plattformseite zur Folge hat. Verliert eine Handelsplattform Verkäufer, wird sie auch Käufer verlieren, und so wiederum Verkäufer, was einen Rückkoppelungseffekt darstellt. Betrachtet man die Preiseffekte nur kurzfristig, werden diese sekundären Nutzerverluste nicht berücksichtigt, sodass potentielle Alternativprodukte aus der Marktabgrenzung herausfallen und der Markt zu eng abgegrenzt wird.

Andererseits können negative Netzwerkeffekte die Wirkung einer Preiserhöhung abschwächen, indem eine Plattform aus der Sicht einer Plattformseite (A) attraktiver wird, wenn die andere Plattformseite (B), von der negative Netzwerkeffekte ausgehen, nach der Preiserhöhung einen Nutzerverlust erleidet. Dann werden sich mehr Nutzer der A-Seite der Plattform zuwenden, was die Plattform wiederum aus Sicht der B-Seite attraktiver macht, wenn von der A-Seite positive Netzwerkeffekte ausgehen. Dadurch wird der Effekt der Preiserhöhung langfristig gedämpft. Betrachtet man die Preiserhöhung aber nur kurzfristig, werden auch Produkte von der Marktabgrenzung erfasst, die auf lange Sicht nicht austauschbar sind. Daher wird tendenziell ein zu weiter Markt abgegrenzt. Das ist zum Beispiel bei Suchmaschinen der Fall, bei denen Werber zu den Nutzern gelangen, Nutzer die Werbung allerdings vermeiden wollen.

Entgegen der Literaturansicht macht diese Besonderheit jedoch keine Anpassung des SSNIP-Tests erforderlich. Die Preiserhöhung des SSNIP-

749 *Crocioni*, 4 J. Comp. L. & Econ. 449, 516 (2008).

Tests muss ohnehin *non-transitory* sein, was eine Betrachtung der Preise von ein bis zwei Jahren erfordert. Diese Spanne gewährt ausreichend Zeit, um die Wirkung der Netzwerkeffekte zu berücksichtigen. Das Problem entsteht erst, wenn man unterstellt, dass anders als üblich bloß eine kurzfristige Preiserhöhung betrachtet wird. Damit handelt es sich um ein Scheinproblem, das die Anwendung des SSNIP-Tests bei Online-Plattformen nicht infrage stellt.

D. Räumliche Marktabgrenzung bei Online-Plattformen

Die bisherige Untersuchung betraf die Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht. Daneben muss der Markt auch in räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden. Der geographisch relevante Markt ist im deutschen und europäischen Recht das „Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“⁷⁵⁰ Auch bei der räumlichen Marktabgrenzung ist auf die Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht des Verbrauchers abzustellen.⁷⁵¹ Gemäß Art. 9 Abs. 7 FKVO ist insbesondere auf die Art und die Eigenschaften der betreffenden Waren oder Dienstleistungen, das Vorhandensein von Zutrittsschranken, auf Verbrauchergewohnheiten und nennenswerte Unterschiede bei Marktanteilen und Preisen abzustellen.

I. Internetzugang, Sprachbarrieren und Transportkosten als Hauptfaktoren

Die räumliche Marktabgrenzung bei Online-Plattformen ist gegenüber der sachlichen Marktabgrenzung vergleichsweise unproblematisch. Zwar tauchen auch bei der räumlichen Marktabgrenzung in Fällen zu Online-Platt-

750 BGH, 16.01.2008, KVR 26/07, WRP 2008, 1242, Rn. 69 – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. (EG) 1997 Nr. C 372/5, Rn. 8. Siehe auch Art. 9 Abs. 7 FKVO.

751 BGH, 13.7.2004, KVR 2/03, WuW/E DE-R 1301, Rn. 10 – *Sanacorp/ANZAG; Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 65; *Kühnen*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, § 18 GWB, Rn. 51. Vgl. auch oben Kapitel 1 A.I.2.

formen regelmäßig typische Probleme erneut auf. So sind die meisten Websites weltweit abrufbar, was dafür sprechen könnte, grundsätzlich weltweite Märkte für jede Plattform abzugrenzen.⁷⁵² Außerdem sind die Preise und Vertriebswege von Land zu Land nicht unterschiedlich – aus der Perspektive des Unternehmens macht es keinen Unterschied, ob es einen Verbraucher in Asien oder in Europa erreichen möchte: mit dem Aufsetzen einer Website kann es alle Internetnutzer weltweit annähernd gleich effektiv erreichen.⁷⁵³ Trotzdem grenzen die Behörden nicht durchweg globale Märkte ab. Aus der maßgeblichen Sicht des Verbrauchers sind nämlich zum Beispiel im Versandhandel Sprachbarrieren und Versandkosten relevant, was meist zur Abgrenzung nationaler Märkte führt. Auch in anderen Märkten, in denen Internetplattformen tätig sind, spielen Sprachbarrieren die Hauptrolle.⁷⁵⁴ So wurde der Online-Werbemarkt von der Kommission nach Sprachgrenzen abgegrenzt.⁷⁵⁵ Das BKartA grenzte für Online-Dating-Plattformen und soziale Netzwerke einen bundesweiten Markt ab, weil solche sozialen Vernetzungen vor allem im Inland stattfinden.⁷⁵⁶

Die Relevanz von Sprachbarrieren und Transportkosten für die räumliche Marktabgrenzung könnte in Zukunft zumindest in der Union abnehmen. Die Europäische Kommission arbeitet im Rahmen des digitalen Binnenmarktprojekts daran, Versandkosten zwischen den Mitgliedsstaaten zu senken und eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder aufgrund des Aufenthaltsortes bei Internetplattformen zu verhindern und hat Vorschläge zu Verordnungen zu dem Thema vorgelegt.⁷⁵⁷ Dann könnte es geboten sein, unionsweite Märkte abzugrenzen.

752 *Ablenstiehl*, Marktabgrenzung in der Internetökonomie, 376; Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 253 – *Google Shopping*.

753 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 36 ff. – *Facebook/WhatsApp*.

754 *Ablenstiehl*, Marktabgrenzung in der Internetökonomie, 376 f.; Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 253, 258 – *Google Shopping*; Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 121 – *Microsoft/LinkedIn*.

755 *Microsoft/Yahoo! Search Business*; Kommission, 11.03.2008, COMP/M.4731, Rn. 82 ff. – *Google/DoubleClick*. Vgl. auch *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, 99 f. Kritisch *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10, 15.

756 BKartA, 22.10.2015, B6-57/15, WuW 2016, 32, Rn. 123 ff. – *Online-Dating-Plattformen*; BKartA, Hintergrundpapier zum Facebook-Verfahren (19.12.2017), 3. BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 344 ff. – *Facebook*.

757 Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung zu grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten, 25.5.2016, 2016/0149 (COD) sowie den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung gegen Geo-Blocking und andere Formen

Neben Sprachbarrieren ist ein weiterer Grund gegen weltweite Märkte die Tatsache, dass in vielen Regionen manche Plattformen üblicher geworden sind als andere. In Asien wird zum Beispiel als Suchmaschine Baidu oder Yandex genutzt, in Europa und den USA Google.⁷⁵⁸ WhatsApp und Facebook sind als Kommunikationsmittel ebenso vor allem in Europa und in den USA üblich, während in Asien WeChat weitverbreitet ist.⁷⁵⁹ In manchen Ländern sind bestimmte Plattformen außerdem verboten und nicht zugänglich, wie Facebook in China.⁷⁶⁰ In diesen Fällen wurde der Markt so abgegrenzt, dass er mindestens den Europäischen Wirtschaftsraum („EWR“) umfasst.⁷⁶¹

II. Abgrenzung einheitlicher räumlicher Märkte

Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn in sachlicher Hinsicht ein einheitlicher Markt abgegrenzt wurde. In diesem Fall muss der damit einhergehende reziproke Bedarf auch für die räumliche Marktabgrenzung der Anknüpfungspunkt sein. Es muss gefragt werden, in welchen räumlichen Gebieten der reziproke Bedarf erfüllt werden kann, d.h. an welchen Orten die Parteien sich regelmäßig zusammenfinden. Ein reziproker Bedarf erfordert zwingend, dass beide Nutzergruppen der Plattform an der Interaktion teilnehmen. Die Austauschbarkeit der Vermittlungsleistung darf daher nicht allein aus dem Blickwinkel einer Nutzergruppe untersucht werden, sondern muss aus Sicht beider Gruppen erfolgen.

Damit werden auch die Wettbewerbsbedingungen korrekt wiedergegeben, die sich auf beiden Seiten bei reziprokem Bedarf sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht gleichen sollten. Stehen sich die Bedarfe nach Kriterien wie Sprache und Transportkosten reziprok gegenüber, können sich die Parteien nur über Plattformen dieser bestimmten Art verbinden.

der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Aufenthaltsortes oder der Niederlassung von Verbrauchern im Binnenmarkt, 25.5.2016, 2016/0152 (COD).

758 BKartA, 08.09.2015, B6-126/14, WuW 2016, 38, Rn. 152 – *VG Media/Google*.

759 Kommission, 03.10.2014, M.7217, Rn. 36 ff. – *Facebook/WhatsApp*.

760 Vgl. F.A.Z. v. 12.8.2017, S. 14.

761 So auch in Kommission, 6.12.2016, M.8124, Rn. 85 f. – *Microsoft/LinkedIn*.

Im Übrigen ergeben sich keine spezifischen rechtlichen Probleme bei der räumlichen Marktabgrenzung von Online-Plattformen. Die Abgrenzung bleibt vor allem eine Frage des Einzelfalls und eine Tatsachenfrage.

E. Zwischenfazit zur Abgrenzung digitaler Märkte

Dieses Kapitel hat die Marktabgrenzung bei Internetplattformen beleuchtet. Zunächst wurde in Abschnitt A die Vorfrage diskutiert, unter welchen Voraussetzungen ein Markt an sich vorliegen kann. Traditionell konzentriert sich das Kartellrecht auf Märkte, in denen ein Preis in Geld gezahlt wird. Dieser Fokus wurde jedoch mittlerweile aufgegeben. Stattdessen stellt sich die Frage, wann ein „Markt ohne Geld“ vorliegt. Es wurden sechs Ansichten vorgestellt, die versuchen, diese Frage zu beantworten. Vorzugswürdig ist jedoch ein teleologischer Marktbegriff, nach der ein Markt vorliegt, sofern Wettbewerb stattfindet. Abschließend wurden in diesem Abschnitt die verschiedenen Möglichkeiten dargestellt, wie Wettbewerb vor der Marktreife berücksichtigt werden kann.

Abschnitt B widmete sich der Frage, wie sich die Mehrseitigkeit von Plattformen auf die Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept auswirkt. Das Bedarfsmarktkonzept kommt in manchen Fällen zu einer überflüssigen Doppelprüfung der verschiedenen Plattformseiten als separate Märkte. In diesen Fällen sollten die Plattformseiten zu einem einzigen Markt zusammengefasst werden. Das EuG und das BKartA haben Methoden entwickelt, um zu entscheiden, wann diese Marktzusammenfassung angezeigt ist. Während die Methode des EuG jedoch nur in Märkten mit einem Preis in Geld anwendbar ist, leidet die Plattformlehre des BKartA an anderen Problemen. Daher wurde ein alternatives Konzept vorgeschlagen. Danach sind einheitliche Märkte abzugrenzen, wenn der Bedarf der Parteien auf den jeweiligen Plattformseiten reziprok zueinander steht. Insofern sollte das Bedarfsmarktkonzept konkretisiert werden.

Ein weiteres Konzept zur Marktabgrenzung stellt der Hypothetical Monopolist Test dar (C.). Hierbei wird eine Preiserhöhung simuliert, um anhand der Verbraucherreaktion einen Rückschluss auf die Substituierbarkeit der Produkte zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang wurden drei Fragen beantwortet. Erstens wurde gezeigt, auf welcher Plattformseite der Preis erhöht werden sollte, wenn ein einheitlicher Markt abgegrenzt wurde. Zweitens wurde diskutiert, wie der SSNIP-Test, der eine Erhöhung des Preises simuliert, auf unentgeltlichen Märkten anzuwenden ist. Entweder kann ein absoluter Preis anhand von Vergleichswerten errechnet werden

oder es kann statt auf eine Preiserhöhung auf eine Qualitätsminderung abgestellt werden. Diese Methode nennt sich SSNDQ-Test – statt eines Increase in Price wird hier ein Decrease in Quality simuliert. Dieser Test kann vor allem als Gedankenexperiment nützlich sein. Drittens und letztens erfordert der stärkere Nachfrageeffekt einer Preiserhöhung aufgrund der Netzwerkeffekte entgegen der Literaturmeinung keine Änderung des SSNIP-Tests, da die Nachfrage ohnehin über einen hinreichend langen Zeitraum beobachtet wird.

Der letzte Abschnitt (D.) beschäftigt sich mit der räumlichen Marktabgrenzung. Im Vergleich zur sachlichen Marktabgrenzung stellen sich hier weniger Probleme. Anzumerken ist, dass der reziproke Bedarf bei einer sachlich einheitlichen Marktabgrenzung den Anknüpfungspunkt für die räumliche Marktabgrenzung darstellen sollte.

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 zustünde.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 *Körber*, 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 Dienstnutzer durch Vermarktung von deren Aufmerksamkeit und Nutzungsdaten in Form der zielgerichteten Werbung an Werbetreibende ersetzen. Das Ausmaß der Datenverarbeitung sei dabei als 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 Schnelllebigkeit 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 Wechsellaufwand 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), OLG 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 verkehrüblichen 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 Fernsehprogrammorschauen beherrschen.⁹⁸⁰ Zweitens lässt sich die Aussage so verstehen, dass die drei Sender jeweils drei getrennte Märkte beherrschen, nämlich die Märkte für ihre eigenen Programmorschauen. 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 Marktangrenzung 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 Programmansichten eine beherrschende Stellung einnahmen.⁹⁸² Die Abgrenzung dieses eigenen Produktmarktes bestätigte es in einem späteren Urteil.⁹⁸³

Auch die Kommission grenzte Märkte für die Programmansichten 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 Programmisten 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 verschwimmt 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 Wärmeerzeuger 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 zugeordnet 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 vorschnellen 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 sachlichsten 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 einem 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 Zirkelchluss 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 Zirkelchluss 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 Zirkelchluss 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/Grabenschroëer*, 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 denwerbenden 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 Ausbeutungsmisbrauchs 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-verkaeufer#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 geupdated. 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 Kban, 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/Paddilla*, *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 darstellten 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.

Kapitel 5: Fazit

Dieses Fazit fasst zunächst die bisherigen Ergebnisse der Arbeit zusammen (A.). Vor diesem Hintergrund wird in drei Schritten die eingangs formulierte Forschungsfrage beantwortet, ob im Bereich der digitalen Markt-machtbestimmung ein gesetzgeberisches Tätigwerden erforderlich ist. Im ersten Schritt wird aus rechtsvergleichender Perspektive untersucht, ob die Vergleichsordnungen Erkenntnisse für eine Reform bereithalten (B.). Zweitens werden die bereits gegangenen Schritte des Gesetzgebers in der 9. GWB-Novelle analysiert (B.). Aus dem Vorstehenden werden drittens rechtspolitische Implikationen abgeleitet (D.). Das Fazit schließt mit einem Ausblick auf die zukünftige Entwicklung des Wirtschaftssektors aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive (E.)

A. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zu Beginn der Untersuchung war die Vorfrage zu beantworten, wann eine Internetplattform vorliegt. Eine Plattform zeichnet sich dadurch aus, dass sie mehrere Nutzergruppen zusammen bringt, die durch Netzwerkeffekte verbunden sind. Netzwerkeffekte liegen vor, wenn eine Plattform aus Sicht einer Nutzergruppe wertvoller wird, wenn besonders viele andere Nutzer ebenfalls die Plattform nutzen. Zwischen diesen Gruppen vermitteln Plattformen eine Interaktion.

Daraufhin ging die Untersuchung dazu über – orientiert an dem Schema der Marktmachtprüfung – zunächst die Probleme der Marktabgrenzung und im zweiten Teil die Probleme der Marktmachtbestimmung bei Internetplattformen zu diskutieren.

I. Marktabgrenzung

Der erste Teil der Untersuchung beschäftigte sich mit der Marktabgrenzung bei Internetplattformen. Hier ergaben sich vier zentrale Problemkomplexe.

1. Was ist ein Markt?

Zuerst wurde die Vorfrage diskutiert, wann bei Internetplattformen vom Vorliegen eines Marktes im Sinne des Kartellrechts die Rede sein kann. Traditionell ist das Kartellrecht davon geprägt, Marktbeziehungen zu untersuchen, in denen ein Preis gezahlt wird. Dies hat unter anderem seinen Ursprung in der Monopoltheorie, nach der Monopole aufgrund der Fähigkeit des Monopolisten, Preise zu erhöhen, als schädlich für die Gesamtwohlfahrt betrachtet werden. Die Rspr. in Deutschland und den USA hat dementsprechend das Vorliegen eines Marktes aus dem Grund abgelehnt, dass kein Preis gezahlt wurde. Internetplattformen fordern jedoch häufig keinen Preis in Geld für ihre Leistung und finanzieren sich zum Beispiel durch Werbung.

Mittlerweile hat sich die Ansicht der Rspr. und in Deutschland seit der 9. GWB-Novelle auch die Ansicht des Gesetzgebers insofern geändert, als dass die Unentgeltlichkeit einer Austauschbeziehung dem Vorliegen eines Marktes nicht entgegensteht. Daher sollte der Fokus der Diskussion auf die Frage gelenkt werden, welche Anforderungen einen Markt von beliebigen und alltäglichen sozialen Interaktionen unterscheiden. Literatur und Rspr. vertreten hier verschiedene Ansichten. Das BKartA hat in einem Verfahren angedeutet, dass ein Markt nur vorliegen könne, wenn zwei Willenserklärungen gegeben sind und zudem nicht auf ein Allgemeingut zugegriffen wird. Eine Literaturansicht fordert auf Märkten, auf denen kein Preis gezahlt wird, eine andere Form der Gegenleistung, die zum Beispiel in Daten oder Werbeaufmerksamkeit bestehen könnte. Eine weitere Literaturansicht vertritt einen sogenannten offenen Marktbegriff. Zahlreiche Vertreter halten darüber hinaus das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit für erforderlich. Der BGH fordert letztlich, dass die Abnehmer eines Produkts eine autonome Auswahlentscheidung in einer Wettbewerbssituation treffen. Die erstgenannten Ansichten sind jedoch abzulehnen und dem BGH ist teilweise zu folgen. Der Marktbegriff sollte sich am Sinn und Zweck des GWB orientieren. Ein Markt sollte vorliegen, wenn Personen um ein bestimmtes Gut im Wettbewerb stehen. Dieser teleologische Marktbegriff ist weit genug, um alle für das GWB relevanten Fälle zu erfassen und gleichzeitig nicht zu weit, als dass er konturenlos auch beliebige soziale Austauschbeziehungen umfassen würde.

Wettbewerb kann bereits im Vorfeld von Produktmärkten ablaufen. Dann werden noch keine Produkte ausgetauscht, weil sich diese noch im Entwicklungsstadium befinden können. Dieser Innovationswettbewerb vor der Marktreife ist in der dynamischen Internetbranche von besonderer

Bedeutung. Die Kartellbehörden verwenden für diese Form des Wettbewerbs verschiedene Konzepte, wie das Modell der Innovationsräume, der zukünftigen Märkte und der Forschungs- und Entwicklungsmärkte.

2. Das Bedarfsmarktkonzept bei mehrseitigen Märkten

Steht fest, dass ein Markt vorliegt, ergibt sich bei Internetplattformen ein zweiter Problemkomplex in der Marktabgrenzung. Internetplattformen bedienen mehrere Nutzergruppen gleichzeitig, deren Nachfrage sich voneinander unterscheidet. Das gängige Prinzip der Marktabgrenzung, das Bedarfsmarktkonzept, stellt auf die funktionale Austauschbarkeit der Produkte aus Verbrauchersicht ab. Danach muss bei einer unterschiedlichen Nachfrage ein separater Markt abgegrenzt werden, sodass für jede Plattformseite ein eigener Markt abgegrenzt wird. Dieses Ergebnis ist jedoch unbefriedigend, wenn die Wettbewerbsbedingungen auf den Plattformseiten homogen sind und die Plattformseiten getrennt untersucht werden müssen, obwohl hieraus kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn erwachsen kann. Dadurch vervielfacht sich der Prüfungsaufwand für die unterschiedlichen Märkte unnötig. In diesen Fällen ist es sinnvoll, mehrere Plattformseiten zu einem einheitlichen Markt zusammenzufassen. Das wirft die Frage auf, anhand welcher Kriterien die Teilmärkte zu einem einheitlichen Markt verbunden werden sollten.

Das EuG hat in seiner CEHR-Entscheidung eine Regel gefunden, nach der verschiedene Märkte zu einem Systemmarkt zusammengefasst werden können. Wirkt sich eine Preiserhöhung in einem Markt durch einen Kundenverlust auf einem anderen Markt aus, sollen die Märkte zusammengehören. Auch das BKartA hat eine eigene Methode entwickelt. Bei sogenannten Matching-Plattformen sollen die Plattformseiten zusammengefasst werden, während bei Werbeplattformen separate Märkte abgegrenzt werden.

Die Methode des EuG ist jedoch lediglich auf – bei Internetplattformen seltenen – Märkten anwendbar, in denen ein Preis in Geld bezahlt wird. Auch die Methode des BKartA hat Schwächen. So ist die Abgrenzung zwischen Werbe- und Matching-Plattform in bedeutenden Fällen unklar. Außerdem macht das Amt für Plattformen, die als Vertreter auftreten, eine ungerechtfertigte Ausnahme von der Marktzusammenfassung.

Daher wurde hier ein Alternativvorschlag unterbreitet. Statt verschiedene Plattfortmtypen voneinander zu unterscheiden, soll grundsätzlich das Bedarfsmarktkonzept angewendet werden. Ein einheitlicher Markt wird

ausnahmsweise abgegrenzt, wenn die Bedarfe der Plattformseiten reziprok zueinander stehen. Das ist der Fall, wenn es der einen Seite darum geht, mit der anderen in Kontakt zu treten. Außerdem wird ein einheitlicher Markt nur abgegrenzt, wenn die andere Partei unverzichtbar ist, um den jeweiligen Bedarf zu befriedigen. Es kommt somit auf die Reziprozität des Bedarfs sowie auf die Unverzichtbarkeit der Nutzergruppen füreinander an. Diese Methode fügt sich besser in das bestehende Bedarfsmarktkonzept ein und schafft rechtliche Klarheit. Die Herangehensweise stellt ein „konkretisiertes Bedarfsmarktkonzept“ dar. Außerdem orientiert es sich an den tatsächlich wirkenden Wettbewerbskräften und dem Sinn und Zweck der Zusammenlegung der Märkte. Denn die Wettbewerbsbedingungen werden auf den Plattformseiten homogen sein, wenn der Bedarf reziprok ist, sodass eine Zusammenfassung der Märkte gerechtfertigt ist.

3. Der Hypothetical Monopolist Test bei mehrseitigen Märkten

Im dritten Abschnitt zur Marktabgrenzung wurde die neben dem Bedarfsmarktkonzept zweite Methode zur Marktabgrenzung, der Hypothetical Monopolist Test, auf ihre Anwendbarkeit in der digitalen Wirtschaft hin untersucht. Bei dieser Methode wird simuliert, wie die Abnehmer eines Produktes auf eine kleine, aber erhebliche und dauerhafte Preiserhöhung eines hypothetischen Monopolisten reagieren. Daher wird diese Herangehensweise auch SSNIP-Test – small but significant and non-transitory increase in price – genannt. Wechseln die Abnehmer aufgrund dieser Preiserhöhung zu einem Produkt eines anderen Anbieters, ist dieses Produkt dem relevanten Markt hinzuzufügen.

Bei Internetplattformen steht dieser Test vor drei Herausforderungen:

Zunächst muss entschieden werden, auf welcher der Plattformseiten der Preis erhöht werden soll, wenn ein einheitlicher Markt mehrere Seiten umfasst. Entweder wird die Preisstruktur geändert, d.h. das Verhältnis der Preise auf den Plattformseiten zueinander, oder das Preisniveau, d.h. die Gesamtsumme der verschiedenen Preise. Die zu befürwortende h. M. stellt auf das Preisniveau ab. Dabei kommt es bei einer einheitlichen Marktabgrenzung nicht darauf an, ob sich die Änderung des Preisniveaus auf allen Plattformseiten auswirken muss oder nur auf einer bestimmten Seite. Denn eine einheitliche Marktabgrenzung ist nur geboten, wenn der Bedarf der Plattformseiten reziprok ist. Dann wirken indirekte Netzwerkeffekte und eine Preiserhöhung auf einer Seite wird sich auch auf die anderen Sei-

ten auswirken. Daher kommt es nicht darauf an, auf welcher Seite der Preis erhöht wird.

Zweitens wird auf vielen Märkten kein Preis in Geld bezahlt. Eine Preiserhöhung um die beim SSNIP-Test üblichen 5-10% läuft ins Leere, da der Preis nach wie vor null beträgt. Als Alternative bietet es sich an, entweder den Preis nicht in Relation zum Anfangspreis, sondern absolut um einen bestimmten Betrag zu erhöhen. Außerdem ist es denkbar, als Gedankenexperiment zu erwägen, wie sich die Nachfrage ändern würde, wenn die Qualität des Produkts abnähme. Dieser Test wird SSNDQ-Test – small but significant and non-transitory decrease in quality – genannt.

Die dritte und letzte Herausforderung für den SSNIP-Test ergibt sich daraus, dass bei Internetplattformen Netzwerkeffekte wirken. Das führt dazu, dass bei einer Preiserhöhung Kunden auf einer Plattformseite verloren gehen, was die Plattform für Kunden der anderen Plattformseite unattraktiver macht, sodass auch hier Kunden wechseln. Dieser Rückkoppelungseffekt bedeutet, dass sich eine Preiserhöhung auf die Nachfrage deutlich stärker auswirkt als bei einseitigen Märkten. Dies wird in der Literatur teilweise als Problem begriffen, weil der SSNIP-Test nur kurzfristige Nachfragerreaktionen erfasse. Tatsächlich aber wird im Rahmen des Tests die Nachfrage über mehrere Jahre beobachtet. Außerdem muss die Preiserhöhung dauerhaft aufrechterhalten worden sein. Daher sollten die stärkeren Nachfrageeffekte bei Plattformen den SSNIP-Test nicht vor unüberwindbare Probleme stellen.

4. Die räumliche Marktabgrenzung bei Internetplattformen

Diese Probleme betrafen sämtlich die sachliche Marktabgrenzung. Die Marktabgrenzung in räumlicher Hinsicht ist weniger problematisch. Wie auch in der analogen Wirtschaft sind vor allem Sprachbarrieren und Transportkosten zu berücksichtigen. Bei einer in sachlicher Hinsicht einheitlichen Marktabgrenzung sollte dabei der reziproke Bedarf den Anknüpfungspunkt für die räumliche Marktabgrenzung liefern.

Insgesamt sind die Herausforderungen für das Kartellrecht bei Internetplattformen in der Marktabgrenzung mit einer Verfeinerung der Methodik zu bewältigen. Im Marktbegriff ist ein teleologisches Verständnis vorzugswürdig. Das Bedarfsmarktkonzept sollte um den Reziprozitätsbegriff erweitert und so konkretisiert werden. Schließlich sollte auch der Hypothetical Monopolist Test für Internetplattformen angepasst werden.

II. Marktmachtbestimmung

Der zweite Hauptteil – Kapitel 4 – erörtert die Bestimmung von Marktmacht innerhalb des abgegrenzten Marktes. Zunächst wird grundlegend definiert, in welchen Formen sich Marktmacht bei Internetplattformen ausdrücken kann. Danach werden die ökonomischen Besonderheiten der Internetbranche genauer beleuchtet. Im dritten Abschnitt wird gezeigt, inwiefern sich diese Besonderheiten auf die praktische Nachweisbarkeit von Plattformmacht auswirken.

1. Definition digitaler Marktmacht

Üblicherweise wird Marktmacht als die Fähigkeit eines Unternehmens definiert, unabhängig von Abnehmern, Lieferanten und Wettbewerbern die Preise festzusetzen. Dies gilt auch für Internetplattformen. Diese Definition ist jedoch nicht anwendbar, wenn kein Preis in Geld gezahlt wird. Dann stellen die Kartellbehörden und Gerichte stattdessen darauf ab, ob ein Unternehmen die Qualität seiner Produkte unabhängig von den anderen Marktteilnehmern bestimmen kann. Neben der Preisbestimmungsmacht ist daher Marktmacht auch in Form der Qualitätsbestimmungsmacht denkbar.

2. Ökonomie digitaler Marktmacht

Im nächsten Abschnitt wurden die ökonomischen Merkmale von Internetplattformen untersucht, um die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen die obige Definition erfüllt ist. Plattformen können Marktmacht unter anderem durch marktinterne und marktexterne Netzwerkeffekte generieren. Zu den marktinternen Netzwerkeffekten zählen direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die sich in demselben Markt auswirken, in dem sie ihren Ursprung haben. Im Markt für Internetauktionen kann eine Plattform beispielsweise Marktmacht begründen, wenn sie besonders viele Käufer und Verkäufer versammelt hat. Auch Datenbestände können sich ähnlich wie Netzwerkeffekte auswirken und Marktmacht begründen. Daten wirken sich jedoch nicht in erster Linie auf den Nutzermärkten, auf denen sie erhoben werden, marktmachtbegründend aus, sondern auf anderen Märkten. Daher handelt es sich um marktexterne Netzwerkeffekte. Erhebt und verarbeitet ein Unternehmen Daten in großem Umfang, kann

ihm dies einen Wettbewerbsvorteil in den Märkten verschaffen, in denen Daten verarbeitet werden, zum Beispiel in dem Markt für Internetwerbung. Die Rspr. berücksichtigt dies als Markteintrittsbarriere in den abgeleiteten Verarbeitungsmärkten, wobei bislang nicht spezifiziert wurde, wie die Eintrittsbarrieren quantifiziert werden können und wann die Größe der Datenbestände eine kritische Schwelle erreicht. Die Quantifizierung könnte anhand der Marktanteile im Datenverarbeitungsmarkt vorgenommen werden. Meist lässt sich aus der Höhe des Marktanteils in dem abgeleiteten Verarbeitungsmarkt schließen, wie groß und relevant der Datenbestand ist.

Die Tatsache, dass marktexterne Netzwerkeffekte sich in Märkten auswirken, die sich von ihren Ursprungsmärkten unterscheiden, führt dazu, dass bei der Untersuchung die Märkte verwechselt oder vermischt werden können. In einigen Missbrauchsverfahren ist unklar geblieben, auf welchem Markt eine marktbeherrschende Stellung vorlag und auf welchem Markt diese Stellung missbraucht wurde. In *Google Shopping* und *VG Media/Google* waren die Betroffenen des missbräuchlichen Verhaltens beispielsweise die Inhalteanbieter der Suchmaschine. Die Behörden prüften jedoch eine beherrschende Stellung auf dem Nutzermarkt, nicht auf dem Markt für die Verbreitung von Internetinhalten. Grundsätzlich müssen aber der beherrschte und der Missbrauchsmarkt identisch sein. Fallen diese Märkte auseinander, spricht man von Marktdivergenz. In diesen Fällen fordern die deutsche und europäische Rspr. besondere Voraussetzungen, damit ein Missbrauch vorliegt. Im Unionsrecht ist eine enge Verbindung zwischen den beiden Märkten erforderlich und im deutschen Recht Kausalität zwischen Marktmacht und dem missbräuchlichen Verhalten. Diese Voraussetzungen wurden jedoch in den Verfahren nicht geprüft.

Bei einer echten Marktdivergenz wird sich jedoch vermuten lassen, dass die zusätzlichen Voraussetzungen vorliegen, da bei einer Plattform die verschiedenen Märkte durch Netzwerkeffekte verbunden sind. In vielen Fällen wird jedoch keine echte Marktdivergenz vorliegen, wenn das Verhalten aus einer anderen Perspektive betrachtet wird. So lässt sich ein Verhalten gegenüber einer Nutzergruppe gleichzeitig als Verhalten gegenüber einer anderen Nutzergruppe auffassen, wenn diese dadurch ebenfalls betroffen ist. Ein missbräuchliches Verhalten einer Suchmaschine gegenüber den Inhalteanbietern wirkt sich beispielsweise ebenfalls auf die Suchnutzer aus, da diese andere Suchergebnisse erhalten. Dann sind der beherrschte und der Missbrauchsmarkt identisch und die zusätzlichen Voraussetzungen der Marktdivergenz nicht erforderlich. Ein weiterer Fall unechter Marktdivergenz liegt vor, wenn sich die starke Stellung auf einer Platt-

formseite auf die andere Plattformseite als marktexterner Netzwerkeffekt auswirkt. Dadurch kann auf der anderen Plattformseite ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung vorliegen, sodass der Missbrauch auf einem beherrschten Markt stattfindet. In diesen Fällen müssen die zusätzlichen Voraussetzungen der Rspr. nicht erfüllt werden.

Die letzte Situation, in der marktexterne Netzwerkeffekte relevant werden, ist die des competitive bottlenecks. Hierbei befinden sich auf der einen Plattformseite hauptsächlich Nutzer, die lediglich eine Plattform nutzen (single-homing), während auf der anderen Plattformseite die Nutzer mehrere Plattformen in Anspruch nehmen (multi-homing). Das bringt die Plattform in die Position, den multi-homern den exklusiven Zugang zu ihren single-homern vermitteln zu können und verschafft ihr gegenüber den multi-homern Marktmacht. Gleichzeitig muss es ihr aber darum gehen, möglichst viele single-homer zu werben, sodass auf dieser Seite der Wettbewerbsdruck hoch und das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung unwahrscheinlich ist.

Diese Rechtsfigur ist für Plattformen an vielen Stellen relevant. In der Marktabgrenzung bedeuten die heterogenen Wettbewerbsbedingungen auf den jeweiligen Plattformseiten, dass ein einheitlicher Markt nicht abgegrenzt werden darf, auch wenn der Bedarf reziprok ist. Jeder Markt muss separat untersucht werden. Außerdem stellt sich die Frage, wie diese Situation rechtlich in der Marktmachtbestimmung berücksichtigt werden sollte.

Einerseits ist es denkbar, die starke Position der single-homer als Nachfragemacht zu qualifizieren. Der einzelne single-homer ist jedoch für die Plattform von geringer Bedeutung; erst eine große Gruppe von Nutzer ist wertvoll. Daher ist lediglich eine kollektive Nachfragemacht anzudenken, die jedoch bei den single-homern, die üblicherweise nicht durch eine wirtschaftliche Beziehung miteinander verbunden sind, fehlt. Andererseits könnte die starke Stellung der Plattform gegenüber den multi-homern einen Fall der Nachfragemacht darstellen, weil sie die Nachfrage der single-homer vermittelt. Die Plattform ist jedoch strukturell auf beiden Plattformseiten als Anbieter der eigenen Vermittlungsleistung und nicht als Nachfrager einzuordnen.

Weiterhin ließe sich das competitive bottleneck als essential facility begreifen. Diese Rechtsfigur beschreibt eine Einrichtung, die unverzichtbar ist, um auf einem anderen Markt ein Produkt zu entwickeln oder zu verkaufen. Das können zum Beispiel Rohstoffe, Patente oder Infrastruktureinrichtungen sein. Die Verweigerung des Zugangs zu diesen Einrichtungen kann einen Missbrauch gemäß Art. 102 AEUV, § 19 GWB darstellen. Da-

mit erfasst die essential facility jedoch keine besondere Marktmachtsituation, sondern ein bestimmtes missbräuchliches Verhalten. Verweigert ein competitive bottleneck den Zugang zu seinem Angebot, kann darin durchaus ein Missbrauch zu sehen sein. Jedoch muss dafür eigenständig das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nachgewiesen werden. Diese Frage wird von der essential facility doctrine jedoch nicht beantwortet.

Da auf der multi-homing-Seite mehrere Anbieter auch mit niedrigen Marktanteilen bereits erhebliche Marktmacht ausüben können, stellt sich die Anschlussfrage, ob ein einziger Markt von mehreren Unternehmen beherrscht werden könnte. Das deutsche Recht ermöglicht dies in Form der relativen Marktmacht. Im Unionsrecht fehlt diese Figur. Der BGH vertrat in *Reisestellenkarten*, dass im Rahmen des Art. 102 AEUV eine parallele Einzelmarktbeherrschung mehrerer Unternehmen möglich sei. Eine solche Konzeption ist zwar mit der Definition der beherrschenden Stellung des EuGH vereinbar, wird jedoch durch eine korrekte Marktabgrenzung *de facto* unmöglich gemacht. In der europäischen Rspr. ist erkennbar, dass vergleichbare wettbewerbliche Situationen anders gelöst werden: die Gerichte grenzen enge Märkte ab, in dem jedes Unternehmen separat seinen Markt beherrscht.

Aus diesem Grund ist es auch nicht angezeigt, eine Vermutungsregelung *de lege ferenda* zugunsten des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung für bottlenecks einzuführen. Bereits die Anwendung der herkömmlichen Konzepte sollte in Fällen echter bottlenecks zu einer engen Marktabgrenzung und damit zu einem hohen Marktanteil – ggfs. von 100% - kommen. Dann wird bereits die Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB ausgelöst und auch unabhängig davon wird der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung bei solchen Marktanteilen ohne ernste Schwierigkeiten möglich sein.

Eng verwandt mit dem Konzept der competitive bottlenecks ist das Konzept der „Aftermarkets“. Hierbei wird auf einem Primärmarkt ein bestimmtes Produkt erworben, für das auf einem Sekundärmarkt (Aftermarket) Zubehör erworben werden kann, wie beispielsweise Druckerpatronen für Drucker. Der EuGH entschied in *EFIM*, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Wettbewerbsdruck auf dem Primärmarkt so hoch ist, dass eine marktbeherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt ausgeschlossen ist. Diese Rspr. ist auch auf Internetplattformen übertragbar, bei denen häufig Primär- und Sekundärmarkt durch Netzwerkeffekte eng verbunden sind.

Neben marktinternen und marktexternen Netzwerkeffekten besteht in der Form der konglomeraten Effekte eine dritte Möglichkeit, mithilfe de-

rer Internetplattformen typischerweise Marktmacht generieren. Konglomerate sind in der Lage, sich mittels Kopplungen, Kampfpreisen und Verbundeffekten Vorteile zu verschaffen und eine marktübergreifende Machtposition aufzubauen. Diese Form der Marktmacht muss insbesondere bei Internetplattformen beachtet werden, da sich hier in Gestalt der „GAFAs“ – Google, Amazon, Facebook und Apple – Konglomerate herausgebildet haben. Das GWB bietet mit § 18 Abs. 3 Nr. 2 und 4 sowie Abs. 3a Nr. 4 GWB einen hinreichenden Rahmen zur Berücksichtigung dieser Marktmachtform.

Während bisher beleuchtet wurde, wie Plattformen Marktmacht begründen können und wie damit rechtlich umzugehen ist, erörterte der zweite Teil der ökonomischen Betrachtung von Plattformen, wie diese ihre Marktmacht verlieren können. Hier ist eine Fülle von Faktoren zu berücksichtigen. So wirken sich Reverse Network Effects, der abnehmende Grenznutzen zusätzlicher Nutzer, multi-homing, Qualitätsfaktoren neben den Netzwerkeffekten, eine hohe Transparenz und Produktdifferenzierung sowie Randsubstitution negativ auf die Fähigkeit der Unternehmen zu unabhängigem Verhalten aus. Randsubstitution liegt vor, wenn ein Produkt mit zahlreichen Produkten konkurriert, die nicht vollständig austauschbar sind und daher nicht zu dem relevanten Markt gehören, jedoch trotzdem erheblichen Wettbewerbsdruck ausüben, weil sie dem Produkt ähnlich sind. Dieses bei Internetplattformen besonders häufige Phänomen ist bislang in der Diskussion nicht präsent. Daher wurde hier grundlegend erörtert, ab wann ein Produkt die Substitutionsgrenze zur Marktgleichwertigkeit überschreitet und wann die Randsubstitution für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausschlaggebend sein kann.

Letztlich kann die Marktmacht von Internetplattformen auch dadurch eingeschränkt werden, dass diese im Bewusstsein der Schnelllebigkeit des Wirtschaftssektors stets befürchten müssen, von neuen Marktteilnehmern verdrängt zu werden. Dies wird von der Rspr. als potentieller Wettbewerb berücksichtigt. Ausschlaggebend für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung war dieses Argument jedoch bislang nur in der Fusionskontrolle. In der Missbrauchsaufsicht wurde auch bei hohem potentiellem Wettbewerb Marktmacht bejaht. Gute Gründe sprechen dafür, auch in der Missbrauchsaufsicht dem potentiellen Wettbewerb mehr Gewicht beizumessen. Schließlich besteht in dynamischen Sektoren die berechtigte Aussicht, dass ein Marktmachtmissbrauch zeitnah durch den potentiellen Wettbewerb korrigiert wird. Wird ein solches, langfristig unschädliches Verhalten aber von den Kartellbehörden bebußt, verbleibt dieser Schaden unwiderbringlich beim betroffenen Unternehmen. Die in den USA gängi-

ge „decision theory“ rät daher grundsätzlich von einer behördlichen Intervention in Kartellsachen ab. Dies betrifft jedoch nicht die Frage, ob Marktmacht vorliegt, sondern ob das Verhalten missbräuchlich ist und dauerhaft den Wettbewerb schädigen kann. Außerdem richtet die Fusionskontrolle den Blick prognostisch in die Zukunft, während die Missbrauchsaufsicht vergangenes Verhalten beurteilt. Daher führt die Dynamik der Internetbranche zu Recht in der Missbrauchsaufsicht seltener als in der Fusionskontrolle dazu, dass eine marktbeherrschende Stellung fehlt.

3. Nachweis digitaler Marktmacht

Nachdem die ökonomischen Zusammenhänge der Marktmacht bei Internetplattformen betrachtet wurden, stellt sich die Frage, welche Indikatoren in der Praxis nützlich sein können, um Marktmacht nachzuweisen. Der Marktanteil ist der im Kartellrecht übliche Indikator und könnte auch hier Verwendung finden.

In der klassischen Wettbewerbstheorie besteht ein Zusammenhang zwischen Marktmacht und dem Marktanteil, weil ein hoher Marktanteil bedeutet, dass ein Unternehmen einen großen Anteil der Produktionskapazitäten kontrolliert. Erhöht es die Preise oder beschränkt es die Produktion, wird es den übrigen Anbietern schwerfallen, zeitnah darauf zu reagieren, weil ihre eigenen Produktionskapazitäten begrenzt sind. Insofern ist es plausibel, von einem hohen Marktanteil auf Marktmacht zu schließen. Diese Logik überzeugt jedoch nur in einem Fall der analogen Industrie- oder Dienstleistungsbranche, in dem es auf diese Kapazitäten tatsächlich ankommt. Bei Internetplattformen ist das nicht der Fall. Hier stehen häufig auch Anbietern mit kleinen Marktanteilen sehr große Produktionskapazitäten zur Verfügung. So kann ein soziales Netzwerk mit nur geringen Kosten neue Mitglieder aufnehmen. Eine Suchmaschine kann ebenso ohne erheblichen Aufwand neue Suchanfragen beantworten. Plattformen können im Internet schneller als in der analogen Wirtschaft darauf reagieren, was ihre Wettbewerber tun. Hohe Kapazitätsanteile lassen daher keinen Schluss auf das Vorliegen von Marktmacht zu.

Dieser fundamentale Unterschied zwischen der digitalen und der analogen Wirtschaft ist bisher in der Rspr. gänzlich unberücksichtigt geblieben und wurde in der Literatur lediglich ebenfalls von *Patterson* beschrieben.¹⁶²¹ Es gibt bisher jedoch auch von *Patterson* keine Ansätze zu der Fra-

1621 *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 63 ff.

ge, wie die Lücke, die dieser Unterschied in der Marktmachtbestimmung hinterlässt, geschlossen werden soll. Es stellt sich die Frage, ob Marktanteile bei Internetplattformen weiterhin ein taugliches Marktmachtindiz sein können oder ob eine vollständig andere Herangehensweise an die Marktmachtbestimmung erforderlich ist.

Zur Beantwortung dieser Frage ist auf die weiter oben geschilderten ökonomischen Zusammenhänge der Generierung von Marktmacht zurückzugreifen. Internetplattformen begründen ihre Marktmacht nicht durch Produktionskapazitäten, sondern durch Netzwerkeffekte. Daher ist ein Perspektivwechsel in der Marktmachtbestimmung von Internetplattformen erforderlich. Die Marktmachtbestimmung sollte sich bei Internetplattformen nicht an der Messung von Kapazitätsanteilen, sondern von Netzwerkeffekten orientieren.

Dazu kann einerseits auf den CEAHR-Test des EuG zurückgegriffen werden, der bereits in der Marktabgrenzung Verwendung findet. Wechseln nach einer Preiserhöhung zahlreiche Nutzer einer Plattform den Anbieter, lässt sich daraus schließen, dass die von der Plattform ausgehenden Netzwerkeffekte nur in geringem Ausmaß wirken.

Andererseits kann die Intensität von Netzwerkeffekten auch anhand von Marktanteilen gemessen werden. Netzwerkeffekte wirken stärker, je mehr Kunden eine Plattform nutzen. Von einer Plattform mit hohen Nutzeranteilen werden daher auch starke Netzwerkeffekte ausgehen. Bei der Berechnung der Nutzeranteile sind einige Umstände zu berücksichtigen. Nicht nur der Nutzeranteil, auch die Aktivität der Nutzer und der Umsatzanteil können eine Rolle spielen. Insofern kann die Marktmachtbestimmung bei Internetplattformen wie bei analogen Branchen verlaufen.

Der Marktanteil, ab dem eine marktbeherrschende Stellung regelmäßig vorliegt, kann bei Internetplattformen jedoch höher oder niedriger als in der analogen Wirtschaft sein. Der Anteil von 40% bzw. 50-70%, der von § 18 Abs. 4 GWB bzw. von der europäischen Rspr. gefordert wird, kann zwar auf das Vorliegen von Marktmacht hindeuten, wenn dadurch ein Großteil der Produktionskapazitäten kontrolliert wird. Bei Netzwerkeffekten muss jedoch eine grundlegend andere Perspektive eingenommen werden. Hier kommt es für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung meines Erachtens darauf an, ob im Markt der „tipping-point“ erreicht ist, ab dem derart viele Kunden nur noch eine Plattform nutzen und die Netzwerkeffekte so stark wirken, dass der Markt zugunsten dieses Anbieters kippt. Erst dann beherrscht die Plattform diesen Markt. Davor wird es allen Anbietern darum gehen, das tipping für sich zu entscheiden – bis dahin herrscht effektiver Wettbewerb. Hierin besteht ein gewichtiger Un-

terschied zu der Marktanteilsschwellenvermutung bei Unternehmen analoger Wirtschaftssektoren. Auch dieser Unterschied findet in der Praxis derzeit keine Berücksichtigung.

Gleichwohl hat der Marktanteil als Indikator auch Schwächen. Der Marktanteil ist nur aussagekräftig, wenn der Markt korrekt abgegrenzt wurde. Die Marktabgrenzung hängt wiederum von der Austauschbarkeit der Produkte ab, was ein subjektiver Maßstab ist und von Person zu Person unterschiedlich beantwortet werden kann. Das Vorliegen von Marktmacht wird häufig bereits in der Marktabgrenzung entschieden: eine enge Marktabgrenzung führt zu hohen Marktanteilen und tendenziell eher dem Vorliegen von Marktmacht, eine weite Marktabgrenzung führt zu dem Gegenteil. Eine fehlerhafte Marktabgrenzung schlägt sich daher auf die weitere Prüfung durch. Außerdem sind die Marktanteile bei Internetplattformen in einigen Fällen nicht aussagekräftig, z.B. wenn ein Zusammenschluss in einem hochdynamischen Sektor vonstatten geht oder auf der single-homing-Seite eines competitive bottlenecks.

Daher ist es sinnvoll, nicht alleine auf den Marktanteil abzustellen. An dieser Stelle empfiehlt sich eine rechtsvergleichende Betrachtung der Marktmachtbestimmung. Neben Marktanteilen nutzt die Rspr. in der Europäischen Union und in den USA das Unternehmensverhalten als Indiz für Marktmacht. Verhält sich ein Unternehmen missbräuchlich, kann dies argumentativ das Vorliegen einer beherrschenden Stellung unterstützen. Diese Herangehensweise wird im deutschen Kartellrecht bislang nicht angewendet, ist aber *de lege lata* mit §§ 18, 19, 36 GWB vereinbar. Die Indizwirkung ist allerdings nur zulässig, wenn in tatsächlicher Hinsicht ein missbräuchliches Verhalten nur marktbeherrschenden Unternehmen möglich ist. Ist es hingegen auch kleineren Unternehmen möglich und aus ihrer Sicht wirtschaftlich sinnvoll, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten, ist der Rückschluss auf das Vorliegen von Marktmacht unzulässig. Die sich in dieser Weise verhaltenden Unternehmen können sich mit der von *Nothdurft* so betitelten „*cosi fan tutte-Defence*“ verteidigen.¹⁶²² Vor diesem Hintergrund geht von einigen, bei Internetplattformen typischen missbräuchlichen Verhaltensweisen eine Indizwirkung aus, von anderen jedoch nicht:

Grundsätzlich ist dieser Schluss bei Ausbeutungsmisbräuchen zulässig. Unternehmen, die missbräuchlich hohe Preise fordern, besitzen *per definitionem* Preisbestimmungsmacht. Auch bei Preisdiskriminierungen besteht der kausale Zusammenhang zwischen Marktmacht und dem missbräuchli-

1622 *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 196, 472.

chen Verhalten. Wird kein Preis gezahlt, lässt sich das Vorliegen von Qualitätsbestimmungsmacht feststellen, wenn ein Unternehmen unangemessene Geschäftsbedingungen verwendet oder die technische Entwicklung zu Lasten der Verbraucher einschränkt.

Bei unangemessenen Geschäftsbedingungen ist streng zu unterscheiden, ob diese aufgrund von bloßer *Verhandlungsmacht* oder von „echter“ Marktmacht durchgesetzt werden können. Diese beiden Begriffe sind streng voneinander abzugrenzen. Verhandlungsmacht liegt vor, wenn Anbieter und Abnehmer sich in einer allgemeinen, asymmetrischen Situation gegenüberstehen, wie es auch bei dem Stellen von AGB der Fall ist, wobei der Verbraucher unverhältnismäßig hohen Transaktionskosten ausgesetzt wäre, wenn er die verschiedenen Angebote vergliche. Marktmacht liegt hingegen nur vor, wenn sie sich aus der wettbewerblichen Position des Unternehmens im Vergleich zu seinen Konkurrenten ergibt. Insofern ist der *wettbewerbliche Ursprung* der Marktmacht Voraussetzung für ihr Vorliegen.

Keine Indizwirkung geht jedoch von den meisten Behinderungsmissbräuchen aus, namentlich Koppelungen, Zugangsverweigerungen und Benachteiligungen Dritter. Zugangsverweigerungen und Benachteiligungen Dritter können sich jedoch auf die Qualität auswirken und insofern ein Indiz für Qualitätsbestimmungsmacht darstellen. Das Fordern von Kampfpreisen erlaubt jedoch grundsätzlich den Rückschluss auf das Vorliegen von Marktmacht.

Dabei ist zu beachten, dass die Tatsache, dass eine indizfähige Verhaltensweise fehlt, nicht den Schluss rechtfertigt, dass das Unternehmen seinen Markt nicht beherrscht. Dies bedeutet lediglich, dass Marktmacht auf anderem Wege nachgewiesen werden muss.

Der verhaltensbasierte Ansatz stellt dabei keine Abkehr von dem europäischen System hin zu einem US-amerikanischen „direct effects approach“ dar, da weiterhin eine Marktabgrenzung und der gesonderte Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung erforderlich bleiben. Das Unternehmensverhalten kann jedoch als Marktmachtindikator genutzt werden, um die Sachverhaltslage klarer darzustellen, das Verfahren zu vereinfachen und so dem gesetzgeberischen Wille entsprechend zu beschleunigen.

III. Schema für die Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei Internetplattformen

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zusammenfassend für die Marktmachtbestimmung bei Internetplattformen folgendes Prüfungsschema:

Zuerst sollte der Bezugspunkt der Marktmachtprüfung bestimmt werden. Liegt ein missbräuchliches Verhalten vor, muss grundsätzlich eine beherrschende Stellung auf dem Missbrauchsmarkt vorliegen. Bei einer Marktdivergenz müssen zusätzliche Voraussetzungen geprüft werden.¹⁶²³ In der Fusionskontrolle hingegen wird jeder Markt geprüft, in dem eine Wettbewerbsbeeinträchtigung befürchtet wird.

Im zweiten Schritt sollte klargestellt werden, ob sich die Marktmacht des Unternehmens in einer Preis- oder in einer Qualitätsbestimmungsmacht äußert. Es kann dabei beides der Fall sein. Dies richtet sich vor allem danach, ob im Markt ein Preis in Geld gezahlt wird. Dadurch wird für die restliche Prüfung vorgegeben, ob primär der Preis oder die Qualität untersucht werden sollte.

Im dritten Schritt wird die Quelle der Marktmacht identifiziert. Ergibt sie sich wie in klassischen Fällen der analogen Wirtschaft aus der Produktionskapazität oder konglomeraten Effekten, kann die herkömmliche Prüfung vorgenommen werden. Ergibt sie sich aus Netzwerkeffekten, wird im vierten Schritt die Intensität der Netzwerkeffekte gemessen.

Zu diesem Zweck werden der CEHR-Test durchgeführt und die Marktanteile ermittelt. Bei der hierfür notwendigen Marktabgrenzung ist ein einheitlicher Markt abzugrenzen, wenn die Bedarfe der Nutzergruppen reziprok zueinander stehen und die Nutzergruppen füreinander unverzichtbar sind. Der SSNIP-Test ist wie gewohnt anzuwenden, jedoch muss beachtet werden, dass dabei das Preisniveau und nicht lediglich die Preisstruktur verändert wird. Wird kein Preis gezahlt, ist auf die oben beschriebenen Alternativen auszuweichen, d.h. den SSNDQ-Test oder auf eine absolute Preiserhöhung.

Die Marktanteile können Aufschluss darüber geben, ob der „tipping-point“ erreicht ist. Erst ab diesem Zeitpunkt kann von dem Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die Rede sein. Außerdem wird geprüft, ob zusätzliche Indikatoren zugunsten von Marktmacht vorliegen. In bestimmten Fällen darf von dem missbräuchlichen Verhalten auf das Vorliegen von Marktmacht geschlossen werden. Ein weiterer Indikator kann darin liegen, dass ein competitive bottleneck seine Stellung auf der multi-

1623 Siehe oben Kapitel 4 B.I.2.b).

homing-Seite missbraucht hat. Auf der gegenüberliegenden single-homing-Seite wird jedoch das Fehlen von Marktmacht indiziert.

Im fünften und letzten Schritt wird geprüft, ob die Faktoren, die bei Internetplattformen zum Verlust von Marktmacht führen, den bisherigen Befund infrage stellen können. Das kann nur dann der Fall sein, wenn die Faktoren derart stark wirken, dass sie die vermachtende Wirkung der Netzwerkeffekte mindestens aufwiegen können.

Anzumerken ist, dass die hier gewonnenen Erkenntnisse zwar vor allem, aber nicht ausschließlich für die digitale Wirtschaft gelten. Der Aufstieg der Online-Plattformen und die damit einhergehenden Bedenken in der Öffentlichkeit waren der Anlass für die ausführliche Untersuchung dieser Geschäftsmodelle. Plattformen finden sich aber auch außerhalb des Internets. Viele Offline-Produkte werden von Plattformen angeboten, z.B. Zeitungen oder Offline-Auktionen. Auch hier wirken Netzwerkeffekte und es können competitive bottlenecks vorliegen. Haben Leser z.B. nur ein Zeitungsabonnement (single-homing), während Werbeunternehmen bei vielen Zeitungen werben (multi-homing), besteht ein bottleneck ähnlich dem von Suchmaschinen auf Online-Werbemärkten. Auch andere Branchen können eine hohe Innovationstätigkeit aufweisen, wie z.B. die Pharmaindustrie, sodass der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck in der Fusionskontrolle berücksichtigt werden sollte. Letztlich kann auch außerhalb der digitalen Wirtschaft das Verhalten eines Unternehmens Aufschluss über seine Marktposition geben. Der verhaltensbasierte Ansatz sollte deswegen nicht auf Online-Plattformen beschränkt sein. Insofern ist es richtig, dass § 18 Abs. 3a GWB davon spricht, dass „bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken“ und nicht nur „bei Online-Plattformen“ besondere Faktoren zu berücksichtigen sind. Zwar war Abs. 3a durch die digitale Wirtschaft motiviert, ist aber nicht nur in Online-Märkten anwendbar.¹⁶²⁴ Das gleiche gilt für die Erkenntnisse dieser Untersuchung.

B. Rechtsvergleichende Ergebnisse

Die Untersuchung hat deutsches, europäisches und US-amerikanisches Kartellrecht berücksichtigt. Im Rückblick lassen sich einige Gemeinsamkeiten und Unterschiede feststellen.

¹⁶²⁴ Entwurf der Bundesregierung eines 9. Gesetzes zur Änderung des GWB, 28.09.2016, 1.

Marktmacht hat in den drei Vergleichsordnungen die gleiche Funktion innerhalb der Fusionskontrolle und der Missbrauchsaufsicht. Die Marktmachtbestimmung läuft ebenfalls ähnlich ab. Zunächst wird der Markt abgegrenzt und danach anhand des Marktanteils und weiterer Faktoren das Vorliegen einer beherrschenden Stellung geprüft. Stellenweise gibt es allgemeine Unterschiede. So unterscheidet das US-amerikanische Kartellrecht zwischen market power und der graduell darüber angesiedelten monopoly power. Das europäische Kartellrecht kennt nur den Begriff der marktbeherrschenden Stellung. Im deutschen Kartellrecht gibt es zusätzlich das Konzept der relativen Marktmacht in § 20 GWB. Auch die Marktanteilsschwellen, ab denen Marktmacht vermutet wird, unterscheiden sich.¹⁶²⁵ In den Grundprinzipien sind die drei Vergleichsordnungen sich jedoch sehr ähnlich.

Auch in Bezug auf Internetplattformen bestehen viele Gemeinsamkeiten. Über Netzwerkeffekte und die sonstigen Faktoren, die relevant für Marktmacht sind, besteht weitgehend Einigkeit. Auch sind alle Vergleichsordnungen offen dafür, Qualität und Innovation im Wettbewerbsrecht zu berücksichtigen. Schließlich ist es ebenfalls universell anerkannt, unentgeltliche Märkte abzugrenzen. Auf den Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Marktmacht, der bei Internetplattformen anders als in der analogen Wirtschaft beschaffen ist, geht keine der Vergleichsordnungen ein.

Es bestehen jedoch auch Unterschiede. In der Marktabgrenzung ist das BKartA die einzige Behörde, die ein detailliertes Konzept zur Zusammenfassung mehrseitiger Märkte vorgelegt und angewendet hat. Für das amerikanische Recht hat der Supreme Court in *Ohio v. American Express* die Grundlinien einer Plattformlehre gezeichnet. Danach werden bei Transaktionsplattformen einheitliche Märkte abgegrenzt.¹⁶²⁶ Eine vergleichbare Rspr. in der EU fehlt bislang.

Ein auffälliger Unterschied besteht in der Marktmachtbestimmung darin, dass in den USA das Verhalten der Unternehmen als deutlicher Indikator anerkannt ist, der in seinem Gewicht sogar das des Marktanteils überwiegen kann.¹⁶²⁷ In der Unionsrechtsprechung wurde das Verhalten

1625 Siehe dazu insgesamt Kapitel 2.

1626 *Ohio v. American Express*, 585 U.S. ___ 11–15 (2018). Siehe dazu *Volmar*, WuW 2019, 11 ff.

1627 *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).

in einer insgesamt überschaubaren Zahl von Fällen berücksichtigt und in Deutschland in keiner der untersuchten Entscheidungen.

Ein weiterer Unterschied besteht in der Behandlung von mehreren Unternehmen mit einem gesteigerten Grad an Marktmacht innerhalb desselben Marktes. Diese Situation liegt insbesondere bei competitive bottlenecks vor. § 20 GWB eröffnet die konzeptuelle Möglichkeit, dass mehrere Unternehmen in einem Markt dem Missbrauchsverbot in § 19 GWB unterworfen werden. Im europäischen Recht ist dies jedoch nicht möglich, da entgegen der Meinung des BGH nur ein Unternehmen einen Markt im Sinne des Art. 102 AEUV beherrschen kann. Entsprechendes gilt für die monopoly power im US-amerikanischen Kartellrecht.¹⁶²⁸

Letztlich unterscheiden sich die Vergleichsordnungen vor allem in der Interventionshäufigkeit. Die Europäische Kommission hat eine große Anzahl an Fällen, insbesondere in der Fusionskontrolle geprüft. Aber auch Entscheidungen in Missbrauchsverfahren mit hohen Geldbußen wie in den Rechtssachen *Google Shopping* und *Google Android* zeigten das Bewusstsein der Behörde für die Wettbewerbsprobleme bei Internetplattformen. Zudem wird eine weitere Entscheidung der Kommission in der Sache *Google AdSense* erwartet. Das BKartA ist aufgrund seiner Kompetenzaufteilung mit der Kommission nur in Fällen zuständig, in denen die Kommission nicht selbst ein Verfahren einleitet.¹⁶²⁹ Doch auch in Deutschland wurden einige Verfahren, wie in der Sache *VG Media/Google* sowie *Facebook* geführt. In den USA ist die Falldichte hingegen sehr gering. Das Verfahren zum *Google Search Bias*, in dem ein ähnlicher Sachverhalt wie in *Google Shopping* geprüft wurde, wurde von der FTC eingestellt.¹⁶³⁰ Fusionen wie *Facebook/WhatsApp* oder *Microsoft/LinkedIn* wurden zwar von der EU-Kommission, nicht aber von den US-amerikanischen Behörden geprüft. In den untersuchten Fällen aus den USA sind auch nicht die Behörden, sondern vor allem Unternehmen als Kläger aufgetreten.¹⁶³¹ Dies könnte dem unterschiedlichen System in den USA geschuldet sein, das im Vergleich zur EU weniger auf Verwaltungsentscheidungen mit Geldbußen und stärker auf Individualklagen in der Zivilgerichtsbarkeit beruht.¹⁶³² Ebenfalls eine Rol-

1628 Vgl. *Blaszczyk*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 105.

1629 Vgl. Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003, § 50 GWB.

1630 FTC, 03.01.2013, File No. 111-0163 – *Google's Search Practices*.

1631 Siehe zum Beispiel *KinderStart.com, LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF (RS) (N.D. Cal. Mar. 16, 2007); *LiveUniverse v. MySpace*, CV 06-6994 AHM (C.D. Cal. June 4, 2007); *PeopleBrowsr v. Twitter*, No. C-12-6120 EMC (N.D. Cal. 2013).

1632 *Langer*, Competition law of the United States, 67.

le spielen kulturelle Aspekte und unterschiedliche Schwerpunkte in der Wettbewerbspolitik.¹⁶³³

Wegen der Divergenz in der Interventionstätigkeit ist in den letzten Jahren aus den USA der Vorwurf laut geworden, die Union missbrauche ihre Kompetenzen in der Wettbewerbspolitik zu protektionistischen Zwecken. Die Union wolle erfolgreiche, US-amerikanische Unternehmen finanziell durch Geldbußen schwächen, um die eigene IT-Industrie zu fördern.¹⁶³⁴ Dazu zählt auch Kritik an der Sache *Apple*, in der die Kommission entschied, dass das Unternehmen Irland einen Betrag von 13 Mrd. Euro an Steuern schulde. Dies betraf jedoch einen beihilferechtlichen Fall.¹⁶³⁵ Außerdem ist eine empirische Studie von *Bradford/Jackson/Zytnick* zu dem Ergebnis gekommen, dass zumindest im Bereich der Fusionskontrolle die Wahrscheinlichkeit der Untersagung eines Zusammenschlusses mit US-amerikanischer Beteiligung nicht höher sei als bei europäischen Unternehmen. Die Autoren schließen daraus, dass insofern eine protektionistische Zielsetzung schwer nachweisbar sei.¹⁶³⁶ Weiterhin hat Wettbewerbskommissarin *Vestager* die Vorwürfe stets zurückgewiesen.¹⁶³⁷

Letztlich ist anzumerken, dass sich in der Kartellrechtswissenschaft in den USA eine Strömung herausgebildet hat, die New Brandeis School genannt wird und sich allgemein gegen eine *laissez-faire*-Haltung im Kartellrecht einsetzt. Damit will sie sich bewusst von der Chicago School abgrenzen.¹⁶³⁸ Sie richtet sich insbesondere gegen große Unternehmen der Internetbranche wie Amazon.¹⁶³⁹ Eine vergleichbare Schule ist in der Union bislang nicht zu erkennen. In politischer Hinsicht ist in den USA zu erkennen, dass tendenziell der Wille wächst, kartellrechtlich in Internetmärkten

1633 *Lancieri*, 7 J. Antitrust Enforcement 27 (2019).

1634 Siehe zum Beispiel <https://www.wired.com/story/google-big-eu-fine/>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1635 Kommission, Pressemitteilung v. 30.8.2016, IP/16/2923.

1636 *Bradford/Jackson, JR./Zytnick*, 15 J. Empirical Legal Studies 165-191 (2018).

1637 S. CNN, <http://money.cnn.com/2017/06/27/technology/eu-google-biased-protectionism/index.html>, zuletzt abgerufen am 27.9.2018.

1638 *Ezrachi/Stucke*, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract. 1 (2018); *Khan*, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract. 131 (2018).

1639 Siehe zum Beispiel *Khan*, 126 Yale L. J. 710 (2017).

stärker zu intervenieren.¹⁶⁴⁰ Auch der Supreme Court scheint eher geneigt, den Missbrauch von Marktmacht auf digitalen Märkten zu begrenzen.¹⁶⁴¹

C. Bewertung der 9. GWB-Novelle vor dem Hintergrund der Untersuchung

Die 9. GWB-Novelle hat im Bereich der Marktmachtbestimmung mit zwei Änderungen auf die Digitalisierung reagiert.

Erstens hat § 18 Abs. 2a GWB klargestellt, dass es dem Vorliegen eines Marktes nicht entgegensteht, wenn die Leistung unentgeltlich erbracht wird. Angesichts des Urteils des OLG Düsseldorf in der Sache *HRS* im Jahr 2015, in dem das Vorliegen eines Marktes wegen der Unentgeltlichkeit verneint wurde, ist diese Änderung zu begrüßen.¹⁶⁴² Erst das Vorliegen eines Marktes ermöglicht die kartellrechtliche Untersuchung möglicher Missbräuche und Zusammenschlüsse. Durch den Verzicht auf das Entgeltkriterium wird jedoch eine neue, weit schwierigere Frage aufgeworfen, nämlich danach, wann eine Interaktion, in der nicht ein Gut gegen Geld getauscht wird, als Marktgeschehen zu qualifizieren ist. Die Reform beantwortet lediglich die Frage, wann das Vorliegen eines Marktes nicht verneint werden darf, jedoch nicht die Frage, wann ein Markt im positiven Sinne vorliegt. Insofern sollte die Praxis das Vorliegen eines Marktes jeweils gesondert prüfen.¹⁶⁴³ Die vorliegende Arbeit hat eine Reihe von Ansichten diskutiert und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass ein teleologischer Marktconcept vorzugswürdig ist, demzufolge ein Markt vorliegt, wenn Personen um ein Gut im Wettbewerb stehen.¹⁶⁴⁴

Die zweite Änderung der 9. GWB-Novelle betrifft den neu eingefügten § 18 Abs. 3a GWB, der verschiedene Faktoren wie Netzwerkeffekte auflistet, die für die Marktmachtbestimmung berücksichtigt werden sollen. Die

1640 Siehe z.B. *The Economist*, 13.3.2019, abrufbar unter <https://www.economist.com/business/2019/03/13/competition-not-break-up-is-the-cure-for-tech-giants-dominance>.

1641 Vgl. *Apple v. Pepper*, 587 U.S. ____ (2019). Der Supreme Court deutet hier an, dass Apple eine Monopolstellung für den Verkauf von Apps über das Betriebssystem iOS besitzt. Außerdem wurde verfahrensrechtlich entschieden, dass auch Endkunden einen etwaigen Missbrauchsschaden unmittelbar geltend machen können.

1642 OLG Düsseldorf, 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V), NZKart 2015, 148, Rn. 27 – *HRS*.

1643 *Esser/Höft*, NZKart 2017, 259, 263; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 99.

1644 S. oben Kapitel 3 A.II.7.

se Faktoren sind tatsächlich allesamt relevant für die Marktmacht von mehrseitigen Plattformen.¹⁶⁴⁵ Insofern kann die Norm eine klarstellende Funktion erfüllen.¹⁶⁴⁶ Das BKartA hat auch in seinen Entscheidungen *CTS EVENTIM/Four Artists* und *Facebook* bereits auf § 18 Abs. 3a GWB Bezug genommen.¹⁶⁴⁷

Die Monopolkommission weist jedoch zu Recht darauf hin, dass nicht klar ist, warum gerade jene Kriterien ausgewählt und andere nicht berücksichtigt wurden. So sind weitere Faktoren wie die Plattformdifferenzierung oder Nutzungsbeschränkungen ebenfalls relevant für die Marktposition von Plattformen.¹⁶⁴⁸ Außerdem hebt die Monopolkommission hervor, dass trotz der Novelle die Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes in Verfahren des BKartA unberührt bleibt.¹⁶⁴⁹ Das Amt muss ohnehin alle relevanten Marktmachtfaktoren des Sachverhaltes berücksichtigen, unabhängig davon, welche Faktoren in § 18 Abs. 3a GWB genannt sind. Das wirft die Frage auf, wie sinnvoll die Faktorenkataloge in § 18 Abs. 3 und 3a GWB grundsätzlich sind. Sie können lediglich einen ersten Ansatz zu einer Marktmachtuntersuchung, nicht aber einen abschließenden Leitfaden liefern. Vorzugswürdig könnte es sein, statt umfangreicher Kataloge in § 18 GWB Leitlinien des BKartA zu veröffentlichen, in denen sämtliche Faktoren detaillierter dargestellt werden können.

Es wird außerdem nicht konkretisiert, wie sich diese Faktoren auf das Vorliegen von Marktmacht auswirken: Netzwerkeffekte (Nr. 1) können z.B. die Marktmacht des Marktführers begünstigen, gleichzeitig aber auch Neuzugängen im Markt die Möglichkeit geben, schnell zu wachsen und insofern Marktmacht zu destabilisieren.¹⁶⁵⁰ Ebenso bleibt ohne Erwähnung, dass Netzwerkeffekte anstatt Produktionskapazitäten Marktmacht begründen können und inwiefern sich das auf die Marktmachtbestimmung auswirkt.

1645 So die Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 732; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 100.

1646 So auch *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 149.

1647 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 386 ff. – *Facebook*; BKartA, 23.11.2017, B6-35/17, Rn. 154 ff. – *CTS EVENTIM/Four Artists*.

1648 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 732. Siehe für weitere relevante Faktoren oben Kapitel 4 B. sowie *Tamke*, NZKart 2018, 503, 507.

1649 Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 734.

1650 BKartA, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, B6-113/15, 54 ff. Siehe zu „reverse network effects“ auch oben Kapitel 4 II.2.

Beim multi-homing (Nr. 2) wäre ein Hinweis auf competitive bottle-necks wünschenswert gewesen. Die parallele Nutzung von Angeboten wirkt sich zwar mindernd auf die Marktmacht der einzelnen Anbieter aus. Erst die Kombination von multi- und single-homing in einem bottleneck macht die Marktposition aber wettbewerblich besonders interessant.

Die Größenvorteile von Plattformen im Zusammenhang mit Netzwerken (Nr. 3) waren außerdem bereits Bestandteil der üblichen Prüfung im Rahmen des § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB (Marktzutrittsbarrieren).¹⁶⁵¹

Beim innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck (Nr. 5) wäre zudem die Klarstellung erforderlich, dass die Innovativität der Branche vor allem in der *ex ante*-Betrachtung der Fusionskontrolle in § 36 GWB und weniger im Rahmen der *ex post*-Prüfung des Missbrauchsverbots in § 19 GWB berücksichtigt werden sollte.¹⁶⁵²

Im Allgemeinen ist es zwar für die Praxis nützlich, auf die übersichtliche Faktorenliste zurückgreifen zu können. Enthalten sind jedoch nur Faktoren, die ohnehin von der Rspr. in der wettbewerblichen Würdigung berücksichtigt werden müssten.¹⁶⁵³ Es werden keine Vermutungen, Indikatoren oder sonstige praktische Hilfestellungen festgelegt, welche die Entscheidungsfindung tatsächlich vereinfachen und beschleunigen könnten. Damit verbleibt die Aufgabe der weiteren Konkretisierung des § 18 Abs. 3a GWB bei dem BKartA und der Rspr.

D. Rechtspolitische Implikationen

Aus den rechtsvergleichenden Ergebnissen und den Erkenntnissen der Untersuchung vor dem Hintergrund der 9. GWB-Novelle ergeben sich bestimmte rechtspolitische Implikationen:

I. Ziel weiterer Reformbemühungen

Obwohl bereits die 9. GWB-Novelle Änderungen im Hinblick auf die Digitalisierung vorgenommen hatte, formuliert der Koalitionsvertrag des 24. Regierungskabinetts erneut das Ziel, das Kartellrecht zu modernisieren, um „exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und

1651 Tamke, NZKart 2018, 503, 506.

1652 Vgl. oben Kapitel 4 B.II.7.c).

1653 Mandrescu, E.C.L.R. 2017, 410, 414.

europäische Digitalwirtschaft zu schaffen. Dazu gehören auch die Verfahrensbeschleunigung und eine Neufassung der Marktabgrenzung, um der Entwicklung der Plattformökonomie Rechnung zu tragen und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft sicherzustellen.“¹⁶⁵⁴

II. Marktabgrenzung

Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker haben erwogen, zur Vereinfachung der kartellbehördlichen Verfahren auf die Marktabgrenzung zu verzichten.¹⁶⁵⁵ Tatsächlich ist die Marktabgrenzung für alle Beteiligten eines Kartellverfahrens mit erheblichem Aufwand verbunden. Die Methode wird außerdem auch aus anderen Gründen von einigen Stimmen in der Literatur abgelehnt.¹⁶⁵⁶ Stattdessen wurde ein „direct effects approach“ in die Diskussion eingebracht, demzufolge das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bereits anhand eines wettbewerbsschädigenden Effekts nachgewiesen werden kann, ohne dass eine Marktabgrenzung erforderlich wäre.¹⁶⁵⁷ Marktanteile, die nur durch eine Marktabgrenzung zu ermitteln sind, können jedoch trotz der Schwächen der Marktabgrenzung auch bei Internetplattformen wertvolle Erkenntnisse über die Stärke der wirkenden Netzwerkeffekte liefern.¹⁶⁵⁸ Bei der im Verwaltungsverfahren aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes erforderlichen umfassenden Gesamtbetrachtung der Marktposition des betroffenen Unternehmens ist die Ermittlung der Marktanteile sogar unverzichtbar, um die wettbewerbliche Lage vollumfänglich würdigen zu können.¹⁶⁵⁹ Ein Verzicht auf die Marktabgrenzung würde zudem die Wortlautgrenze der Auslegung des § 18 GWB über-

1654 „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. Kritisch dazu *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 290.

1655 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 34.

1656 Siehe z.B. *Kaplow*, 142 Harvard L. Rev. 437 (2010). Zu den Schwächen der Marktabgrenzung siehe außerdem oben Kapitel 4 C.I.6.

1657 EAGCP, Report: An economic approach to Article 82, Juli 2005, 5 ff.; *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 64.

1658 Siehe oben Kapitel 4 C.I.5.b).

1659 Vgl. zum Amtsermittlungsgrundsatz oben Kapitel 4 B.I.2.d)dd).

schreiten, da der Normtext den „Markt“ ausdrücklich erwähnt.¹⁶⁶⁰ Ein „direct effects approach“ ist aus diesen Gründen abzulehnen. Zu dieser Schlussfolgerung gelangen *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* im Ergebnis ebenfalls.¹⁶⁶¹

Auch eine gesetzliche Neufassung der Methodik der Marktabgrenzung ist trotz der Besonderheiten digitaler Märkte nicht erforderlich. Das betrifft zunächst den Marktbegriff als Vorfrage der Marktabgrenzung. Der hier vertretene teleologische Marktbegriff kann bereits *de lege lata* § 18 GWB zugrunde gelegt werden, da er sich aus dem Sinn und Zweck des GWB ergibt. Außerdem ist das Bedarfsmarktkonzept in der Vergangenheit nicht gesetzlich vorgeschrieben gewesen, sondern wurde der Rspr. überlassen. Die Rspr. ist es auch, die das Bedarfsmarktkonzept entsprechend für die Zusammenfassung mehrerer Plattformmärkte bei reziprokem Bedarf erweitern sollte.¹⁶⁶² Der weit gefasste Wortlaut des § 18 GWB bzw. des Art. 102 AEUV ist dafür offen. Eine Gesetzesänderung ist dafür nicht notwendig.¹⁶⁶³ Die Herausforderung liegt weniger in der Formulierung des Gesetzeswortlauts als vielmehr in der Anwendung der entsprechenden Normen im Einzelfall, bei der den ökonomischen und technischen Besonderheiten von Internetplattformen Rechnung getragen werden sollte.¹⁶⁶⁴ Sinnvoll ist hier eine entsprechende Anpassung des Soft Law, wie die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft.¹⁶⁶⁵ Für eine solche Anpassung spricht sich ebenfalls die „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ dem BMWi aus.¹⁶⁶⁶ Dieser Vorschlag lässt sich auf die Mitteilung der

1660 *Habne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 228 ff.; *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 126; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 267. Siehe auch oben Kapitel 4 C.II.2.a).

1661 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 45 ff.

1662 So auch *Mandrescu*, W. Comp. 2018, 453, 483. Siehe dazu oben Kapitel 3 B.IV.2.

1663 So auch *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, 34; *Schweitzer/Kerber/Haucap u.a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 127; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018, Rn. 651.

1664 So zur „new economy“ bereits *Posner*, 68 Antitrust L. J. 925 (2001).

1665 ABl. (EG) v. 9.12.1997, Nr. C 372/03, 5.

1666 Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 (September 2019), 27 ff.

Kommission zur Anwendung von Art. 102 AEUV¹⁶⁶⁷ sowie den Leitfaden Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle des BKartA erstrecken.

III. Gesetzliche Vermutungen

Mundt hat auf die Neueinführung von gesetzlichen Vermutungen hingewiesen, die das Verfahren in Kartellsachen beschleunigen könnte.¹⁶⁶⁸ Zur Verfahrensbeschleunigung sind gesetzliche Vermutungen aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren jedoch nur in Zivilverfahren förderlich. Dies betrifft vor allem die Marktanteilsschwelle in § 18 Abs. 4 GWB, die Verhaltensvermutung in § 20 Abs. 1 S. 2 GWB sowie Vermutungen *de lege ferenda* zugunsten des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei competitive bottlenecks oder bei bestimmten Verhaltensweisen.

1. Competitive bottlenecks

Aufgrund der strukturell starken Position eines competitive bottlenecks gegenüber den multi-homern empfiehlt es sich, auf dieser Plattformseite das Vorliegen einer beherrschenden Stellung bereits bei Marktanteilen zu vermuten, die unterhalb der bisherigen Schwellenwerte liegen. Demgegenüber sollte auf der single-homing-Seite aufgrund der strukturell schwächeren Position des bottlenecks auch bei Überschreiten der zurzeit geltenden Marktanteilsschwellen das Vorliegen einer beherrschenden Stellung nicht vermutet werden.¹⁶⁶⁹ In solchen Fällen wird die Vermutung regelmäßig widerlegt werden.

1667 Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABL (EU) v. 24.2.2009, Nr. C 45/02, 7.

1668 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.

1669 Siehe dazu oben Kapitel 4 B.I.2.d)dd).

Louven schlägt eine konkrete Vermutungsregelung für competitive bottlenecks im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB vor:

„Es wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen von einem Unternehmen abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieses Unternehmen den Zugang zu einem von ihm aus erreichbaren Kundenkreis anbietet, der

- 1. eine Anzahl von mindestens monatlich X aktiven Nutzern des Unternehmens umfasst;*
- 2. eine Anzahl von mindestens monatlich X Transaktionen unter Zuhilfenahme der Angebote des Unternehmens umfasst;*
- 3. einen Umsatz des abhängigen Unternehmens von mindestens monatlich X Euro umfasst;*
- 4. in sonstiger Weise aufgrund seiner Bekanntheit bei dem Kundenkreis einen besonderen Absatzkanal darstellt.“¹⁶⁷⁰*

Es ist davon auszugehen, dass die Aufzählung alternative und nicht kumulative Voraussetzungen enthalten soll, auch wenn dies nicht mit einem „oder“ in Nr. 3 gekennzeichnet ist. Das ist an der Formulierung „in sonstiger Weise“ (Nr. 4) zu erkennen.

Im Ergebnis ist diesem Vorschlag jedoch aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen:

Erstens ist zweifelhaft, ob die vorgeschlagene Konkretisierung der Abhängigkeit bzgl. bestimmter Zahlen (X aktive Nutzer, X Transaktionen, X Euro Umsatz) praktikabel ist. Denn die Stellung eines bottlenecks hängt nicht nur von solchen Zahlen in absoluter Hinsicht ab, sondern maßgeblich davon, wie viele Nutzer und welches Transaktionsvolumen die anderen Anbieter aufweisen. Auch ein bottleneck mit einer absolut gesehen hohen Nutzerzahl – wobei unklar ist, ab wann diese Zahl ausreichend hoch ist – kann keine relevante Marktmacht ausüben, wenn die Abnehmer bzw. Nachfrager über genügend Alternativen verfügen. Daher ist es sinnvoll, stattdessen die Abhängigkeit im Rahmen einer Marktuntersuchung zu untersuchen, wie § 18 GWB sie vorschreibt, d.h. insbesondere mittels einer Marktabgrenzung. Dabei spielen die von Louven genannten Faktoren sicher sämtlich eine Rolle. Die konkrete Höhe der Zahlen und ihre Aussagekraft sollte jedoch eine Frage des Einzelfalls bleiben. Insofern ist Heinz zuzustimmen, die es bevorzugt, statt auf absolute Werte auf die Stärke der Netzwerkeffekte und den relativen Anteil einer Plattform am Absatz abzu-

¹⁶⁷⁰ Louven, ZWeR 2019, 154, 165.

stellen.¹⁶⁷¹ Tatsächlich berücksichtigte auch das BKartA in *HRS* den Absatzanteil von Online-Hotelbuchungsplattformen als maßgeblichen Faktor.¹⁶⁷² Auch wenn das Heranziehen des Absatzanteils sinnvoll ist, muss dies aber nicht zwangsläufig – gar mit einer festen Prozentgrenze – gesetzlich festgehalten werden. So sollte es der Rspr. überlassen bleiben, anhand von Einzelfällen inkrementell zu bestimmen, wann eine solche plattformbedingte Abhängigkeit vorliegen kann (z.B. ab einem Drittel, wie es in *HRS* der Fall war).¹⁶⁷³

Heinz merkt im Übrigen zu Recht an, dass der von *Louven* in Nr. 4 genannte Bekanntheitsmaßstab unscharf ist und darüber hinaus nicht zwangsläufig zu einer Abhängigkeit führen muss.¹⁶⁷⁴

Zweitens macht der Vorschlag von *Louven* die besondere Natur eines bottlenecks nicht zu einer Anwendungsvoraussetzung. Ein bottleneck liegt nur vor, wenn die spezielle Kombination von single- und multi-homing gegeben ist.¹⁶⁷⁵ Eine gesetzliche Berücksichtigung von bottlenecks müsste jedoch zuerst klarstellen, wann ein solches vorliegt.

Drittens ist nicht ersichtlich, weshalb das competitive bottleneck lediglich als Fall des § 20 GWB und den damit einhergehenden Beschränkungen im Vergleich zu § 19 GWB berücksichtigt werden sollte. Competitive bottlenecks sind ggfs. derart essentiell für eine Kundengruppe, dass ihre Angebote nicht mehr mit den Angeboten anderer Anbieter austauschbar sind. Dann ist das bottleneck in seinem eigenen Markt tätig, in dem es Marktanteile von bis zu 100% erreichen kann. In diesem Fall wird bereits die Vermutung des § 18 Abs. 4 GWB ausgelöst und auch unabhängig davon sollte der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung dann un schwer möglich sein.

Festzuhalten ist somit, dass eine Vermutungsregelung zugunsten von bottlenecks nicht erforderlich ist. Bei der Marktabgrenzung ist die Praxis jedoch dazu aufgerufen, zu berücksichtigen, dass das Geschäftsmodell des bottlenecks dazu führen kann, dass das Produkt eines Anbieters mit denen anderer Anbieter nicht austauschbar ist.

1671 *Heinz*, in: Kokott/Pohlmann/Polley, Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht, 309, 324 f.

1672 BKartA, 20.12.2013, B9-66/10, Rn. 76 – *HRS*.

1673 BKartA, 20.12.2013, B9-66/10, Rn. 76 – *HRS*.

1674 *Heinz*, in: Kokott/Pohlmann/Polley, Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht, 309, 324.

1675 Siehe oben Kapitel 3 B.I.3.

2. Der verhaltensbasierte Ansatz

Zur Verfahrensbeschleunigung auch im Verwaltungsverfahren geeignet erscheint stattdessen das Abstellen auf das Unternehmensverhalten, was als zusätzlicher Indikator den Nachweis von Marktmacht untermauern und vereinfachen kann. Für die Indikation von Marktmacht in bestimmten Fallgruppen von missbräuchlichen Verhaltensweisen ist jedoch keine Gesetzesänderung notwendig. Wie oben gezeigt ist der verhaltensbasierte Ansatz bereits *de lege lata* mit den Regelungen des GWB vereinbar.¹⁶⁷⁶ Auch *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* fordern einen verhaltensbasierten Ansatz und halten eine Gesetzesänderung für nicht erforderlich. Vielmehr sollte die Rspr. zu § 18 GWB entsprechend weiterentwickelt werden.¹⁶⁷⁷ Denkbar wäre allenfalls eine Vermutung zugunsten des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei Ausbeutungsmisbräuchen oder eine Berücksichtigung des Unternehmensverhaltens in einem neuen § 18 Abs. 3 Nr. 9 GWB:

„9. das Verhalten des Unternehmens im Falle eines Ausbeutungsmisbrauchs.“

Dies würde den Vorteil mit sich bringen, dass die Zulässigkeit des verhaltensbasierten Ansatzes klargestellt wird und gleichzeitig von dem effects-based approach abgegrenzt wird.

Hinsichtlich einer Vermutung für den verhaltensbasierten Ansatz könnten § 20 Abs. 1 S. 2 GWB sowie § 18 Abs. 4 GWB als Vorbild dienen:

„Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es das in § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB genannte Verhalten verwirklicht hat.“

Mit dieser Formulierung wird deutlich gemacht, dass nicht zirkelschlussartig ein Missbrauch geprüft wird, um das Vorliegen von Marktbeherrschung nachzuweisen, sondern lediglich eine bestimmte Verhaltensweise vorliegen muss. Gleichzeitig fallen Verhaltensweisen wie der Konditionenmissbrauch, bei denen die Indizwirkung fraglich ist, aus dem Tatbestand heraus, da diese Missbrauchsform unter § 19 Abs. 1 GWB und nicht unter § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB gefasst wird.¹⁶⁷⁸

1676 Siehe oben Kapitel 4 C.II.2.

1677 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 168.

1678 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, Rn. 523 – *Facebook*.

IV. Relative Marktmacht

Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker sehen jedoch einen Bedarf für gesetzgeberisches Tätigwerden in Bezug auf § 20 Abs. 1 GWB, um Schutzlücken im digitalen Wettbewerbsrecht zu schließen.

Empfohlen wird erstens die Aufhebung der Beschränkung des Schutzes gegen Missbräuche relativer Marktmacht auf kleine und mittlere Unternehmen in § 20 Abs. 1 GWB, da einschlägige Abhängigkeitslagen auch für große Unternehmen entstehen könnten.¹⁶⁷⁹ Das Konzept der relativen Marktmacht wird dabei von den Autoren allgemein als wichtiges Instrument im digitalen Kartellrecht betrachtet. Tatsächlich kann § 20 Abs. 1 GWB – wie oben gezeigt – in der rechtlichen Behandlung von competitive bottlenecks hilfreich sein.¹⁶⁸⁰ Die Rspr. der Unionsgerichte, die ähnlich gelagerte Fälle mithilfe einer engeren Marktabgrenzung unter Art. 102 AEUV fassen, zeigt jedoch, dass ein Rückgriff auf das Konzept der relativen Marktmacht nicht zwingend notwendig ist.¹⁶⁸¹ Diese Rspr. offenbart zudem die schwammige Systematik zwischen § 19 und § 20 Abs. 1 GWB. § 20 Abs. 1 GWB stellt auf das Vorliegen von Marktmacht auf die Ausweichmöglichkeiten der Unternehmen ab, während im Rahmen der §§ 18, 19 GWB das gleiche Kriterium in der Marktabgrenzung entscheidend ist. Fehlen die Ausweichmöglichkeiten, ist ein sehr enger Markt abzugrenzen, den der Anbieter bereits im Sinne des § 18 GWB beherrschen sollte, sodass der Rückgriff auf § 20 GWB nicht erforderlich sein dürfte.¹⁶⁸² Außerdem stellt die Koinzidenz horizontaler und vertikaler Marktmacht die Daseinsberechtigung des § 20 Abs. 1 GWB grundsätzlich infrage.¹⁶⁸³ Vor diesem Hintergrund erscheint eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 20 Abs. 1 GWB fragwürdig. Naheliegender ist vielmehr eine Überprüfung der Notwendigkeit des § 20 Abs. 1 GWB neben § 19 GWB. Trotzdem ist die Benachteiligung größerer Unternehmen im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt, sondern dem industriepolitischen Schutz des Mittelstands geschuldet.¹⁶⁸⁴ Auch größere Unternehmen

1679 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 54 ff.

1680 Vgl. oben Kapitel 4 B.I.2.d)ee)(2).

1681 Siehe oben Kapitel 4 B.I.2.d)ff).

1682 Siehe oben Kapitel 4 B.I.2.d)ff).

1683 Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17 Rn. 36. Siehe außerdem oben Kapitel 4 B.I.2.d)ee)(3.2).

1684 So auch *Louwen*, ZWeR 2019, 154, 166; *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, 34, 36.

können von anderen Unternehmen in der in § 20 GWB genannten Weise abhängig sein. Daher ist dieser Vorschlag der Autoren zu begrüßen.

Anders verhält es sich bei dem zweiten Vorschlag der Autoren. Demzufolge wird empfohlen, einen neuen § 20a oder § 20 Abs. 6 GWB einzufügen, der Plattformanbietern in engen Oligopolen eine missbräuchliche Behinderung von Wettbewerbern untersagt, sofern diese strategische Behinderung geeignet ist, ein „tipping“ des Marktes herbeizuführen. Dieses Verhalten soll auch Unternehmen verboten sein, deren Marktposition noch nicht das Niveau einer marktbeherrschenden Stellung erreicht hat. Mit dieser Reform soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass ein Unternehmen einen Netzwerkmarkt durch Herbeiführen des „tipping“ monopolisieren kann und den Kartellbehörden ein Einschreiten erst möglich wird, wenn der effektive Wettbewerb bereits ausgeschaltet wurde und es zu spät ist.¹⁶⁸⁵ Dieser Vorschlag betrifft die Ausweitung des Missbrauchsverbots und nicht unmittelbar die Bestimmung digitaler Marktmacht. Er tangiert jedoch insofern den Rahmen dieser Arbeit, als er darauf hinausläuft, die Anwendbarkeitsschwelle des Missbrauchsverbots unter die Grenze der Marktbeherrschung abzusenken. Dadurch wird das Missbrauchsverbot in die Nähe eines allgemeinen Lauterkeitsrechts gerückt. Eine solche Reform ist vor dem Hintergrund kritisch zu sehen, dass die marktbeherrschende Stellung eine wichtige Filterfunktion erfüllt und damit die „besondere Verantwortung“, die mit dieser Stellung einhergeht, nicht allen, sondern lediglich solchen Unternehmen auferlegt, die durch ihre starke Präsenz im Markt den Wettbewerb bereits geschwächt haben.¹⁶⁸⁶ Diese Beschränkung des Adressatenkreises ist gerechtfertigt, weil nicht zu erwarten ist, dass ein missbräuchliches Verhalten eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens den Wettbewerb in erheblicher Weise beeinträchtigt.¹⁶⁸⁷ Neben den Unternehmen dient dieser Filter auch der Entlastung der Kartellbehörden, um nicht kostenaufwendig jede missbräuchliche Verhaltensweise prüfen zu müssen.¹⁶⁸⁸ Die Gefahrenlage eines engen Oligopols wird zudem be-

1685 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 59 ff.

1686 *Elhaug/Geradin*, Global Competition Law and Economics, 276; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB, Rn. 29; *Monti*, 2 Euro. Comp. J., 31, 47 ff. (2006); *Wingarter*, Abgrenzung des relevanten Marktes, 204.

1687 *Elhaug/Geradin*, Global Competition Law and Economics, 276; *Wingarter*, Abgrenzung des relevanten Marktes, 204 f.

1688 *Werden*, 2 Euro. Comp. J., 53, 55 (2006); *Wingarter*, Abgrenzung des relevanten Marktes, 205.

reits durch die Regelungen zur kollektiven Marktbeherrschung erfasst, vgl. § 18 Abs. 5 und 6 GWB.¹⁶⁸⁹ Auch dieser Reformvorschlag ist mithin kritisch zu betrachten.

Die Autoren planen drittens, § 20 Abs. 1 GWB in einer weiteren Hinsicht zu ergänzen. Die Norm soll *de lege ferenda* klarstellen, dass eine Abhängigkeit sich auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen für eine substanzielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff auf automatisiert erzeugte Daten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, und dass eine Datenzugangsverweigerung eine unbillige Behinderung darstellen kann, auch wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.¹⁶⁹⁰ Hiermit würde eine Art essential facility doctrine speziell für Datenbestände eingeführt. Dies betrifft erneut schwerpunktmäßig das Missbrauchsverbot und weniger die Bestimmung einer beherrschenden Stellung. Es gelten die oben geltend gemachten Erwägungen bzgl. § 20 Abs. 1 GWB entsprechend. Hinzu kommt in Bezug auf diesen speziellen Vorschlag, dass die essential facilities doctrine von der Rspr. innerhalb des Rahmens des Art. 102 AEUV entwickelt wurde und in dieser Weise auch von ihr im Hinblick auf Datenbestände weiterentwickelt werden könnte.¹⁶⁹¹

V. Intermediationsmacht

Außerdem schlagen *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* vor, neben der Angebots- und Nachfragemacht eine dritte Form der Marktmacht einzuführen, die sie „Intermediationsmacht“ nennen. § 18 Abs. 1 GWB solle klarstellen, dass Unternehmen als Anbieter, Nachfrager „oder Vermittler“ einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen können. Mit diesem Konzept meinen die Autoren eine wettbewerbliche Lage, in der eine Plattform die Vermittlung von bestimmten Kunden an eine andere Kundengruppe exklusiv kontrolliert.¹⁶⁹² Das Konzept läuft im Wesentlichen auf das hinaus, was in der vor-

1689 Zur unionsrechtlichen Lage siehe *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 120.

1690 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 173.

1691 So *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 283.

1692 *Schweitzer/Haucap/Kerber u. a.*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 76. Siehe auch *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era (2019), 49.

liegenden Arbeit und in der Literatur als „competitive bottleneck“ bezeichnet wird. Wie oben dargestellt ist die Berücksichtigung der besonderen Wettbewerbsverhältnisse von competitive bottlenecks in der Marktmachtprüfung erforderlich, kann dabei jedoch in ausreichendem Umfang bereits *de lege lata* von den Gerichten und Behörden umgesetzt werden.¹⁶⁹³ Gegen eine Erwähnung der „Intermediationsmacht“ in § 18 Abs. 1 GWB *de lege ferenda* spricht außerdem, dass Vermittler nicht zwangsläufig als dritte, *sui generis*-Form der Marktmacht eingeordnet werden müssen, sondern auch als Anbieter einer Vermittlungsleistung begriffen werden können. Plattformen bieten gegenüber allen Plattformseiten ihre Vermittlungsleistung an und können ggfs. Angebotsmacht besitzen. Zur Erfassung dieser Marktmachtform ist eine Änderung des § 18 Abs. 1 GWB nicht erforderlich.

Louven merkt außerdem an, dass das Einfügen der Intermediationsmacht in § 18 GWB nicht lediglich dem Zweck dienen dürfe, das Nachweisen einer marktbeherrschenden Stellung zu erleichtern. Vielmehr sollte weiterhin eine umfassende Prüfung der Marktgegebenheiten erforderlich sein.¹⁶⁹⁴

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist demnach festzuhalten, dass ein weiteres gesetzgeberisches Tätigwerden zur Berücksichtigung der Besonderheiten bei Online-Plattformen in der Marktmachtbestimmung weitestgehend nicht erforderlich ist.¹⁶⁹⁵ Lediglich eine Anpassung der gesetzlichen Regelungen für den verhaltensbasierten Ansatz würde den Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung im Zivilprozess erleichtern und ist insofern der einzige hier unterbreitete Reformvorschlag. Die Behörden und Gerichte sind aber dazu aufgerufen, der Vielzahl von ökonomischen Besonderheiten bei Online-Plattformen in ihren Entscheidungen umfassend Rechnung zu tragen. § 18 GWB bzw. Art. 102 AEUV stellen dafür einen hinreichend offenen Rahmen zur Verfügung.

E. Ausblick

Die kartellrechtliche Aufarbeitung der Geschäftsmodelle von Internetplattformen steht noch am Anfang.¹⁶⁹⁶ Auch die Theorie der mehrseitigen Plattformen in der Volkswirtschaftslehre gibt es in dieser Form erst seit der

1693 So auch *Podszun/Kersting*, ZRP 2019, 34.

1694 *Louven*, ZWeR 2019, 154, 163.

1695 So auch *Louven*, ZWeR 2019, 154, 167 f.

1696 Siehe dazu auch *Ellger*, ZWeR 2018, 272, 288 ff.

Jahrtausendwende und ist damit noch vergleichsweise jung. Gleichzeitig rückt der Wirtschaftssektor unter anderem durch seine politische Rolle in der demokratischen Willensbildung zunehmend in den Fokus der Öffentlichkeit. Daher ist zu erwarten, dass das Plattformkartellrecht in zahlreichen Entscheidungen der Behörden und Gerichte weiterentwickelt wird.¹⁶⁹⁷

Im Bereich der Marktabgrenzung darf insbesondere erwartet werden, dass der Marktbe­griff weiter verfeinert, der SSNDQ-Test angewendet und die Methode der Zusammenfassung mehrerer Märkte konkretisiert wird. Hier könnte insbesondere der CEAHR-Test des EuG und die oben vorgeschlagene Reziprozitätsregel Anwendung finden. In der Marktmachtbestimmung bestehen ebenfalls offene Fragen, die einer Klärung durch die Rspr. bedürfen. Vor allem der Zusammenhang von Marktmacht und Marktanteilen sowie competitive bottlenecks sind Themen, die bislang in der Rspr. nicht und auch in der Literatur nur geringe Aufmerksamkeit erhalten haben. Letztlich ist abzuwarten, ob die Rspr. dem Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator erhöhtes Gewicht beimessen wird.

1697 Insbesondere gegen Amazon sind Entscheidungen zu erwarten, vgl. BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2018: Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen Amazon.

Literaturverzeichnis

- ABA Section of Antitrust Law*, Market Power Handbook, Chicago 2005.
- Abrar, Kamyar*, Notwendigkeit einer sektorspezifischen Fusionskontrolle?, Eine rechtsvergleichende Darstellung der Fusionskontrolle in der Telekommunikation unter Berücksichtigung sektorspezifischer Regulierung nach der US-amerikanischen, europäischen und deutschen Rechtsordnung, Baden-Baden 2007.
- Ackermann, Thomas*, Europäisches Kartellrecht, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, § 21. 3. Aufl., Berlin, München, Boston 2015.
- Ahlborn, Christian/Evans, David S.*, The Microsoft Judgement and its implications for competition policy towards dominant firms in Europe, 75 *Antitrust L. J.* 887 (2009).
- Ahlenstiehl, Enno*, Marktabgrenzung in der Internetökonomie, Hamburg 2008.
- Akman, Pinar*, The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law, 2017 *U. Ill. J. L. Tech. & Pol'y*, 301–374. (2017).
- Apon, Jochem*, Cases against Microsoft: similar cases, different remedies, *E.C.L.R.* 2007, 327.
- Areeda, Phillip E./Hovenkamp, Herbert*, *Antitrust Law*, 3. Aufl., Frederick, MD 2008.
- Areeda, Phillip E./Hovenkamp, Herbert/Solow, John L.*, *Antitrust Law*, 4. Aufl., New York 2014.
- Areeda, Phillip E./Kaplou, Louis/Edlin, Aaron*, *Antitrust Analysis, Problems, Text, and Cases*, 7. Aufl., New York 2013.
- Argenton, Cedric/Prüfer, Jens*, Search Engine Competition with Network Externalities, 8 *J. Comp. L. & Econ.* 73 (2012).
- Armstrong, Mark*, Competition in two-sided markets, 37 *RAND J. Econ.*, 668–691. (2006).
- Arthur, Thomas C.*, The Costly Quest for Perfect Competition, Kodak and Non-structural Market Power, 69 *N.Y.U. L. Rev.* 1 (1994).
- Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell* (Hrsg.), *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, 2. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht*).
- Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 10.05.2016.
- Bain, Joe S.*, Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940, 65 *Quart. J. Econ.* 293 (1951).
- Baker, Jonathan B.*, Market Definition, An Analytical Overview, 74 *Antitrust L.J.* 129 (2007).
- Bania, Konstantina*, The role of consumer data in the enforcement of EU competition law, 14 *Euro. Comp. J.* 38 (2018).

- Bardong, Andreas*, Die deutsche Fusionskontrolle nach der 8. GWB-Novelle, NZ-Kart 2013, 303.
- Baumol, William J./Panzar, John C./Willig, Robert D.*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York 1982.
- Baumol, William J./Swanson, Daniel G.*, The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power, 70 Antitrust L.J. 661 (2003).
- Bechtold, Rainer*, Zusammenschlussvorhaben zweier Verlagsunternehmen: Anmerkung, AfP 1985, 31.
- Bennett, Mark W.*, Confronting Cognitive "Anchoring Effect" and "Blind Spot" Biases In Federal Sentencing, A Modest Solution For Reforming a Fundamental Flaw, 104 J. Criminal L. & Criminology 489 (2014).
- Bishop, Simon/Walker, Mike*, The Economics of EC Competition Law, 3. Aufl., London 2010.
- BKartA, Hintergrundpapier Digitale Ökonomie, Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht. 2015.
- Blair, Roger D./Carruthers, Celeste K.*, The economics of monopoly power in antitrust, in: *Hylton, Keith N.* (Hrsg.), Antitrust Law and Economics, S. 64–81, Cheltenham, U.K, Northampton, MA 2010.
- Blaszczyk, Martin*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, Baden-Baden 2015.
- Bohne, Daniel*, Die Datenschutzverletzung als Wettbewerbsverstoß, Baden-Baden 2013.
- Boos, Andreas/Lichtenegger, Moritz*, Does the EU investigation into Google Shopping represent a new era of dominance scrutiny?, L.I.C.L. 2017 (4), 3.
- Bork, Robert H.*, The Antitrust Paradox, A policy at war with itself, New York, Toronto 1993.
- Bornkamm, Joachim/Montag, Frank/Säcker, Franz-Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, GWB, 2. Aufl., München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 2 (GWB)).
- Bornkamm, Joachim/Montag, Frank/Säcker, Franz-Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Kartellrecht : Missbrauchs- und Fusionskontrolle, EU, 2. Aufl., München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm Kartellrecht Bd. 1 (EU)).
- Boudreaux, Donald J./Folsom, Burton W.*, Microsoft and Standard Oil, Radical Lessons for Antitrust Reform, 44 Antitrust Bull. 555 (1999).
- Bradford, Anu/Jackson, Robert J., JR./Zytnick, Jonathan*, Is EU Merger Control Used for Protectionism?, An Empirical Analysis, 15 J. Empirical Legal Studies 165-191 (2018).
- Brekke, Kurt R.*, Measuring market power in multi-sided markets, in: OECD (Hrsg.), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), S. 87.

- Brinkmann, Kyra*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Facebook-Verfahrens des Bundeskartellamtes, Baden-Baden 2018.
- Bronett, Georg-Klaus de*, Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen im EU-Kartellrecht (Art. 102 AEUV), in: *Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 22. 3. Aufl., München 2016.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 39. Aufl., München 2015.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- Cameron, Duncan/Glick, Mark*, Market Share and Market Power in Merger and Monopolization Cases, 17 *Manag. & Dec. Econ.* 193 (1996).
- Carbonnel, Alexandre*, Multi-homing in markets with network effects, what interpretation in a merger's context?, *E.C.L.R.* 2018, 175.
- Carlton, Dennis W./Perloff, Jeffrey M.*, *Modern Industrial Organisation*, 4. Aufl., Boston u.a. 2005.
- Carson, Richard T.*, Contingent Valuation: A Practical Alternative when Prices Aren't Available, 26 *J. Econ. Perspectives* 27 (2012).
- Clemens, Rudolf*, Die elektronische Willenserklärung, Chancen und Gefahren, *NJW* 1985, 1998.
- Colangelo, Giuseppe/Maggiolino, Mariateresa*, Big data as misleading facilities, 13 *Euro. Comp. J.*, 249. (2017).
- Colangelo, Giuseppe/Maggiolino, Mariateresa*, Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?, 8 *J. Euro. Comp. L. & Pract.* 2017, 363.
- Cole, Matthew*, Google's sent objections for Android abuses: Microsoft all over again?, *E.C.L.R.* 2016, 37(8), 340.
- Collyer, Kate/Mullan, Hugh/Timan, Natalie*, Measuring Market Power in Multi-sided Markets, in: *OECD* (Hrsg.), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* (2018), S. 71.
- Conrad, Albrecht/Schubert, Tobias*, How to do Things with code, Zur Erklärung urheberrechtlicher Einwilligungen durch robots.txt, *GRUR* 2018, 350.
- Costa-Cabral, Francisco/Lynskey, Orla*, Family ties, The intersection between data protection and competition in EU law, 54 *C.M.L.R.*, 11–50. (2017).
- Crémer, Jacque/Montjoye, Yves-Alexandre de/Schweitzer, Heike*, Competition policy for the digital era 2019.
- Crocioni, Pietro*, Leveraging of Market Power in Emerging Markets, A Review of Cases, Literature, and a Suggested Framework, 4 *J. Comp. L. & Econ.* 449 (2008).
- Davilla, Marixenia*, Is Big Data a Different Kind of Animal?, The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules, 7 *J. Euro. Comp. L. & Pract.*, 370–381. (2017).

- Dewenter, Ralf/Rösch, Jürgen*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, Eine wettbewerbsökonomische Betrachtung aus Sicht der Theorie der zweiseitigen Märkte, Wiesbaden 2014.
- Dewenter, Ralf/Rösch, Jürgen/Terschüren, Anna*, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, 387.
- Díaz, Pablo Solano*, EU Competition Law Needs to Install a Plug-in, W. Comp. 2017, 393.
- Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erfurter Kommentar ArbR).
- DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Sec. 2 of the Sherman Act Washington, D.C. 2008.
- Dreher, Meinrad*, Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, ZWeR 2009, 149.
- Drexl, Josef*, Designing Competitive Markets for Industrial Data, Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Competition & Innovation Research Paper Bd. 16-13 (2016).
- Drexl, Josef*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529.
- Drexl, Josef*, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft?, Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz – Teil 2, NZKart 2017, 415.
- Dulleck, Uwe/Kerschbamer, Rudolf*, On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists, The Economics of Credence Goods, 44 J. Econ. Lit. 5 (2006).
- Easterbrook, Frank H.*, Limits of Antitrust, 63 Tex. L. Rev. 1 (1984).
- Eben, Magali*, Fining Google, a missed opportunity for legal certainty?, 14 Euro. Comp. J. 129 (2018).
- Eben, Magali*, Market Definition and Free Online Services, The Prospect of Personal Data as Price, I/S J. L. & Pol'y 221 (2018).
- Economides, Nicholas*, Competition policy in network industries: an introduction, in: *Jansen, Dennis W.* (Hrsg.), The New Economy and Beyond, Past, Present and Future, Cheltenham, U.K, Northampton, MA 2006.
- Eilmansberger, Thomas*, Dominance - The Lost Child? How Effects-Based Rules Could and Should Change Dominance Analysis, Euro. Comp. J. 2006, 15.
- Elhauge, Einer/Geradin, Damien*, Global Competition Law and Economics, 2. Aufl., Oxford 2011.
- Ellger, Reinhard*, Digitale Herausforderungen für das Kartellrecht, ZWeR 2018, 272.
- Ellger, Reinhard*, Konditionenmissbrauch nach § 19 GWB durch Datenschutzverstoß – Der Facebook-Fall des Bundeskartellamts, WuW 2019, 446.
- Emch, Eric/Thompson, T. Scott*, Market Definition and Market Power in Payment Card Networks, 5 Rev. Network Econ. 1-45 (2006).
- Emmerich, Volker*, Fusioniskontrolle 1983/1984, AG 1984, 309.
- Engert, Andreas*, Digitale Plattformen, AcP 218 (2018), 302.

- Englich, Birte*, Blind or Biased? Justitia's Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations, 28 L. & Pol'y 497 (2006).
- Englich, Birte/Mussweiler, Thomas/Strack, Fritz*, Playing Dice With Criminal Sentences, The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making, 32 Personality & Soc. Psychol. Bull. 188 (2006).
- Epping, Volker*, Grundrechte, 7. Aufl., Berlin 2017.
- Esser, Michael/Höft, Jan Christoph*, Fusions- und Missbrauchskontrolle 4.0, Die 9. GWB-Novelle als Antwort auf die Herausforderungen der Digitalisierung?, NZ-Kart 2017, 259.
- Evans, David S.*, The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, 20 Yale J. Reg. 325 (2003).
- Evans, David S.*, Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753 (2016).
- Evans, David S./Noel, Michael D.*, Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms, 2005 Columbia Bus. L. Rev. 101 (2005).
- Evans, David S./Noel, Michael D.*, Defining Markets that Involve Multi-Sided Platform Businesses, An Empirical Framework With an Application to Google's Purchase of DoubleClick (2007).
- Evans, David S./Noel, Michael D.*, The Analysis of Mergers that involve Multi-Sided Platform Businesses, 4 J. Comp. L. & Econ., 663–695. (2008).
- Ewald, Christian*, Grundzüge der Wettbewerbsökonomie, in: *Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 7. 3. Aufl., München 2016.
- Ezrachi, Ariel/Stucke, Maurice E.*, The fight over antitrust's soul, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract. 1 (2018).
- Falck, Andreas von/Slopek, David E. F./Thiermann, Arne*, "Life-Cycle-Management" für Arzneimittel und gewerbliche Schutzrechte, GRUR 2015, 1050.
- Farrell, J./Shapiro, C.*, Antitrust evaluation of horizontal mergers: an economic alternative to market definition, 10 B.E. J. Theo. Econ., Policies & Persp., Article 9 (2010).
- Farrell, Joseph/Klemperer, Paul*, Coordination and Lock-in, Competition with switching costs and network effects, in: *Armstrong, Mark/Porter, Robert* (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization (Vol. 3), S. 1970, Amsterdam 2007.
- Faull, Jonathan/Nikpay, Ali*, The EU Law of Competition, 3. Aufl., Oxford 2014.
- Faust, Florian*, Digitale Wirtschaft - Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag (2017).
- Filistrucchi, Lapo*, Market Definition in multi-sided markets, in: OECD (Hrsg.), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), S. 37.
- Filistrucchi, Lapo*, A SSNIP Test for Two-Sided Markets, The Case of Media, NET Institute Working Paper No. 08-34 (2008).

- Filistrucchi, Lapo/Geradin, Damien/van Damme, Eric/Affeldt, Pauline*, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, 10 J. Comp. L. & Econ. 293 (2014).
- Fischötter/Lübbert, Hans-Dieter*, Anmerkung zu BGH, 12.12.1978, KVR 6/77 "Erdgas Schwaben", GRUR 1979, 261.
- Fleischer, Romy Nicole*, Die Dynamik des Wettbewerbsschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Sec. 2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec. 46 CCA 2010, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V., Köln 2013.
- Franck, Jens-Uwe*, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmissbrauch durch rechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, 137.
- Frenz, Walter*, Europarecht, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2016.
- GA'in Kokott*, Schlussanträge in der Rs. C-217/05 v. 17.5.2005, Slg. 2006, I-11987 (CEPSA I).
- Gebicka, Aleksandra/Heinemann, Andreas*, Social Media & Competition Law, W. Comp. 2014, 149.
- Genevaz, Simon/Vidal, Jérôme*, Going Digital: How Online Competition Changed Market Definition and Swayed Competition Analysis in Fnac/Darty, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 30 (2017).
- Geradin, Damien/Layne-Farrar, Anne/Petit, Nicolas*, EU Competition Law and Economics, Oxford 2012.
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar zum Informations- und Medienrecht, 13. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht).
- Gigerenzer, Gerd/Goldstein, Daniel*, Betting on one good reason: the Take the best heuristic, in: *Gigerenzer, Gerd/Todd, Peter M.* (Hrsg.), Simple Heuristics That Make Us Smarter, S. 75, Oxford 1999.
- Gilbert, Richard J./Sunshine, Steven C.*, Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets, 63 Antitrust L. J. 569 (1994).
- Gilder, George*, Telecosm, The World After Bandwidth Abundance, New York 2002.
- Glader, Marcus*, Innovation Markets and Competition Analysis, EU Competition Law and US Antitrust Law, Cheltenham, U.K 2006.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der EU, München verschiedene Jahrgänge (zitiert: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU).
- Graef, Inge*, Stretching EU Competition Law Tools for Search Engines and Social Networks, Internet Policy Review 4(3), 2015.
- Graef, Inge*, Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms, W. Comp. 2015, 473.
- Graef, Inge*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms, Data as Essential Facility, Alphen Aan Den Rijn 2016.

- Graf von Westphalen, Friedrich*, Konsequenzen der RL 2015/634, Ein zaghafter erster Schritt zum Verbraucherschutz im Zeitalter der Digitalisierung, *EuZW* 2017, 373.
- Grave, Carsten/Nyberg, Jenny*, Die Rolle von Big Data bei der Anwendung des Kartellrechts, *WuW* 2017, 363–368.
- Haan, Jan de*, Hedonic Price Indexes, A comparison of Imputation, Time Dummy and "Re-Pricing" Methods, in: *Lippe, Peter von der/Diewert, W. Erwin* (Hrsg.), *Index Number Theory and Price Statistics*, S. 772, Stuttgart 2010.
- Hagiü, Andrei/Wright, Julian*, Multi-sided platforms, 43 *Int. J. Ind. Org.* 162 (2015).
- Hahne, Andreas*, *Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht*, Baden-Baden 2016.
- Han, Byung-Chul*, *Was ist Macht?*, Stuttgart 2005.
- Harbour, Pamela Jones*, Dissenting Statement in the matter of Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, abrufbar unter https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf (zuletzt abgerufen am 27.09.2018).
- Harbour, Pamela Jones/Koslov, Tara Isa*, Section 2 in a Web 2.0 World: an expanded vision of relevant product markets, 76 *Antitrust L. J.* 769 (2010).
- Hart, Jeffrey A./Cowhey, Peter F.*, Theories of Collective Goods Reexamined, 30 *The Western Political Quarterly* 351 (1977).
- Harte-Bavendamm, Henning*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Reverse Engineering von Computerprogrammen, *GRUR* 1990, 657.
- Haucap, Justus*, Ist eBay unbestreitbar ein nicht bestreitbares Monopol?, Monopolisierungsgefahren und Regulierungsbedarf bei Online-Marktplätzen, in: *Kruse, Jörn/Dewenter, Ralf* (Hrsg.), *Wettbewerbsprobleme im Internet*, S. 7, Baden-Baden 2009.
- Hawk, Barry E.*, *United States, Common Market and International Antitrust, A Comparative Guide*, 2. Aufl., Clifton, NJ 1986.
- Heinemann, Andreas*, *Google als kartellrechtliches Problem?*, Bonn 2015.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 37. Aufl., München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *BeckOK StGB*).
- Heinz, Silke*, Relative Marktmacht und digitale Plattformen - gibt es plattformbedingte Abhängigkeit?, in: *Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Polley, Romina* (Hrsg.), *Europäisches, Deutsches und Internationales Kartellrecht, Festschrift für Dirk Schroeder zum 65. Geburtstag*, S. 309–329, Köln 2018.
- Herz, Holger/Taubinsky, Dmitry*, What Makes a Price Fair?, An Experimental Study of Transaction Experience and Endogenous Fairness Views, 16 *J. Euro. Econ. Ass.* 316 (2018).
- Hieber, Christian/Cetintas, Gökban*, Same, same, but different? Das Urteil des EuGH in Sachen Post Danmark II zu Rabattsystemen marktbeherrschender Unternehmen, *NZKart* 2016, 220.
- Hildebrand, Doris*, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 2. Aufl., Den Haag 2002.

- Hill, Robert, OECD Statistics Working Papers 2011/01: Hedonic Price Indexes for Housing, Paris 2011.
- Hoffer, Raoul/Lehr, Leo Alexander, Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand, Gemeinsame Betrachtung der Fälle Amazon, Google und Facebook, NZKart 2019, 10.
- Holmes, William C., Antitrust Law Handbook, St. Paul 2000.
- Holzweber, Stefan, Daten als Machtfaktor in der Fusionskontrolle, NZKart 2016, 104.
- Holzweber, Stefan, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, zur Anwendung von Art.102 AEUV auf mehrseitige Märkte in der Internetökonomie, Wien 2017.
- Holzweber, Stefan, Market Definition for Multi-Sided Platforms: A Legal Reappraisal, W. Comp. 2017, 563–582.
- Höppner, Thomas, Duty to Treat Downstream Rivals Equally, (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse, European Competition and Regulatory Law Review 2017, 208.
- Höppner, Thomas, Google Search (Shopping): Etablierte Missbrauchskriterien für digitalen Präzedenzfall, WuW 2017, 421.
- Höppner, Thomas/Grabenschröer, Jan Felix, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162.
- Iacobucci, Edward/Ducci, Francesco, The Google search case in Europe, tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets, 47 Euro. J. L. & Econ. 15 (2019).
- Immenga, Ulrich, Gefordertes Kartellrecht - 50 Jahre GWB, ZWeR 2008, 3.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht (Bd. 1 EU), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht (Bd. 2 GWB), 5. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht).
- Ittner, Dirk, Die Vermutungen des GWB, Berlin 1998.
- Jaeger, Wolfgang/Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Schroeder, Dirk (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Mit Kommentierung des EU-Kartellrechts, des GWB und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Köln verschiedene Jahrgänge (zitiert: *Bearbeiter*, in: Frankfurter Kommentar Kartellrecht).
- Jarass, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, Kommentar, 3. Aufl., München 2016.
- Joerden, Jan C., Logik im Recht, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2010.
- Jones, Alison/Sufrin, Brenda, EU Competition Law, 6. Aufl., Oxford 2016.

- Kaben, Dennis*, Die Bedeutung von Daten für den Wettbewerb zwischen Suchmaschinen, in: *Immenga, Ulrich/Körber, Torsten* (Hrsg.), Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, Referate der 5. Göttinger Kartellrechtsgespräche vom 22. Januar 2016, S. 123–146, Baden-Baden 2016.
- Kadar, Massimiliano/Bogdan, Mateusz*, 'Big Data' and EU Merger Control, A Case Review, 8 J. Euro. Comp. L. & Pract. 479 (2017).
- Kahneman, Daniel*, Thinking, Fast and Slow, London 2012.
- Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack L./Thaler, Richard H.*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, 5 J. Econ. Perspectives 193 (1991).
- Kalimo, Harri/Majcher, Klaudia*, The concept of fairness, linking EU competition and data protection law in the digital marketplace, 42 Euro. L. Rev. 210 (2017).
- Kaplow, Louis*, Why (Ever) Define Markets?, 142 Harvard L. Rev. 437 (2010).
- Katz, Michael/Sallet, Jonathan*, Multisided Platforms and Antitrust Enforcement, 127 Yale L. J. 2142 (2018).
- Katz, Michael L./Shapiro, Carl*, Network Externalities, Competition, and Compatibility, 75 Am. Econ. Rev. 424 (1985).
- Katz, Michael L./Shapiro, Carl*, Technology Adoption in the Presence of Network Externalities, 94 J. Pol. Econ. 822 (1986).
- Kehder, Christiane*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, Baden-Baden 2013.
- Kerber, Wolfgang*, Wettbewerbspolitik, in: *Apolte, Thomas/Bender, Dieter/Berg, Hartmut u. a.* (Hrsg.), Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik, Band 2, S. 369. 9. Aufl., München 2007.
- Kerber, Wolfgang*, Governance of Data, Exklusive Property vs. Access, IIC 2016, 759.
- Kern, Benjamin René*, Innovation Markets, Future Markets, or Potential Competition: How Should Competition Authorities Account for Innovation Competition in Merger Reviews?, W. Comp. 2014, 173.
- Kersting, Christian/Dworschak, Sebastian*, Win-Win-Situation auf mehrseitigen Märkten: Google muss nicht zahlen!, ZUM 2016, 840.
- Khan, Lina M.*, Amazon's Antitrust Paradox, 126 Yale L. J. 710 (2017).
- Khan, Lina M.*, Sources of Tech Platform Power, 2 Geo. L. Tech. Rev., 325–334. (2018).
- Khan, Lina M.*, The New Brandeis Movement, America's Antimonopoly Debate, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract. 131 (2018).
- Khan, Lina M.*, The separation of platforms and commerce, 119 Columbia L. Rev. 973 (2019).
- Klasse, Max/Wiethaus, Lars*, Digitalisierungsvorschriften in der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 354–362.
- Klau, Siegfried*, Zur Praxis der Fusionskontrolle, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und zum Diskriminierungsverbot, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 1987/88, Heft 132, S. 51, Köln, München 1989.

- Klawitter, Christian*, Lizenzverträge: EU- und deutsches Kartellrecht, in: *Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 14. 3. Aufl., München 2016.
- Knebel, Sophie Victoria*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in sozialen Netzwerken, in: *Mittwoch, Anne-Christin/Klappstein, Verena/Botthof, Andreas u. a.* (Hrsg.), Netzwerke im Privatrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2015, Marburger Tagung 2.-5. September 2015, S. 189–219, Stuttgart 2015.
- Knieps, Günter*, Wettbewerbsökonomie, Regulierungstheorie, Industrieökonomik, Wettbewerbspolitik, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2005.
- Knöpfle, Robert*, Die Bedeutung des Substitutionswettbewerbs für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung - eine ungelöste Frage des Kartellrechts, NJW 1990, 1219.
- Knöpfle, Robert*, Ist es für die Beurteilung, ob ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hat, notwendig, den relevanten Markt zu bestimmen?, DB 1990, 1385–1393.
- Koenigs, Folkmar*, Der BGH zum Substitutionswettbewerb, WuW 1985, 876.
- Köhler, Helmut*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), 126.
- Korah, Valentine*, Compagnie Maritime Belge, Collective dominant position and exclusionary pricing, in: *Dory, Marianne/Walsche, Aline de* (Hrsg.), Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, S. 1101, Brüssel 1999.
- Körber, Torsten*, Machtmissbrauch durch Android?, Zum Wettbewerb auf den Märkten für mobile Betriebssysteme und Anwendungen, NZKart 2014, 378.
- Körber, Torsten*, Ist Wissen Marktmacht?, Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, "Datenmacht" und Kartellrecht, in: *Immenga, Ulrich/Körber, Torsten* (Hrsg.), Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, Referate der 5. Göttinger Kartellrechtsgespräche vom 22. Januar 2016, S. 81–122, Baden-Baden 2016.
- Körber, Torsten*, „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht - Teil 1, NZKart 2016, 303.
- Körber, Torsten*, „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht - Teil 2, NZKart 2016, 348.
- Körber, Torsten*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93.
- Korch, Stefan*, Haftung und Verhalten, Tübingen 2015.
- Krattenmaker, Thomas G./Lande, Robert H./Salop, Steven C.*, Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law, 76 Georgetown L. Rev. 241 (1987).
- Kumkar, Lea Katharina*, Vertikale Beschränkungen im Plattformvertrieb - Ist die Vertikal-GVO gerüstet für die Plattform Revolution?, NZKart 2017, 47.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2018.
- Lancieri, Filippo Maria*, Digital Protectionism? Antitrust, data protection, and the EU/US transatlantic rift, 7 Journal of Antitrust Enforcement, 27-53 (2019).

- Landes, William M./Posner, Richard A.*, Market Power in Antitrust Cases, 94 Harvard L. Rev. 937 (1981).
- Landman, Lawrence B.*, Innovation and the Structure of Competition, 81 J. Pat. & Trademark Off. Soc. 728 (1999).
- Lang, John Temple*, European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries, 53 Fordham Int'l. L. J. 717 (1997).
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 13. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht).
- Langer, Howard*, Competition law of the United States, 2. Aufl., New York 2014.
- Larouche, Pierre*, The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation, 75 Antitrust L. J. 933 (2009).
- Lerner, Abba P.*, The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, 1 Rev. Econ. Stud. 157 (1934).
- Lerner, Andres V.*, The Role of Big Data in Online Platform Competition, verfügbar bei SSRN, <https://ssrn.com/abstract=2482780> (2014).
- Lessig, Lawrence*, The Future of Ideas, The Fate of the Commons in a Connected World, New York 2001.
- Lettl, Tobias*, Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, § 19 GWB und Rechtsbruch, WuW 2016, 214.
- Levine, Michael E.*, Price Discrimination Without Market Power, 19 Yale J. Reg. 1 (2002).
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen* (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 3. Aufl., München 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht).
- Louven, Sebastian*, Datenmacht und Zugang zu Daten, NZKart 2018, 217.
- Louven, Sebastian*, Braucht es mehr materielles Kartellrecht für digitale Plattformen?, ZWeR 2019, 154.
- Luchetta, Giacomo*, Is the Google Platform a two-sided market?, 9 J. Comp. L. & Econ. 185 (2013).
- Machlup, Fritz*, The Political Economy of Monopoly, Business, Labour and Government Policies, Baltimore 1952.
- Mandrescu, Daniel*, Applying EU competition law to online platforms: the road ahead - Part 2, E.C.L.R. 2017, 410.
- Mandrescu, Daniel*, Applying (EU) Competition Law to Online Platforms, Reflections on the Definition of the Relevant Market(s), W. Comp. 2018, 453–483.
- Mandrescu, Daniel*, The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms, CoRe 2018, 244.
- Mankiw, N. Gregory/Taylor, Mark P.*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl., Stuttgart 2018.
- Manne, Geoffrey A./Wright, Joshua D.*, Google and the Limits of Antitrust: The Case against the Case against Google, 34 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 171 (2011).
- Manne, Geoffrey A.*, In defence of the Supreme Court's 'single market' definition in Ohio v American Express, 7 Journal of Antitrust Enforcement 104-127 (2019).

- Marini-Balestra, Federico/Tremolada, Riccardo*, Case Comment: Digital markets and merger control: balancing big data and privacy against competition law - a comment on the European Commission's Decision in the Microsoft/LinkedIn Merger, *E.C.L.R.* 2017, 337.
- Massarotto, Giovanna*, From Standard Oil to Gooogle: How the Role of Antitrust Law Has Changed, *W. Comp.* 2018, 396–418.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Badura, Peter* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, München verschiedene Jahrgänge (zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar).
- Meier, Gert*, Verfassungsfragen der kartellrechtlichen Vermutungs- und Beweislastregeln, *ZHR* 145 (1981), 393–431.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014.
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan* von (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK).
- Monopolkommission, VI. Hauptgutachten, BT Drs. 10/5860 Bonn. 1985.
- Monopolkommission, LXVIII. Sondergutachten: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten der Monopolkommission gem. § 44 Abs. 1 S. 4 GWB Bonn. 2015.
- Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten: Wettbewerb 2018 Bonn. 2018.
- Monteleone, Shara*, Addressing the 'Failure' of Informed Consent in Online Data Protection: Learning the Lessons from Behaviour-Aware Regulation, 43 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 69 (2015).
- Monti, Giorgio*, The Concept of Dominance in Article 82, 2 *Euro. Comp. J.*, 31–52. (2006).
- Möschel, Wernhard*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983.
- Möschel, Wernhard*, Anmerkungen zur Pressefusionskontrolle, *AG* 1986, 187.
- Mundt, Andreas*, "Kartellrecht 4.0" - das Bundeskartellamt und die Digitalisierung, *WuW* 2016, 269.
- Muysert, Paul*, Price discrimination - an unreliable indicator of market power, *E.C.L.R.* 2004, 350.
- Nelson, Phillip*, Information and Consumer Behaviour, 78 *J. Polit. Econ.* 311 (1970).
- Newman, John M.*, Antitrust in Zero-Price Markets, *Applications*, 94 *Wash. U. L. Rev.* 49 (2016).
- Newman, Nathan*, Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data, 31 *Yale J. Reg.* 401 (2014).
- Niels, Gunnar/Jenkins, Helen/Kavanagh, James*, Economics for competition lawyers, Oxford, New York 2011.
- Nuys, Marcel*, "Big Data" - Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht, *WuW* 2016, 512.

- O'Donoghue, Robert/Padilla, A. Jorge*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. Aufl., Oxford, Portland, OR 2013.
- OECD, Exploring the Economics of Personal Data, A survey of methodologies for measuring monetary value Paris. 2013.
- OECD, Quality considerations in digital zero-price markets Paris. 2018.
- Ohlhausen, Maureen K./Okuliar, Alexander P.*, Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy, 80 Antitrust L. J. 121 (2015).
- Özcan, Mutlu/Clemens, Georg*, The relevance of Supply-Side Substitutability for Big Data, Concurrences 2018(4).
- Paal, Boris*, Daten und Kartellrecht, NZKart 2018, 157.
- Paal, Boris/Hennemann, Moritz*, Big Data im Recht, Wettbewerbs- und daten(schutz)rechtliche Herausforderungen, NJW 2017, 1697.
- Paal, Boris/Hennemann, Moritz*, Meinungsvielfalt im Internet, Regulierungsoptionen in Ansehung von Algorithmen, Fake News und Social Bots, ZRP 2017, 76.
- Palandt, Otto* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt BGB).
- Pasquale, Frank*, Paradoxes of Digital Antitrust, Why the FTC failed to explain its inaction on search bias, Harvard J. L. & Tech. Occasional Paper Series (Juli 2013), 1–20.
- Patterson, Mark R.*, Google and Search-Engine Market Power, Harv. J. L. & Tech. Occasional Paper Series July 2013.
- Patterson, Mark R.*, Antitrust Law in the New Economy, Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information, Cambridge, MA 2017.
- Peitz, Martin*, Marktplätze und indirekte Netzwerkeffekte, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2006, 317.
- Perelman, Michael*, Retrospectives: Schumpeter, David Wells, and Creative Destruction, 9 J. Econ. Perspectives 189 (1995).
- Petersen, Jens/Medicus, Dieter*, Bürgerliches Recht, 26. Aufl., München 2017.
- Petit, Nicolas*, Technology Giants, the "Moligopoly" Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502> (zuletzt abgerufen am 27.09.2018).
- Pike, Chris*, Introduction and key findings, in: OECD (Hrsg.), Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), S. 9.
- Podszun, Rupprecht*, The pitfalls of market definition, towards an open and evolutionary concept, in: *Di Porto, Fabiana/Podszun, Rupprecht* (Hrsg.), Abusive Practices in Competition Law, Cheltenham, UK 2018.
- Podszun, Rupprecht/Franz, Benjamin*, Was ist ein Markt? - Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht, NZKart 2015, 121.
- Podszun, Rupprecht/Kersting, Christian*, Eine Wettbewerbsordnung für das digitale Zeitalter: wie lässt sich die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht modernisieren?, ZRP 2019, 34.
- Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan*, Digital Platforms and Competition Law, Eu-CML 2016, 33.

- Podszun, Rupprecht/Schwalbe, Ulrich, Digitale Plattformen und GWB-Novelle: Überzeugende Regeln für die Internetökonomie?, NZKart 2017, 98–106.
- Pohlmann, Petra/Wismann, Thomas, Digitalisierung und Kartellrecht, Der Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, NZKart 2016, 555.
- Pohlmann, Petra/Wismann, Thomas, Markt, Marktmacht und Transaktionswert-schwelle in der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 257–261.
- Popofsky, Mark S., Defining Exclusionary Conduct, Section 2, The Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules, 73 Antitrust L. J. 435 (2006).
- Posner, Richard A., Antitrust in the New Economy, 68 Antitrust L. J. 925 (2001).
- Prescott, Edward C., Efficiency of the Natural Rate, 83 J. Pol. Econ. 1229 (1975).
- Price, Richard G., Market Power and Monopoly Power in Antitrust Analysis, 75 Cornell L. Rev. 189 (1989).
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, 10. Aufl., Köln 2015 (zitiert: Bearbeiter, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB).
- Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2011.
- Ratliff, James D./Rubinfeld, Daniel L., Is there a market for organic search engine results and can their manipulation give rise to antitrust liability?, 10 J. Comp. L. & Econ. 517 (2014).
- Rempe, Christoph, Marktmissbrauch durch Datenschutzverstöße, K&R 2017, 149.
- Reyna, Agustin/Martin, David, Online Gatekeeping and the Google Shopping Antitrust Decision, The Beginning of the End or the End of the Beginning?, European Competition and Regulatory Law Review 2017, 204.
- Rhoades, Stephen A., Market share as a source of market power: Implications and some evidence, 37 J. Econ. Bus. 343 (1985).
- Ritter, Cyrill, Antitrust in Two-Sided Markets, Looking at the U.S. Supreme Court's Amex Case from an EU Perspective, 10 J. Euro. Comp. L. & Pract. 172 (2019).
- Ritter, Cyrill, Presumptions in EU competition law, 6 Journal of Antitrust Enforcement 189-212 (2018).
- Ritter, Lennart/Braun, W. David, European Competition Law, A Practitioner's Guide, 3. Aufl., Den Haag 2004.
- Rittner, Fritz/Dreber, Meinrad/Kulka, Michael, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, 8. Aufl., Heidelberg 2014.
- Rochet, Jean-Charles/Tirole, Jean, Platform Competition in Two-Sided Markets, 1 J. Euro. Econ. Ass., 990–1029. (2003).
- Rochet, Jean-Charles/Tirole, Jean, Two-sided markets: a progress report, 37 RAND J. Econ. 645 (2006).
- Rohlf's, Jeffrey, A Theory of Interdependent Demand for a Communications Service, 5 Bell J. Econ. & Manag. Sci., 16. (1974).
- Rosenzweig, Roy, Wizards, Bureaucrats, Warriors, and Hackers: Writing the History of the Internet, 103 American Historical Review 1530 (1998).

- Roth, Wulf-Henning*, The "More Economic Approach" and the Rule of Law, in: *Schmidtchen, Dieter/Albert, Max/Voigt, Stefan* (Hrsg.), The More Economic Approach to European Competition Law, S. 37, Tübingen 2007.
- Rysman, Marc*, An Empirical Analysis of Payment Card Usage, 55 J. Ind. Econ. 1 (2007).
- Rysman, Marc*, The Economics of Two-Sided Markets, 23 J. Econ. Perspect., 125. (2009).
- Säcker, Franz-Jürgen*, Abschied vom Bedarfsmarkt-konzept, Zur Erfassung wettbewerbsrelevanter Produktmärkte mit Hilfe des Wirtschaftsplankonzeptes, ZWeR 2004, 1.
- Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., München 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB).
- Sandrock, Otto*, Grundprobleme der sachlichen Markt- abgrenzung, in: *Merz, Hans/Schluep, Walter R.* (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, S. 449, Bern 1980.
- Sauermann, Martin*, Digitalisierung und unentgeltliche Angebote im Kartellrecht, ZWeR 2018, 341.
- Schaefer, Maximilian/Sapi, Geza/Lorincz, Szabolcs*, The Effect of Big Data on Recommendation Quality, The Example of Internet Search, DIW Berlin Discussion Papers 1730 (2018).
- Scharf, Arno*, Exploitative business terms in the era of big data - the Bundeskartellamt's Facebook decision, E.C.L.R. 2019, 332.
- Schepp, Nils-Peter/Wambach, Achim*, On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment, 7 J. Euro. Comp. L. & Pract., 120-124. (2016).
- Scherer, F. M./Ross, David*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Aufl., Boston 1990.
- Schmalensee, Richard*, Another Look at Market Power, 95 Harvard L. Rev. 1789 (1982).
- Schmalensee, Richard*, Antitrust Issues in Schumpeterian Industries, 90 Am. Econ. Rev. 192 (2000).
- Schmalensee, Richard*, Inter-Industry Studies of Structure and Performance, in: *Schmalensee, Richard/Willig, Robert* (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, S. 951, Amsterdam u.a. 2005.
- Schmidt, Eric/Cohen, Jared*, The New Digital Age, Transforming Nations, Business and our Lives, New York 2014.
- Schmidt, Hedvig*, Market power - the root of all evil?, A comparative analysis of the concepts of market power, dominance and monopolisation, in: *Ezrachi, Ariel* (Hrsg.), Research Handbook on International Competition Law, S. 369, Cheltenham, U.K, Northampton, MA 2012.
- Schmidt, Ingo/Haucap, Justus*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl., München 2013.
- Schmidt, Stefan*, Web-Tracker und Kartellrecht, WuW 2016, 572.

- Schneider, Egon*, Logik für Juristen, Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, Berlin, Frankfurt am Main 1965.
- Schneider, Giulia*, Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook, 9 J. Euro. Comp. L. & Pract., 213. (2018).
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hrsg.), StGB Kommentar, 29. Aufl., München 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB).
- Schrepel, Thibault*, A Conversation with Michael Spence, Concurrentialiste Review 2018, 17.
- Schröter, Helmuth/Jakob, Thina/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, Großkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht).
- Schultze, Jörg-Martin/Pautke, Stephanie/Wagener, Dominique S.*, Vertikal-GVO, Praxis-kommentar, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2011.
- Schwalbe, Ulrich*, Wirtschaftsnobelpreis für Jean Tirole, NZKart 2014, 421.
- Schwarz, Claudia*, Rechtfertigen rechtsdogmatisch schwierige Fragen die Abschaffung von „Software-Patenten“?, GRUR 2014, 224.
- Schweitzer, Heike/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang/Welker, Robert*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Berlin 2018.
- Schweitzer, Heike/Peitz, Martin*, Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?, NJW 2018, 275.
- Shelanski, Howard A.*, Information, Innovation, and competition policy for the internet, 161 U. Penn. L. Rev. 1663 (2013).
- Sly, Oz*, How Many Cards Do You Use?, Federal Reserve Bank of Boston, Working Paper 13-13 (2013).
- Silva, Isabelle de*, Assessing online platform mergers, Taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the digital economy, Concurrances 2018 (2), 39.
- Simonite, Tom*, MIT Technology Review, Moore's Law Is Dead. Now What? (13.05.2016).
- Sivinski, Greg/Okuliar, Alex/Kjolbye, Lars*, Is big data a big deal? A competition law approach to big data, 13 Euro. Comp. J., 199–227. (2017).
- Song, Minjae*, Estimating Platform Market Power in Two-Sided Markets with an Application to Magazine Advertising, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=1908621>, zuletzt abgerufen am 10.4.2018 2011.
- Spence, Michael*, The Next Convergence, The Future of Economic Growth in a Multispeed World, New York 2011.
- Stadler, Christoph*, Individuelle Beherrschung desselben Marktes durch mehrere Unternehmen?, in: Studienvereinigung Kartellrecht (Hrsg.), Kartellrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag, S. 441, München 2012.

- Stakheyeva, Hanna/Toksoy, Fevzi M.*, Merger control in the big data world, to be or not to be revisited?, E.C.L.R. 2017, 265.
- Stallibrass, David/Pang, Sharon*, Clash of Titans: How China Disciplines Internet Markets, 6. J. Euro. Comp. L. & Pract. 418 (2015).
- Stancke, Fabian*, Kartellrecht 4.0 und die Frage der Balance, NZKart 2018, 285.
- Steinmann, Sabrina/Schubmehl, Silvan*, Vertraglicher Geheimnisschutz im Kunden-Lieferanten-Verhältnis – Auswirkungen der EU-Geheimnisschutz-RL am Beispiel der Automobilindustrie, CCZ 2017, 194.
- Steppe, Richard*, Online price discrimination and personal data: a General Data Protection Regulation perspective., 33 C.L.S. Rev. 768 (2017).
- Stotz, Rüdiger*, Die Rechtsprechung des EuGH, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, § 22. 3. Aufl., Berlin, München, Boston 2015.
- Stucke, Maurice E./Ezrachi, Ariel*, When Competition Fails to Optimize Quality, A Look at Search Engines, 18 Yale J. L. & Tech., 70–111. (2016).
- Stucke, Maurice E./Grunes, Allen P.*, Big Data and Competition Policy, Oxford 2016.
- Stylianou, Konstantinos*, Is Google really a monopolist?, Competition Law Insight 2017, 16(9), 4.
- Surblyte, Gintare*, Data-Driven Economy and Artificial Intelligence, Emerging Competition Law Issues, WuW 2017, 120–127.
- Tanke, Maren*, Marktmacht in digitalen Märkten nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2018, 503.
- Taube, Monika*, Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für "relativ marktstarke" Unternehmen, Wettbewerbs- oder individualschützende Funktion des § 20 Abs. 2 GWB, Berlin 2006.
- Telle, Sebastian*, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten, WRP 2016, 814.
- Telle, Sebastian*, Daten und FRAND - Regulatorische Bedingungen von Datenzugangsverhältnissen, in: *Taeger, Jürgen* (Hrsg.), Recht 4.0, Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, S. 421, Edewecht 2017.
- Thépot, Florence*, Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Marktes, W. Comp. 2013, 195.
- Thomas, Stefan*, Wettbewerb in der digital economy, Verbraucherschutz durch AGB-Kontrolle im Kartellrecht?, NZKart 2017, 92.
- Tierney, Jim*, Reflections on US v Bazaarvoice, The Antitrust Division signals its readiness to litigate closed mergers, in: *Knox, Ron* (Hrsg.), The Obama Trials, The US Antitrust Agencies in the Courtroom, 2009-2017, S. 91, London 2017.
- Todd, Patrick F.*, Out of the box, illegal tying and Google's suite of apps for the Android OS, 13 Euro. Comp. J., 62–92. (2017).
- Völcker, Sven*, Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview, 41 C.M.L.R. 1027 (2004).
- Völcker, Sven*, § 12 Beweisrecht, in: *Kamann, Hans-Georg/Ohlhoff, Stefan/Völcker, Sven* (Hrsg.), Kartellverfahren und Kartellprozess, Handbuch, S. 214, München 2017.

- Volmar, Maximilian*, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen, ZWeR 2017, 386.
- Volmar, Maximilian*, Märkte ohne Geld?, Der kartellrechtliche Marktbegriff im Licht der Digitalisierung, in: *Wieczorek, Mirko Andreas* (Hrsg.), Digitalisierung - Rechtsfragen rund um die digitale Transformation der Gesellschaft, Tagungsband Liberale Rechtsakademie 2018, S. 51–66, Göttingen 2018.
- Volmar, Maximilian*, Märkte ohne Geld – Der kartellrechtliche Marktbegriff im Zeitalter der Digitalisierung, WRP 2019, 582–587.
- Volmar, Maximilian*, Ohio v. American Express: Der US Supreme Court entscheidet zur Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen, WuW 2019, 11–16.
- Volmar, Maximilian/Helmdach, Katharina*, Protecting Consumers and their Data through Competition Law? Rethinking Abuse of Dominance in Light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation, Euro. Comp. J. 2018, 195–215.
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV, AEUV, Grundrechte-Charta, 7. Aufl. 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: v. d. Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht).
- Wagemann, Markus*, § 16 Die materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen, in: *Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts. 3. Aufl., München 2016.
- Waksman, Alexander M.*, Multi-sided platforms, three questions for antitrust, E.C.L.R. 2019, 207.
- Wandtke, Artur Axel*, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, Diskussion des Warencharakters aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht, MMR 2017, 6–12.
- Ward, Patrick R.*, Testing for Multisided Platform Effects in Antitrust Market Definition, 84 U. Chicago L. Rev. 2059 (2017).
- Weber, Max*, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922.
- Weber, Rolf H.*, Information at the crossroads of competition and data protection law, ZWeR 2014, 169.
- Wei, Huang/Guizhen, Han*, Relevant Market Definition and Market Dominance Identification in 3Q War, Competition Law Insight 11(1) 2015, 62.
- Werden, Gregory J.*, Competition Policy on Exclusionary Conduct, Toward an Effects-Based Analysis?, 2 Euro. Comp. J., 53. (2006).
- Werden, Gregory J.*, Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The No Economic Sense Test, 73 Antitrust L. J. 413 (2006).
- Wiedmann, Daniel/Jäger, Tobias*, Bundeskartellamt gegen Facebook, Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße?, K & R 2016, 217.
- Wingarter, Eugen*, Abgrenzung des relevanten Marktes, Notwendig, nützlich, überflüssig? Eine interdisziplinäre Untersuchung der Bedeutung der Marktabgrenzung und des ökonomischen Konzepts der Marktmacht für die Bestimmung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens gemäß Art. 102 AEUV, Baden-Baden 2016.

- Wirtz, Markus/Schulz, Max, Innovationswettbewerb in der Fusionskontrolle, Bayer/Monsanto und Dow/DuPont, NZKart 2019, 20.
- Wismer, Sebastian/Rasek, Arno, Market definition in multi-sided markets (OECD Note), 26.05.2017.
- Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 22. Aufl., München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK Datenschutzrecht).
- Wright, Joshua D., Defining and Measuring Search Bias, Some Preliminary Evidence, George Mason University Law and Economics Research Paper Series 12-14 (2011).
- Wright, Julian, One-Sided Logic in Two-Sided Markets, 3 Rev. Network Econ. 44 (2004).
- Wurmnest, Wolfgang, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 94, 2. Aufl., Tübingen 2012.
- Yun, John M., Understanding Google's Search Platform and the Implications for Antitrust Analyses, 14 J. Comp. L. & Econ. 311 (2018).
- Zander-Hayat, Helga, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403.
- Zimmer, Daniel, Marktmacht, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, S. 1173, Tübingen 2006.

