

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 Marktmachtbestimmung 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 von einander 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 CEAHR-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 Plattformtypen 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 Preisernhöhung 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 Nachfrageraktionen erfasse. Tatsächlich aber wird im Rahmen des Tests die Nachfrage über mehrere Jahre beobachtet. Außerdem muss die Preiserhöhung dauerhaft aufrechterhalten werden 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 markexterne 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 – ggf. 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 Macht-position aufzubauen. Diese Form der Marktmacht muss insbesondere bei Internetplattformen beachtet werden, da sich hier in Gestalt der „GAFA“s – 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 potentiell 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 Marktmachtmisbrauch 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 Missbrauchsabsicht vergangenes Verhalten beurteilt. Daher führt die Dynamik der Internetbranche zu Recht in der Missbrauchsabsicht 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. Wechselt 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 vorstatten 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 „così 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 Ausbeutungsmissbräuchen 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 vergleiche. 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 Systems 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 CEAHR-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-Werbemarkt. 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 Rsp. 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. *Blaschczok*, 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 Marktbegriff 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, Marktmachtmisbrauch 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 bottlenecks 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

Schweizer/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 eingebbracht, 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 *Schweizer/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)).

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 *Hahne*, Das Erfordernis der Marktabgrenzung aus rechtlicher und ökonomischer Sicht, 228 ff.; *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 126; *Wurmmest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 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 ggf. 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 unschwer 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/Hauicap/Kerber/Welker fordern einen verhaltensbasierten Ansatz und halten eine Gesetzesänderung für nicht erforderlich. Vielmehr sollte die Rsp. zu § 18 GWB entsprechend weiterentwickelt werden.¹⁶⁷⁷ Denkbar wäre allenfalls eine Vermutung zugunsten des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei Ausbeutungsmissbräuchen oder eine Berücksichtigung des Unternehmensverhaltens in einem neuen § 18 Abs. 3 Nr. 9 GWB:

„9. das Verhalten des Unternehmens im Falle eines Ausbeutungsmissbrauchs.“

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/Hauicap/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 abzgrenzen, 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. Naheliegend 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 *Louven*, 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 Marktbewaltung 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 Oligopolis wird zudem be-

1685 Schweizer/Haucap/Kerber u. a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 59 ff.

1686 Elhauge/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); Wingerter, Abgrenzung des relevanten Marktes, 204.

1687 Elhauge/Geradin, Global Competition Law and Economics, 276; Wingerter, Abgrenzung des relevanten Marktes, 204 f.

1688 Werden, 2 Euro. Comp. J., 53, 55 (2006); Wingerter, 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 substanziale 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 Schweizer/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/Mösche, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 120.

1690 Schweizer/Haucap/Kerber u. a., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 173.

1691 So Ellger, ZWeR 2018, 272, 283.

1692 Schweizer/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 ggf. 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.

