

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, BTDr. 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 *dead-weight 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.

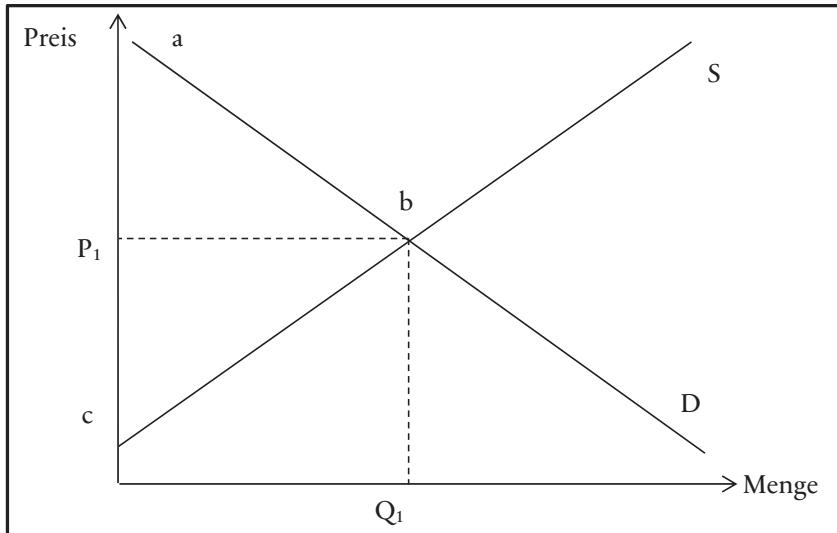
225 Blair/Carruthers, in: Hylton, Antitrust Law and Economics, 64, 67 f.

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

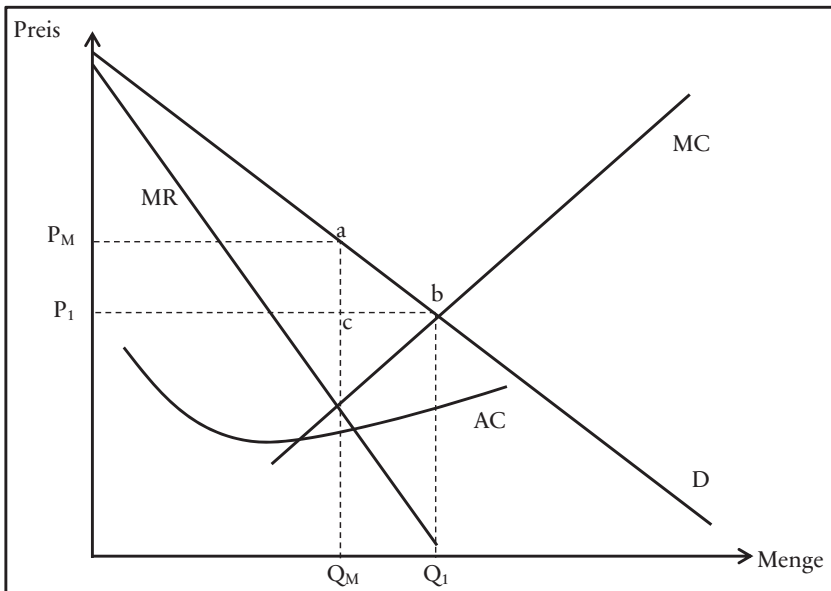
227 Abrar, Notwendigkeit einer sektorspezifischen Fusionskontrolle?, 56 ff; Blair/Carruthers, in: Hylton, Antitrust Law and Economics, 64, 65 ff; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 3 Rn. 16.

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 Sauer mann, 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 Inhaltenanbieter 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 Inhaltenanbieters: 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 Inhaltenanbieters, 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 Inhaltenanbietern 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 Inhaltenanbieter – Produktvergleichsseiten – in seinen Suchergebnissen herabgestuft.²⁷⁶ Dieses missbräuchliche Verhalten betraf die Beziehung zwischen der Suchmaschine und den Inhaltenanbietern. Demnach hätte geprüft werden müssen, ob diese Beziehung einen Markt darstellt. In diesem Markt geht es den Inhaltenanbietern 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*.

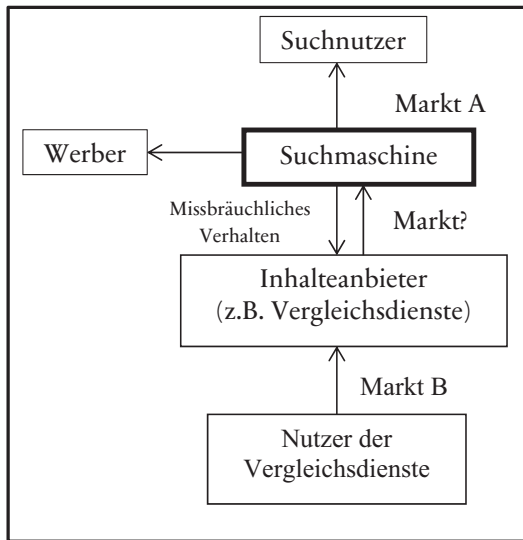
275 Kommission, 27.06.2017, AT.39740, Rn. 159 – *Google Shopping*.

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; *Hoppertz*, 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 Marktbegriff 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 Spenden Erlöse 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*, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 128 ff.

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

306 *Holzweber*, Der Marktmachttransfer 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 Erwerbszweck der Tätigkeit anzunehmen ist.“³¹⁰

Das Amt fordert damit einen einheitlichen Erwerbszweck 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 Erwerbszweck 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) Marktbegriff und Unternehmensbegriff

Der Marktbegriff 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 Marktbegriff und der Unternehmensbegriff 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 Marktbereichsherrschaft 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“. 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“. ³²⁰ 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 ausgelöst 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 Wettbewerbs ³²² – 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*, Marktmachtmisbrauch 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 Marktbegriff mit Wettbewerbsbezug zugrunde gelegt werden. Eine Auslegung des Marktbegriffs, der Berührungspunkte der Wettbewerbsfreiheit ausklammert, würde Art. 12 Abs. 1 GG widersprechen.

Diese Auslegung des Marktbegriffs 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 *Lettl*, 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 Marktbegriff 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 wettbewerbllicher 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 Inhalteanbietern und der Suchmaschine für den Wettbewerb unter den Inhalteanbietern 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 Berechtigung

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 – *VL-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 wettbewerbslich 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 wettbewerbslich 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 wettbewerbsliche 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/wettbewerbsbshueter-facebook-geht-vor-gericht-gegen-bundeskartellamt-vor/23992898.html?ticket=ST-42501-e1eYBVkhSU6kVMG5jEz2-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 („proptertisation“)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 *Stakhayeva/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 einzugrenzen.

Eine vierte Ansicht vertritt einen offenen Marktbegriff, der jedoch aussernd 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 Marktbegriff 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 Marktbegriff 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 teilnähmen.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/Immowelt*.

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 *Podszun/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

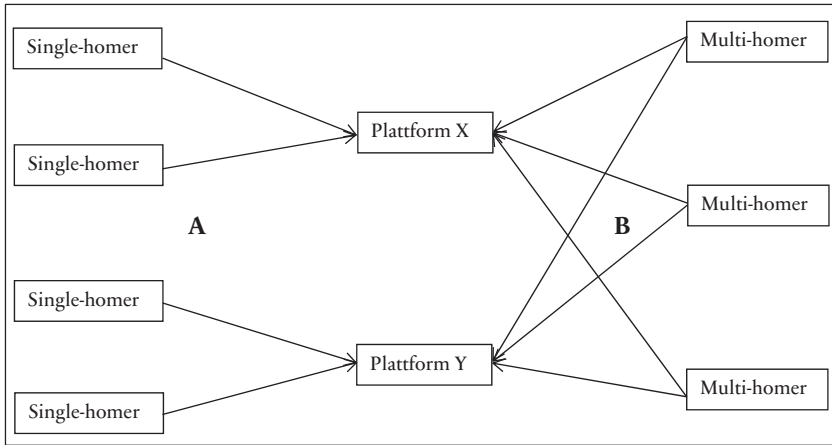
471 *Armstrong*, 37 RAND J. Econ., 668, 678 (2006); *Katz/Sallet*, 127 Yale L. J. 2142, 2155–2156 (2018).

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 positive 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); *Wismar/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 *Wismar/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 Gebühren-erhöhung 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); *Shy*, 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; Hahne, 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/Botthof 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 rechtfertige.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*, Marktmachtmisbrauch 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 Inhaltenanbieters 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 Werbeplattform ein Matching herbeiführt?

Viele Plattformen vermitteln ein Matching und finanzieren sich gleichzeitig durch Werbung. Die Videoplattform YouTube ermöglicht es beispielsweise, dass Inhaltenanbieter ihre Videos hochladen können, sodass jeder Internetnutzer sie sehen kann. Die Plattform vermittelt damit ein Matching zwischen Inhaltenanbietern 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 Werbeplattform vorliegt.⁵³⁵ Man kann die Plattformen daher nicht für jeden Sachverhalt abstrakt als Matching- oder Werbeplattform 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 Werbeplattform. Diese Ebenen müssen separat betrachtet werden.⁵³⁶ Insofern muss die Plattformtheorie 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 Werbeplattform 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 Marktmachtbestimmung 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 Marktmachttransfer 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.

run gen 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 CEP-SA-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, BTDr. 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 Bedarfmarktkonzept 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 Bedarfmarktkonzeptes 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 wettbewerbsfalsch 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 Marktabgrenzung.⁵⁹³ Daher kann sich das Amt nicht darauf berufen, bei einer einheitlichen Marktabgrenzung das Bedarfsmarktkonzept anzuwenden.

In jüngerer Praxis verwendet das BKartA die Plattfortmtypologie an weniger prominenter Stelle. So betont es in *Facebook*, dass jede Marktabgrenzung dem Bedarfsmarktkonzept zu folgen habe und eine einheitliche Marktabgrenzung 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 Plattfortmtypen eingeordnet werden müssen. Das Kriterium der Reziprozität ist klarer und einfacher.

Statt an bestimmten Plattfortmtypen orientiert sich diese Regel an den vorhandenen Wettbewerbskräften und insbesondere an den wirkenden

600 Vgl. Katz/Sallet, 127 Yale L. J. 2142, 2157 (2018); Wismer/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.

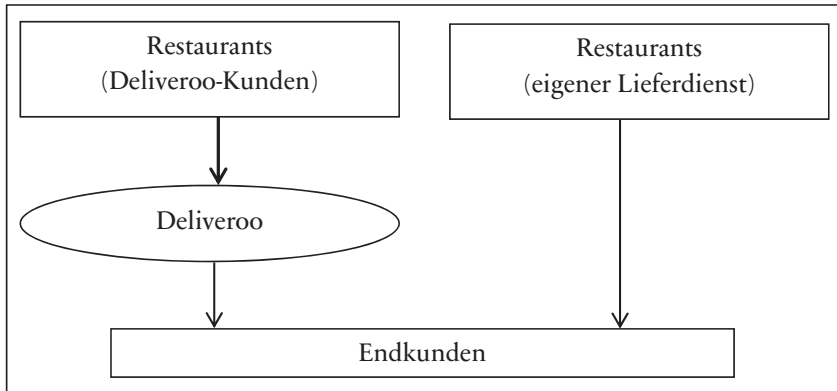
dem Hotel zu buchen. Sind an dieser Interaktion die gleichen Parteien wie bei dem Plattformangebot beteiligt und ist der Direktvertrieb aus ihrer Sicht austauschbar, so ist der Umsatz über diesen Direktvertriebskanal ebenfalls im Plattformmarkt als Marktanteil zu berücksichtigen. Dann ist der Umsatz 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/sell-er-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 Plattfortmptypen 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.

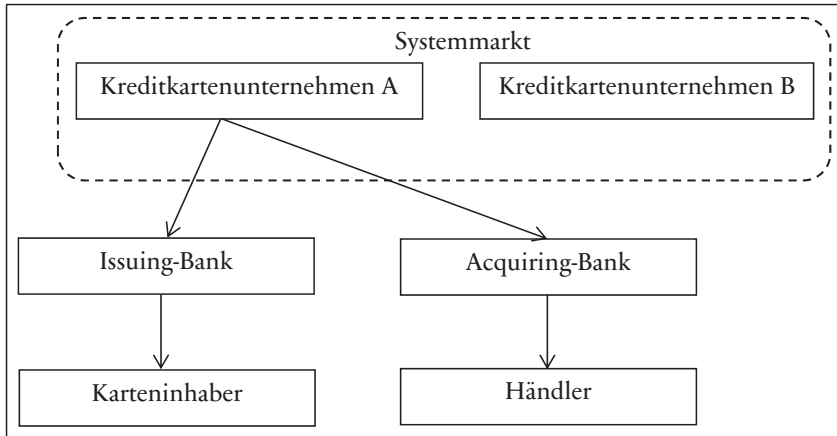
Die Kommission beurteilte den Fall jedoch anders. Sie grenzte keinen einheitlichen Markt für Kreditkartenunternehmen ab, in dem Kreditkartenunternehmen als Intermediäre zwischen Karteninhabern und Händlern tätig sind. Vielmehr gebe es erstens einen „Systemmarkt“, indem die Kreditkartenunternehmen untereinander 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 Carbonnel, 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 Werbeplattform 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 Werbeplattform 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 Werbeplattformen 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); *Kehder*, 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 kompen-

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*, Marktmachtmisbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 137.

669 *Blaszczyk*, 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 *Blaszczyk*, 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 erwiese“.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 entsprächen. 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/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).

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/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/Verbraucherpreisindizes/Methoden/Downloads/HedonischeMethodenUpdate.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 *Wismar/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; *Wismar/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 kurzsichtigen 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, 44f.; *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); *Habbe*, 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 Werbeplattformen 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 *Blaschczok* 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; *Wismar/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 *Blaschczok*, 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 Werbeplattformen 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 denjenigen 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 Individualisierungsgrad. 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

Blaschczok 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 *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 74 f.

738 *Filistrucchi/Geradin/van Damme u. a.*, 10 J. Comp. L. & Econ. 293, 332 (2014).

739 *Blaschczok*, 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 Erst-recht-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 Marktabgrenzung 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 Marktabgrenzung 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 Decrea-

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 Binnenmarktpjekts 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 *Ahlenstiehl*, 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 *Ahlenstiehl*, 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 Kommission, 18.02.2010, COMP/M.5727, Rn. 88 ff. – *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 („EWK“) 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.