

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN



Forschungsinstitut für Recht und digitale Transformation

Working Paper Series

2019

**Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für
marktmächtige Unternehmen**

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale)
(zusammen mit Prof. Dr. Justus Haucap, Prof. Dr. Wolfgang Kerber und
Robert Welker)

Working Paper No. 5

Zitiervorschlag: Heike Schweitzer et. al., „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“, Working Paper No. 5 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation (2019).



DICE Consult

Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen

Endbericht

Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi)

Projekt Nr. 66/17

Heike Schweitzer / Justus Haucap / Wolfgang Kerber / Robert Welker

Abgabe: 29. August 2018

Autoren:

Prof. Dr. Heike Schweitzer, Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Justus Haucap, Universität Düsseldorf

Prof. Dr. Wolfgang Kerber, Universität Marburg

Robert Welker, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Humboldt-Universität zu Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Forschungsauftrag	5
B. Neue Herausforderungen für die Missbrauchsaufsicht in der digitalen Ökonomie	6
I. „Game Changer“ in der digitalen Ökonomie: Daten, Plattformen und Informationsintermediäre.....	6
II. Missbrauchsverfahren und Reformüberlegungen auf deutscher und europäischer Ebene..	20
C. Schutzlücken im geltenden Regime der Missbrauchsaufsicht? Diskussion und Reformvorschläge	27
I. Einleitung.....	27
II. Flexibilisierung der Prüfungssystematik?.....	30
1. Marktabgrenzungserfordernis als Hindernis einer effektiven, zügigen und rechtssicheren Durchsetzung des Missbrauchsverbots auf digitalen Märkten?	30
2. Reformoption: Flexibilisierung der Prüfungsmethodik in der Missbrauchsaufsicht?	34
a) Praxis und Diskussion im US Antitrustrecht und in der ökonomischen Literatur	35
b) Flexibilisierung der Prüfungsmethodik im europäischen Wettbewerbsrecht?	37
c) Ist eine Korrektur im GWB geboten?	39
III. Allgemeine Absenkung der Eingriffsschwelle in der Missbrauchsaufsicht?.....	40
1. Einleitung: Problematische Fallgruppen	40
a) Unilaterale Verhaltensweisen (noch) nicht marktbeherrschender Unternehmen, welche auf Märkten mit starken positiven Netzwerkeffekten geeignet sind, eine Monopolisierung („Tipping“) herbeizuführen	40
b) Nicht-koordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol mit Marktverschlusswirkung ..	41
c) „Konglomerate Macht“ als eigenständige Form von Macht unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle?	41
d) Intermediationsmacht und Informationsasymmetrien.....	42
2. Übergang zum Monopolisierungsverbot nach US-amerikanischem Recht.....	43
3. SIEC-Test für die Missbrauchsaufsicht?.....	45
4. Die Bedeutung des § 20 GWB für das deutsche Kartellrecht und sein Potenzial in der Digitalökonomie	47
a) § 20 Abs. 1 GWB	48
b) § 20 Abs. 3 GWB	54
c) Reformempfehlung: Aufhebung der Beschränkung des Schutzes gegen Missbräuche relativer Marktmacht auf kleine und mittlere Unternehmen in § 20 Abs. 1 GWB	56
5. Fallgruppenübergreifende Absenkung der Eingriffsschwelle – ein Zwischenfazit.....	58

IV. Fallgruppenspezifische Absenkung der Eingriffsschwelle in der Missbrauchsaufsicht	59
1. Ist auf „Tipping“-geneigten Märkten ein rechtzeitiges Einschreiten gegen unilaterales Verhalten möglich, das die „Tipping“-Gefahr in wettbewerbswidriger Weise steigert?	59
a) Besteht eine Schutzlücke?	59
b) Schließung der Schutzlücke	62
2. Nicht-koordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol – besteht Handlungsbedarf?	64
3. „Intermediationsmacht“ – ein neuer Blick auf die Interventionschwelle bei Intermediationsplattformen?	66
a) Schutzlücken im Konzept der Angebotsmacht auf Märkten für Vermittlungsdienste – Gründe für ein neues Konzept der Intermediationsmacht	66
b) Erstreckung der Missbrauchsaufsicht auf Machtlagen zwischen „reinen“ Informationsintermediären und den von ihnen gelisteten Unternehmen	74
c) Zwischenfazit – Berücksichtigung von Intermediationsmacht in §§ 18 und 20 Abs. 1 GWB	77
d) Intermediationsmacht und Informationsmanipulationsmacht	77
4. Bedarf es neuer Konzepte zur Erfassung von „Datenmacht“ bzw. „Datenabhängigkeit“? ..	78
a) Die Berücksichtigung des Datenzugriffs in Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB	78
b) „Datenmacht“ und „Datenabhängigkeit“ in § 20 GWB	81
5. Lässt sich „konglomerate Macht“ nach geltendem Recht angemessen erfassen?	83
a) „Konglomerate Macht“ – was ist das?	83
b) Schutzlücken im geltenden Recht?	87
6. Fallgruppenspezifische Absenkung der Eingriffsschwelle – Zwischenfazit	91
V. Der Missbrauch von Marktmacht durch Plattformen	93
1. Zur Bedeutung der Missbrauchsaufsicht auf Plattformmärkten	93
2. Zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf mehrseitigen Märkten	95
3. Funktionsweise digitaler Plattformen und Missbrauchsanreize	96
4. Verhaltenspflichten von Plattformen mit kartellrechtlich relevanter Machtstellung bei vertikaler Integration	99
a) Selbstbegünstigungsverbot für marktbeherrschende, vertikal integrierte Plattformen? ..	99
b) Verbot der Ausbeutung von Informationsasymmetrien durch vertikal integrierte Plattformen mit Informationsfunktion?	102
c) Neue Regeln für missbräuchliche Verlustpreisstrategien durch Plattformen?	111
d) Verbot der Nutzung der Daten von Wettbewerbern für nicht plattform-spezifische Zwecke?	113
e) Marktübergreifende Missbrauchsstrategien konglomerat aufgestellter digitaler Plattformen?	117

f)	Zusammenfassung: Vertikal integrierte Plattformen – Schutzlücken und Reformoptionen	118
5.	Missbräuchliche Abwehrstrategien: Systematischer frühzeitiger Aufkauf von Start-ups als Marktabschottungsstrategie?	122
6.	Schlussfolgerungen zum Missbrauch von Marktmacht durch Plattformen.....	127
VI.	Datenbezogene Missbrauchsstrategien – die kartellrechtliche Begründung von Datenzugangspflichten	128
1.	Datenzugang – ökonomische Einordnung.....	128
2.	Datenzugangsansprüche auf der Grundlage der „essential facilities“-Doktrin.....	131
a)	Allgemeine Grundsätze	131
b)	Zur Unerlässlichkeit des Datenzugriffs für eine Tätigkeit auf einem angrenzenden Markt..	132
c)	Nachweis eines „neuen Produkts“	136
d)	Sachliche Rechtfertigung	138
e)	Fazit zur EFD	138
3.	Datenzugangsansprüche für Käufer/Nutzer von Primärprodukten in „Lock-in“-Konstellationen	139
4.	Zugangsansprüche für Drittanbieter	144
5.	Schutzlücken und Reformoptionen.....	147
a)	Ausgangssituation	147
b)	Gewährleistung eines breiten Zugangs zu großen Datensets für Zwecke der KI	151
c)	Gewährleistung eines Zugangs zu Daten in „Lock-in“-Konstellationen	152
d)	Datenzugang des Drittanbieters, für dessen substanzielle Wertschöpfung der Zugang zu Nutzungsdaten bezogen auf bestimmte Produkte und Dienste unerlässlich ist	155
D.	Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen.....	156
E.	Handlungsspielräume des deutschen Gesetzgebers in der Missbrauchsaufsicht – Zum Verhältnis zwischen deutschem und europäischem Recht	161
F.	Fazit.....	165
Executive Summary	168	

A. Forschungsauftrag

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat uns beauftragt, eine Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen zu erstellen.

Mit der 9. GWB-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber die Kriterien für die Bestimmung der Marktmacht von Plattformen und Netzwerken in § 18 GWB präzisiert. Die neueren Entwicklungen in der digitalen Wirtschaft werfen aber weitergehende Fragen auf. So stellt sich die Frage, ob die Schwelle für ein Eingreifen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – allgemein oder in bestimmten Fallgruppen – zu hoch angesiedelt ist und ein rechtzeitiges Eingreifen verhindert. Weiterhin ist zu klären, ob Wettbewerbsgefährdungen, wie sie mit zum Teil neuartigen unternehmerischen Strategien von marktmächtigen Unternehmen der Digitalwirtschaft einhergehen können, mit den geltenden Vorschriften der Missbrauchsaufsicht effektiv erfasst werden können. Besondere Bedeutung wird dabei möglicherweise wettbewerbswidrigen Verdrängungsstrategien vertikal integrierter Unternehmen, einem wettbewerbsbehindernden Einsatz von Portfolio- und Verbundvorteilen und dem Zugriff auf Daten bzw. der Verweigerung eines Zugangs zu Daten beigemessen.

Ziel der Studie ist es zu klären, ob die kartellrechtlichen Regeln zum Schutz vor dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht hinreichend klar und effektiv sind. Hierüber entscheiden zum einen der Anwendungsbereich und die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 AEUV und von §§ 18, 19 GWB. Besondere Aufmerksamkeit gilt daneben der Frage, ob besondere Herausforderungen der Digitalwirtschaft, denen mithilfe der genannten Normen ggfs. nicht effektiv begegnet werden kann, auf der Grundlage von § 20 GWB bewältigt werden können. Ist dies nicht der Fall, so ist zu prüfen, ob eine Weiterentwicklung des Konzepts der relativen bzw. überlegenen Marktmacht in § 20 GWB angeraten ist.

Im Rahmen der Erstellung der Studie fanden am 30.1. und am 23.7.2018 Treffen mit Mitarbeitern des Bundeskartellamts und am 18.5. ein interner Workshop im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) mit Vertretern des Ministeriums, des Bundeskartellamtes, der Monopolkommission, der Europäischen Kommission, des Handels und der Industrie sowie einigen Kartellrechtlern und Wettbewerbsökonomen statt.¹ Die Ergebnisse dieser Diskussionen sind in die Studie eingeflossen. Wir danken allen Beteiligten für die vielen außerordentlich hilfreichen Hinweise.

¹ Siehe das Programm des Workshops vom 18.5. im Annex.

Die Studie ist wie folgt aufgebaut: Sie beginnt mit einer kurzen Skizze der Veränderungen der Märkte in der digitalen Ökonomie. Diese Entwicklungen bilden den Hintergrund für die neuen wettbewerblichen Probleme und Herausforderungen für die Missbrauchsaufsicht (B.). Teil C befasst sich mit den neuen Herausforderungen, wie sie aus dem Zusammenspiel der allgemeinen Marktveränderungen und der Strategien folgen, mit denen Unternehmen auf diese Veränderungen reagieren. Untersucht wird, ob die neuen Herausforderungen für den Wettbewerb mit den geltenden Normen des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts bereits angemessen erfasst werden können. Wo Zweifel bestehen, werden Optionen zur Reform der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und, wo angezeigt, auch alternative Herangehensweisen erörtert. Teil D fasst unsere Reformempfehlungen zusammen. Welche wettbewerbsrechtlichen Reformoptionen dem deutschen Gesetzgeber tatsächlich zur Verfügung stehen, hängt allerdings vom Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht ab, das deswegen separat erörtert wird (E.). Der Bericht schließt mit einem Fazit (F.) zur Bedeutung der Missbrauchsaufsicht in der digitalen Ökonomie.

B. Neue Herausforderungen für die Missbrauchsaufsicht in der digitalen Ökonomie

I. „Game Changer“ in der digitalen Ökonomie: Daten, Plattformen und Informationsintermediäre

Die vergangenen 25 Jahre waren durch eine besonders dynamische Entwicklung der Informations-, Kommunikations- und Datenspeicherungs- und -verarbeitungstechnologien gekennzeichnet. Die damit einhergehenden Veränderungen in der Zugänglichkeit von Information, häufig vermittelt durch neue, mit Plattformmodellen experimentierende Informationsintermediäre, sowie die Entwicklung einer neuen Datenökonomie haben grundlegende wirtschaftliche und gesellschaftliche Veränderungsprozesse in Gang gesetzt. Sie sind in ihrer Frühphase zunächst in ihrem Ermächtigungspotenzial für Nutzer und Verbraucher wahrgenommen worden. In jüngerer Zeit sind zunehmend die neuen Probleme und Vermachtungsgefahren der digitalen Ökonomie in das Bewusstsein von Politik und Öffentlichkeit getreten.² Wie in vielen anderen Bereichen so hat auch im Wettbewerbsrecht eine Diskussion eingesetzt, ob diese Veränderungen eine Anpassung des geltenden Regelungsrahmens erfordern. Notwendiger Ausgangspunkt einer solchen Diskussion ist eine Bestandsaufnahme, in welcher Weise die genannten Entwicklungen unternehmerische Strategien sowie die Funktionsweise von Märkten und Wettbewerb verändert haben.

² Die EU-Wettbewerbskommissarin Vestager spricht von „the dark side“, Rede am 1.6.2018 in Budapest, „When technology serves people“, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/when-technology-serves-people_en.

Das Internet hat zu einer radikalen Ausweitung der Informationsmöglichkeiten und Senkung der Informationskosten geführt. In früheren Zeiten war die Auswahl von Transaktionspartnern häufig durch den begrenzten Informationszugriff und die mit der Informationsbeschaffung verbundenen Suchkosten eingeschränkt. Mit der Verbreitung des Internet sind die Kosten von Unternehmen für die Präsentation des eigenen Angebots sowie für die Sammlung von Information über potentielle Abnehmer rapide gesunken. Internetnutzer profitieren von der neuen Informationsfülle des Internet in vielfältiger Weise, unter anderem durch ein enormes Wachstum der Auswahlmöglichkeiten und – im geschäftlichen Bereich – der Transaktionsgelegenheiten. Der Wettbewerb hat sich infolge des dramatisch ausweiteten Informationszugriffs in vielen Bereichen deutlich intensiviert.³

Gleichzeitig führt die neue Breite von Informationen und Angeboten dazu, dass die Kosten der Sichtung und Auswahl zu einer relevanten Form von Transaktionskosten avancieren. Nutzer können aus einer hohen Zahl möglicher Angebote und Transaktionspartner auswählen. Preissignale reichen in entgrenzten, oft hochgradig differenzierten Märkten für deren Steuerung allein nicht aus. Eine eigenständige Sichtung und Auswertung aller Informationen und Optionen ist trotz gesunkener Informationskosten nach wie vor nicht möglich. Nutzer können zwar heute wesentlich einfacher Angebote sichten oder einholen und vergleichen, doch sind die Nutzer teilweise mit einem „Zuviel“ an Informationen und Optionen konfrontiert.⁴

Die Veränderung in der Struktur der Transaktionskosten ist zu einem Treiber der Veränderungen in der Digitalwirtschaft geworden. Mit dem Wachstum des Internet haben sich neue Informationsintermediäre entwickelt, die Internetnutzern die Sammlung, Ordnung und das Ranking der im Internet verfügbaren Informationen – oder jedenfalls von Teilen davon – anbieten und auf einer wachsenden Anzahl an Märkten eine zentrale Stellung beim Absatz von Leistungen einnehmen. Zu diesen Informationsintermediären gehören Suchmaschinen; aber auch große Handelsplattformen, Preisvergleichsplattformen, Buchungsportale etc. übernehmen die Funktion von Informationsintermediären. Ein Charakteristikum der Digitalökonomie ist es, dass sich Plattformen mit Informations- und Matchingfunktionen immer breitflächiger in Wertschöpfungs- und Vertriebsketten in verschiedenen

³ Vgl. etwa *Ellison/Ellison*, *Journal of Economic Perspectives* 19 (2005), 139; *Janssen/Moraga-González/Wildenbeest*, *Consumer Search and Pricing Behavior in Internet Markets*, in: Brousseau/Curien (Hrsg.), *The Economics of the Internet*, 2007, S.460 ff.; *Levin*, *The Economics of Internet Markets*, in: Acemoglu/Arellano/Dekel (Hrsg.), *Advances in Economics and Econometrics Vol. I*, 2013, S. 48 ff.; *Haucap/Heimeshoff*, *International Economics and Economic Policy* 11 (2014), 49.

⁴ Siehe insbesondere *Schwartz*, *The Paradox of Choice - Why More Is Less*, 2014; sowie aus der breiten Literatur zu diesem Problem *Scheibehenne/Greifeneder/Todd*, *Journal of Consumer Research* 37 (2010), 409; *Chernev/Böckenholt/Goodman*, *Journal of Consumer Psychology* 25 (2015), 333; *Ben-Shahar/Schneider*, *More than you wanted to know – The Failure of Mandated Disclosure*, 2014.

Branchen hineinschieben, dadurch eine zentrale Stellung in im Übrigen dezentralen Märkten erlangen und etablierte Vertriebsmodelle herausfordern. In verschiedenen Variationen stellen diese Informationsintermediäre Informationen über die Qualität von Angeboten und über die Zuverlässigkeit von Transaktionspartnern zur Verfügung und selektieren und priorisieren auf der Grundlage der Auswertung von Nutzerdaten attraktive Matching-Optionen. Viele Nachfrager nach unterschiedlichen Gütern und Dienstleistungen nutzen die Dienste solcher Informationsintermediäre. Sie haben allerdings zum Teil nur eingeschränkte Möglichkeiten, die Qualität der Informationsdienstleistungen zu überprüfen. Ökonomisch gesehen handelt es sich bei den Intermediationsleistungen oftmals um Leistungen mit der Eigenschaft sogenannter Vertrauensgüter,⁵ bei denen Nachfrager die Qualität der Leistung selbst ex post, wenn überhaupt, nur unter Inkaufnahme weiterer Kosten überprüfen können. Systematische, für Nutzer nicht erkennbare Verfälschungen in der Informationsaufbereitung und -anzeige im wirtschaftlichen Eigeninteresse der Informationsintermediäre können zu Nutzerentscheidungen und in der Folge zu Marktentwicklungen führen, die von denen abweichen, wie sie bei unverfälschtem Leistungswettbewerb zu erwarten wären. Wenn die Partei mit Informationsvorsprung (hier: der Informationsintermediär) diesen Vorsprung gegenüber der Partei mit dem Informationsdefizit systematisch zu deren Nachteil ausnutzt und zugleich über einen gewissen Grad an Marktmacht verfügt, droht prima facie ein Marktversagen. Hinzu kommt, dass durch solche Praktiken das Vertrauen der Nutzer in die für die Funktionsfähigkeit der Märkte so wichtigen Informationsintermediäre untergraben werden kann.

Die zunehmende Nutzung der Dienste von Informationsintermediären hat dazu geführt, dass Produkt- und Dienstleistungsanbieter immer öfter eine Abhängigkeit vom Zugang zu und der Sichtbarkeit auf Intermediationsplattformen verspüren. Vermittlungsplattformen haben in einer ganzen Reihe von Kontexten die Stellung sog. „Gatekeeper“ erlangt.⁶ Damit einher geht die Macht, die Regeln der Plattform zu definieren. Mithilfe dieser Regeln werden separate Ökosysteme geschaffen, die auf die Optimierung der Nutzerzahl auf den verschiedenen Marktseiten abzielen. Die Entwicklung von Online-Plattformen zu zentralen Marktplätzen und Vermittlern im Internet erscheint in vielerlei Hinsicht als ein effizientes Marktergebnis:⁷ Die Plattformen schaffen einen relevanten Mehrwert für alle beteiligten Marktseiten. Diese Entwicklung kann aber zugleich zur Entstehung neuer Machtpositio-

⁵ Zur Terminologie siehe *Darby/Karni*, *Journal of Law and Economics* 16 (1973), 67; ebenso *Kunz*, *Marktsystem und Information: „konstitutionelle Unwissenheit“ als Quelle von „Ordnung“*, 1985; *Dulleck/Kerschbamer*, *Journal of Economic Literature* 44 (2006), 5.

⁶ Vgl. dazu schon *Baye/Morgan*, *American Economic Review* 91 (2001), 454 sowie jüngst *Dinerstein/Einav/Levin/Sundaresan*, *American Economic Review* 108 (2018), 1820.

⁷ Siehe dazu ausführlich *Engert*, *AcP* 218 (2018), 302.

nen führen.⁸ Die Angewiesenheit der Leistungsanbieter im Internet auf die Vermittlungsleistung von Informationsintermediären ist umso größer, je weniger von ihnen in einem bestimmten Segment miteinander konkurrieren und je weniger Nutzer verschiedene Informationskanäle parallel nutzen.

Informationsintermediäre sind an sich keine neue Erscheinung der digitalen Ökonomie. Sie haben auf manchen Märkten – etwa auf Kapitalmärkten – schon immer eine Rolle gespielt (und sich gelegentlich als regelungsbedürftig erwiesen⁹). Neu ist die nahezu durchgängige, nicht mehr sektorspezifisch begrenzte Bedeutung von digitalen Plattformen als Vermittler im Internet. Neu ist ferner die Prominenz, die dabei das Geschäftsmodell der mehrseitigen Plattform erlangt hat. Von mehrseitigen Plattformen wird gesprochen, wenn (1) zwei verschiedene Nutzergruppen (z.B. Käufer und Verkäufer) über eine Plattform vermittelt interagieren, und (2) die Handlungen der einen Gruppe den Nutzen der anderen Gruppe durch indirekte Netzwerkeffekte positiv oder negativ beeinflussen.¹⁰ Ein illustratives Beispiel ist eBay: Als Marktplatz ist eBay, ceteris paribus, umso attraktiver für einen Verkäufer je mehr potenzielle Käufer eBay aufsuchen. Die Wahrscheinlichkeit, etwas zu verkaufen, steigt, je mehr Käufer sich bei eBay tummeln. Für einen Käufer wiederum ist es umso attraktiver, bei eBay nach einem Angebot zu suchen, je mehr Angebote es gibt. Somit werden umso mehr Käufer eBay nutzen, je mehr Verkäufer dort anbieten, und umgekehrt werden umso mehr Verkäufer sich dort tummeln, je mehr potenzielle Käufer dort sind. Die Käufer profitieren somit nur *indirekt* davon, dass es mehr andere Käufer gibt – eben weil dadurch mehr Verkäufer angelockt werden. Und auch Verkäufer profitieren nur *indirekt* von der Existenz anderer Verkäufer – weil dies eben die Attraktivität des Marktplatzes für Käufer erhöht. Diese indirekten Netzwerkeffekte sind das zentrale Merkmal für Online-Plattformen.¹¹ Der Nutzen der potenziellen Käufer bei Online-Plattformen wie eBay, Amazon Marketplace, myHammer oder immobilien Scout24 steigt, je mehr Anbieter es gibt, und der Nutzen der Anbieter steigt, je mehr potenzielle Kunden es gibt.

⁸ Vgl. u.a. *Tirole*, Economics for the Common Good, 2016, S. 395.

⁹ Siehe dazu ausführlich *Leyens*, Informationsintermediäre des Kapitalmarkts, 2017.

¹⁰ So etwa *Rysman*, Journal of Economic Perspectives 23 (2009), 125. Teilweise wird auch eine engere Definition verwendet. So sprechen *Rochet* und *Tirole* von einem „two-sided market“, wenn die Struktur der Preise, welche die beiden Nutzergruppen zu entrichten haben, das Transaktionsvolumen beeinflusst, siehe *Rochet/Tirole*, Two-Sided Markets: A Progress Report, IDEI Working Papers 275, 2005, abrufbar unter https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/doc/by/rochet/rochet_tirole.pdf. Wäre die Preisstruktur hingegen irrelevant und käme es nur auf die Höhe des Preises insgesamt an, läge kein mehrseitiger Markt vor. Wäre es beispielsweise für das Transaktionsvolumen irrelevant, ob Käufer oder Verkäufer die Gebühren bei eBay zahlen, läge im Sinne von *Rochet* und *Tirole* kein zweiseitiger Markt vor.

¹¹ Teilweise kommen auch direkte Netzwerkeffekte hinzu, wie insbesondere bei sozialen Netzwerken und Kommunikationsplattformen. In Abwesenheit indirekter Netzwerkeffekte wird in der ökonomischen Fachliteratur nicht von Plattformen gesprochen. Damit sind indirekte Netzwerke das zentrale Element jeder Plattform, wenn auch direkte Netzwerke oft parallel bestehen.

Technische Voraussetzung für die große praktische Bedeutung digitaler Plattformen als neuer Intermediäre und Marktplätze war die sprunghafte Entwicklung der Datenspeicherungs- und Datenverarbeitungsmöglichkeiten, die nicht nur die systematische Sammlung und Verarbeitung der verfügbaren Information auf Anbieterseite möglich gemacht hat, sondern darüber hinaus die systematische automatisierte Speicherung und Auswertung von Information über das Nutzerverhalten. Das effiziente „Matching“ der (Informations-)Angebote entsprechend den Präferenzen ist zum Kern vieler digitaler Plattformen geworden.

Der Einsatzbereich digitaler Plattformen beschränkt sich allerdings nicht auf die Informationsintermediation bzw. das Matchmaking. Für eine andere Art von Plattform stehen etwa (Karten-)Zahlungssysteme (wie Visa, Mastercard, PayPal, Amex), Spielekonsolen oder auch Betriebssysteme. Die Funktion dieser Plattformen ist nicht das „Matchmaking“, sondern die Bereitstellung einer technischen Schnittstelle, welche die möglichst reibungslose Interaktion zwischen mehreren Marktseiten ermöglicht.¹²

Für den Erfolg von mehrseitigen Plattformen entscheidend ist ganz generell das Ausschöpfen positiver direkter und/oder indirekter Netzwerkeffekte.¹³ Folgt der Nutzen einer Plattform gerade aus der Interaktion zwischen den Marktseiten, so ist entscheidend, dass alle relevanten Marktseiten in hinreichender Zahl partizipieren, um die Plattform für die jeweils anderen Marktseiten attraktiv zu machen. Vielfach beschrieben ist in diesem Zusammenhang das „Henne und Ei“-Problem, das neu gegründete Plattformen überwinden müssen. Dementsprechend greifen viele digitale Plattformen frühzeitig zu aggressiven Wachstumsstrategien („Scaling“).

Zu den zentralen geschäftlichen Entscheidungen, die eine mehrseitige Plattform treffen muss, zählt die Preissetzung auf den verschiedenen Marktseiten. Im ökonomischen Modell sind hierfür die unterschiedlichen Nachfrageelastizitäten und die Externalitäten zwischen den verschiedenen Marktseiten zentral: Die Plattform muss abschätzen, wie viele Nutzer sie direkt verliert, wenn sie den Preis anhebt. Ist die Nachfrageelastizität einer Marktseite hoch, so spricht dies für relativ niedrige Preise

¹² *Tirole*, *Economics for the Common Good*, 2017, S. 382.

¹³ Für die Bedeutung dieser Unterscheidung siehe *Rochet/Tirole*, *Journal of the European Economic Association* 1 (2003), 990; *Rochet/Tirole*, *RAND Journal of Economics* 37 (2006), 645; *Armstrong*, *RAND Journal of Economics* 37 (2006), 668; *Evans/Schmalensee*, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, in: Blair/Sokol (Hrsg.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics Vol. 1*, 2014, S. 404 ff.; *Budzinski*, *ORDO* 67 (2016), 385; zu indirekten Netzwerkeffekten in Plattformmärkten ferner *Peitz*, *Marktplätze und indirekte Netzwerkeffekte*, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 7 (2006), 317; *Belleflamme/Peitz*, *Platforms and Network Effects*, in: Corchon/Marini (Hrsg.), *Handbook of Game Theory and Industrial Organization*, Vol. II, 2018, S. 286 ff.

auf dieser Marktseite. Die Plattform muss für die richtige Preissetzung andererseits verstehen, für welche Marktseite der Dienst wertvoller ist. Häufig hängt das schnelle Wachstum einer Plattform an sehr niedrigen Preisen oder gar (monetären) Nullpreisen auf einer Marktseite. Führt die große Nutzerzahl zu hohen positiven Externalitäten auf der anderen Marktseite, so können die Nullpreise auf der einen Marktseite durch höhere Preise auf der anderen Marktseite „quersubventioniert“ werden.

Diese Logik hat dazu geführt, dass viele Plattformen, auf denen Verbraucher eine der relevanten Nutzergruppen sind, ihre Leistungen gegenüber Verbrauchern ohne monetäres Entgelt anbieten („free services“). Finanziert werden diese Leistungen häufig durch Werbung, die den Nutzern, abgestimmt auf ihr persönliches Profil, angezeigt wird. Nutzer erbringen mithin – wie vielfach dargestellt – sehr wohl eine Gegenleistung für die Inanspruchnahme der Dienste, indem sie nämlich in die Sammlung und Verarbeitung „ihrer“ Daten einwilligen, ferner durch ihre Aufmerksamkeit für die Werbung. Eine solche Gegenleistung wird allerdings nicht in gleicher Weise wie ein monetärer Preis durch Wettbewerb kontrolliert: Ein funktionsfähiger Wettbewerb um den niedrigsten „Datenpreis“ zeichnet sich bislang nicht ab. Die mit dem Modell der nicht-monetären Gegenleistung verbundenen datenschutzrechtlichen und z.T. auch schuldrechtlichen Fragen sind bislang nicht abschließend gelöst.¹⁴

Neben der Werbefinanzierung existieren jedoch auch diverse Bezahlmodelle sowie Mischfinanzierungen aus Werbeerlösen und Nutzerentgelten. Plattformen wie Lieferando, AirBnB, Expedia und Dating-Plattformen erheben regelmäßig Transaktions- oder Mitgliedschaftsgebühren, oftmals von beiden Marktseiten, also von Anbietern *und* Nachfragern. Während Dating-Plattformen regelmäßig Mitgliedschaftsgebühren erheben, die transaktionsunabhängig sind, verlangen etwa Portale zur Vermittlung von Ferienwohnungen regelmäßig transaktionsabhängige Entgelte von beiden Marktseiten. Eine Mischform sind zudem sog. Freemium-Geschäftsmodelle, bei denen das Basisprodukt unentgeltlich angeboten wird, während das Vollprodukt und Erweiterungen kostenpflichtig sind. Das Basisprodukt wird in diesen Fällen oftmals mit eingeschränkten Funktionalitäten angeboten. Die Motivation, das Basisprodukt unentgeltlich anzubieten, kann zum einen in einer Werbefinanzierung dieses Angebotes liegen, zum anderen aber auch in der Erweiterung der Menge der Nutzer, um so die Netzwerkeffekte besser auszuschöpfen.

¹⁴ Siehe zu alledem *Schweitzer*, Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen, in: Kühling/Körber (Hrsg.), *Regulierung, Wettbewerb, Innovation*. Schriften der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht, 2017, S. 269-305.

Märkte, in denen digitale Plattformen zu wichtigen Akteuren geworden sind, weisen häufig eine Konzentrationstendenz auf.¹⁵ Starke positive Netzwerkeffekte zwischen Nutzern bzw. Nutzergruppen können ein sog. „Tipping“ begünstigen, d.h. eine Transformation von einem Markt mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt.¹⁶

Die mit positiven Netzwerkeffekten zwischen Nutzergruppen verbundene Konzentrationstendenz kann dadurch verstärkt werden, dass positive Netzwerkeffekte zwischen Nutzergruppen in der neuen Datenökonomie häufig positive Daten-Netzwerkeffekte nach sich ziehen. So führen hohe Nutzerzahlen dazu, dass Plattformen mit besonders vielen Nutzern auch auf einen besonders großen Datenpool zugreifen können. Dieser kann einerseits dazu eingesetzt werden, die Dienste zu verbessern und/oder auf besondere Nutzerbedürfnisse zuzuschneiden (Personalisierung von Diensten). Die positiven Netzwerkeffekte können sich außerdem mit Größenvorteilen verbinden: Eine Plattform mit vielen Nutzern kann etwa Werbetreibenden ein deutlich attraktiveres Umfeld bieten und höhere Werbeeinnahmen erzielen. Insbesondere bei Google und Facebook scheint sich die Marktstärke auf Nutzermärkten zugleich in eine starke Marktstellung auf Werbemärkten übersetzt zu haben. Entsprechende Gewinne können wiederum dazu eingesetzt werden, die Dienste auf der Nutzerseite zu optimieren. Umgangssprachlich – und zu pauschal – werden Plattformmärkte daher häufig als „winner takes all“-Märkte bezeichnet.

Insoweit digitale Plattformen damit in die Nähe natürlicher Monopole gerückt werden, führt die Bezeichnung allerdings in die Irre. „Tipping“ – mit der Folge einer Monopolisierung – ist auf mehrseitigen Märkten keineswegs zwangsläufig. Ein wesentlicher Unterschied zwischen digitalen Plattformmärkten und „traditionellen“ Märkten mit Netzwerkeffekten (wie etwa Telekommunikationsmärkte oder Softwaremärkte) besteht darin, dass das sog. Multihoming, also das (nahezu) parallele Nutzen mehrerer Dienste, auf letzteren Märkten oftmals sehr kostspielig ist und daher kaum stattfindet. Die meisten Nutzer haben einen Telekommunikationsanschluss oder ein Softwarepaket, nicht aber mehrere. Die Kosten paralleler Anschlüsse oder Softwarepakete wären zu hoch. Wettbewerb und Markteintritte können daher im Softwarebereich und im Telekommunikationsbereich oftmals nur über die Herstellung von Interoperabilität ermöglicht werden. Deswegen wird im Telekommunikationsbereich die Zusammenschaltung der Netze regulatorisch vorgeschrieben, um eine ineffiziente Zersplitterung zu verhindern, bei welcher die Netzwerkeffekte nicht ausgeschöpft würden. Bei digita-

¹⁵ Vgl. *Evans/Schmalensee*, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, NBER Working Paper 11603, 2005, abrufbar unter <http://www.nber.org/papers/w11603.pdf>.

¹⁶ Vgl. z.B. *Belleflamme/Peitz*, Platforms and Network Effects, in: Corchon/Marini (Hrsg.), Handbook of Game Theory and Industrial Organization, Vol. II, 2018, S. 286 ff.

len Plattformen hingegen ist Multihoming prinzipiell deutlich einfacher – wenn es nicht strategisch erschwert wird. So können Händler prinzipiell zahlreiche Online-Shops betreiben und auf zahlreichen Plattformen vertreten sein, ebenso wie Nutzer zahlreiche Einkaufsplattformen nutzen können. Hotels und Fluggesellschaften können auf zahlreichen Buchungsplattformen gelistet sein, ebenso wie Taxifahrer bei zahlreichen Vermittlungs-Apps angemeldet sein können. Dieses Multihoming ist umso attraktiver, je weniger hoch fixe Entgelte („Mitgliedsbeiträge“) sind und je transaktionsbasierter die Entgelte sind. Durch das Multihoming gehen auch nicht notwendig positive Netzwerkeffekte verloren: Sind Händler und Käufer auf mehreren Plattformen, so können prinzipiell sämtliche Netzwerkeffekte auf allen Plattformen voll ausgeschöpft werden. Bei verbreitetem Multihoming der Nutzer auf *beiden* (bzw. allen) Seiten der Plattform ist ein „Tipping“ von Plattformmärkten mithin nicht zwangsläufig.¹⁷

Neben dem Multihoming kann auch eine Differenzierung zwischen Plattformen mit Blick auf unterschiedliche Nutzerpräferenzen sowie die Möglichkeit eines einfachen und im wesentlichen kostenlosen Wechsels den Fortbestand von Wettbewerb begünstigen.¹⁸ Dementsprechend gibt es etwa intensiven Wettbewerb zwischen vielen Internetportalen für die An- und Vermietung von Ferienwohnungen oder zwischen Online-Reiseportalen für Flugbuchungen.

Plattformen, die sich Chancen auf eine langlebige Monopolstellung ausrechnen, können allerdings erhebliche Anreize haben, ein „Tipping“ durch ihr eigenes Verhalten herbeizuführen. Handelt es sich bei diesem Verhalten um Leistungswettbewerb, so ist dies nicht zu beanstanden, sondern in der Regel sogar wünschenswert. Denkbar sind aber auch gezielte Behinderungsstrategien im Verhältnis zu Wettbewerbern – etwa durch eine Behinderung des Multihoming oder durch eine künstliche Erhöhung von Wechselkosten für Kunden. Das „Tipping“ von Plattformmärkten¹⁹ ist nicht notwendig das „natürliche“ Resultat eines unverfälschten Wettbewerbs.

¹⁷ Vgl. *Haucap/Wenzel*, Ist eBay unbestreitbar ein nicht-bestreitbares Monopol? Monopolisierungsgefahren bei Online-Marktplätzen, in: Dewenter/Kruse (Hrsg.), *Wettbewerbsprobleme im Internet*, 2009, S. 7 ff.; *Haucap/Wenzel*, *Wettbewerb im Internet: Was ist online anders als offline?*, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 16, 2011, abrufbar unter http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische_Perspektiven/016_OP_Haucap_Wenzel.pdf; *Dewenter/Haucap*, *Ökonomische Auswirkungen von öffentlich-rechtlichen Online-Angeboten*, 2009; *Levin*, *The Economics of Internet Markets*, in: Acemoglu/Arellano/Dekel (Hrsg.), *Advances in Economics and Econometrics Vol. I*, 2013, S. 48 ff.

¹⁸ Vgl. auch *Evans/Schmalensee*, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, NBER Working Paper 11603, 2005, abrufbar unter <http://www.nber.org/papers/w11603.pdf>.

¹⁹ Der Begriff ist technisch nicht ganz korrekt, da die relevanten Märkte nicht notwendig durch das Geschäftsmodell der Plattform definiert sein müssen. Der Begriff wird hier daher nur der Einfachheit halber verwendet.

Digitale Plattformen ganz unterschiedlicher Art – unter anderem Kreditkartensysteme,²⁰ Hotelbuchungsplattformen²¹ und Ticketing-Systeme²² – sind in jüngerer Zeit verschiedentlich in den Blick der Wettbewerbsbehörden geraten. Die öffentliche Debatte wird von den starken Marktstellungen einer kleinen Anzahl weltweit bekannter Plattformen wie Google, Amazon und Facebook dominiert.

Neben der Verfestigung bestehender Marktstellungen durch die Behinderung von Multihoming und Switching ist die Ausdehnung einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung auf Nachbarmärkte ein wiederkehrender Vorwurf.²³ Viele der marktstarken digitalen Plattformen sind vertikal integriert. So bietet etwa Google – zunächst eine „reine“ Suchmaschine – zunehmend auch selbst Inhalte an, wie etwa Wetterinformationen, Börsenkurse oder geographische Informationen über Google Maps. Amazon arbeitet schon seit jeher nicht nur als Marktplatz, sondern auch als eigenständiger Händler. Zugleich ist Amazon einer der größten Anbieter von Cloud-Diensten und expandiert in den Logistik-Bereich. Die vertikale Integration kann mit erheblichen Effizienzvorteilen und Vorteilen für die Nutzer verbunden sein. Zugleich bietet die Fallpraxis zur Missbrauchsaufsicht Anschauungsmaterial dafür, dass marktbeherrschende Unternehmen bei vertikaler Integration über die Möglichkeit verfügen und Anreize haben können, verbundenen Unternehmen Wettbewerbsvorteile auf angrenzenden Märkten zu verschaffen, die nicht auf Leistungswettbewerb, sondern auf der besonderen Machtstellung auf dem Kernmarkt beruhen. Plattformen können dabei unter anderem ihre Stellung als Informationsmittler und die Informationsasymmetrie im Verhältnis insbesondere zu Endverbrauchern ausnutzen, um Verkehr auf die mit ihnen verbundenen Webseiten zu leiten. Relevante Wettbewerbsvorteile auf Drittmärkten können sich für marktstarke Plattformen aber auch bereits aus dem exklusiven Zugriff auf umfangreiche, auf dem „Kernmarkt“ generierte Nutzerdaten ergeben, die marktübergreifend von erheblichem Wert sein können.

²⁰ Europäische Kommission, Beschl. v. 26.2.2014, Case AT.39398, *Visa MIF*, bekanntgegeben unter Az. C(2014) 1199 fin.; Entscheidung v. 19.12.2007, Case AT.34579, *MasterCard I*; Pressemitteilung v. 9.7.2015 betreffend Case AT.40049, *MasterCard II*, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5323_de.htm; U.S. Supreme Court, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.* (2018), noch nicht in amtl. Slg., abrufbar unter https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf.

²¹ BKartA, Beschl. v. 20.12.2013, B9-66/10, *HRS*; Beschl. v. 22.12.2015, B9-121/13, *Booking.com*. Das BKartA hat in beiden Verfahren sowohl Verstöße gegen § 1 GWB/Art. 101 AEUV als auch § 20 Abs. 1 GWB festgestellt. Im Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf (*HRS*) wurde § 20 Abs. 1 GWB nicht mehr geprüft, weil das Gericht den Verstoß gegen Art. 101 AEUV / § 1 GWB bestätigt hat und deshalb eine Prüfung von § 20 Abs. 1 GWB offenlassen konnte: Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), *HRS*.

²² BKartA, Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*.

²³ Siehe Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740, bekanntgegeben unter Az. C(2017) 4444, *Google Shopping*; Entscheidung v. 18.7.2018, Case AT.40099, noch nicht veröffentlicht, *Google Android*; vgl. zu letzterem Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 18.7.2018, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm.

Für ein besonders umfassendes Szenario der Erstreckung einer marktbeherrschenden Stellung in einem Kernmarkt auf angrenzende Märkte mit weitreichenden nicht nur wirtschaftlichen, sondern auch gesellschaftlichen Folgen steht die umgangssprachlich häufig mit dem Begriff „walled garden“ umschriebene Strategie,²⁴ wie sie etwa der chinesische Dienst WeChat verfolgt: Ursprünglich als Chat-Dienst für Smartphones entwickelt, bietet WeChat mittlerweile auch die Versendung von Audio- und Videoanrufen, die Durchführung von Videotelefonaten, das Hochladen von Videos, das Teilen des Aufenthaltsorts, das Buchen von Taxis, Restaurants oder Arztdiensten, den Kauf von Lebensmitteln, eine Jobvermittlung, mobile Zahlungsdienste (WeChat Pay) und viele weitere Dienste an und ist so für viele chinesische Nutzer zum Zentrum ihrer gesamten Onlineexistenz geworden.

Eine digitale Plattform mit einer der Strategie von WeChat vergleichbar umfassenden Kundenbindungsstrategie gibt es in Deutschland und Europa bislang nicht. Auch hierzulande verfolgen die großen Digitalkonzerne aber häufig konglomerate Strategien. Die unternehmerische Zielsetzung konglomerater Strategien ist im digitalen Kontext – anders als bei den früheren Konglomeraten der 1950-1970er Jahre – nicht primär auf die Abfederung konjunktureller Zyklen und die Risikostreuung im Konzern ausgerichtet. Auch geht es nicht notwendig um klassische Verbundvorteile etwa in der Produktion, der Logistik oder im Marketing (etwa über das sog. „Umbrella Branding“), die traditionell als Motiv für konglomerate Aktivitäten galten und letztlich der Generierung von Kostenvorteilen dienten.

Vielmehr steht hinter der unter Umständen aggressiven Expansion in neue Märkte nicht selten der Versuch, die Nachfrage der Kunden in kreativer Hinsicht neu zu definieren, weg von der Zentrierung auf etablierte Kategorien von Produkten und Dienstleistungen, hin zu breiter definierten Grundbedürfnissen – wie etwa „Mobilität“.²⁵ In der Verfolgung solcher Strategien sind die großen Digitalkonzerne häufig experimentierfreudig und finanzieren konzernintern – ggfs. auch unter (temporärer) Hinnahme erheblicher Verluste – verschiedene innovative Projekte. Sie nutzen damit die hohe Innovationskompetenz ihrer Mitarbeiter und nehmen zugleich die Funktion von „venture capitalists“ wahr. Zugleich kann es darum gehen, frühzeitig zentrale innovative Märkte zu identifizieren und zu

²⁴ Der Begriff „walled garden“ steht dabei für eine Strategie, bei welcher ein Leistungsanbieter verschiedene Produkte für seine Kunden sortimentsartig bündelt, sodass sie möglichst viele Aktivitäten auf seiner Plattform oder innerhalb seines „Ökosystems“ ausführen. Im digitalen Umfeld ergibt sich hieraus für den Leistungsanbieter zusätzlich der Vorteil, dass er Daten seiner Kunden aus verschiedenen Lebensbereichen bündeln und auf dieser Grundlage ein besonders aussagekräftiges und damit wertvolles Nutzerprofil generieren kann.

²⁵ Siehe hierzu *Christensen/Hall/Dillon/Duncan*, *Competing against luck*, 2016, S. 17 f.: „Theory of Jobs to Be Done“.

besetzen, von denen womöglich eine Disruptionsgefahr für bereits besetzte Märkte ausgehen kann. Die skizzierten Innovations- und Wettbewerbsabwehrstrategien können sich in vielfältiger Weise vermischen.²⁶ Vorbehaltlich des Einsatzes rein machtbedingter Vorteile handelt es sich im Grundsatz um Leistungswettbewerb.

Eine wichtige Zielsetzung konglomerater Digitalkonzerne liegt häufig in dem Streben, die Reichweite des Datenzugriffs zu optimieren und marktübergreifend Daten-Aggregationsvorteile zu erzielen: Indem Digitalkonzerne Konsumenten ganz verschiedene Leistungen anbieten, die jeweils unterschiedlichen Märkten im wettbewerbsrechtlichen Sinne zuzuordnen sind, können sie jeweils unterschiedliche Daten über diese Konsumenten sammeln, diese sodann kombinieren und zu einem konsolidierten Datenset aggregieren, sodass besonders detaillierte und aussagekräftige Nutzerprofile entstehen. Hierdurch kann zum einen eine höhere Qualität im Angebot von zielgerichteter Werbung erzielt werden, sodass relevante Wettbewerbsvorteile auf den Werbemärkten entstehen. Zum anderen können die Digitalkonzerne ihre Überlegenheit aus dem aggregierten Datenbestand verwenden, um im Wettbewerb mit – ggfs. personalisierten – Leistungen auf ganz verschiedenen Märkten Vorteile gegenüber den dort tätigen Wettbewerbern zu erzielen, die über geringere und inhaltlich begrenzte Datenbestände verfügen. Die marktübergreifende Datenaggregation kann mithin zu Wettbewerbsvorteilen auf einer Vielzahl von Märkten führen.

Vergleichbare Aggregationsvorteile können auch durch eine Vernetzung und einen Datenaustausch mit Drittunternehmen erzielt werden. Ermöglichen Drittwebseiten Nutzern etwa die Anmeldung über einen Account des Digitalkonzerns, so kann dieser ggfs. nutzerbezogene Daten auf diesen Drittwebseiten sammeln und verarbeiten. Die Einwilligung für die Verarbeitung dort gesammelter personenbezogener Daten werden regelmäßig bereits mit Registrierung des Accounts eingeholt, sodass die datenschutzrechtlichen Bedingungen (zumindest formell) erfüllt sind.²⁷

Aus Nutzersicht kann eine derartige Datenaggregation und Mehrfachnutzung von Daten Vorteile haben, insoweit die Qualität der ihnen angebotenen Leistungen mit dem immer größeren Zugriff auf

²⁶ *Lim*, Tech Wars: Return of the Conglomerate – Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3051560>, S. 10: „conglomeration seems to be pursued more in fear of displacement rather than business cyclicity, akin to a hedge against missing out on the ‘next new thing’ coming out of disruptive technologies“.

²⁷ Für eine Auseinandersetzung mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen siehe z.B. das Facebook-Verfahren des BKartA, vgl. Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts v. 19.12.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.html?nn=3591568.

immer ausdifferenziertere Nutzerprofile steigt. Der Verbleib von Nutzern im „Ökosystem“ eines Digitalkonzerns kann in dieser Hinsicht ein Ergebnis von Leistungswettbewerb sein. Aus Sicht von (potenziellen) Wettbewerbern kann die Schaffung von in ihrer Reichhaltigkeit nicht replizierbaren Datensets, zu denen sie selbst keinen Zugang haben, allerdings auch zu einem Marktverschluss führen. Diskutiert wird daher seit einiger Zeit, ob bzw. ggfs. unter welchen Voraussetzungen Wettbewerber Zugang zu solchen Datensets verlangen können, die unter Umständen marktübergreifend die Entwicklung neuer (z.B. personalisierter) Dienste und Produkte ermöglichen. Zwar mögen einzelne Teile solcher Datensets für sich genommen substituierbar sein – so lassen sich etwa Standortdaten über Nutzer aus ganz verschiedenen Quellen gewinnen. Ist aber für den Marktzutritt bzw. die Wettbewerbsfähigkeit auf einem Markt der Zugang zu sehr großen Datensets entscheidend, so können die großen, konglomerat aufgestellten Digitalkonzerne unter Umständen zu Daten-„Bottlenecks“ werden. Auf den Zugang zu besonders großen und breiten Datensets kommt es nicht nur, aber insbesondere beim „machine learning“ (ML) an – einer Unterform der KI, die auf automatisierter Mustererkennung beruht und das so generierte Wissen auf neue Daten anwendet.²⁸ Das „machine learning“ gilt als eine der besonders vielversprechenden Techniken für die Entwicklung selbstlernender Systeme und der KI. Die KI hat sich in den letzten Jahren als neue Schlüsseltechnologie etabliert, die nach verbreiteter Meinung auf vielen Märkten ein „game changer“ sein kann.²⁹

Der Zugriff auf Daten spielt in der modernen Digitalwirtschaft nicht nur im Kontext der Dienstleistungsbrought durch digitale Plattformen eine Rolle. Auch die abzusehende Ausbreitung von IoT-Anwendungen, bei denen ständig Daten automatisch generiert, zwischen Geräten und in Netzwerken ausgetauscht, analysiert und über Algorithmen für Entscheidungen eingesetzt werden, macht Daten zu einer zentralen kritischen Ressource in der digitalen Ökonomie. Unternehmen bietet die systematische Auswertung von Daten mithilfe verschiedener Datenanalyseverfahren eine neue Entscheidungsgrundlage über die gesamte Wertschöpfungskette hinweg.³⁰ Kundendaten – häufig auch Dienstleistungsdaten – können zu aussagekräftigen Kundenprofilen aggregiert werden und eine individualisierte Werbeansprache und die Entwicklung individualisierter Produkte erlauben. Reine Maschinen- oder Produkt-Nutzungsdaten ohne spezifischen Personenbezug werden zu Triebfedern für die Optimierung von Produktion, Wartung und Logistik. Beide Gruppen von Daten – und ggfs. die Datensets in Kombination – ermöglichen die Entwicklung von Komplementärprodukten und -diensten. Mit zunehmender Verzahnung von Maschinen, Datengenerierung, -echtzeitübermittlung und -

²⁸ Näher Europäische Kommission, Mitteilung „Künstliche Intelligenz für Europa“, COM(2018) 237 fin., S. 12.

²⁹ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung „Artificial Intelligence for Europe“, COM(2018) 237 fin., S. 4.

³⁰ Vgl. OECD, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being, 2015, S. 131ff.

auswertung und Komplementärdiensten, wie sie für das Internet of Things charakteristisch ist, wird die Bedeutung hochkomplexer datengetriebener „Ökosysteme“ sowohl im B2B-Bereich (integrierte Produktions- und Distributionsketten und -netze; smart manufacturing, smart agriculture) als auch im privaten Bereich (z.B. smart home-Anwendungen oder das vernetzte Auto) wachsen, deren Funktionsweise auf der informationellen Integration einzelner Produkte und Dienste in komplexe Wertschöpfungsnetze basiert.

Die Bedeutung von Daten in all diesen Kontexten erklärt die Brisanz, welche die Diskussion über den Zugang zu Daten in jüngerer Zeit erlangt hat. Sie kann sinnvoll nur geführt werden, wenn zwischen verschiedenen Konstellationen unterschieden wird.

Rechtlich grundlegend ist die Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten. Für personenbezogene Daten gilt mit der DSGVO ein Sonderregime, welches der Person, auf welche die Daten bezogen sind, weitgehende Rechte einräumt, über den Zugriff Dritter auf diese Daten und die Art ihrer Verwendung zu entscheiden. Der Zugang zu solchen Daten ist regelmäßig von einer Einwilligung der betroffenen Person abhängig. Ihre zentrale Stellung in der Zugangsgewährung kommt ferner in dem Recht auf Datenportabilität zum Ausdruck, wie es nunmehr in Art. 20 DSGVO verankert ist. Jede Diskussion über den Zugang zu personenbezogenen Daten muss die zentrale Stellung der betroffenen Personen nach der DSGVO im Blick behalten.

Für nicht-personenbezogene Daten gibt es kein vergleichbares Regime, und bislang auch keine eigentumsrechtliche Zuordnung von Kontrollrechten an Daten. Geht es – wie häufig im Kontext des IoT – um den Zugang zu innerhalb potenziell komplexer Wertschöpfungsnetze generierten Daten durch diejenigen, die in irgendeiner Weise an der Datengenerierung beteiligt waren, so entscheidet darüber gegenwärtig deswegen regelmäßig die faktische Kontrollposition über Daten. Aufgrund einer bestehenden Schlüsselstellung in einem Netzwerk oder auch von anderweitigen Verhandlungsgleichgewichten können bestimmte Akteure in den für das IoT typischen Multi-Stakeholder-Konstellationen eine exklusive Kontrolle über Daten gewinnen. Aus dieser Kontrolle kann wiederum Verhandlungs- und ggfs. Marktmacht gegenüber anderen Stakeholdern entstehen. So wird der Zugang zu den bei der Nutzung von landwirtschaftlichen Maschinen generierten Daten in der Praxis häufig von den Landmaschinenherstellern kontrolliert. Auch die Landwirte als Nutzer der Maschinennutzer haben aber häufig ein erhebliches wirtschaftliches Interesse am Zugang zu den so gewonnenen Daten. Ähnliche Probleme ergeben sich im Verhältnis zwischen Herstellern und Nutzern vieler anderer Maschinen – etwa im Rahmen von "smart manufacturing". Für Anbieter von Systemprodukten können sich aus dem exklusiven Zugriff auf Nutzungsdaten potenziell vielfältige Möglichkeiten

eines „Lock-in Managements“ ergeben³¹ – jedenfalls solange die Produktnutzer nicht über ein Recht zur Datenportierung verfügen.

Ein anderes, viel diskutiertes Beispiel ist der Zugang zu Daten im vernetzten Auto – bei denen es sich allerdings ganz überwiegend um personenbezogene Daten handeln wird. Nach dem "extended vehicle"-Konzept der Automobilhersteller³² sind die bei der Nutzung eines Autos generierten Daten technisch unter der exklusiven Kontrolle der Hersteller. Gleichzeitig ist aber eine potenziell große Zahl anderer Stakeholder in dem "Ökosystem" vernetzten Fahrens auf den Zugang zu diesen Daten angewiesen, um den Autoinsassen neue innovative komplementäre Dienstleistungen oder „Aftermarket“-Dienstleistungen anbieten zu können. Das Beispiel zeigt, dass es im IoT-Kontext zwar regelmäßig um den Zugang zu Nutzungsdaten ganz spezifischer Maschinen geht, dass Zugang aber nicht notwendig nur durch an der Datengenerierung Beteiligte begehrt wird, sondern ggfs. auch durch Dritte, die aufbauend auf konkreten, maschinenbezogenen Datensets Zusatzleistungen anbieten wollen. Ziel ist es, den Zugang zu den Daten im vernetzten Auto so zu regeln, dass ein fairer und unverzerrter Wettbewerb für alle Serviceprovider innerhalb des Systems vernetzten Fahrens sichergestellt ist.³³

Die potenziell große volkswirtschaftliche Bedeutung der Datennutzung für die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft sowie der Umstand, dass Daten (ebenso wie Information) nicht rival in der Nutzung, die Grenzkosten einer zusätzlichen Nutzung der gleichen Daten durch andere Unternehmen volkswirtschaftlich also gleich null sind, könnte ökonomisch dafür sprechen, solche Datensets als infrastrukturähnliche Ressourcen zu betrachten,³⁴ zu denen ein möglichst brei-

³¹ Vgl. dazu *Shapiro/Varian*, Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, 1999, Kapitel 6.

³² Nach dem „extended vehicle“-Konzept werden alle Daten aus dem vernetzten Auto direkt auf proprietäre Server der Automobilhersteller übertragen, sodass Zugang zu diesen nur mit Zustimmung der Automobilhersteller möglich ist. Dies wird mit Sicherheitsgründen gerechtfertigt. Vgl. hierzu ACEA, Access to vehicle data for third-party services, 2016, abrufbar unter https://www.acea.be/uploads/publications/ACEA_Position_Paper_Access_to_vehicle_data_for_third-party_services.pdf.

³³ Vgl. hierzu C-ITS Platform, Final Report, 2016, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/its/doc/c-its-platform-final-report-january-2016.pdf>, die von der Kommission in Auftrag gegebene Studie TRL, Access to In-vehicle data and Resources, 2017, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2017-05-access-to-in-vehicle-data-and-resources.pdf> und als Überblick über die Positionen der verschiedenen Stakeholder in Bezug auf Daten im vernetzten Auto *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland – USA, 2018, abrufbar unter http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenrechte.pdf, S. 173-196. Vgl. zu diesem Wettbewerbsproblem auch Europäische Kommission, Mitteilung „Auf dem Weg zur automatisierten Mobilität – eine EU-Strategie für die Mobilität der Zukunft“, COM(2018) 283 fin., S. 16 f.; siehe zu diesem Beispiel auch weiter unten C.VI.3.

³⁴ Vgl. hierzu OECD, Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being, 2015, S. 177ff.

ter Zugang gewährleistet werden sollte. In diesem Sinne ist die EU-Kommission bemüht, jedenfalls den Zugang zu Information im öffentlichen Sektor zu öffnen bzw. zu erleichtern.³⁵

Davon zu trennen ist die Frage, welche Grundsätze in der Begründung von Rechten auf Zugang gelten sollen, die auf der Grundlage unternehmerischer Investitionen generiert wurden. Den Innovationsvorteilen, die aus einem breiten Datenzugang folgen, sind hier die Auswirkungen gegenüberzustellen, die solche Datenzugangsrechte auf die Generierung von Daten haben können. Diese können für unterschiedliche Arten von Daten sehr unterschiedlich sein. Von Bedeutung sind einerseits die Kosten der Datenproduktion. Diese mögen vernachlässigbar sein, wenn Daten praktisch als (scheinbar kostenloses) Nebenprodukt anderer Aktivitäten gesammelt werden. Bei der Produktion anderer Datensets können aber erhebliche Kosten anfallen – sie mag sich nur lohnen, wenn aus ihrer direkten oder indirekten Verwertung (evtl. hohe) Einnahmen erzielt werden können. Erhebliche Kosten können ferner bei der qualitativen Aufbereitung von Daten entstehen. Bei zwangsweiser Gewährung von Datenzugang können dann Anreizprobleme für die Produktion von Daten entstehen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Balance zwischen unmittelbaren Innovationsgewinnen auf Daten-Folgemärkten, wie sie aus der Gewährung von Datenzugang folgen können, und den Anreizproblemen für die Produktion von Daten, die damit zugleich verbunden sein können, in Abhängigkeit von der Art der in Frage stehenden Daten sehr unterschiedlich ausfallen kann.

II. Missbrauchsverfahren und Reformüberlegungen auf deutscher und europäischer Ebene

Sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene sind die skizzierten Entwicklungen in der jüngeren Vergangenheit Ausgangspunkt **verschiedener Missbrauchsverfahren** gewesen.

Die Europäische Kommission hat am 27.6.2017 das *Google Shopping*-Verfahren mit einem Bußgeldbeschluss abgeschlossen.³⁶ Gegenstand des Verfahrens war die nach Einschätzung der EU-Kommission missbräuchliche Erstreckung der Marktmacht von Google in der allgemeinen Internetsuche auf den Markt für Produktsuchmaschinen („Comparison Shopping Services“) durch eine privilegierte Anzeige der konzerneigenen Produktsuchmaschine Google Shopping auf den Ergebnisseiten der allgemeinen Google-Internetsuche bei gleichzeitiger Abwertung konkurrierender Produktsuchmaschinen. Am 18.7.2018 ist im *Android*-Verfahren ein Bußgeld in Höhe von 4,34 Mrd. € gegen

³⁵ Siehe hierzu den Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektor v. 25.4.2018, COM(2018) 234 fin. Mit dem Vorschlag soll die Richtlinie 2003/98/EG v. 17.11.2003 neu gefasst werden.

³⁶ Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740, bekannt gegeben unter Az. C(2017) 4444, *Google Shopping*.

Google verhängt worden, weil Google (1.) die Lizenzierung des Google Play Stores davon abhängig gemacht habe, dass Gerätehersteller die Google-Suche-App und die Google-Chrome-App auf ihren Geräten vorinstallieren, (2.) Zahlungen dafür geleistet habe, dass Hersteller ausschließlich die Google-Suche-App auf ihren Geräten vorinstallieren und (3.) Hersteller, die Google-Apps vorinstallieren wollten, daran gehindert habe, überhaupt noch Smart-Devices mit alternativen, von Google nicht autorisierten Android-Versionen auf den Markt zu bringen.³⁷ Google habe durch diese Verhaltensweisen seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Internetsuchen missbräuchlich gefestigt.³⁸ Ein weiteres Verfahren gegen Google wegen (u.a.) Exklusivvereinbarungen über die Einbeziehung von Google AdSense-Anzeigen ist gegenwärtig noch anhängig.³⁹

Das Bundeskartellamt hat im Dezember 2017 das *CTS Eventim*-Verfahren abgeschlossen und CTS Eventim – Betreiberin einer Ticketing-Plattform – auf der Grundlage von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB den Abschluss bestimmter Exklusivvereinbarungen mit Eventveranstaltern untersagt.⁴⁰ Anhand der Kriterien des mit der 9. GWB-Novelle neu eingefügten § 18 Abs.3a GWB werden in dem Beschluss ausführlich die Marktmacht von CTS analysiert und neuartige Aspekte der Datenmacht berücksichtigt. Bereits 2013 und 2015 ergingen Untersagungsverfügungen gegen zwei Online-Vermittlungsplattformen für Hotelübernachtungen, die sowohl auf Art. 101 AEUV / § 1 GWB als auch § 20 Abs. 1 (i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 1) GWB gestützt waren.⁴¹ Weitere Entscheidungen betreffend digitale Plattformen ergingen im Rahmen der Fusionskontrolle.⁴² Ein Verfahren gegen Facebook wegen eines möglichen Konditionenmissbrauchs durch die Vereinbarung von datenschutzrechtswidrigen Nutzungsbedingungen ist weiterhin anhängig.⁴³ Zur Begleitung der Fallpraxis in der Digitalökonomie

³⁷ Europäische Kommission, Entscheidung v. 18.7.2018, Case AT.40099, noch nicht veröffentlicht, *Google Android*. Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 18.7.2018, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm.

³⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 18.7.2018, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm.

³⁹ Hierzu Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 14.7.2016, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_de.htm.

⁴⁰ BKartA, Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*.

⁴¹ BKartA, Beschl. v. 20.12.2013, B9-66/10, *HRS*; Beschl. v. 22.12.2015, B9-121/13, *Booking.com*. § 20 Abs. 1 GWB wurde im Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf (*HRS*) nicht mehr geprüft, weil das Gericht den Verstoß gegen Art. 101 AEUV / § 1 GWB bestätigt hat und deshalb eine Prüfung von § 20 Abs. 1 GWB offenlassen konnte – siehe Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), *HRS*.

⁴² BKartA, Fallbericht v. 20.4.2015, B6-39/15, *Fusionskontrolle Immowelt/Immonet*; Fallbericht v. 24.7.2015, B8-76/15, *Fusionskontrolle Verivox/ProSiebenSat.1 Media*; Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15, *Fusionskontrolle Parship/Elitepartner*; Beschl. v. 3.1.2017, B6-53/16, *Fusionskontrolle CTS Eventim/FK Scorpio*; Beschl. v. 23.11.2017, B6-35/17, *Fusionskontrolle CTS Eventim/Four Artists*.

⁴³ Vgl. BKartA, Pressemitteilung v. 19.12.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html.

hat das Bundeskartellamt ferner Anfang 2015 einen „Think Tank Internet“ eingerichtet. Aus der Arbeit des Think Tank ist ein Arbeitspapier des Bundeskartellamts zu digitalen Plattformen⁴⁴ hervorgegangen. Gemeinsam mit der französischen Autorité de la Concurrence hat das Bundeskartellamt ein Arbeitspapier zur Rolle von Daten im Kartellrecht vorgelegt.⁴⁵ Gegenwärtig führt das Bundeskartellamt zudem eine Sektoruntersuchung im Bereich Online-Werbung⁴⁶ sowie – primär zur Untersuchung von Verstößen gegen Verbraucherschutzrecht, § 32e Abs. 5 GWB – in den Bereichen Vergleichsportale⁴⁷ und Smart-TVs⁴⁸ durch.

Auf deutscher wie auf europäischer Ebene gibt es daneben verschiedene **Initiativen für weitergehende Reformen** des allgemeinen rechtlichen Rahmens, die einen funktionsfähigen Wettbewerb auf digitalen Märkten sichern sollen.

Die **Europäische Kommission** hat im Rahmen ihrer „Strategie für den digitalen Binnenmarkt“⁴⁹ eine Reihe an Vorschlägen zur Reform des europäischen Ordnungsrahmens für die Digitalwirtschaft unterbreitet. Hervorzuheben sind zunächst die Vorschläge zu einer Stärkung des Regelrahmens für die Plattformökonomie. Mit einem Verordnungsentwurf zu Transparenzpflichten im Verhältnis zwischen Plattform und gewerblichen Nutzern („Plattform to Business“, „P2B“) soll im Verhältnis zu den auf der Plattform tätigen Unternehmen größere Transparenz über die Geschäftsbedingungen von Online-Plattformen hergestellt werden.⁵⁰ Ähnliche Transparenzpflichten sieht der Richtlinienvorschlag

⁴⁴ BKartA, Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁴⁵ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁴⁶ BKartA, Pressemitteilung v. 1.2.2018, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2018/01_02_2018_SU_Online_Werbung.html.

⁴⁷ BKartA, Pressemitteilung v. 24.10.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/24_10_2017_Vergleichsportale.html.

⁴⁸ BKartA, Pressemitteilung v. 13.12.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/13_12_2017_SU_SmartTV.html.

⁴⁹ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung über die Halbzeitüberprüfung der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt – Ein vernetzter digitaler Binnenmarkt für alle, COM(2017) 228 fin.

⁵⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM(2018) 238 fin.

zur Überarbeitung der VerbraucherrechteRL vor⁵¹ (näher zu beidem: s.u., V.4.b.). Ziel dieser Vorschläge ist unter anderem die Schaffung von Vertrauen in die Funktionsfähigkeit digitaler Märkte.⁵²

Ein weiterer Themenschwerpunkt auf europäischer Ebene ist die Schaffung geeigneter Bedingungen für die weitere Entwicklung einer Datenökonomie, die – so die Überzeugung der Kommission – in Zukunft ein weitergehendes Teilen und Wiederverwenden von Daten ermöglichen muss, um deren Innovationspotenziale besser zu nutzen. In ihrer Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“⁵³ hat die Kommission erste Überlegungen angestellt, in welcher Weise der Zugang insbesondere zu nicht-personenbezogenen, automatisiert erzeugten Maschinendaten erleichtert werden kann. Erwogen wurden unter anderem die Schaffung eines „Datenherstellerrechts“,⁵⁴ die Entwicklung eines besonderen vertragsrechtlichen Regimes für Daten,⁵⁵ FRAND-basierte Lizenzierungsverpflichtungen für bestimmte Arten von Daten⁵⁶ oder die Verabschiedung von Leitlinien für den Datenzugang und/oder Standardvertragsklauseln.⁵⁷ Die Diskussion über den Zugang zu Daten ist eng verknüpft mit der sowohl auf deutscher wie auch auf europäischer Ebene geführten Diskussion über die Schaffung neuer „Eigentumsrechte“ an Daten (siehe dazu C.VI.4.c) m.w.N.).

In einem Verordnungsentwurf „über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten“⁵⁸ schlägt die Kommission Regelungen vor, die die grenzüberschreitende Mobilität nicht personenbezogener Daten fördern und somit zur Herstellung eines wettbewerblich geprägten, integrierten Binnenmarkts für Datenspeicherungs- und Datenverarbeitungsdienste beitragen sollen.⁵⁹ Hierdurch sollen Wachstumsimpulse für den europäischen Datenmarkt gesetzt und mit der erwarteten höheren Datenverfügbarkeit (u.a.) die Entwicklung des „Internet of Things“ und der künstlichen Intel-

⁵¹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der RL 93/13/EWG, der RL 98/6/EG, der RL 2005/29/EG, der RL 2011/83/EU zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018) 185 fin.

⁵² Vgl. etwa Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM(2018) 238 fin., S. 3.

⁵³ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin.

⁵⁴ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin., S. 14.

⁵⁵ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin., S. 14.

⁵⁶ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin., S. 15.

⁵⁷ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin., S. 14 f.

⁵⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten in der Europäischen Union, COM(2017) 495 fin.

⁵⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten in der Europäischen Union, COM(2017) 495 fin., S. 2.

lizenzen beschleunigt werden.⁶⁰ Lokalisierungsbeschränkungen für die Speicherung und Verarbeitung von Daten innerhalb der EU sollen grundsätzlich abgeschafft werden.⁶¹

Am 25.4.2018 hat die Kommission schließlich die Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“⁶² verabschiedet. Der „gemeinsame europäische Datenraum“ steht dabei für ein „nahtlose[s] digitale[s] Gebiet in einer Größenordnung, die die Entwicklung neuer auf Daten beruhender Produkte und Dienstleistungen ermöglicht“.⁶³ Ziel ist es, die Bedingungen für die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen zu verbessern, insbesondere auch beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz.⁶⁴ Zu den verbesserten Wettbewerbsbedingungen sollen verbesserte Möglichkeiten des Zugangs zu großen Datenmengen zählen, wie sie insbesondere für das „maschinelle Lernen“ erforderlich sind: „die Fähigkeit, Daten zu analysieren und daraus zu lernen,“ wird, so die Einschätzung der EU-Kommission, „schnell zu einer wichtigen Voraussetzung für geschäftlichen Erfolg und für effizient arbeitende Behörden. Unternehmen, denen riesige Datenmengen zur Verfügung stehen und die auch über die technischen Kapazitäten und qualifizierten Mitarbeiter für die Auswertung der Daten verfügen, werden einen Wettbewerbsvorteil erlangen.“⁶⁵

Um die Verfügbarkeit dieser großen, zur Entwicklung künstlicher Intelligenz erforderlichen Datenmengen zu verbessern, will die Kommission den Zugang zu öffentlich erzeugten oder finanzierten Daten erleichtern und den Datenaustausch zwischen Unternehmen fördern.⁶⁶ Erleichterte Bedingungen des Zugangs zu Daten des öffentlichen Sektors – unter anderem auch für den Einsatz im Bereich der Künstlichen Intelligenz – soll die neue PSI-Richtlinie schaffen.⁶⁷ Dem erleichterten Datenaus-

⁶⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten in der Europäischen Union, COM(2017) 495 fin., S. 2.

⁶¹ Art. 4 VO-Entwurf: Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten in der Europäischen Union, COM(2017) 495 fin., S. 11 u. S. 20.

⁶² Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin.

⁶³ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin., S. 1.

⁶⁴ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin., S. 3. Vgl. ferner Europäische Kommission, Mitteilung „Künstliche Intelligenz für Europa“, COM(2018) 237 fin. Technologien für künstliche Intelligenz stellen auch ein Kernelement der europäischen Forschungs- und Innovationsstrategie dar: Europäische Kommission, Mitteilung „Eine erneuerte Europäische Agenda für Forschung und Innovation – Europas Chance, seine Zukunft zu gestalten“, COM(2018) 206 fin., S. 3.

⁶⁵ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin., S. 3.

⁶⁶ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 237 fin., S. 12.

⁶⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung), COM(2018) 234 fin., insb. S. 3.

tausch zwischen Unternehmen dient u.a. der „Leitfaden für die gemeinsame Nutzung von Daten des Privatsektors“ der Kommission.⁶⁸

Schließlich hat die Kommission zentrale Grundsätze formuliert, die ihrer Auffassung nach zur Gewährleistung fairer und wettbewerbsorientierter Märkte für IoT-Produkte („Internet of Things“) eingehalten werden sollten⁶⁹ (näher dazu: C.VI.4.a)).

Um die Diskussion über Digitalisierung und Wettbewerb auf europäischer Ebene voranzutreiben, hat die Wettbewerbskommissarin *Margrete Vestager* ein Team von Sonderberatern ernannt und mit der Ausarbeitung eines Berichts zu diesem Themenbereich beauftragt.⁷⁰

Der **deutsche Gesetzgeber** hat bereits mit der 9. GWB-Novelle erste Anpassungen der Rechtslage an die neuen Fallkonstellationen der Digitalökonomie vorgenommen. Im neuen § 18 Abs. 2a GWB wurde klargestellt, dass auch im Fall unentgeltlicher Leistungsbeziehungen ein Markt vorliegen kann.⁷¹ Im neu geschaffenen Abs. 3a werden Kriterien zur Ermittlung von Marktmacht auf mehrseitigen und Netzwerkmärkten aufgeführt, die den ökonomischen Besonderheiten dieser Märkte Rechnung tragen sollen.⁷² Ferner ist mit § 35 Abs. 1a GWB ein neues transaktionswertbezogenes Aufgreifkriterium für die Fusionskontrolle eingeführt worden, um Übernahmen in besonders dynamischen und innovativen, aber noch umsatzschwachen Branchen kartellrechtlich erfassen zu können.⁷³ Die Änderung der Aufgreifkriterien war eine Reaktion auf die Übernahme von Whatsapp durch Facebook,⁷⁴ die – mangels Eingreifen der deutschen Fusionskontrolle – eine Diskussion über die Existenz einer „Schutzlücke“ befeuert hat.

⁶⁸ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Guidance on sharing private sector data in the European data economy, SWD(2018) 125 fin.

⁶⁹ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin., S. 12.

⁷⁰ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 28.3.2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/commission-appoints-professors-heike-schweitzer-jacques-cremer-and-assistant-professor-yves_en.

⁷¹ Begr. RegE, BT-Drs. 18/10207, S. 47. Zuvor noch anders etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V) = NZKart 2015, 148, 149, HRS.

⁷² Begr. RegE, BT-Drs. 18/10207, S. 48f. Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555, 562 f.

⁷³ Begr. RegE, BT-Drs. 18/10207, S. 70 ff.

⁷⁴ Deutlich Begr. RegE, BT-Drs. 18/10207, S. 71.

Weitere gesetzliche Reformoptionen wurden durch das Bundeswirtschaftsministerium in einem Grün- bzw. Weißbuchprozess erörtert. 2016 wurde das Grün-,⁷⁵ 2017 das Weißbuch⁷⁶ zur Reform des gesetzlichen Rahmens für digitale Plattformen veröffentlicht. Darin schlägt das BMWi insbesondere eine Beschleunigung von Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden, ein proaktiveres Wettbewerbsrecht mit präventiven Eingriffsbefugnissen und einer Durchsetzungsbefugnis des Bundeskartellamts für UWG-Verstöße, die Schaffung eines klaren Rechtsrahmens für die Nutzung von Daten und die Einführung von Transparenzpflichten für digitale Plattformen vor.⁷⁷

Auch im Koalitionsvertrag wird eine Modernisierung des Kartellrechts in Bezug auf die Digitalisierung angekündigt.⁷⁸ Sie ist Teil einer Agenda, mit der „exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft“ geschaffen werden sollen.⁷⁹ Unter anderem soll gewährleistet werden, dass Wettbewerbsbehörden Missbräuche von Marktmacht „auf sich schnell verändernden Märkten zügig und effektiv abstellen können.“⁸⁰ Im Dienste der Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes soll hierbei grundsätzlich auf einseitige, nationale Regulierungen verzichtet werden, um die europäische Umsetzung von digitalen Geschäftsmodellen zu erleichtern.⁸¹ Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 ist es den Mitgliedstaaten allerdings nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden (hierzu ausführlich unten, Teil E.). Gerade im Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots verfügen die Mitgliedstaaten mithin über eigene wettbewerbspolitische Handlungsspielräume und können etwaige Lücken in der Missbrauchskontrolle, die nach den Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts verbleiben, eigenständig schließen.

⁷⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Grünbuch Digitale Plattformen, 2016, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/gruenbuch-digitale-plattformen.pdf?__blob=publicationFile&v=20.

⁷⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Weißbuch Digitale Plattformen: Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.pdf?__blob=publicationFile&v=24.

⁷⁷ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Weißbuch Digitale Plattformen (Fn. 76), insbesondere S. 106-108.

⁷⁸ CDU/CSU/SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf, Z. 2755 ff.

⁷⁹ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag (Fn. 78), Z. 1938 ff.

⁸⁰ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag (Fn. 78), Z. 2764 ff.

⁸¹ CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag (Fn. 78), Z. 2175 ff.

Das deutsche Recht hat von dieser Möglichkeit mit § 20 GWB seit jeher Gebrauch gemacht. Die Frage, ob die Entwicklung der digitalen Wirtschaft zu neuen Wettbewerbsgefährdungen führt, die mithilfe von Art. 102 AEUV sowie den §§ 18-20 GWB in ihrer geltenden Form nicht hinreichend erfasst werden können und daher eine Weiterentwicklung des deutschen Rechts zur Unterbindung unilateralen unternehmerischen Verhaltens angeraten erscheinen lassen, ist eine der Leitfragen dieser Studie.

C. Schutzlücken im geltenden Regime der Missbrauchsaufsicht? Diskussion und Reformvorschläge

I. Einleitung

Die starken und nachhaltigen Konzentrationstendenzen auf vielen Informationstechnologiemärkten – insbesondere auf Plattformmärkten – stellen die Missbrauchsaufsicht vor neue Herausforderungen. Ungeachtet einer weiterhin dynamischen Entwicklung der Digital- und Datenökonomie gibt es in durch starke Netzwerkeffekte geprägten Märkten häufig ein Unternehmen, das einen Markt über längere Zeiträume und mit hohen Marktanteilen beherrscht. Auf anderen Plattformmärkten entwickeln sich enge Oligopole wie etwa bei Kreditkartensystemen, während bei wiederum anderen Plattformen (Nachrichtenportale, Reiseportale) intensiver Wettbewerb auf recht schwach konzentrierten Märkten herrscht.

Das Wettbewerbsrecht verbietet nicht die Erlangung oder Existenz einer marktbeherrschenden Stellung. „The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins“⁸² – so heißt es bereits in der berühmten *Alcoa*-Entscheidung. Dieser Grundsatz ist dem US-Antitrustrecht, dem europäischen und dem deutschen Wettbewerbsrecht gemeinsam. Eine marktbeherrschende Stellung kann das Ergebnis von Leistungswettbewerb sein. Sie allein bietet keinen Grund für wettbewerbsrechtliche Intervention.

Ist der Wettbewerb auf Märkten längerfristig geschwächt, so gibt dies aber Anlass, besonderes Augenmerk auf die Bestreitbarkeit der bestehenden Machtpositionen zu legen. Dies gilt umso mehr auf potentiell dynamischen und innovationsgetriebenen Technologiemarkten, auf denen jede Innovation eine grundlegende Weichenstellung für die künftige Entwicklung bedeuten kann. Zwar hängen die Innovationsanreize maßgeblich auch von der Möglichkeit der Akteure ab, sich Innovationsgewinne

⁸² *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

anzueignen. Die Bestreitbarkeit bestehender Machtpositionen und der damit verbundene Wettbewerbsdruck bleiben aber nach ganz überwiegender Ansicht eine Grundbedingung von Innovation.⁸³

Der viel zitierte Hinweis, dass Wettbewerb in der digitalen Ökonomie stets nur „einen Klick entfernt“ sei, reicht als Beleg für die Bestreitbarkeit von Machtpositionen nicht aus. Anders als dies in den frühen Zeiten des Internets gewesen sein mag, können die Wechselkosten („switching costs“) angesichts der starken positiven Netzwerkeffekte, von denen jeder einzelne Nutzer profitiert, mittlerweile hoch sein, sofern es kostspielig oder mühsam ist, parallel mehrere Plattformen zu nutzen.

Auch der Verweis auf die stets fortbestehende Möglichkeit der „schöpferischen Zerstörung“⁸⁴ von Machtpositionen durch disruptive Innovation rechtfertigt wettbewerbspolitisch dann keine Zurückhaltung, wenn angesichts hoher Marktzutrittsschranken auf absehbare Zeit mit dem Fortbestehen einer nur schwer bestreitbaren Monopolstellungen zu rechnen ist. Allein auf die Innovationskraft des Internet und künftige disruptive Entwicklungen zu vertrauen, genügt auf den stark konzentrationsgeneigten digitalen Märkten für einen effektiven Schutz des Wettbewerbsprozesses nicht.⁸⁵

Eine besondere Herausforderung für das Wettbewerbsrecht besteht mithin darin, die Bestreitbarkeit von Machtpositionen auch in Gegenwart starker Netzwerkeffekte und hoher Wechselkosten sicherzustellen. Parallel dazu gilt es, der Gefahr einer antikompetitiven Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung auf Nachbarmärkte entgegenzuwirken, d.h. einer Ausdehnung, die auf dem Einsatz der besonderen Machtposition und nicht (oder nicht primär) auf Leistungswettbewerb beruht. Sowohl die nachhaltige Beschränkung der Bestreitbarkeit von Machtpositionen als auch die wettbewerbswidrige Ausdehnung von marktbeherrschenden Stellungen auf Nachbarmärkte kann auf die Dauer zu nachlassendem Wettbewerb und damit nicht nur zu überhöhten Preisen (z.B. auf Werbemärkten), sondern auch zu nachlassender Innovationskraft und Dynamik sowie zu Verlusten in der Qualität der Dienste führen. Bei der Abgrenzung zwischen Leistungswettbewerb einerseits, wettbewerbswidrigen Beschränkungen der Bestreitbarkeit bzw. Ausdehnungen der marktbeherrschenden

⁸³ Siehe dazu *Shapiro*, Competition and Innovation. Did Arrow Hit the Bull's Eye?, in: Lerner/Stern (Hrsg.), The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited, 2012, S. 361, 382 ff.

⁸⁴ *Schumpeter*, Capitalism, Socialism and Democracy, 1943, Neuaufl. 2010, S. 71 ff., insb. S. 77 ff.

⁸⁵ So auch BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken – Zusammenfassung, 2016, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.html>, S. 19: die „Marktbeherrschung von Internetplattformen bei erheblichen Marktpositionen oder gar Monopolen [kann] nicht mit dem einfachen Hinweis auf die Angreifbarkeit der Position durch die Innovationskraft des Internets und der dem Internet innewohnenden Möglichkeit von disruptiven Veränderungen verneint werden. Das Innovationspotenzial des Internets ist vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen. [...] Es sind daher konkrete Anhaltspunkte für einen solchen dynamischen oder disruptiven Prozess innerhalb des [...] zugrunde zu legenden Prognosezeitraums erforderlich.“

Stellung auf Nachbarmärkte andererseits, können sich allerdings schwierige Abgrenzungsfragen ergeben.

Vor dem Hintergrund der skizzierten Entwicklungen soll diese Studie zunächst der Frage nachgehen, ob es einer Änderung des Missbrauchsverbots in seiner Grundstruktur bedarf. Denkbar wären eine Flexibilisierung der Prüfungsstruktur derart, dass in bestimmten Fallkonstellationen eine detaillierte Marktabgrenzung entbehrlich wird (II.), oder eine allgemeine, fallgruppenübergreifende Absenkung der Interventionsschwelle, um Wettbewerbsgefährdungen im Kontext der Digitalisierung frühzeitiger erfassen zu können (III.).

Wird dies – wie hier – abgelehnt,⁸⁶ so bleibt zu erörtern, ob jedenfalls eine fallgruppenspezifische Absenkung der Interventionsschwelle in §§ 18, 19 oder in § 20 GWB anzuraten ist (IV.). Hierüber kann insbesondere mit Blick auf Plattformmärkte nachgedacht werden, auf denen eine Monopolisierung droht („Tipping“) (IV.1.); ferner mit Blick auf durch enge Oligopole charakterisierte Märkte, auf denen sich nicht koordinierte, aber in ihrer Gesamtwirkung eine Marktverschlusswirkung entfaltende unternehmerische Strategien etablieren (IV.2.). Die neue Bedeutung von Informationsintermediären führt zu der Frage, ob neben Angebots- und Nachfragemacht eine eigenständige Form der „Intermediationsmacht“ existiert (IV.3.). Die Kontrolle über Daten kann anerkanntermaßen Machtpositionen begründen, deren angemessene Erfassung durch das Kartellrecht zu überprüfen ist (IV.4.). Schließlich wird zunehmend diskutiert, ob sich wettbewerbspolitisch relevante Machtpositionen aus der Summe von Machtpositionen auf verschiedenen Märkten ergeben kann, die je für sich unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung liegen („konglomerate Macht“) (IV.5.).

Im Anschluss an die Frage, welche Arten von Machtlagen in spezifischen Fallkonstellationen kartellrechtlich erfasst und wettbewerbspolitisch regelungsbedürftig sind, ist zu prüfen, ob die Einfügung neuer Missbrauchs-Fallgruppen in § 19 oder § 20 GWB sinnvoll ist, um neuartigen wettbewerbswidrigen Strategien von Plattformen besser und effektiver zu begegnen (V.). Ein eigener Abschnitt ist dabei den datengetriebenen Missbrauchsstrategien gewidmet (VI.).

⁸⁶ Empfohlen wird allerdings eine Korrektur des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 GWB durch Aufhebung der Begrenzung auf kleine und mittlere Unternehmen und eine in bestimmten Fallkonstellationen weniger restriktive Handhabung von § 20 Abs. 3 GWB (s.u., C.III.4.c)).

II. Flexibilisierung der Prüfungssystematik?

1. Marktabgrenzungserfordernis als Hindernis einer effektiven, zügigen und rechtssicheren Durchsetzung des Missbrauchsverbots auf digitalen Märkten?

Das Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV und in §§ 18, 19 GWB ist ausschließlich an marktbeherrschende Unternehmen adressiert. Dementsprechend beginnt jede Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB mit der Abgrenzung der relevanten Märkte und der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung (für das deutsche Recht siehe § 18 GWB).⁸⁷ Erst wenn die Normadressateneigenschaft festgestellt ist, wird das Vorliegen eines missbräuchlichen Verhaltens geprüft. Damit wird implizit unterstellt, eine marktbeherrschende Stellung bestehe stets unabhängig vom konkret zu prüfenden Verhalten.

Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung hat in der Missbrauchskontrolle eine wichtige Filterfunktion: Sie bezeichnet die Schwelle, ab welcher Unternehmen mit Blick auf die Wettbewerbsgefährdungen, welche ihr Verhalten hervorrufen können, einer „besonderen Verantwortung“⁸⁸ unterworfen werden. Kartellrechtliche Verbotsnormen betreffend unilaterales unternehmerisches Verhalten greifen erheblich in die wettbewerbliche Freiheit von Unternehmen ein. Die Abgrenzung zwischen – ggfs. auch aggressivem – pro-kompetitivem Leistungswettbewerb und antikompetitivem Verhalten kann in der Praxis mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sein.⁸⁹ Wird im Ergebnis unternehmerisches Handeln untersagt, obwohl Wettbewerbskräfte noch wirksam sind, so kann die Missbrauchskontrolle selbst zu Wettbewerbsbeschränkungen führen. Die mit solchen „false positives“ verbundenen Wohlfahrtskosten können erheblich sein. Die in Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB verankerte Grundentscheidung, das Missbrauchsverbot nur an marktbeherrschende Unternehmen zu adressieren,⁹⁰ hilft, ein zu frühes Eingreifen der Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu unterbinden und die damit verbundenen Irrtumskosten⁹¹ zu reduzieren.

⁸⁷ Siehe EuG, Urteil v. 14.9.2017, Rs. T-751/15, *Contact Software*, Rn. 76 ff.: Die Klägerin, die gegen eine Zurückweisung ihrer Beschwerde vorging, hatte in diesem Fall eine Daumenregel des Inhalts vorgeschlagen: „Der Markt ist dort, wo der Missbrauch stattfindet“. Missbräuche seien ohne Marktmacht nicht möglich. Aus dem Missbrauch könne daher auf die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung rückgeschlossen werden. Das EuG hat eine solche Daumenregel abgelehnt und festgestellt (Rn. 78): „Wie die Kommission [...] zutreffend geltend gemacht hat, gibt es keine solche Regel. Für die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV muss sowohl nachgewiesen werden, dass das fragliche Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehat, als auch, dass es diese Stellung missbraucht hat.“

⁸⁸ Dazu *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 16 Rn. 44 ff. m.N. zur Rspr.

⁸⁹ Näher: *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 4 Rn. 114.

⁹⁰ Vorbehaltlich des § 20 GWB – dazu unten, C. III.4.

⁹¹ Zum Konzept der Irrtumskosten wegweisend: *Joskow/Klevorick*, *Yale L. J.* 89 (1979), 213, 231 ff.

Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit dieses Filters ist allerdings, dass die Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung mit einem vertretbaren Maß an Aufwand und Rechtssicherheit möglich ist. Während dies bei relativ stabilen Marktverhältnissen typischerweise der Fall ist,⁹² gibt es im Kontext der Digitalökonomie Fallkonstellationen, in denen erhebliche Zweifel bestehen.⁹³

Zwar sind Märkte stets normative Konstrukte und ist die Marktabgrenzung häufig mit gewissen Ungewissheiten und Unschärfen verbunden. Für die Abgrenzung von Märkten, auf denen Leistungen gegen Entgelt angeboten werden, haben die Wettbewerbsbehörden jedoch plausible Methoden zur Marktabgrenzung entwickelt. Der Preis eines Produkts bzw. einer Leistung hat sich ferner als ein Kriterium erwiesen, dem Nachfrager bei ihrer Auswahlentscheidung regelmäßig besondere Aufmerksamkeit schenken. Es kann daher regelmäßig als „Proxy“ für die Feststellung einer hinreichenden wettbewerblichen Kontrolle unternehmerischen Verhaltens dienen.

Auf Plattformmärkten stoßen die etablierten ökonomischen Methoden zur Marktabgrenzung und Marktmachtermittlung aber auf Grenzen. Dies gilt in besonderem Maße für den sog. „SSNIP“-Test und andere Methoden, bei denen Preis- und Kreuzpreiselastizitäten eine zentrale Rolle spielen.⁹⁴ Zum einen beeinflusst die Preissetzung der Plattform auf einer Marktseite nicht nur die Anzahl der Teilnehmer auf eben dieser Marktseite, sondern aufgrund indirekter Netzwerkeffekte auch die Attraktivität der Plattform für die Teilnehmer auf anderen Marktseiten. Diese Wechselbeziehungen können auf Plattformen schnell Spiraleffekte erzeugen, mit der Folge erheblicher Marktanteilsveränderungen in kurzer Zeit. Zwar ist es theoretisch möglich, den sog. SSNIP-Test auch auf mehrseitige Märkte anzuwenden,⁹⁵ sofern man die entsprechenden Kreuzpreiselastizitäten kennt. Genau dies ist jedoch in der Praxis ein erhebliches Problem. Sind Nachfrageschätzungen zur Ermittlung von Preiselastizitäten ohnehin schon anspruchsvoll im Hinblick auf Methode und Datenanforderungen, gilt dies für mehrseitige Plattformen noch verstärkt.⁹⁶

Hinzu kommt, dass viele Plattformen von einer Nutzergruppe kein monetäres Entgelt verlangen (vgl. z.B. Facebook, Google, HRS, MyTaxi etc.). Zwar steht dies der Abgrenzung eines separaten Marktes

⁹² Ausführlich zu den zunehmend verfeinerten ökonomischen Methoden der Marktabgrenzung und Marktmachtfeststellung: *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2. A. 2011, S. 72 ff.

⁹³ Siehe z.B. *Wismer/Rasek*, Market definition in multi-sided markets, OECD, DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL.

⁹⁴ „small but significant nontransitory increase in price“: Führt eine hypothetisch angenommene, geringfügige, aber signifikante und dauerhafte Preiserhöhung dazu, dass hinreichend viele Nachfrager auf leicht verfügbare Substitute ausweichen, sodass sich die Preiserhöhung nicht rechnet? Falls ja, geht von diesen Substituten ein hinreichend großer Wettbewerbsdruck aus, sodass sie in den relevanten Markt mit aufzunehmen sind.

⁹⁵ Vgl. *Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt*, Journal of Competition Law and Economics 10 (2014), 293; *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 2013.

⁹⁶ Vgl. *Hamelmann/Haucap*, ORDO 67 (2016), 269.

speziell für diese Plattformseite rechtlich nicht entgegen. Der deutsche Gesetzgeber hat dies mit der 9. GWB-Novelle durch die Einfügung eines neuen § 18 Abs. 2a GWB klargestellt.⁹⁷ Der sog. SSNIP-Test ist in solchen Fällen jedoch faktisch unbrauchbar.⁹⁸ Theoretisch könnte stattdessen ein sog. SSNDQ-Test für mehrseitige Märkte konstruiert werden, bei dem nicht eine hypothetische Preissteigerung, sondern eine Qualitätsabsenkung („Decrease in Quality“) zum Maßstab genommen wird.⁹⁹ Wie aber eine solche Qualitätssenkung operationalisiert werden soll, ist unklar. Was sollte etwa ein 10% tieferer Eingriff in die Privatsphäre sinnvollerweise sein, was ein 20% Anstieg der Datenabfrage? Auch muss eine Erweiterung des Datenzugriffs aus Nutzerperspektive nicht dieselbe herausragende Bedeutung haben wie der Preis. Durch die oft bestehende Intransparenz über das Ausmaß des Datenzugriffs und der weiteren Nutzung der Daten können Nutzer entsprechende Verschlechterungen meist schwer erkennen und in ihrer Tragweite einschätzen, sodass sie darauf oft wenig sensibel reagieren.¹⁰⁰ Zwar können die Bedingungen der Datennutzung unter Umständen durchaus ein relevanter Aspekt der Qualität von Produkten sein (bspw. in "Internet der Dinge"-Anwendungen), aber die Operationalisierung weist zu viele Probleme auf, um sie für einen SSNDQ-Test verwenden zu können.¹⁰¹

Neben die methodischen Herausforderungen tritt die besondere Dynamik der digitalen Märkte,¹⁰² welche Wettbewerbsbehörden und Gerichte bei der Marktabgrenzung und Marktmachtbestimmung vor große praktische Schwierigkeiten stellt. Hinzu kommt, dass häufig verschiedene Geschäftsmodelle aufeinandertreffen, die bei z.T. ganz unterschiedlicher Strukturierung der Wertschöpfungskette

⁹⁷ §18 Abs. 2a GWB lautet: „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“ Diese Feststellung war in der deutschen Rechtsprechung nicht unumstritten – siehe zuletzt OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015 – VI Kart 1/14 (V) = WuW 2015, 394, 398, HRS. Zu der Diskussion vor der 9. GWB-Novelle siehe *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121.

⁹⁸ Vgl. *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 2013; *Dewenter/Rösch/Terschüren*, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, 2014, abrufbar unter <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/103404/1/799249998.pdf>; Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015.

⁹⁹ Vgl. *Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt*, Journal of Competition Law and Economics 10 (2014), 293.

¹⁰⁰ Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang das bekannte Privacy Paradox, nach dem viele Individuen zwar auf der einen Seite sehr besorgt über den Schutz ihrer personenbezogenen Daten sind, gleichzeitig aber in ihrem faktischen Verhalten solche Daten oft großzügig weitergeben. Für einen Überblick über empirische Studien zu diesem Phänomen vgl. *Kokolakis*, Computers & Security 64 (2015), 122.

¹⁰¹ Vgl. *Hamelmann/Haucap*, ORDO 67 (2016), 269.

¹⁰² Betont z.B. in BKartA, Beschluss v. 4.12.2017, *CTS Eventim*, Rn. 202 (zum innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck, § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB): „... zielt insbesondere auf digitale Märkte, die der besonderen Dynamik des Internet ausgesetzt sind. Das Internet ist häufig bezogen auf alle internetbasierten Märkte von einer großen Dynamik und einer Vielzahl an Innovationen geprägt. Innovative Produkte und Dienste können innerhalb kurzer Zeit neue Internetmärkte schaffen und etablieren. Ebenso können Internetdienste aufgrund der Internetdynamik aber auch schnell an Bedeutung verlieren. Dabei spielen die für das Internet prägenden Faktoren der weitweiten Vernetzung und direkte Erreichbarkeit der Endkunden sowie die hohe Innovationsgeschwindigkeit eine zentrale Rolle“.

bzw. Vertriebswege eine präzise Bestimmung der Wettbewerbsbeziehungen erschweren. Gerade wenn es um den Einsatz von digitalen Plattformen als Vermittler geht, können diese mit anderen Vertriebswegen in Wettbewerb stehen. Wie in der Fusionskontrolle¹⁰³ wird unter Umständen eine differenziertere Berücksichtigung der unterschiedlichen „Nähe“ und damit zugleich Intensität der Wettbewerbsbeziehungen erforderlich.

Auch die zunehmende Individualisierung von Produkten und ggfs. auch Preisen nach Maßgabe von Nachfragerpräferenzen und Nutzungsprofilen kann die Abgrenzung von Märkten erschweren. Die Individualisierung kann potenziell zu einem „Lock-in“ und zu einer zunehmend engen Abgrenzung von Sekundärmärkten führen, wenn dem „Lock-in“ nicht mit Mitteln des Wettbewerbsrechts oder mit anderen Mitteln effektiv begegnet wird. Die Abgrenzung von Sekundärmärkten ist in der Praxis weiterhin mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet (näher hierzu siehe unten, VI.3.).

Mit dem Konzept der Marktbeherrschung bislang schwer zu erfassen sind schließlich Fallkonstellationen, in denen sich zwar mit begrenztem Ermittlungsaufwand ein von Wettbewerb nicht kontrolliertes Verhalten feststellen lässt – etwa wenn ein Informationsintermediär die im Verhältnis zu seinen Nachfragern der Intermediationsleistung bestehenden Informationsasymmetrien ausnutzt, um eigene Dienste zu bevorzugen – und auch nachgewiesen werden kann, dass hierdurch Wettbewerber vom Markt verdrängt werden, die bessere, nämlich präferenzgerechtere Dienste anbieten; wenn aber zugleich die normalerweise für eine marktbeherrschende Stellung geforderten marktstrukturellen Kriterien, insbesondere ein Marktanteil auf dem Intermediationsmarkt von wenigstens 30-40 %, nicht vorliegen. Die Definition der marktbeherrschenden Stellung als die Möglichkeit, sich vom Wettbewerb unkontrolliert zu verhalten, gerät hier mit den etablierten strukturellen Mindestanforderungen in Konflikt. In dem Maße, in dem in der Digitalökonomie Informationsintermediäre eine zunehmend marktsteuernde Bedeutung erlangen, ist daher die Frage aufgeworfen, ob bei einer systematischen Ausnutzung von Informationsasymmetrien mit Verdrängungswirkung auf Nachbarmärkten eine marktbeherrschende Stellung bereits aus der Fähigkeit gefolgert werden kann, diese Verdrängungswirkungen unabhängig von Leistungswettbewerb hervorzurufen. Eine konzeptionelle Rechtfertigung hierfür kann in dem Zusammentreffen zweier unterschiedlicher Formen von Marktversagen liegen: Einem gewissen, allerdings herabgesetzten Grad von Marktmacht und Informationsasymmetrien.

¹⁰³ Dazu z.B. *Zimmer*, *The Antitrust Bulletin* 6 (2016), 133, insb. 145 ff.

2. Reformoption: Flexibilisierung der Prüfungsmethodik in der Missbrauchsaufsicht?

Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob Wettbewerbsbehörden und Gerichten in Fallkonstellationen, in denen eine Marktabgrenzung bzw. Marktmachtfeststellung nach der herkömmlichen Prüfungsmethodik wegen der Besonderheiten digitaler Märkte besonders unsicher und schwierig ist, ein flexiblerer Umgang mit dem Missbrauchsverbot ermöglicht werden sollte. Denkbar wäre insbesondere, dass Wettbewerbsbehörden und Gerichte in solchen Fällen von der Notwendigkeit entbunden wären, die relevanten Märkte präzise abzugrenzen.¹⁰⁴ Ausgangspunkt eines Missbrauchsverfahrens könnte alternativ die Identifizierung einer möglichen missbräuchlichen Verdrängungsstrategie sein, also eine Schadenstheorie („theory of harm“). Voraussetzung für einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB wäre sodann stets die Feststellung eines durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraums.¹⁰⁵ Hierfür ist zwar grundsätzlich die Identifizierung der relevanten Wettbewerbskräfte erforderlich. Insbesondere im Verhältnis zu Verbrauchern kann das Fehlen einer wettbewerbslichen Kontrolle aber auch aus dem Bestehen von Informationsasymmetrien folgen.¹⁰⁶ Aus Sicht der Verbraucher liegt der Zweck des Einsatzes von Informationsintermediären in der Senkung von Suchkosten. Dieser Zweck wird nur erreicht, solange Verbraucher darauf vertrauen, dass das Ranking von Suchergebnissen dem Streben nach dem „best match“ zwischen den Präferenzen des Nutzers und den im Zugriffsbereich der Algorithmus liegenden Informationen folgt. Es entspricht daher oftmals der Funktionslogik des Einsatzes von Informationsintermediären, dass Verbraucher auf eine systematische Überprüfung bzw. auf eine weitere Suche nach besserer Information verzichten. Der Informationsintermediär kann das Vertrauen ggfs. zur Beförderung von wirtschaftlichen Eigeninteressen nutzen, die von den Präferenzen des Nutzers abweichen, indem er die Nutzer bevorzugt zu den Produkten verbundener Unternehmen lenkt. Fehlt es den Nutzern an einem Anlass und an Möglichkeiten, die Qualität der Information zu überprüfen, und steht Wettbewerbern kein Mittel zur

¹⁰⁴ Für Überlegungen in diese Richtung z.B. *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 121, 126 f.

¹⁰⁵ Für die Definition von Marktmacht als fehlender wettbewerbslicher Verhaltenskontrolle vgl. nur BGH Urte. v. 28.4.1992, KVR 9/91 = NJW 1992, 2289, *Kaufhof/Saturn*; w.N. bei *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 18 GWB Rn. 93. Für das europäische Wettbewerbsrecht grundlegend EuGH, Urte. v. 13.2.1979, Rs. C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rn. 39 und seitdem in st. Rspr.: „Eine [marktbeherrschende] Stellung schließt [...] einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne daß ihr dies zum Schaden gereichte“ (Hervorhebung ergänzt).

¹⁰⁶ Siehe dazu aus dem US-Antitrustrecht: *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 474 (1992); *Patterson*, *Antitrust Law in the New Economy*, 2017, S. 69: „[...] the constraint on competition may not be the inability of competitors to produce competing information, but the inability of consumers to determine whether a competitor is offering better information [...]“.

Verfügung, die Verbraucher wirksam zu warnen, so entfällt die wettbewerbliche Disziplinierung der Informationsbereitstellung.¹⁰⁷ Befinden sich eine hinreichende Zahl von Verbrauchern in eben dieser Situation und sind Drittunternehmen auf den „Verkehr“ angewiesen, der über den Informationsintermediär zu ihnen gelangt, so kann daraus eine Verdrängungswirkung resultieren, die nicht auf Leistungswettbewerb beruht. Die marktbeherrschende Stellung – nämlich die durch die fehlende wettbewerbliche Kontrolle des eigenen Verhaltens vermittelte Möglichkeit, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern bzw. die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder merklich zu beeinflussen¹⁰⁸ – könnte in diesem Fall ohne den Eingangsfiler der Marktabgrenzung ermittelt werden und würde aus dem Zusammentreffen einer empirisch feststellbaren relevanten Lenkungsfunktion im Markt und nachgewiesenen Informationsasymmetrien folgen. Das Vorliegen eines im Wettbewerb nicht kontrollierten unilateralen Verhaltens, verbunden mit der hierdurch veranlassten, nicht auf Leistungswettbewerb beruhenden Verdrängung würde den Rückschluss auf eine Marktstellung erlauben, die dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts zufolge vom Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfasst werden soll.

a) Praxis und Diskussion im US Antitrustrecht und in der ökonomischen Literatur

Auf der Grundlage des vom europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht verschiedenen US-Antitrustrechts, namentlich des Sec. 2 Sherman Act, haben US-amerikanische Gerichte in einer begrenzten Anzahl von Fällen vom Verhalten eines Unternehmens, verbunden mit dem Nachweis anti-kompetitiver Auswirkungen, auf das Vorliegen hinreichender Marktmacht zurückgeschlossen.¹⁰⁹ Im

¹⁰⁷ *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 2017, S. 69.

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rn. 38 f.: Die marktbeherrschende Stellung bezeichnet die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, „die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber unabhängig zu verhalten. Eine solche Stellung schließt im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass es ihr zum Schaden gereicht“.

¹⁰⁹ *FTC v. Ind. Fed'n of Dentists (IFD)*, 476 U.S. 447, 460-461 (1986): „Since the purpose of the inquiries into market definition and market power is to determine whether an arrangement has the potential for genuine adverse effect on competition, ‘proof of actual detrimental effect, such as a reduction of output’ can obviate the need for an inquiry into market power, which is but a ‘surrogate for detrimental effect’”; *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001); *Rebel Oil Co. v. Atl. Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1434 (9th Cir. 1995). Eine Marktabgrenzung wurde teilweise explizit nur im Rahmen einer sog. „Quick look analysis“ für verzichtbar gehalten: *Agnew v. NCAA*, 683 F.3d 328, 336 (7th Cir. 2012). Vgl. ferner die umfangreiche Rechtsprechungsanalyse bei *Crane*, *Notre Dame L. Rev.* 90 (2014), 31, 43 ff. Zur Bedeutung der Marktabgrenzung auf Informationsmärkten siehe *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 2017, S. 62 ff.

amerikanischen Schrifttum ist diese Vorgehensweise allerdings auch wiederholt nachdrücklich kritisiert worden.¹¹⁰

In der ökonomischen Literatur wird das Erfordernis, stets eingangs den relevanten Markt abzugrenzen, hingegen immer öfter kritisch hinterfragt. So ist die OECD in ihrem Roundtable zum Thema „Rethinking the Use of Traditional Antitrust Enforcement Tools in Multi-sided Markets“ zu dem Befund gelangt:

„Market definition is often unnecessary and can be counterproductive“.¹¹¹

Und weiter:

“It may therefore be the case that the complexities of applying the hypothetical monopolist test are insurmountable, while the alternatives are undesirable. The first best solution in such cases would be to leave the market undefined where possible. [...]“.¹¹²

In der antitrustrechtlichen Praxis haben sich die von Ökonomen vorgeschlagenen Methoden zur unmittelbaren Messung von Markt- bzw. Preissetzungsmacht, bspw. anhand des *Lerner-Indexes*, allerdings bislang nicht durchgesetzt.¹¹³ Ein wesentlicher Grund dafür sind der hohe Informationsbedarf bzw. die hohen Informationsbeschaffungskosten. Der Lerner-Index setzt die Kenntnis von Grenzkosten oder wenigstens variablen Kosten auf Produktebene voraus. Informationen in dieser Granularität liegen oftmals noch nicht einmal den Unternehmen selbst vor. Auf Ebene von gesamten Unternehmen¹¹⁴ oder selbst auf Ebene zusammengefasster Warengruppen kann der Lerner-Index jedoch schnell an Aussagekraft verlieren. Zugleich sagt auch der Lerner-Index in Isolation wenig aus, solange nicht die Kostenstruktur insgesamt berücksichtigt wird. In kapitalintensiven und daher fix- und gemeinkostenlastigen Branchen können durchaus bei einzelnen Produkten oder Dienstleistungen hohe Margen und somit hohe Lerner-Indizes beobachtbar sein, die ggf. jedoch notwendig sind, damit Unternehmen in diesen Branchen verlustfrei arbeiten und somit nachhaltig wirtschaften können. Hohe

¹¹⁰ Für Kritik siehe u.a. *Crane*, Notre Dame L. Rev. 90 (2014), 31.

¹¹¹ *Pike*, Rethinking the Use of Traditional Antitrust Enforcement Tools in Multi-sided Markets, OECD, DAF/COMP/WD(2017)55, S. 6.

¹¹² *Pike*, Rethinking the Use of Traditional Antitrust Enforcement Tools in Multi-sided Markets, OECD, DAF/COMP/WD(2017)55, S. 8.

¹¹³ *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, 5. Aufl. 2016, § 6.2b.

¹¹⁴ Bei den allermeisten Unternehmen handelt es sich um Multiprodukt-Unternehmen, die viele Produkte auf vielen Märkten anbieten. Äußerst selten werden aber produktspezifisch oder marktspezifisch Gewinnmargen ausgewiesen.

Margen und Deckungsbeiträge sind dann nicht mit übernormalen Profiten verbunden. Eine Intensivierung des Wettbewerbs wäre in solchen Branchen nicht nachhaltig möglich.

b) Flexibilisierung der Prüfungsmethodik im europäischen Wettbewerbsrecht?

Einer flexibleren Handhabung der etablierten Prüfungssystematik bei Art. 102 AEUV steht zunächst die Rechtsprechung von EuG und EuGH entgegen, der zufolge eine Marktabgrenzung und eine daran anknüpfende Marktmachtfeststellung zwingende Voraussetzung einer Anwendung des Missbrauchsverbots sind.¹¹⁵ Eine gesetzgeberische Korrektur dieser im EU-Primärrecht verankerten Rechtslage erscheint ausgeschlossen. Denkbar ist allerdings, dass die Unionsgerichte in geeigneten Fallkonstellationen bereit sind, die bisherige Rechtsprechung zu modifizieren.

Eine solche Modifikation wird nicht hinfällig durch die bereits jetzt bestehende Möglichkeit, die Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV unter Gesichtspunkten eines effizienten „case management“ mit der Prüfung eines nicht leistungswettbewerblichen Verhaltens mit (erheblicher) Verdrängungswirkung zu beginnen. Denn diese etwa vom englischen High Court in der Sache *Google Streetmap*¹¹⁶ gewählte Vorgehensweise erlaubt die Umgehung der Probleme der Marktabgrenzung nur in solchen Fällen, in denen ein Missbrauch im Ergebnis aus von der marktbeherrschenden Stellung unabhängigen Gründen ausgeschlossen ist.

Welche Relevanz eine weitergehende Modifizierung der Prüfungssystematik hätte, hängt einerseits von der Einschätzung der praktischen Schwierigkeiten bei der Marktabgrenzung in einschlägigen Fallkonstellationen und von dem Gewicht ab, welches man der damit verbundenen Rechtsunsicherheit beimisst. Auf der anderen Seite ist zu fragen, wie groß die Gewinne in der Effektivität der Rechtsdurchsetzung und der Rechtssicherheit sind, die mit einer Flexibilisierung der Prüfungsmethodik zu erzielen wären.

Ökonomen haben immer wieder darauf hingewiesen, dass eine Marktabgrenzung mit Hilfe traditioneller Methoden auf digitalen Märkten (insbesondere Plattformmärkten) zwar theoretisch möglich, praktisch aber kaum durchführbar ist¹¹⁷ (siehe dazu bereits oben, C.II.1.). Aus ökonomischer Perspek-

¹¹⁵ Siehe EuG, Urteil v. 14.9.2017, Rs. T-751/15, *Contact Software*, Rn. 76 ff.

¹¹⁶ UK High Court of Justice, *Streetmap.EU Limited v. Google*, [2016] EWHC 253 (Ch), Rn. 41-43; vgl. hierzu *Ibanez Colomo*, *Streetmap v Google: lessons for pending Article 102 TFEU cases (including Google itself)*, abrufbar unter <https://chillingcompetition.com/2016/02/17/streetmap-v-google-lessons-for-pending-article-102-tfeu-cases-including-google-itself/>; *Monti*, *Fordham Int'l LJ.* 40 (2017), 1443, 1463-1465; *Murphy/Christoforou et al.*, *WuW* 2016, 293.

¹¹⁷ *Dewenter/Rösch/Terschüren*, *NZKart* 2014, 387; *Dewenter*, *Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft*, in: *FIW, Jahrbuch 2014/2015 – Referate und Beiträge der FIW-Veranstaltungen*, 2016, S. 197 ff.;

tive besteht eine erhebliche Gefahr, dass Substitutions- und damit Wettbewerbsbeziehungen falsch eingeschätzt werden, wenn die Marktabgrenzung durch eine Überprüfung der Ähnlichkeit verschiedener Plattform in Bezug auf ihre Eigenschaften und Funktionalitäten durchgeführt wird oder durch einen Vergleich von Geschäftsmodellen erfolgt. Der Zweck der Marktabgrenzung, Wettbewerbskräfte zu identifizieren, kann auf der Grundlage traditioneller Prüfungsmethoden in schwierigen Digitalfällen leicht verfehlt werden.

In der wettbewerbsbehördlichen Praxis hingegen wird, soweit ersichtlich, kein erheblicher Flexibilisierungsbedarf gesehen. Faktisch geht die behördliche Missbrauchsprüfung bereits heute von der Identifizierung möglicher missbräuchlicher Unternehmensstrategien („theories of harm“) aus. In der Abgrenzung des relevanten Marktes – und damit der maßgeblichen Wettbewerbskräfte – wird sodann aber eine wichtige Plausibilitätskontrolle der eingangs aufgestellten Marktverschluss- oder Verdrängungshypothesen gesehen. Was die Methodik der Marktabgrenzung betrifft, so erkennen die Unionsgerichte erhebliche Spielräume an.¹¹⁸ Die Intensität der gerichtlichen Kontrolle der Marktabgrenzung hängt de facto von der Plausibilität der vermeintlich missbräuchlichen Unternehmensstrategie und der Überzeugungskraft des präsentierten Nachweises einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung ab. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Missbrauchsaufsicht faktisch bereits jetzt eine erhebliche Flexibilität innewohnt – und dass gerade bei schwierigen Fällen der Marktabgrenzung erhebliche behördliche Spielräume bestehen.

Als Argument für eine Marktabgrenzung und Feststellung der Marktbeherrschung wird ferner angeführt, dass hiermit zugleich die Grundlage für eine „besondere Verantwortung“ des Unternehmens gelegt ist. In der Anwendung der Missbrauchsaufsicht befindet man sich sodann im Bereich der Gefahrenabwehr. Eine *tatsächliche* Verdrängungswirkung muss nicht nachgewiesen werden.

Haucap/Stühmeier, Competition and Antitrust in Internet Markets, in: Bauer/Latzer (Hrsg.) Handbook on the Economics of the Internet, 2016, S. 183 ff.; *Hamelmann/Haucap*, ORDO 67 (2016), 269.

¹¹⁸ Siehe EuG, Urt. v. 14.1.2017, Rs. T-699/14, *Topps Europe*, Rn. 82: „In the present case, as regards, first of all, the applicant’s argument that the Commission ought to have carried out an SSNIP test, it must be found that although that type of economic test is indeed a recognised method for defining the market at issue, it is not the only method available to the Commission. It may also take into account other tools for the purposes of defining the relevant market, such as market studies or an assessment of consumers’ and other competitors’ points of view. The SSNIP test may also prove unsuitable in certain cases, for example in the presence of the ‘cellophane fallacy’, that is, the situation where the undertaking concerned already holds a virtual monopoly and the market prices are already at a supra-competitive level, or where there are free goods or goods the cost of which is not borne by those determining the demand. It is also apparent from point 25 of the Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ 1997 C 372, p. 5) that the definition of the relevant market does not require the Commission to follow a rigid hierarchy of different sources of information or types of evidence. The Commission did not, therefore, commit a manifest error of assessment in basing its conclusions on the relevant market on its assessment of the evidence gathered without having recourse to an SSNIP test.“

Gegen eine Flexibilisierung der Prüfungssystematik bei der Missbrauchsaufsicht kann schließlich angeführt werden, dass diese die Probleme, die herkömmlich bei der Marktabgrenzung auftreten, im Ergebnis nur an eine andere Stelle der Prüfung verschiebe. So muss zusätzlich zu einem durch Wettbewerb nicht kontrollierten Verhalten nachgewiesen werden, dass dieses zu einer Verdrängung von Wettbewerbern geführt hat, die nicht durch Leistungswettbewerb oder andere Umweltveränderungen erklärt werden kann. Zu verlangen wäre im Zweifel eine *nicht unerhebliche* Verdrängungswirkung¹¹⁹ – ohne dass geklärt wäre, wie hoch die Erheblichkeitsschwelle anzusiedeln ist. Eine Isolierung der Auswirkungen, die spezifisch von dem durch Wettbewerb nicht kontrollierten Verhalten ausgehen, ist in der Praxis regelmäßig mit großen Schwierigkeiten und hohem Aufwand verbunden.

Damit sind überzeugende Argumente dafür benannt an dem Erfordernis der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Regelfall festzuhalten. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen eine flexiblere Handhabung der Prüfungssystematik den Nachweis eines wettbewerbsschädigen unilateralen Verhaltens erheblich erleichtern könnte, ohne dass damit wettbewerbspolitisch erhöhte Irrtumskosten verbunden wären. Zu diesen Fallkonstellationen kann insbesondere die Ausnutzung von Informationsasymmetrien durch eine marktstarke – aber nach herkömmlichen Kriterien nicht notwendig marktbeherrschende – Digitalplattform gehören, deren zentrale Funktion in der Informationsintermediation besteht und deren verzerrte Informationspräsentation daher erhebliche wettbewerbsverzerrende Wirkungen haben kann. Lässt sich eine unmittelbare zeitliche Korrelation zwischen einer verzerrten Darstellung der Information und den Verdrängungswirkungen aufzeigen, so kann auch der Kausalitätsnachweis in solchen Fällen gelingen. Tatsächlich ist aber davon auszugehen, dass es sich um eine recht kleine Zahl von Fällen handeln wird, bei denen sich der Verzicht auf die vorrangige Feststellung der Normadressatenschaft im herkömmlichen Sinne als opportun erweist.

c) Ist eine Korrektur im GWB geboten?

Zu klären bleibt, ob für die Durchsetzung des deutschen Missbrauchsverbots (§§ 18, 19 GWB) in dieser im Zweifel kleinen Anzahl geeigneter Fälle eine Korrektur im GWB sinnvoll sein könnte – etwa ein Hinweis auf die Möglichkeit, bei nachweislicher anti-kompetitiver Verdrängungswirkung die fehlende

¹¹⁹ Vgl. UK High Court of Justice, *Streetmap.EU Limited v. Google*, [2016] EWHC 253 (Ch), Rn. 92 ff.: „serious“ or „appreciable“ effect – jedenfalls wenn der anti-kompetitive Effekt nicht auf dem beherrschten Markt eintritt. Vgl. hierzu *Monti*, *Fordham Int'l LJ.* 40 (2017), 1443, 1464; *Ibanez Colomo*, *Streetmap v Google: lessons for pending Article 102 TFEU cases (including Google itself)*, abrufbar unter <https://chillingcompetition.com/2016/02/17/streetmap-v-google-lessons-for-pending-article-102-tfeu-cases-including-google-itself>.

wettbewerbliche Kontrolle des Verhaltens auch auf der Grundlage von nicht marktstrukturellen Faktoren festzustellen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Fälle, in denen ein Bedarf nach Flexibilisierung besteht, ganz überwiegend mit dem unten näher behandelten Konzept der „Intermediationsmacht“ erfasst werden können (s.u., C.IV.3.). Eine weitergehende Modifikation der §§ 18, 19 GWB erscheint nicht erforderlich.

III. Allgemeine Absenkung der Eingriffsschwelle in der Missbrauchsaufsicht?

1. Einleitung: Problematische Fallgruppen

Von den praktischen und theoretischen Schwierigkeiten der Marktabgrenzung zu unterscheiden ist die Frage, ob die mit der „marktbeherrschenden Stellung“ gewählte Interventionsschwelle beim „klassischen“ Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV/ §§ 18, 19 GWB) zu hoch angesiedelt ist und unter den Gegebenheiten der digitalen Ökonomie dazu führt, dass bestimmte unilaterale unternehmerische Verhaltensweisen mit hohem Wettbewerbsgefährdungspotenzial systematisch erst zu spät erfasst werden können. Im Kontext digitaler Märkte stellt sich diese Frage gegenwärtig vor allem mit Blick auf folgende Fallkonstellationen:

a) Unilaterale Verhaltensweisen (noch) nicht marktbeherrschender Unternehmen, welche auf Märkten mit starken positiven Netzwerkeffekten geeignet sind, eine Monopolisierung („Tipping“) herbeizuführen

In der Digitalökonomie spielen Netzwerke und Plattformen eine zunehmende Rolle, die durch starke positive Netzwerkeffekte gekennzeichnet und häufig konzentrationsgeneigt sind (s.o. B.I.). Ein „Tipping“ solcher Märkte hin zum Monopol ist häufig aber nicht naturgegeben, sondern kann durch bestimmte Praktiken einzelner Akteure begünstigt werden. Einige dieser Praktiken – etwa Exklusivitätsvereinbarungen oder Meistbegünstigungsklauseln (MFN-Klauseln, Best-Price-Klauseln) – lassen sich über Art. 101 AEUV / § 1 GWB erfassen. Insoweit es sich aber um rein unilaterale Verhaltensweisen handelt, können diese kartellrechtlich erst dann erfasst werden, wenn der jeweilige Akteur über kartellrechtlich relevante Marktmacht verfügt (d.h. über eine marktbeherrschende Stellung, Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB, oder über relative bzw. überlegene Marktmacht gem. § 20 GWB). Da sich das „Tipping“ ins Monopol – ist es erst einmal geschehen – kaum noch rückgängig machen lässt, ist zu überlegen, ob Wettbewerbsbehörden in die Lage versetzt werden sollten, ein unilaterales Verhalten, das „Tipping“ begünstigt, ohne Ausdruck von Leistungswettbewerb zu sein, bereits im Vorfeld kartellrechtlich relevanter Marktmacht zu unterbinden.

b) Nicht-koordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol mit Marktverschlusswirkung

Die Marktstruktur des engen Oligopols ist in Plattformmärkten verbreitet. Insbesondere aus elektronischen Kommunikationsmärkten ist die Problematik eines nicht-koordinierten Parallelverhaltens im engen Oligopol bekannt, das im Ergebnis zu Marktverschlusswirkungen führen kann, durch das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV jedoch nicht erfasst wird, wenn weder eine einzelmarktbeherrschende noch eine gemeinsam marktbeherrschende Stellung nachgewiesen werden kann.

c) „Konglomerate Macht“ als eigenständige Form von Macht unterhalb der Marktherrschungsschwelle?

In jüngerer Zeit ist des Öfteren postuliert worden, dass die digitale Ökonomie mit einem Revival konglomerater Konzernstrukturen einherzugehen scheine.¹²⁰ Viele der großen Digitalkonzerne sind in vielen verschiedenen Tätigkeitsfeldern aktiv. Bspw. besteht Alphabet nicht nur aus Google (mit der Suchmaschine, YouTube, Android, Werbung und Apps), sondern auch u.a. aus den Firmen Fiber (High speed internet), Google Ventures und Google Capital (Risikokapital und Investmentgesellschaft), Google X (selbstfahrende Autos, Google Glass u.a.), Life Sciences und Nest (home devices).¹²¹ In der Ökonomie spricht man von konglomeraten Beziehungen, wenn die Aktivitäten weder in einer horizontalen (d.h. direkt wettbewerblichen) noch in einer vertikalen Beziehung (d.h. in einem Austauschverhältnis bzw. innerhalb einer Wertschöpfungskette) stehen. Solche konglomeraten Strukturen schließen nicht aus, dass die einzelnen Tätigkeitsfelder unterschiedliche Arten von Verbundvorteilen aufweisen bzw. durch die Nutzung gemeinsamer Ressourcen verbunden sein können. Dies kann gerade einer der Vorteile von konglomeraten Strukturen und Ausdruck einer gemeinsamen unternehmerischen Strategie sein. Ein Nexus zwischen den verschiedenen Tätigkeitsfeldern ergibt sich häufig über die Daten: Die in verschiedenen Tätigkeitsfeldern gesammelten Daten können kombiniert und sodann marktübergreifend zur Verbesserung bestehender Dienste oder zur Entwicklung neuer Angebote eingesetzt werden.

Seit den 1950er Jahren wurde besonders in den USA über die wettbewerblichen Gefahren „konglomerater Macht“ diskutiert. Dabei wurde z.T. vertreten, dass konglomerate Größe und Diversifizierung für sich genommen – und auch unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung im wett-

¹²⁰ Vgl. *Lim*, Tech Wars: Return of the Conglomerate – Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3051560>; *Petit*, Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>, S. 15 ff.

¹²¹ Vgl. *Lim*, Tech Wars: Return of the Conglomerate – Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3051560>, S. 7.

bewerbsrechtlichen Sinne – zu einer Gefährdung von Wettbewerb führen könne. Besonders wichtig war in dieser frühen Diskussion das sog. „deep pocket“ Argument, d.h. die Sorge, dass konglomerate Konzerne durch ihre Verfügung über große finanzielle Ressourcen in einzelnen Geschäftsbereichen (auch länger anhaltende) Verlustpreisstrategien durchführen und damit den Wettbewerb behindern könnten.¹²²

Für die „deep pocket“-Theorie ließ sich in der Vergangenheit weniger starke empirische Evidenz finden, als von ihren Vertretern angenommen. In dem für die Würdigung der Marktstellung eines Unternehmens anerkannten Kriterium der „Finanzkraft“ (z.B. § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB) lebt sie aber fort. Andere Theorien haben stärker die in konglomeraten Strukturen möglichen Verbundvorteile bei Produktion, Logistik, Marketing etc. bzw. Synergien zwischen den Aktivitäten auf verschiedenen Märkten herausgestellt, die zu Kostenreduktionen führen könnten – einschließlich zu Sortimentsvorteilen und den Vorteilen eines „one stop shopping“.¹²³ Angesichts der neuartigen Konglomeratstrukturen großer Digitalunternehmen ist zu prüfen, inwieweit sich bspw. durch neue wichtige Ressourcen wie Daten oder Datenanalytik-Kompetenzen und (ggfs. damit verbunden) neue Arten von Verbundvorteilen neuartige Wettbewerbsschädigungspotentiale ergeben, die ein Eingreifen des Wettbewerbsrechts rechtfertigen können, und zwar eventuell auch dann, wenn das Unternehmen auf keinem einzelnen Markt marktbeherrschend oder relativ marktmächtig ist oder über überlegene Marktmacht verfügt (näher: s.u., C.IV.5.).

d) Intermediationsmacht und Informationsasymmetrien

Auf die besondere Bedeutung von Intermediären – insb. Informationsintermediären – in der digitalen Ökonomie ist bereits hingewiesen worden (s.o., B. und C.II.). Je stärker digitale Plattformen die Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen in Zukunft bündeln, desto mehr können Anbieter von Waren oder Dienstleistungen für den Zugang zur Marktgegenseite auf die Intermediationsdienste dieser Plattformen angewiesen sein. Dabei kann eine relevante Abhängigkeit bereits unterhalb derjenigen Marktanteilsschwellen entstehen, die herkömmlich für die Ermittlung von Angebotsmacht zugrunde gelegt werden. Hinzu kommt, dass Intermediationsplattformen – unabhängig von einer marktbeherr-

¹²² Für einen Überblick über frühe Theorien über Wettbewerbsprobleme durch konglomerate Unternehmen vgl. *Edwards*, Conglomerate Bigness as a Source of Market Power, in NBER, Business Concentration and Price Policy, 1955, S. 331 ff.; *Weston*, St. John's Law Review 44 (1970), 66, sowie aus industrieökonomischer Sicht *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Aufl. 1990, S. 126 ff.

¹²³ Vgl. zu Verbund-, Sortiments- und Portfolioeffekten bei konglomeraten Unternehmen und möglicherweise daraus folgenden Marktverschließungseffekten den Überblick bei *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo-WettbR, Einl. B., Rn. 524 ff. Die Verdrängungseffekte können dabei unter analogen Bedingungen wie bei vertikal integrierten Unternehmen auftreten.

schen Stellung im herkömmlichen Sinne – aufgrund von im Markt nicht korrigierten Informationssymmetrien häufig über durch Wettbewerb nicht kontrollierte Verhaltensspielräume verfügen, die bereits unterhalb der herkömmlich für die Marktbeherrschung zugrunde gelegten Marktanteilschwellen die Gefahr erheblicher Wettbewerbsverfälschungen hervorrufen können (s.o., C.II.). Auch diese Gesichtspunkte könnten in einschlägigen Fallkonstellationen eine Anwendung des Missbrauchsverbots unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle rechtfertigen.

Lassen sich in diesen – und ggfs. weiteren – Fallkonstellationen systematische Schutzlücken in der Erfassung unilateralen wettbewerbsgefährdendem Verhaltens ausmachen, kommen zwei unterschiedliche Reformoptionen in Betracht: Die Interventionsschwelle beim Missbrauchsverbot könnte generell abgesenkt werden – etwa durch den Übergang zu einem Monopolisierungsverbot (III.2.2.), zu einem SIEC-Test (dazu III.2.3.) oder durch eine allgemeine Erweiterung des Schutzbereichs des § 20 GWB (III.2.4.). Oder es könnten Spezialnormen zur Schließung etwaiger Schutzlücken mit Blick auf einzelne der genannten Fallkonstellationen eingeführt werden (dazu IV.).

2. Übergang zum Monopolisierungsverbot nach US-amerikanischem Recht

Das US-Antitrustrecht unterscheidet sich vom europäischen und deutschen Missbrauchsverbot im Ausgangspunkt dadurch, dass es nicht erst den Missbrauch einer bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellung verbietet, sondern allgemeiner die „Monopolisierung“ sowie die versuchte Monopolisierung („attempt to monopolize“). Leistungswettbewerbswidriges Verhalten mit Verdrängungspotential wird mit anderen Worten bereits dann erfasst, wenn es eine Monopolstellung zur Folge hat bzw. zur Folge haben kann.¹²⁴ Das Verbot der (vollendeten) Monopolisierung kann dabei in der vorliegenden Betrachtung außer Acht bleiben: es erfasst nicht bereits jede, bei ungestörtem Fortgang voraussichtlich zu einem Monopol führende *Tätigkeit*; vielmehr erfordert das Verbot eine *abgeschlossene* Monopolisierung.¹²⁵ Der Normadressat muss spätestens zum Zeitpunkt der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung über ein „Monopol“ im rechtlichen Sinne, d.h. über signifikante Marktmacht verfügen.¹²⁶ Eine hinreichend marktmächtige Stellung wird regelmäßig ab Marktanteilen

¹²⁴ Für einen einschlägigen Fall siehe *Rambus Inc. v. FTC*, 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008): Als Ergebnis eines sog. „Patent Ambush“ (das Einbringen von patentgeschützten Technologien in einen Standardisierungsprozess, ohne das Bestehen der Schutzrechte offenzulegen) erlangte Rambus eine Monopolstellung für vier zentrale, da standardessentielle Technologien. Zum Zeitpunkt des „Patent Ambush“ verfügte Rambus aber noch nicht über diese Marktstellung. Die (u.a.) auf § 2 Sherman Act gestützte Entscheidung der FTC wurde dennoch aufgehoben, da die Nachweisanforderungen an die Missbräuchlichkeit des Verhaltens („exclusionary conduct“) nicht als erfüllt angesehen wurden.

¹²⁵ Vgl. *Areeda/Hovenkamp*, Fundamentals of Antitrust Law, § 8.02; Monopolisierung ist die „willful acquisition or maintenance of [monopoly] power“, *Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

¹²⁶ *Areeda/Hovenkamp*, Fundamentals of Antitrust Law, § 8.01.

zwischen 50 und 70 % bejaht.¹²⁷ Eine Absenkung der Interventionsschwelle im Verhältnis zum europäischen und deutschen Recht ist damit nicht verbunden.

Sec. 2 Sherman Act erfasst jedoch neben der vollendeten Monopolisierung auch den Versuch – den „attempt to monopolize“ – und könnte damit grundsätzlich eine frühzeitige Erfassung von Handlungen ermöglichen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu gefährden. Vorausgesetzt sind eine unbillige Behinderungs- oder Verdrängungsstrategie („conduct [...] predatory or exclusionary in purpose or effect“¹²⁸), verbunden mit Monopolisierungsvorsatz („intent to prevail by improper means“¹²⁹), sowie eine „gefährliche Erfolgswahrscheinlichkeit“ („dangerous probability of success“¹³⁰). In der Praxis wird eine „gefährliche Erfolgswahrscheinlichkeit“ erst dann angenommen, wenn das Unternehmen bereits zu Beginn des Monopolisierungsversuches über ein nicht unerhebliches Maß an Marktmacht verfügt.¹³¹ Einheitliche Marktanteilsschwellen sind der Rechtsprechung nicht zu entnehmen.¹³² Marktanteile über 50 % bilden ein starkes Indiz für, Marktanteile unter 30 % ein gewichtiges Indiz gegen eine gefährliche Erfolgswahrscheinlichkeit.¹³³ Vorschläge, diese Marktmachtschwellen gemäß dem Gedanken einer „sliding scale“ an den Grad der Gefährlichkeit des konkreten Verhaltens anzupassen, einen unzulässigen „attempt to monopolize“ also umso eher anzunehmen, je antikompetitiver das (geplante) Verhalten ist,¹³⁴ konnten sich in der Spruchpraxis nicht durchsetzen.¹³⁵ Auch der Rechtsprechungslinie des US Court of Appeals (9th Cir.), wonach direkt vom Monopolisierungsvorsatz eines Unternehmens auf die „gefährliche Erfolgswahrscheinlichkeit“ des Monopolisierungsversuchs geschlossen werden könne, ohne dass hierfür die Marktmacht des Unternehmens festgestellt wer-

¹²⁷ Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 5. Aufl. 2016, § 6.2a.

¹²⁸ Sullivan/Grimes/Sagers, *The Law of Antitrust*, 3. Aufl. 2016, § 3.4, S. 109.

¹²⁹ Areeda/Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, § 8.03b1. Wiederholt ist der Schluss von einem objektiv missbräuchlichen Verhalten auf den Monopolisierungsvorsatz zugelassen worden, vgl. *General Industries Corp. v. Hartz Mountain Corp.*, 810 F.2d 795, 802 (8th Cir. 1987): „Specific intent need not be proven by direct evidence but can be inferred from the defendant's anticompetitive practices or other proof of unlawful conduct“; *Conoco Inc. v. Inman Oil Co., Inc.*, 774 F.2d 895, 905 (8th Cir. 1985): „Specific intent may be shown either by direct evidence of intent or by inference from proof of unlawful conduct.“

¹³⁰ *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 448 (1993); *Swift & Co. v. U.S.*, 196 U.S. 375, 396 (1905).

¹³¹ Areeda/Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, § 8.05a: „The defendant's [market] position must be sufficiently 'proximate' to monopoly that the challenged conduct threatens success.“ Allgemein zum Marktmachtkriterium als Teil der „dangerous probability of success“: *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 455 (1993).

¹³² Areeda/Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, § 8.05d1.

¹³³ Areeda/Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law*, § 8.05d1; zust. *M&M Med. Supplies & Serv., Inc. v. Pleasant Valley Hosp., Inc.*, 981 F.2d 160, 168 (4th Cir. 1992).

¹³⁴ Sullivan/Grimes/Sagers, *The Law of Antitrust*, 3. Aufl. 2016, § 3.5a1, S. 146; Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 5. Aufl. 2016, § 6.5b2, S. 377.

¹³⁵ Sullivan/Grimes/Sagers, *The Law of Antitrust*, 3. Aufl. 2016, § 3.5a1, S. 146. Vgl. zum Tatbestand der vollendeten Monopolisierung *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

den müsse,¹³⁶ wurde durch den Supreme Court der Boden entzogen: Der US Supreme Court hat in der Entscheidung *Spectrum* klargestellt, dass zur Feststellung einer versuchten Monopolisierung eine Marktabgrenzung und Marktmachtprüfung zu erfolgen habe.¹³⁷

Für eine Absenkung der Interventionsschwelle ist das US-Antitrustrecht – jedenfalls in seiner gegenwärtigen Anwendung – daher ungeachtet des vom europäischen Missbrauchsverbot verschiedenen dogmatischen Ausgangspunkts kein Vorbild. Vorschlägen, das Verbot der versuchten Monopolisierung weiter auszulegen, ist stets entgegengehalten worden, dass ein Verzicht auf das Marktmachtkriterium die Grenzen zwischen Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht verwische und das Risiko von „false positives“ erhöhte, mithin also drohe, Erscheinungsformen wünschenswerten Leistungswettbewerbs zu erfassen.¹³⁸

Für ein Eingreifen von Sec. 2 Sherman Act etwa in den hier interessierenden Fällen „Tipping“-geneigter Märkte – also von Märkten mit starken positiven Netzwerkeffekten, die begünstigt durch einen isolierbaren Missbrauch eines Unternehmens wie z.B. eine leistungswettbewerbswidrige Behinderung von Multihoming sehr schnell zu einer Monopolisierung führen können – gibt es im US-Antitrustrecht bislang keine Präzedenzfälle. Will man derartige Fallkonstellationen nach europäischem und/oder deutschem Recht erfassen, so scheint es vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt, dessen eigenständige Dogmatik mitsamt der hierzu entwickelten Entscheidungspraxis zugunsten der anders gearteten Dogmatik des US-Antitrustrechts aufzugeben. Es liegt vielmehr nahe, mögliche Schutzlücken gezielt zu adressieren.

3. SIEC-Test für die Missbrauchsaufsicht?

Eine Alternative zum Monopolisierungsverbot könnte der Übergang zu einem SIEC-Test in der Missbrauchsaufsicht sein, also der Übergang von einem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen zu einem allgemeineren Verbot der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch unilaterales unternehmerisches Verhalten. Es ließe sich etwa in einem § 19a GWB verankern.

¹³⁶ Siehe insb. *Lessig*, 327 F.2d 459, 474 (9th Cir. 1964): Das handelnde Unternehmen könne stets am besten die Erfolgswahrscheinlichkeiten seines Handelns einschätzen („the actor is better able than others to judge the practical possibility of achieving his illegal objective.“). Ferner *Gough v. Rossmoor Corp.*, 585 F.2d 381 (9th Cir. 1978); *Knutson v. Daily Review, Inc.*, 548 F.2d 795, 814 (9th Cir. 1976); *Mesirow v. Pepperidge Farm*, 703 F.2d 339 (9th Cir. 1983); *Forro Precision, Inc. v. IBM*, 673 F.2d 1045, 1058-1059 (9th Cir. 1982).

¹³⁷ *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 448 (1993).

¹³⁸ *Areeda/Hovenkamp*, Fundamentals of Antitrust Law, § 8.05b5.

Ein Vorbild für ein solches Verbot findet sich in der europäischen und in der deutschen Fusionskontrolle.¹³⁹

Ausgangspunkt des fusionskontrollrechtlichen SIEC-Tests ist der Befund, dass unilaterales Verhalten in bestimmten Fallkonstellationen (sog. „gap cases“) unabhängig von einer bestehenden oder zu erwartenden marktbeherrschenden Stellung zu Wohlfahrtsminderungen – regelmäßig in Form von Preiserhöhungen – führen kann.¹⁴⁰ Erhebliche, durch Wettbewerb nicht kontrollierte Verhaltensspielräume können etwa bestehen, wenn Substitutionsbeziehungen zwar hinreichend eng sind, um auf einen einheitlichen relevanten Markt zu schließen, aber trotzdem nicht sehr eng, wenn die Wechselmöglichkeiten der Kunden begrenzt sind oder wenn Wettbewerber nur über begrenzte Fähigkeiten verfügen, das Angebot zu erhöhen. Dieser Befund ist grundsätzlich nicht nur für die Fusionskontrolle relevant. Er impliziert vielmehr, dass wettbewerbsschädigendes unilaterales Verhalten auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle möglich ist.

Eine Diskussion über einen SIEC-Test in der Missbrauchskontrolle hat 2005 die European Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) mit ihrem Bericht „An economic approach to Article 82“ angestoßen. Die Überlegungen der European Advisory Group sind seinerzeit in den Entwurf eines sog. Prioritätenpapiers zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle des Behinderungsmissbrauchs eingeflossen.¹⁴¹ Die marktbeherrschende Stellung als maßgebliche Interventionsschwelle ist aber nicht in Frage gestellt worden – zumal sie im europäischen Recht primärrechtlich verankert ist.

Die skizzierten Fallkonstellationen, in denen unilaterales Verhalten von marktstarken, aber nicht marktbeherrschenden Unternehmen mit wettbewerblichen Gefährdungen einhergehen kann, könnten nun aber auf nationaler Ebene Anlass zur Diskussion bieten. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 erlaubt strengere nationale Vorschriften zur Unterbindung einseitiger Handlungen von Unternehmen. Die Breite und Flexibilität eines SIEC-Tests würde es grundsätzlich ermöglichen, sämtliche der unter C.III.1. skizzierten Fallkonstellationen – und ggfs. weitere – zu erfassen. Er würde es dem Bundeskartellamt und nationalen Gerichten ermöglichen, gegen sämtliche durch Wettbewerb nicht kontrollier-

¹³⁹ Siehe Art. 2 Abs. 2 u. 3 FKVO; § 36 Abs. 1 S. 1 GWB.

¹⁴⁰ Zum Übergang zum SIEC-Test in der deutschen Fusionskontrolle siehe unter anderem BKartA, Eine Bestandsaufnahme: Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, 2009, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Marktbeherrschungs%20und%20SIEC%20Test.html.

¹⁴¹ Vgl. dazu Europäische Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 Nr. C 45/7. Der Entwurf aus dem Jahr 2005 („DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“) ist unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> abrufbar.

ten unbilligen unilateralen Verhaltensweisen mit wahrscheinlicher Marktverschlusswirkung vorzugehen.

Bevor sich der deutsche Gesetzgeber zu einem solch weitreichenden Schritt entschließt, sind jedoch die Reichweite der durch die Marktbeherrschungsschwelle verursachten wettbewerblichen Schutzlücken gegen die Erhöhung der Irrtumskosten – insbesondere der sog. „false positives“ – abzuwägen, wie sie mit einer solchen Absenkung der Interventionsschwelle zwangsläufig einhergeht. Die Schwierigkeiten in der Grenzziehung zwischen zulässigem – wenngleich aggressiven – Wettbewerbsverhalten und unzulässigem Behinderungswettbewerb sind beim Missbrauchsverbot notorisch. Relativ leicht fällt noch die Beurteilung solcher Verhaltensweisen, mit denen jenseits der Behinderung von Wettbewerbern keine denkbaren leistungswettbewerblichen Ziele verfolgt werden („no economic sense“-Test). In den meisten Fällen kann ein Unternehmen aber bei Verhaltensweisen wie interoperabilitätshemmenden Veränderungen des Produktdesigns, der Kopplung von Leistungen, Ausschließlichkeitsbindungen, Treueprogrammen etc. im Grundsatz auf die wettbewerbliche Legitimität und eine leistungswettbewerbliche Rechtfertigung des Verhaltens verweisen. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung hängt in solchen Fällen von einer schwierigen Interessenabwägung ab, deren Ergebnis aus Unternehmenssicht unter Umständen nur schwer vorhersehbar ist. Anders als in der Fusionskontrolle erfolgt die Bewertung des Verhaltens ferner nicht in einem behördlichen Verfahren ex ante, sondern es ist eine ständige Selbstbewertung von Unternehmen erforderlich. Auch die große Rechtsunsicherheit, die ein genereller Wechsel zu einem SIEC-Kriterium beinhalten würde, spricht daher gegen eine solche Maßnahme.

4. Die Bedeutung des § 20 GWB für das deutsche Kartellrecht und sein Potenzial in der Digitalökonomie

Bei der Prüfung, ob die kartellrechtliche Interventionsschwelle abgesenkt werden soll, ist ferner zu berücksichtigen, dass das deutsche Recht mit § 20 GWB bereits jetzt über eine Norm verfügt, welche die Interventionsschwelle für bestimmte Fallkonstellationen absenkt: § 20 Abs. 1 GWB verbietet Missbräuche relativer Marktmacht, § 20 Abs. 3 GWB verbietet unbillige Behinderungen kleinerer und mittlerer Unternehmen durch Unternehmen mit überlegener Marktmacht. § 20 Abs. 3 GWB ist bislang allerdings keine nennenswerte Bedeutung zugekommen.¹⁴² Die (geringe) Fallpraxis zu § 20 Abs. 3 GWB beschränkt sich auf preisbezogene Missbräuche großer Unternehmen in Form von Untereinstandspreisen.¹⁴³

¹⁴² *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 92; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 65.

¹⁴³ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 122; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 65.

§ 20 Abs. 1 GWB ist bislang vor allem in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung von Bedeutung.¹⁴⁴ Das Bundeskartellamt stützt sich in seiner eigenen Entscheidungspraxis überwiegend auf Art. 102 AEUV und §§ 18, 19 GWB. Zum einen ist das Bundeskartellamt bislang davon ausgegangen, dass sich die Auswirkungen eines Missbrauchs bei wichtigen Fallkonstellationen des § 20 Abs. 1 GWB (insb. Abbruch von Lieferbeziehungen und Nichtaufnahme in ein selektives Vertriebssystem) auf das bilaterale Verhältnis beschränken, sodass regelmäßig ein geringes öffentliches Interventionsinteresse besteht.¹⁴⁵ Kann der entscheidungserhebliche Sachverhalt – der bilateralen Perspektive des § 20 Abs. 1 GWB entsprechend – auch ohne Amtsermittlung festgestellt werden, so kann die Durchsetzung häufig auch den geschädigten Unternehmen überlassen bleiben.¹⁴⁶

Mit Blick auf die neuartigen Wettbewerbsgefährdungen könnte § 20 Abs. 1 GWB im Kontext der Digitalisierung jedoch eine erhöhte praktische Relevanz und systemische Bedeutung auch für den Schutz eines funktionsfähigen Wettbewerbssystems zukommen. Insbesondere in Fallkonstellationen, in denen die Abhängigkeit der Unternehmen einer privaten Durchsetzung des § 20 Abs. 1 GWB im Wege steht, wäre dann ggfs. auch an eine verstärkte öffentliche Durchsetzung der Norm zu denken.

Dasselbe gilt womöglich für § 20 Abs. 3 GWB, der die Interventionsschwelle in Fällen von wettbewerbsbehinderndem Verhalten im Horizontalverhältnis auf „überlegene Marktmacht“ herabsetzt. Damit wird zwar einerseits die Gefahr von „false positives“ – insbesondere eines Bestandsschutzes zugunsten kleinerer und mittlerer Unternehmen – erhöht. In Fallkonstellationen, in denen Wettbewerbsdruck und Innovation gerade von kleinen und mittleren Unternehmen ausgeht, kann § 20 Abs. 3 GWB womöglich aber auch deren besserem Schutz vor aggressiven Verdrängungspraktiken dienen, die nicht auf Leistungswettbewerb, sondern auf dem Einsatz überlegener Macht beruhen.

a) § 20 Abs. 1 GWB

Mithilfe des Konzepts der "relativen Marktmacht" in § 20 Abs. 1 GWB sollen Machtungleichgewichtssituationen erfasst werden, in denen zwar womöglich keine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens festzustellen ist, kleine oder mittlere Unternehmen aber von einem anderen Unternehmen bilateral abhängig sind, nämlich nicht über ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten verfügen. Liegt eine solche relative Marktmacht vor, so darf das "marktstarke" Unternehmen seine Machtstellung gegenüber dem abhängigen Unternehmen nicht missbrauchen, insbesondere darf es dieses "nicht unmittelbar oder mittelbar behindern oder ohne sachlich gerechtfertigten

¹⁴⁴ *Grave*, in: FK, § 20 GWB Rn. 28; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 5.

¹⁴⁵ *Grave*, in: FK, § 20 GWB Rn. 28.

¹⁴⁶ *Grave*, in: FK, § 20 GWB Rn. 28.

Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandeln als gleichartige Unternehmen" (§ 19 Abs. 2, Nr. 1 GWB). § 20 Abs. 1 GWB hat damit eine individualschützende Dimension: Das Machtungleichgewicht darf nicht zur unbilligen Behinderung oder ungerechtfertigten Diskriminierung des abhängigen Unternehmens ausgenutzt werden. Auf diese Weise wird zugleich der Wettbewerb auf der Marktstufe des abhängigen Unternehmens geschützt. Reine Ausbeutungsmisbräuche werden durch § 20 Abs. 1 GWB nicht erfasst.¹⁴⁷ Das Machtungleichgewicht darf aber darüber hinaus auch nicht zur unbilligen Behinderung von Wettbewerbern genutzt werden. Durch § 20 Abs. 1 GWB geschützt ist somit auch der Wettbewerb auf der Marktstufe des Normadressaten. Grundsätzlich ebenfalls erfasst ist die unbillige Behinderung sonstiger Unternehmen, die nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zum Normadressaten stehen.¹⁴⁸

Zweck des § 20 Abs. 1 GWB ist mithin der Schutz des Wettbewerbsprozesses in all seinen Dimensionen. Über die Reichweite des § 20 Abs. 1 GWB entscheidet vor allem das Konzept der Abhängigkeit: Zu prüfen ist, ob Unternehmen über ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten – also über realistische „outside options“ verfügen. Die Tatbestandsmerkmale „ausreichende“ und „zumutbare“ Ausweichmöglichkeiten werden in der Praxis häufig nicht klar auseinander gehalten; da beide Kriterien wertungsabhängig sind, ist eine solche Differenzierung auch nicht unbedingt erforderlich.¹⁴⁹

Als ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten für potenziell abhängige Unternehmen sind nur solche Anbieter oder Nachfrager in Betracht zu ziehen, die (wenigstens potentiell) auf demselben

¹⁴⁷ Sofern eine Ausbeutung kleiner und mittlerer Unternehmen von Behinderungseffekten begleitet wird, können die fraglichen Verhaltensweisen durch das Behinderungsverbot erfasst werden. Vgl. nur *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 AEUV Rn. 184 ff.; zum Verhältnis zwischen Ausbeutung und Behinderung allgemein *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 120 f. Siehe auch *Nothdurft*, Relative Marktmacht: Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, abrufbar unter <http://www.faire-importpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, S. 8.

¹⁴⁸ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 12. Hiermit gemeint sind alle Fälle, in denen ein relativ marktmächtiges Unternehmen die ihm gegenüber bestehende Abhängigkeit ausnutzt, um Unternehmen auf (angrenzenden) Drittmärkten zu behindern. In OLG Frankfurt, Urt. v. 14.12.1989, 6 U (Kart) 95/89 = NJW-RR 1990, 938, *Auto-Leasing* nutzte ein Kfz-Hersteller seine relative Marktmacht gegenüber seinen Vertragshändlern, um durchzusetzen, dass diese keine Fahrzeuge an Leasingunternehmen weiterveräußern. Letztere wurden hierdurch unbillig behindert. Im Rahmen der Plattformökonomie sind bspw. Fälle denkbar, in denen Plattformen Unternehmen außerhalb des sachlich relevanten Marktes behindern, auf dem sie tätig sind – indem bspw. die parallele Tätigkeit der Plattformnutzer über andere Vertriebskanäle außerhalb eines Plattformvertriebs erschwert wird.

¹⁴⁹ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 Rn. 28, 31.

sachlich und räumlich relevanten Markt tätig sind¹⁵⁰ und deren Angebote oder Nachfrage daher als Substitut für das Angebot bzw. die Nachfrage des Normadressaten in Betracht kommen. Die Prüfung eines Verstoßes gegen § 20 Abs. 1 GWB hat daher regelmäßig eine Marktabgrenzung zum Ausgangspunkt. Entgegen einer im Schrifttum z.T. vertretenen Ansicht¹⁵¹ bedeutet dies aber nicht, dass die Anwendung des § 20 Abs. 1 GWB stets eine Marktabgrenzung gemäß den Methoden und Kriterien voraussetzt, wie sie für Art. 102 AEUV bzw. § 18 GWB entwickelt worden sind. Im Kontext der Art. 102 AEUV / § 18 GWB dient die Marktabgrenzung der Feststellung, von welchen Unternehmen ein nicht unerheblicher Wettbewerbsdruck auf den potentiellen Normadressaten ausgeht, und von welchen nicht. Für die Anwendung von § 20 Abs. 1 GWB kommt es demgegenüber auf die Abhängigkeit bestimmter Einzelunternehmen an. Die zumutbaren Ausweichmöglichkeiten sind in einer deutlich stärker einzelfallbezogenen Betrachtung aus der Perspektive der möglicherweise abhängigen Unternehmen zu prüfen. So ist die generalisierende Perspektive des SSNIP-Tests, der prüft, ob eine hinreichende Anzahl von Unternehmen in Reaktion auf eine moderate Preiserhöhung auf bestimmte Substitute ausweichen, im Kontext des § 20 Abs. 1 GWB dann nicht aussagekräftig, wenn ein solcher Wechsel für ein potenziell abhängiges Unternehmen tatsächlich nicht in Betracht kommt – aus welchen Gründen auch immer. Vielmehr steht das bilaterale Verhältnis zwischen Normadressat und dem abhängigen Unternehmen im Vordergrund. Zu ermitteln sind die im bilateralen Verhältnis bestehenden Druckpunkte. Dementsprechend hat der BGH etwa jüngst in der *Hochzeitsboni*-Entscheidung¹⁵² auf eine sachliche und räumliche Abgrenzung des Beschaffungsmarkts, auf dem Edeka den Sektherstellern gegenübertritt, verzichtet und stattdessen die Ausweichmöglichkeiten der Sekthersteller gegenüber Edeka geprüft.¹⁵³

¹⁵⁰ *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 Rn. 14 f.; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 Rn. 23 ff.; *Loewenheim*, in: LMRKM, § 20 Rn. 12; *Westermann*, in: MüKo-WettbR, § 20 GWB Rn. 21. Vgl. in diesem Sinne die umfangreiche Marktabgrenzung des BKartA in seinem Beschl. v. 3.7.2014, B2-58/09, *Hochzeitsrabatte*; vgl. aus der BGH-Rspr. nur BGH, Urt. v. 24.03.1987, KZR 39/85, *SABA*; Urt. v. 26.5.1981, KZR 22/80, *Privatgleißanschluss*; Urt. v. 13.11.1990, KZR 25/89, *Zuckerrübenanlieferungsrecht*.

¹⁵¹ *Loewenheim*, in: LMRKM, § 20 Rn. 12; *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 15.

¹⁵² BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus*.

¹⁵³ Entscheidend für die Feststellung der Abhängigkeit waren dabei die drohenden Umsatzeinbußen und die fehlende Möglichkeit, diese durch Umsatzzugewinn bei anderen Nachfragern wettzumachen. Die Abhängigkeit wurde damit begründet (1.) dass die Regal- und Lagerflächen dieser Nachfrager so begrenzt waren, dass ein zusätzlicher Absatz der Produkte einer Marke bereits aus logistischen Gründen kaum in Betracht kam und (2.) die Verbrauchergewohnheiten auf eine so geringe Markenbindung schließen ließ, dass Edeka-Kunden bei einer Auslistung einzelner Sektmarken nicht den Supermarkt wechseln würden, um die Produkte des ausgelisteten Herstellers woanders zu beziehen – siehe BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus*, Rn. 42.

Die Rechtsprechung hat vier grundlegende Fallgruppen der Abhängigkeit i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB entwickelt, namentlich die sortimentsbedingte Abhängigkeit, die unternehmensbedingte Abhängigkeit, die knappheitsbedingte Abhängigkeit und die „relative Nachfragemacht“.

Eine "**sortimentsbedingte Abhängigkeit**" liegt vor, wenn Handelsunternehmen in ihrem Wettbewerb um Kunden von der Belieferung durch einen oder mehrere ausgewählte Anbieter abhängig sind, weil die Endkunden das Vorhandensein bestimmter (Marken-)Artikel im Sortiment eines (Zwischen-)Händlers erwarten und es diesem nicht möglich ist, sich am Markt zu behaupten, wenn er von dem oder den entsprechenden Hersteller(n) nicht beliefert wird.¹⁵⁴ Eine solche sortimentsbedingte Abhängigkeit kann insbesondere mit Blick auf die Belieferung mit bestimmten Spitzenprodukte in einzelnen Warenbereichen (Spitzenstellungsabhängigkeit und Spitzengruppenabhängigkeit) bestehen. In der Verweigerung der Belieferung mit diesen Produkten kann dann eine unbillige Behinderung liegen.¹⁵⁵ Bei einer starken sortimentsbedingten Abhängigkeit kommt dem/den Hersteller(n) mit einer Spitzenstellung eine „Gatekeeper“-Funktion zu: Da Unternehmen in der nachfolgenden Marktstufe nur wettbewerbsfähig sind, sofern sie Artikel dieser Hersteller führen, können die Hersteller durch die Aufnahme oder Nichtaufnahme von Lieferbeziehungen entscheiden, wer auf dem nachgelagerten Markt tätig werden kann.

Denkbar ist auch, dass ein Anbieter von Waren im Sortiment eines oder mehrerer bestimmter Nachfrager geführt sein muss, um den Endkundenmarkt durchdringen zu können. Gesprochen wird hier z.T. auch von einer „**quasi-sortimentsbedingten**“ **Abhängigkeit** gegenüber *Abnehmern*.¹⁵⁶ Es besteht eine weitgehende Identität mit der Fallgruppe der relativen Nachfragemacht. So hat etwa der BGH einen Arzneimittelimporteur als von Großhändlern abhängig erachtet, weil das Vorhandensein im Sortiment der Großhändler aufgrund der Besonderheiten des Pharmamarktes notwendig war, um auf dem Markt für Fertigarzneimittel in Deutschland bestehen zu können.¹⁵⁷ Die Großhändler hatten in dieser Situation eine „Schlüsselrolle“ für den Vertrieb an die nächste Marktstufe inne und wurden deswegen als relativ marktmächtige Unternehmen qualifiziert.¹⁵⁸ Der Fallgruppe der „quasi-

¹⁵⁴ Siehe hierzu die Leitentscheidung BGH, Urt. v. 20.11.1975, KZR 1/75, *Rossignol*.

¹⁵⁵ Den Herstellern mit einer solchen Spitzenstellung kommt damit eine Macht zu, die gegenüber deren Marktanteil deutlich überproportional ist. Unterlässt ein solcher Hersteller die Belieferung des Händlers, entgehen diesem nicht nur die möglichen Gewinne aus dem Verkauf dieser Artikel – sondern es verschlechtern sich auch seine Absatzmöglichkeiten für die Artikel *anderer Hersteller*.

¹⁵⁶ Hierzu *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 40 f.

¹⁵⁷ BGH, Beschl. v. 21.2.1995, KVR 10/95, *Importarzneimittel*, Rn. 16 ff. (juris); zur Marktabgrenzung insbes. die Vorinstanz KG Berlin, Urt. v. 26.11.1993, Kart 23/92 = WuW 1994, 557, 565, *Importarzneimittel-Boycott*.

¹⁵⁸ Bkarta, Beschl. v. 14.8.1992, B3-711047-V-102/91 = WuW 1993, 757, 761, *Importarzneimittel-Boycott*; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 Rn. 41 spricht ähnlich von einer „Gatekeeper-Funktion“.

sortimentsbedingten Abhängigkeit“ kann angesichts der wachsenden Angewiesenheit von Unternehmen auf Intermediationsplattformen auch im digitalen Kontext eine wichtige Bedeutung zukommen.

Erhebliche praktische Bedeutung kann im digitalen Kontext auch der **unternehmensbedingten Abhängigkeit** zukommen. Von einer solchen ist auszugehen, wenn das abhängige Unternehmen in der Vergangenheit spezifisch in die Geschäftsbeziehung mit einem anderen Unternehmen investiert hat und aufgrund dieser "transaktionsspezifischen Investition" über geringere und deshalb eventuell unzumutbare Ausweichmöglichkeiten verfügt. In eine solche Abhängigkeitslage können etwa Vertragshändler im Verhältnis zum Hersteller geraten. Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit des Abnehmers eines Produkts kann ferner im Verhältnis zum Verkäufer entstehen, wenn der Erwerb dieses Produkts die Notwendigkeit begründet, nun auch weitere Sekundärprodukte beim Verkäufer zu beziehen, weil ein Wechsel des Primärprodukts zu vertretbaren Kosten nicht möglich ist und – etwa aufgrund von Kompatibilitätsproblemen – die Sekundärprodukte des Verkäufers nicht durch andere Produkte am Markt substituiert werden können. Der Verkäufer des Primärprodukts kann in solchen Fällen den Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt behindern, indem er dem abhängigen Abnehmer Wahlmöglichkeiten verschließt. Unter Umständen kann in derartigen Fällen bereits eine marktbeherrschende Stellung des Verkäufers des Primärprodukts auf dem Sekundärmarkt vorliegen. Auch wenn eine solche nicht gegeben ist, und sich ein Unternehmen etwa freiwillig in die Abhängigkeit begeben hat, kommt aber relative Marktmacht in Betracht. Der Umstand, dass sich ein Unternehmen selbstverschuldet in die Abhängigkeit begeben hat, ist dann bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

Derartigen „Lock-in“-Konstellationen kann eine erhebliche Bedeutung im IoT-Kontext zukommen (näher dazu siehe unten, C.VI.3.). Ein „Lock-in“ kann unter Umständen auch darin bestehen, dass Nutzer eines Produktes oder einer Maschine nicht auf ihre in der bisherigen Nutzung generierten Daten zugreifen können.¹⁵⁹ Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit ist schließlich auch denkbar, wenn Unternehmen erheblich in den Aufbau ihrer Stellung auf einer Plattform investiert haben (z.B. durch langjähriges Erarbeiten positiver Bewertungen, „Stammkunden“ etc.), diese Bewertungen aber nicht auf andere Plattformen portieren können.

¹⁵⁹ Lerner, The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition, 2014, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2482780>.

Keine nennenswerte praktische Bedeutung kommt der **knappheitsbedingten Abhängigkeit** zu.¹⁶⁰ Dies gilt allgemein wie auch im digitalen Kontext. Auf sie wird daher im Folgenden nicht näher eingegangen.

Praktisch relevant kann hingegen auch im digitalen Kontext die **nachfragebedingte Abhängigkeit** (bzw. „relative Nachfragemacht“) sein. Nachfragemacht wird grundsätzlich auch durch Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB erfasst. Sowohl eine „absolute“ Nachfragemacht i.S.d. Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB wie auch eine „relative Nachfragemacht“ i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB können sich gerade auch in bilateraler Verhandlungsmacht im Verhältnis von Nachfragern zu einzelnen Anbietern zeigen.¹⁶¹ Im Vergleich zu Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB sind die Anforderungen an die Darlegung von „relativer Nachfragemacht“ i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB jedoch reduziert. Insbesondere kann über § 20 Abs. 1 GWB die Nachfragemacht im engen, nicht kollektiv marktbeherrschenden Oligopol zuverlässiger erfasst werden.¹⁶²

Als ein mögliches Anzeichen für bilaterale Verhandlungsmacht wird es bspw. angesehen, wenn ein bestimmter Nachfrager über einen hohen Absatzanteil bei einem Anbieter verfügt, und zwar auch dann, wenn dieser Nachfrager nicht marktbeherrschend ist. "Relative Nachfragemacht" in diesem Sinne kann etwa vorliegen, wenn Markenhersteller einen großen Anteil ihres Umsatzes über einen bestimmten Lebensmitteleinzelhändler erzielen und ihnen ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen.¹⁶³ Der Abhängigkeitslage der Markenhersteller ökonomisch vergleichbar ist die Abhängigkeit von Händlern von einer Transaktionsplattform, wenn sie einen erheblichen Teil ihres Umsatzes über die Plattform generieren und nicht über ausreichende und zumutbare Ausweichmög-

¹⁶⁰ Der einzige bislang entschiedene Sachverhalt, der klar dieser Fallgruppe zuzuordnen ist, ist – soweit ersichtlich BKartA, Beschl. v. 2.5.1974, B8-221 430-V-17/74 = WuW/E BKartA 1494 und KG, Urt. v. 4.7.1974, Kart 27/74 = WUW/E OLG 1499. Die Fallgruppe erfährt in der Kommentarliteratur deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil die Knappheit an Mineralöl im Zuge der Ölkrise in den 70er-Jahren einen Teil der Motivation des Gesetzgebers bildete, die Vorgängervorschrift von § 20 Abs. 1 GWB zu schaffen: BT-Drs. 7/765, S. 10. Die mangelnde praktische Relevanz verwundert angesichts der hohen Anforderungen an eine knappheitsbedingte Abhängigkeit jedoch nicht: Erforderlich ist eine nicht vorhersehbare Verknappung einer gesamten Warengattung auf einem Markt, auf dem dennoch wesentlicher Wettbewerb herrscht (anderenfalls läge Marktbeherrschung vor), *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 42. Das abhängige Unternehmen dürfte ferner von keiner Bezugsquelle (!) zu zumutbaren Bedingungen die knappe Ware beziehen können, *Loewenheim*, in: LMRKM, § 20 GWB Rn. 34.

¹⁶¹ Vgl. zu verhandlungstheoretischen Ansätzen in Bezug auf Nachfragemacht *Inderst/Wey*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 9 (2008), 465. Zu den wettbewerbsrechtlichen Regelungen zur „relativen Nachfragemacht“ aus ökonomischer Sicht vgl. auch bereits *Kerber*, Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht, 1988, S.487-548.

¹⁶² Zur relativen Nachfragemacht des Lebensmitteleinzelhandels konkret *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 60.

¹⁶³ BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus*, Rn. 42.

lichkeiten verfügen (näher dazu: C.IV.3.; siehe ferner auch die Ausführungen zur quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit).

b) § 20 Abs. 3 GWB

Der Verbotstatbestand des § 20 Abs. 3 GWB ist von dem des § 20 Abs. 1 GWB strikt zu unterscheiden. Normadressat des § 20 Abs. 3 GWB ist ein Unternehmen mit einem „deutlichen Vorsprung an Marktmacht“¹⁶⁴ im Horizontalverhältnis, der aber weder das Ausmaß einer Marktbeherrschung erreicht haben muss, noch durch relative Marktmacht im Vertikalverhältnis vermittelt wird. Der Schutzzweck des § 20 Abs. 3 GWB bezieht sich ausschließlich auf die Behinderung von Wettbewerbern im Horizontalverhältnis. Zur Ermittlung überlegener Marktmacht ist stets eine Marktabgrenzung erforderlich.

Wettbewerbspolitisch wird § 20 Abs. 3 GWB seit langem mit großer Skepsis betrachtet. Verwiesen wird auf die Gefahr, dass intensiver Wettbewerb zwischen großen Unternehmen wegen dessen negativer Auswirkungen auf kleine und mittlere Wettbewerber über eine Anwendung von § 20 Abs. 3 GWB eingeschränkt wird. Auch wird befürchtet, dass § 20 Abs. 3 GWB als „Bestandsschutz“ für kleine und mittlere Unternehmen herangezogen werden kann. Bestehende Marktstrukturen können so verfestigt werden, obwohl sie einem intensiven Wettbewerb zwischen Großunternehmen wettbewerbspolitisch nicht a priori vorzuziehen sind, gehört doch „die ständige Suche nach der jeweils optimalen Unternehmensgröße und Struktur“ zu den Funktionen des Wettbewerbsprozesses.¹⁶⁵ In seinem *Hitlisten*-Urteil hat der BGH vor diesem Hintergrund hohe Anforderungen an die Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB gestellt. Um zu verhindern, dass kleine und mittlere Wettbewerber vor leistungswettbewerblich legitimen Vorstößen größerer Wettbewerber geschützt werden, soll ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 GWB nur vorliegen, wenn in (wettbewerbswidriger) Verdrängungsabsicht gehandelt wird oder wenn die getroffenen Maßnahmen geeignet sind, „durch Behinderung kleiner oder mittlerer Wettbewerber die strukturellen Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb – einschließlich eines Wettbewerbs durch kleine oder mittlere Unternehmen – nachhaltig zu beeinträchtigen.“¹⁶⁶ Diese Anforderungen an die Feststellung eines Missbrauchs gelten als so anspruchsvoll, dass § 20 Abs. 3 GWB jenseits der in § 20 Abs. 3 S. 2 GWB ausdrücklich normierten Regelbeispiele, die

¹⁶⁴ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 101.

¹⁶⁵ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 92.

¹⁶⁶ BGH, Urt. v. 4.4.1995, KZR 34/93 = WuW/E BGH 2977, 2981, *Hitlisten-Platten*. Vgl. ferner *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 123 ff.

sämtlich auf die erhöhten Anforderungen der *Hitlisten*-Rechtsprechung verzichten,¹⁶⁷ bislang kaum zur Anwendung gekommen ist.¹⁶⁸

Die Besonderheiten der innovationsgetriebenen Märkte der Digitalökonomie können allerdings Anlass geben, die wettbewerbspolitische Rechtfertigung des § 20 Abs. 3 GWB neu zu überdenken. In einem Marktumfeld mit starken Konzentrationstendenzen (siehe dazu C.IV.1.a)) ist die Ausgangssituation, in der § 20 Abs. 3 GWB zum Tragen kommen kann, nicht notwendig länger die eines Bestandschutzes kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber effizienteren Großunternehmen. Der innovative Wettbewerbsdruck und das disruptive Potential kann hier vielmehr gerade von den kleinen und mittleren Unternehmen ausgehen, die, ausgehend von der Entwicklung von Nischenprodukten, die Unternehmen mit überlegener Marktmacht herausfordern. Zugleich müssen sie gerade deswegen mit aggressiven Abwehrstrategien durch die deutlich größeren Unternehmen rechnen. § 20 Abs. 3 GWB könnte eine besondere Bedeutung dabei zukommen, solchen Verdrängungspraktiken zu begegnen – auch dann, wenn sie nicht von marktbeherrschenden Unternehmen, sondern „nur“ von Unternehmen mit deutlich überlegener Marktmacht ausgehen, die aber über ähnliche Verdrängungsanreize wie ein Marktbeherrscher verfügen können. § 20 Abs. 3 GWB kann sich in solchen Konstellationen etwa (auch) zur Erfassung solcher Machtungleichgewichte eignen, die aus einer deutlich überlegenen Möglichkeiten eines Wettbewerbers resultieren, auf große, wettbewerblich relevante Datenpools zurückzugreifen und sich dadurch im weiteren Wettbewerb einen nachdrücklichen Vorsprung zu verschaffen (näher dazu: C.IV.4.); und/oder zur Erfassung solcher Konstellationen, in denen eine besondere Machtstellung im Verhältnis zu horizontalen Wettbewerbern aus der konglomeraten Struktur eines Unternehmens folgt (näher dazu: C.IV.5.).

Die potenzielle praktische Relevanz des § 20 Abs. 3 GWB in diesen und weiteren Kontexten gilt es im Folgenden zu untersuchen. Um § 20 Abs. 3 GWB im digitalen Kontext zu „aktivieren“, müsste jedoch in einschlägigen Fällen, in denen es nicht um einen Bestandsschutz zugunsten der „Kleinen“, sondern um die wettbewerbsrechtliche Würdigung von Abwehrstrategien der „Großen“ gegen innovative, potenziell disruptive kleine und mittlere Unternehmen geht, von den strengen Kriterien der *Hitlisten*-Rechtsprechung abgerückt werden. So hat *Nothdurft* vorgeschlagen, die Bewertungskriterien nach der *Hitlisten*-Rechtsprechung künftig weniger rigoros anzuwenden, und sie als Teil der Interessenabwägung bei der Würdigung der „Unbilligkeit“ zu berücksichtigen. Sie würden danach zu einer flexib-

¹⁶⁷ Zu § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 u. 2 GWB: BGH, Beschl. v. 12.11.2002, KVR 5/02, *Wal*Mart*, Rn. 25 (juris). Zu § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 127.

¹⁶⁸ Vgl. *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 65.

len „Schmerzschwelle“ umgedeutet, die „wettbewerbliche Überreichweiten bei Maßnahmen des Leistungswettbewerbs vermeidet, aber nach Lage des Falles auch im weiteren Vorfeld einer greifbaren strukturellen Gefährdung des Wettbewerbs Maßnahmen des Nichtleistungswettbewerbs erfasst.“¹⁶⁹ Eine solche Korrektur kann grundsätzlich der Rechtsprechung überlassen werden. Ein Vorteil dieses „evolutiven“ Ansatzes ist es, dass die Voraussetzungen, unter denen ein Eingreifen des § 20 Abs. 3 GWB wettbewerbspolitisch wünschenswert ist, so in Auseinandersetzung mit ganz konkreten Fallkonstellationen entwickelt werden können. Eine gesetzgeberische Klarstellung – die womöglich Gefahr liefe, diese Voraussetzungen zu weit oder zu eng zu fassen – ist nach unserer Einschätzung daher nicht notwendig.

c) **Reformempfehlung: Aufhebung der Beschränkung des Schutzes gegen Missbräuche relativer Marktmacht auf kleine und mittlere Unternehmen in § 20 Abs. 1 GWB**

Die Reichweite der § 20 Abs. 1 und § 20 Abs. 3 GWB gilt es im Folgenden mit Blick auf spezifische, im digitalen Kontext relevante Fallkonstellationen zu testen. Unabhängig hiervon ist dem Gesetzgeber jedoch bereits vorab zu empfehlen, den Schutzbereich des § 20 Abs. 1 GWB von seiner gegenwärtigen Beschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen zu befreien.

Die Beschränkung des Schutzbereichs auf kleine und mittlere Unternehmen wurde 1989 durch die 5. GWB-Novelle eingeführt. Der Gesetzgeber war davon überzeugt, dass große Unternehmen regelmäßig über hinreichende Abwehrmöglichkeiten gegen den Einsatz von relativer Marktmacht verfügten und deshalb nur vor dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geschützt werden müssten. Zur Beurteilung der Größe des Unternehmens ist seitdem ein doppelter relativer Maßstab heranzuziehen: ein Größenvergleich wird zum einen zu den Wettbewerbern des abhängigen Unternehmens gezogen (**horizontaler Größenvergleich**), zum anderen gegenüber dem in Frage stehenden Normadressaten (**vertikaler Größenvergleich**).¹⁷⁰

Die wettbewerbspolitische Sinnhaftigkeit dieser Beschränkung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB wird seit langem – und unabhängig von den besonderen wettbewerblichen Gefahrenlagen der digitalen Wirtschaft – in Zweifel gezogen.¹⁷¹ Nach allgemeiner Ansicht dient § 20 Abs. 1 GWB nicht dem Mittelstandsschutz, sondern dem Schutz des Wettbewerbs als Prozess und Institution. Mit

¹⁶⁹ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 128.

¹⁷⁰ Auch „große“ Unternehmen können iRv § 20 Abs. 1 GWB ein kleines oder mittleres Unternehmen sein, sofern sie trotz ihrer absoluten Größe signifikant kleiner als der in Frage stehende Normadressat sind.

¹⁷¹ Umfassend hierzu *Nothdurft*, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, abrufbar unter <http://www.faire-importpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, S. 54 ff.

der Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 20 Abs. 1 GWB auf Missbräuche im Verhältnis zu kleinen und mittleren Unternehmen hat der Gesetzgeber daher lediglich seine Einschätzung festgeschrieben, dass Großunternehmen über hinreichend Gegenmacht verfügen werden, um Behinderungsstrategien abzuwehren, auf andere Unternehmen auszuweichen oder sich Ausweichmöglichkeiten im Zweifel selbst zu schaffen.¹⁷²

Die Annahme, dass „relative Marktmacht“ gegenüber Großunternehmen faktisch nicht existiert, gilt aber seit geraumer Zeit als überholt.¹⁷³ Die Fallpraxis des Bundeskartellamts hat gezeigt, dass je nach den Umständen des Einzelfalls auch große Unternehmen abhängig sein können.¹⁷⁴ Dies kann gerade auch im digitalen Kontext gelten: Auch große Unternehmen können etwa für Behinderungsstrategien digitaler Plattformen mit „Gatekeeper“-Position anfällig sein.

Für das sog. Anzapfverbot (§ 20 Abs. 2 i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) hat der Gesetzgeber die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Missbräuche im Verhältnis zu kleinen und mittleren Unter-

¹⁷² Siehe die Begr. RegE zur 5. GWB-Novelle 1989, BT-Drs. 11/4610, S. 21 re.

¹⁷³ Zu den Gründen hierfür ausführlich *Nothdurft*, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, abrufbar unter <http://www.faire-importpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, S. 59 ff. Zur Entstehungsgeschichte des KMU-Kriteriums: Der Gesetzgeber hatte bei der Einführung der KMU-Beschränkung lediglich eine einzige, eng umgrenzte Sachverhaltskonstellation vor Augen. Bei der Einführung des Kriteriums mit der 5. GWB-Novelle kam es dem Gesetzgeber darauf an, eine Belieferungspflicht von Markenartikel-Herstellern im Verhältnis zu (vermeintlich) abhängigen Großunternehmen des Einzelhandels auszuschließen, weil a) die Anbieter von Markenartikeln unter ökonomischem Druck stünden, möglichst alle Nachfragekanäle zu bedienen, b) die Konsumentenpräferenz sich zu Großunternehmen des Einzelhandels verschöben, sodass sich Markenartikelhersteller eine Nichtbelieferung dieser Nachfrager ohnehin nicht erlauben könnten und c) Großunternehmen angesichts der zunehmenden Öffnung des europäischen Binnen- und Weltmarkts auf Einfuhren ausweichen könnten – siehe dazu Begr. RegE, BT-Drs. 11/4610, S. 21 re. Im Ergebnis ging der Gesetzgeber damit davon aus, dass eine Abhängigkeit von Großunternehmen des Einzelhandels von Markenartikelherstellern auszuschließen sei. Die mögliche Abhängigkeit großer Unternehmen von relativ marktmächtigen *Nachfragern* wurde offenbar übersehen.

¹⁷⁴ Siehe zuletzt BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus* zur Abhängigkeit großer Sekthersteller von Edeka als Nachfrager im Kontext der Anwendung des Anzapfverbots (§ 20 Abs. 2 a.F. GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB), für welches die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf kleine und mittlere Unternehmen bereits aufgehoben worden ist: Trotz der Größe der Unternehmen und der Bekanntheit ihrer Sektmarken verfügten die Sekthersteller nach der vom BGH bestätigten Einschätzung des BKartA nicht über eine die Abhängigkeit ausschließende Gegenmacht. Auch für große Unternehmen könne eine deutliche Asymmetrie der wechselseitigen Abhängigkeiten bestehen: Das Scheitern der Vertragsverhandlungen hätte auf Seiten Edekas nur deren Absatzinteressen an bestimmten Kernprodukten des Sortiments der Sekthersteller betroffen; für die Sekthersteller wäre aber der gesamte Absatz fortgefallen. Außerdem ist aufgrund der geringen Markenbindung der Endkunden bei Sekt die Bereitschaft, bei Einkäufen für den täglichen Bedarf Umwege in Kauf zu nehmen, gering. Selbst wenn bestimmte Kunden Umwege in Kauf nähmen, würde dies ihre allgemeine Präferenz für den besonders günstig gelegenen Supermarkt nicht beeinträchtigen – Edeka hätte daher dieser Vermutung folgend keine Umsatzeinbußen zu befürchten. Außerdem führt die Auslistung durch Edeka für Edeka allenfalls zu geringen Verlusten. Die Sekthersteller verdienen hingegen 10-40 % ihres Gesamtumsatzes mit Edeka (Rn. 47-48).

nehmen bereits aufgegeben. Dem Gesetzgeber ist zu empfehlen, eine etwaige 10. GWB-Novelle zu nutzen, um auch den Anwendungsbereich des § 20 Abs. 1 GWB in entsprechender Weise auf sämtliche Abhängigkeitslagen auszuweiten.¹⁷⁵

Eine Streichung der Beschränkung des Schutzbereichs auf kleine und mittlere Unternehmen in § 20 Abs. 3 GWB liegt hingegen weniger nahe. Anders als bei § 20 Abs. 1 GWB, dessen Anwendungsbereich auch ohne die KMU-Klausel durch den Abhängigkeitstatbestand konkretisiert wird, dient das KMU-Kriterium in § 20 Abs. 3 GWB der Spezifizierung der Art von Marktmacht, die diese Norm erfassen soll. Würde man das KMU-Kriterium ersatzlos aus dem Tatbestand streichen, so wäre unklar, ob der Normadressat gegenüber allen anderen Unternehmen auf demselben Markt über einen erheblichen Vorsprung an Marktmacht verfügen müsste, oder ob ein Vorsprung gegenüber einer nicht ganz unerheblichen Gruppe von Unternehmen beliebiger Größe genügen würde. Solange eine wettbewerbspolitisch plausible alternative Bestimmung der unteren Marktmachtschwelle fehlt, trägt das KMU-Kriterium wesentlich zur Konturierung des Tatbestands bei.

5. Fallgruppenübergreifende Absenkung der Eingriffsschwelle – ein Zwischenfazit

Zusammenfassend scheint uns bei einer fallgruppenübergreifenden Absenkung der Eingriffsschwelle Vorsicht geboten. Dem Gesetzgeber ist weder die gesetzliche Verankerung eines Monopolisierungsverbots nach dem Vorbild des US-Antitrustrechts noch der Übergang zu einem SIEC-Test anzuraten.

Allerdings wird dem Gesetzgeber empfohlen, die Beschränkung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 GWB („relative Marktmacht“) auf kleine und mittlere Unternehmen zu streichen. Seit langem ist anerkannt, dass einschlägige Abhängigkeitslagen auch für große Unternehmen entstehen können.

Bei der Anwendung des Behinderungsverbots für Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen überlegener Marktmacht in § 20 Abs. 3 GWB sollte auch in Zukunft gewährleistet bleiben, dass es nicht zu einem Bestandsschutz kleiner und mittlerer Unternehmen im Verhältnis zu größeren, effizienteren Unternehmen führt – und damit zu einem Schutz *vor* Wettbewerb. Die in der Rechtsprechung entwickelten hohen Anforderungen an die Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB sind daher im Regelfall auch weiterhin gerechtfertigt. In der digitalen Wirtschaft sind aber auch Konstellationen

¹⁷⁵ Ähnlich *Nothdurft*, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, abrufbar unter <http://www.faire-importpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, S. 59 ff., der dem schweizerischen Gesetzgeber eindringlich empfiehlt, bei der Einführung von Vorschriften gegen den Missbrauch relativer Marktmacht auf ein KMU-Kriterium zu verzichten.

tionen denkbar und nicht unwahrscheinlich, in denen der Wettbewerbsdruck gerade von innovativen kleinen und mittleren Unternehmen ausgeht. In solchen Situationen kann ein Schutz vor Abwehrstrategien durch Unternehmen mit überlegener Marktmacht mit leistungswettbewerbsfremden Mitteln sinnvoll sein. Dies spricht jedenfalls dafür, dass sowohl das Bundeskartellamt als auch die Gerichte § 20 Abs. 3 GWB in solchen Fällen flexibler anwenden sollten.

IV. Fallgruppenspezifische Absenkung der Eingriffsschwelle in der Missbrauchsaufsicht

Sind die kartellrechtlich relevanten Interventionsschwellen jenseits der Streichung des Bezugs auf „kleine und mittlere Unternehmen“ in § 20 Abs. 1 GWB nicht generell abzusenken, so bleibt zu untersuchen, ob eine fallgruppenspezifische Absenkung angeraten ist.

1. Ist auf „Tipping“-geneigten Märkten ein rechtzeitiges Einschreiten gegen unilaterales Verhalten möglich, das die „Tipping“-Gefahr in wettbewerbswidriger Weise steigert?

a) Besteht eine Schutzlücke?

Eine Schutzlücke kann sich nach geltendem Recht insbesondere insoweit ergeben, als in „Tipping“-geneigten Märkten ein wettbewerbsbehördliches Einschreiten gegen ein nicht durch Leistungswettbewerb gerechtfertigtes unilaterales Verhalten, das ein Umkippen des Marktes ins Monopol begünstigt, derzeit erst ab der Schwelle der Marktbeherrschung (Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB) und ggfs. nach § 20 Abs. 1 oder Abs. 3 GWB möglich ist. Ist ein Markt aber erst einmal „gekippt“, so ist ein Markteintritt neuer Wettbewerber schwer. In einem Markt mit erheblichen Netzwerkeffekten müsste eine Preisunterbietungsstrategie den potenziellen Preisvorteil der gesamten Vorteile der installierten Basis (der „Netzgröße“) des etablierten Anbieters aufwiegen, sofern es kein Multihoming gibt. Wahrscheinlicher dürfte dann ein Markteintritt durch Innovationen oder aus benachbarten Märkten sein, wenn ein dortiger Anbieter seine installierte Basis „hebeln“ kann. Voraussetzung für einen erfolgreichen Markteintritt in einen „gekippten“ Markt ist aber stets, dass der neue Wettbewerber entweder eine hinreichend große Nutzerzahl zu einem koordinierten Wechsel des Anbieters veranlassen kann oder aber die Nutzer Multihoming betreiben. Angesichts dieser hohen Hürden kann es mit Blick auf die Schutzziele des Wettbewerbsrechts von großer Bedeutung sein, bereits vor Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung bzw. „relativer“ oder „überlegener Marktmacht“ (§ 20 Abs. 1 und Abs. 3 GWB) gegen ein das „Tipping“ begünstigendes, seiner Art nach nicht pro-kompetitives Verhalten vorzugehen.

Besonders das strategische Erschweren von Multihoming-Möglichkeiten kann ein solches Verhalten darstellen. Anders als auf vielen anderen Märkten ist bei Plattformen für einen erfolgreichen Markteintritt oftmals nicht erforderlich, dass die Nutzer den Anbieter wechseln. Vielmehr werden neue Dienste oft *zusätzlich* zu den bisherigen genutzt, insbesondere wenn sie unentgeltlich angeboten werden. Für den Markteintritt von neuen Plattformen wie Instagram, Snapchat, WhatsApp etc. war es nicht nötig, dass die Nutzer ihren Facebook-Account abmelden oder aufgeben und in diesem Sinne den Anbieter wechseln, wie etwa bei einem Wechsel des Stromanbieters, des Internet Service Providers oder auch beim Autokauf. Während auf vielen anderen Märkten die Entscheidung für einen Anbieter die Entscheidung gegen einen anderen Anbieter bedeutet, impliziert die Entscheidung für eine Plattform nicht automatisch eine Entscheidung gegen eine andere Plattform. Solange Multihoming einfach möglich ist, kann ein Markteintritt bei Plattformen auch erfolgen, ohne dass es zu einem Anbieterwechsel kommt.

Mit einem Kippen des Marktes muss bei direkten und indirekten positiven Netzwerkeffekten daher insbesondere dann gerechnet werden, wenn das Nutzen mehrerer Plattformen für mindestens eine Marktseite schwierig ist. Wenn Nutzer vom Typ A (z.B. „Käufer“) die Plattform bevorzugen, auf denen sich die meisten Nutzer vom Typ B („Verkäufer“) befinden (und/oder umgekehrt), kann sich leicht eine einzige Plattform herausbilden, die diese Netzexternalitäten internalisiert. Um ein „Tipping“ zu verhindern, muss Multihoming auf *beiden* Marktseiten einfach sein.

Die Perspektive auf ein potenziell langwieriges, durch erhebliche Markteintrittsbarrieren geschütztes Monopol gibt Plattformunternehmen in „Tipping“-geneigten Märkten starke Anreize zu versuchen, ein Kippen des Marktes gezielt herbeizuführen. Geschieht dies mit Mitteln des Leistungswettbewerbs, so ist dies wettbewerbsrechtlich und wettbewerbspolitisch nicht zu beanstanden. Dem Zweck des Wettbewerbsrechts, den Wettbewerbsprozess zu schützen, kann es aber entsprechen, den Einsatz leistungswettbewerbsfremder Mittel zur Herbeiführung eines „Tipping“ zu unterbinden – und dies eben auch und gerade dann, wenn noch keine marktbeherrschende Stellung besteht. Als unzulässige Verhaltensweisen kommen dabei insbesondere die vielfältigen Möglichkeiten einer strategischen Erschweren von Multihoming in Betracht – etwa durch technische Mittel (z.B. gezielte Inkompatibilität), durch Ausschließlichkeitsbindungen oder durch geschickte Tarifstrukturen.¹⁷⁶ Flatrates

¹⁷⁶ Ein Beispiel, wie Multihoming behindert werden kann, ist womöglich auch der Einsatz des Programms „Hell“ durch Uber – ein Programm, das Fahrer, die Multihoming betrieben, identifizieren und dann gezielte Anreize für diese Fahrer schaffen sollte, nur für Uber zu fahren. Siehe dazu *Anchustegui/Nowag*, How the Uber & Lyft case provides an impetus to reexamine buyer power in the world of big data and algorithms, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2998688>, und den Fall *Michael Gonzales v Uber Technologies, Inc*, Case 3:17-

etwa machen Multihoming tendenziell unattraktiv. In Betracht kommt aber auch eine gezielte Behinderung des Wechsels von Nutzern im Fall eines „Singlehoming“.¹⁷⁷

Auf der Grundlage von Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19 GWB kann ein solches Verhalten einer Plattform erst dann erfasst werden, wenn diese über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Diese Schwelle kann immer noch vor dem Zeitpunkt eines endgültigen Umkippens ins Monopol erreicht sein. In einem Markt, in dem mehrere Plattformen mit relevanten Marktanteilen konkurrieren, kann beispielsweise ein hoher Marktanteilsabstand für eine marktbeherrschende Stellung einer Plattform sprechen, obwohl Wettbewerb fortbesteht.¹⁷⁸ Gleichwohl kommt eine wettbewerbliche Intervention auf der Grundlage dieses Schwellenwertes spät – womöglich zu spät.

Art. 101 AEUV / § 1 GWB kann diese Lücke nur insoweit schließen, als die Behinderung des Multihoming oder eines Nutzerwechsels auf einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung beruht – etwa im Fall von Exklusivitätsvereinbarungen. Rein unilaterales Verhalten wird hierdurch nicht erfasst.

Ein frühes Einschreiten gegen unilaterales wettbewerbsbehinderndes Verhalten kommt im deutschen Kartellrecht unter Umständen auf der Grundlage von § 20 GWB in Betracht. § 20 Abs. 1 GWB

cv-02264-JSC, U.S. District Court for the Northern District of California, der den Einsatz des Programms Hell allerdings unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten behandelt. Für einen weiteren Fall der (potenziell) wettbewerbswidrigen Behinderung von Multihoming (allerdings ohne expliziten Bezug zu einem möglichen „Tipping“ des Online-Werbemarktes; auch im Online-Werbemarkt gibt es aber starke Netzwerkeffekte) – siehe FTC, Pressemitteilung v. 3.1.2013, abrufbar unter <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>: „Google will remove restrictions hampering advertisers’ management of their ad campaigns across competing ad platforms. Under a separate commitment, Google has agreed to remove restrictions on the use of its online search advertising platform, AdWords, that may make it more difficult for advertisers to coordinate online advertising campaigns across multiple platforms. Advertisers who wish to use a search advertising platform spend considerable time, effort, and resources preparing extensive bids, including keywords, price information, and targeting information. Once an advertiser has entered the information necessary to create a search advertising campaign, the advertising platform sends critical data back to the advertisers that they need to evaluate the effectiveness of, and to further manage, their campaign. Advertising platforms use application programming interfaces, known as APIs, to give advertisers direct access to these advertising platforms so they can develop their own software programs to automatically manage and optimize their advertising campaigns. Some FTC Commissioners were concerned that Google’s contractual conditions governing the use of its API made it more difficult for an advertiser to simultaneously manage a campaign on AdWords and on competing ad platforms, and that these restrictions might impair competition in search advertising.”

¹⁷⁷ Die Behinderung von Multihoming sowie des Wechsels bei Singlehoming war ein wesentliches Kriterium im Missbrauchsverfahren gegen CTS Eventim: BKartA, Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*, Rn. 191, 255, 258, 281 ff.

¹⁷⁸ Vgl. das Missbrauchsverfahren gegen CTS Eventim, in dem offengelassen werden konnte, ob ein „Tipping“ bereits eingetreten war. Denn der deutliche Größenvorsprung von CTS reichte jedenfalls aus, um angesichts der ausgeprägten indirekten Netzwerkeffekte auf eine marktbeherrschende Stellung zu schließen: BKartA, Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*, Rn. 169.

verbietet Plattformen eine Behinderung von abhängigen Unternehmen – soweit es sich hierbei um kleine oder mittlere Unternehmen handelt. Die Behinderung eines Multihoming durch die auf der Plattform tätigen Händler wäre unter dieser Voraussetzung bei festgestellter Abhängigkeit verboten.

Weitergehende Interventionsmöglichkeiten folgen aus § 20 Abs. 3 GWB, wenn ein Unternehmen im Horizontalverhältnis gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern über überlegene Marktmacht, d.h. über einen „deutlichen Vorsprung an Marktmacht“¹⁷⁹ verfügt. Soweit ein solches Unternehmen in einem „Tipping“-geneigten Markt gezielt und ohne leistungswettbewerbliche Rechtfertigung Wettbewerber behindert, sollten die Gründe, die im Regelfall für eine enge Handhabung der Norm sprechen, hinter das Ziel zurücktreten, ein „Tipping“ zu verhindern. § 20 Abs. 3 GWB greift aber eben nur bei Behinderungsmaßnahmen im Verhältnis zu kleinen und mittleren Unternehmen (s.o.). Die strategische Behinderung etwa von Multihoming kann in „Tipping“-geneigten Märkten aber auch im Verhältnis zu größeren Wettbewerbern eine Wettbewerbsgefährdung bedeuten. Durch § 20 Abs. 3 GWB nicht erfasst wird ferner ein entsprechendes Behinderungsverhalten im engen Plattformoligopol (näher unten, b)).

b) Schließung der Schutzlücke

Um die Wettbewerbsgefährdungen in „Tipping“-geneigten Märkten frühzeitig zu erfassen, bedarf es vor diesem Hintergrund eines neuen Sondertatbestands – etwa in einem § 20 Abs. 6 GWB oder in einem § 20a GWB. Die Ausweitung des Behinderungsverbots in einem solchen Sondertatbestand erscheint aber tatsächlich nur für „Tipping“-geneigte Märkte gerechtfertigt – also für solche Märkte, die durch starke positive Netzwerkeffekte gekennzeichnet sind.

Vorteilhaft könnte es ferner sein, den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots auf die größten Plattformen im relevanten Markt zu beschränken, zu deren Gunsten außerdem ein sehr schnelles Wachstum *relativ zu anderen Wettbewerbern* zu beobachten ist. Würde man hingegen auch den kleineren Wettbewerbern in „Tipping“-geneigten Märkten die Behinderung von Multihoming verbieten, so könnten diese einer Abwehrstrategie gegen die größte und am schnellsten wachsende Plattform beraubt sein, die ein „Tipping“ womöglich gar verhindern kann. Dies legt es nahe, die Norm an Unternehmen – vor allem Plattformen – mit überlegener Marktstellung gegenüber Wettbewerbern zu adressieren, ohne dass es sich bei diesen Wettbewerbern allerdings um kleine und mittlere Unternehmen i.S.v. § 20 Abs. 3 GWB handeln müsste. Der Normadressatenkreis wäre ferner auf Mitglieder eines engen Plattformoligopols mit wenigen, etwa gleich großen Plattformen (bei womöglich

¹⁷⁹ Nothdurft, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 101.

fortbestehendem Außenseiterwettbewerb von einigen kleineren Wettbewerbern) zu erstrecken. Als hypothetisches Beispiel mag der Markt für elektronische Zahlungssysteme dienen. Würde ein Oligopolist oder würden alle Oligopolmitglieder in einem solchen Fall zu Verhaltensweisen greifen, die Multihoming behindern, ohne Ausdruck von Leistungswettbewerb zu sein, und wachsen sie auf diese Weise zulasten der Oligopol-Außenseiter, so wäre dieses Verhalten zu verbieten. Ein Wachstum relativ zu den anderen Oligopolmitgliedern hingegen wäre ein Ausdruck von Wettbewerb im Oligopol – und müsste nicht notwendig zum „Tipping“ führen.

Der Sondertatbestand sollte eine missbräuchliche Behinderung der Wettbewerber verbieten, soweit diese geeignet ist, ein „Tipping“ des Marktes zu begünstigen. Die sachlich nicht gerechtfertigte Behinderung von Multihoming und von Plattformwechseln durch wechselwillige Nutzer wären als Regelbeispiel zu nennen. Auch hier können sich schwierige Abgrenzungsfragen ergeben. Dies gilt etwa dann, wenn der Normadressat eine Kundenbindungsstrategie entwickelt hat, die aus Kundensicht kurzfristig vorteilhaft ist, jedoch zugleich die Anreize für ein Multihoming erheblich senkt.¹⁸⁰ Die Abgrenzungsfragen, die hier entstehen, unterscheiden sich allerdings nicht wesentlich von den Abgrenzungsfragen, wie sie für das Missbrauchsverbot generell kennzeichnend sind. Maßgeblich wäre, wie stets, eine Interessenabwägung, die im Lichte des Ziels des GWB durchzuführen ist, die Freiheit des Wettbewerbs zu schützen. Ein Indiz für eine missbräuchliche Behinderungsstrategie kann es sein, wenn die Kundenbindungsstrategie kurz- und mittelfristig verlustbringend ist und wirtschaftlich nur vor dem Hintergrund der Erwartung einer längerfristigen Monopolisierung sinnvoll ist („predation“). Eine missbräuchliche Verdrängungswirkung kann allerdings auch von nicht verlustbringenden Formen der Behinderung von Multihoming ausgehen.

Wie groß der Gewinn einer solchen Ausweitung des Missbrauchsverbots in den Bereich unterhalb der Marktbeherrschung und unterhalb einer überlegenen Marktmacht im Vergleich zu den mit ihr verbundenen Irrtumskosten wäre, die gerade auch mit dem Versuch präventiven Wettbewerbschutzes verbunden sein können, hängt vor allem davon ab, wie groß die Zahl der Fälle ist, in denen eine reale „Tipping“-Gefahr frühzeitig erkennbar ist – und zwar bevor gegen ein Behinderungsverhalten bereits auf der Grundlage von § 20 Abs. 1 oder Abs. 3 GWB eingeschritten werden kann. Zu fragen ist ferner, ob Behörden und Gerichte in der Lage sind, diejenigen Situationen zu identifizieren, in denen ohne ein Einschreiten ein „Tipping“ wahrscheinlich ist.

¹⁸⁰ Zu denken wäre z.B. an ein Kundenbindungsprogramm vergleichbar Amazon Prime.

Den wettbewerblichen Gefahren, die mit einer „Tipping“-spezifischen Erstreckung des Missbrauchsverbots in eine relativ frühe Phase der Gefahrenabwehr verbunden sind, steht aber der Vorteil gegenüber, dass womöglich die Entstehung langlebiger Monopole, die ex post nur schwer auflösbar sind, verhindert werden kann, wo diese Monopole vermeidbar sind. Die Möglichkeit von Plattformnutzern zum Multihoming ist ein wichtiger Schutzmechanismus für jede Plattformseite. Sie verhindert, dass Plattformen ihre marktseitenübergreifenden Quersubventionierungsstrategien zulasten einer Marktseite implementieren können, die über keine Ausweichmöglichkeiten verfügt. Damit wird zugleich dem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz Rechnung getragen, dass jede Marktseite für sich genommen wettbewerbsrechtlichen Schutz genießt.¹⁸¹

2. Nicht-koordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol – besteht Handlungsbedarf?

Nicht-koordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol mit Marktverschlusswirkung wird durch Art. 102 AEUV nur dann erfasst, wenn eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegt. Für die Fusionskontrolle sind die Kriterien hierfür in den Urteilen *Airtours* und *Impala* entwickelt worden.¹⁸² Für den Bereich der Missbrauchskontrolle sind die Urteile *Compagnie Maritime Belge Transports* und *Atlantic Container Line* einschlägig.¹⁸³ In der Fusionskontrolle sehen sich die Wettbewerbsbehörden in der Folge der Urteile *Airtours* und *Impala* mit erheblichen Nachweisschwierigkeiten konfrontiert und haben vor diesem Hintergrund weitgehend auf ein Einschreiten wegen Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung verzichtet.¹⁸⁴ Die EU-Kommission ist stattdessen auf den SIEC-Test (koordinierte Wirkungen) ausgewichen¹⁸⁵ – ein Eingriffskriterium, welches in der Missbrauchskontrolle allerdings gegenwärtig nicht zur Verfügung steht (s.o.).

Im Kontext der Missbrauchskontrolle diskutiert worden ist das Problem in der Vergangenheit unter anderem mit Blick auf Internetzugangsmärkte.¹⁸⁶ Für die elektronischen Kommunikationsmärkte hat BEREK in einem Bericht aus dem Jahr 2015 eine Erweiterung des Konzepts der erheblichen Markt-

¹⁸¹ *Katz/Sallet*, Yale L. J. 127 (2018), 2142, 2162 f.

¹⁸² EuG, Urte. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, *Airtours*, Rn. 61 ff.; EuGH, Urte. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, *Impala*, Rn. 124 ff.

¹⁸³ EuGH, Urte. v. 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*, Rn. 38 ff.; EuG, Urte. v. 30.9.2003, Rs. T-191/98, *Atlantic Container Line*, Rn. 631.

¹⁸⁴ Näher *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 26 Rn. 140 ff., insb. Rn. 148.

¹⁸⁵ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 26 Rn. 150.

¹⁸⁶ *Schweitzer/Fetzer*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Netzneutralität, Impulsstudie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, 2012, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/wettbewerbs-und-medienrechtliche-aspekte-von-netzneutralitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 54.

macht (SMP) auf enge Oligopole angeregt.¹⁸⁷ In ihrem Entwurf für neue SMP-Richtlinien vom 14.2.2018 hat die Europäische Kommission jedoch den Vorschlag nur insofern aufgenommen, als die *Airtours*- und *Impala*-Kriterien nun auch genutzt werden sollten, um gemeinsame SMP zu belegen. Sind die in diesen Urteilen entwickelten Kriterien für gemeinsame Marktbeherrschung nicht erfüllt oder nicht nachweisbar, so kann das unilaterale Verhalten von Unternehmen in wettbewerbsarmen Oligopolen nach dem SMP-Kriterium auch in Zukunft nicht adressiert werden.

In der Digitalökonomie können Wettbewerbsgefährdungen durch nicht-kordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol unter anderem dann auftreten, wenn Oligopolisten auf einem engen Plattformmarkt sämtlich Strategien der vertikalen Integration in Nachbarmärkte hinein verfolgen und ihre eigenen wirtschaftlichen Aktivitäten im Verhältnis zu Drittunternehmen begünstigen, sodass der Marktzugang für unabhängige Akteure unmöglich oder jedenfalls nachhaltig erschwert wird. Denkbar ist auch eine nicht koordinierte, aber parallele Praxis der Verweigerung des Zugangs zu auf der Plattform generierten Daten. Ein weiteres Beispiel ist der parallele, aber nicht koordinierte Einsatz von Meistbegünstigungsklauseln durch Plattformen im engen Oligopol. In der wettbewerbsbehördlichen Praxis wurde dies bislang allerdings über Art. 101 AEUV / § 1 GWB erfasst,¹⁸⁸ sodass sich insoweit Schutzlücken nicht ergeben haben.

Im Vergleich zur Rechtslage nach europäischem Recht sind die Hürden für die Erfassung nicht-kordinierten Parallelverhaltens im engen Oligopol nach deutschem Wettbewerbsrecht allerdings deutlich niedriger. Gemäß § 18 Abs. 6 GWB wird gemeinsame Marktbeherrschung widerleglich vermutet, wenn drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 % erreichen oder wenn fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 2/3 erreichen. Das unilaterale missbräuchliche Verhalten eines jeden der kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen wird dann von § 19 GWB erfasst.

Andere Fälle können mithilfe von § 20 GWB erfasst werden. Entspricht die Marktstruktur einem engen Oligopol, ist es nicht fernliegend, dass kleine und mittlere Unternehmen von einzelnen oder womöglich auch jedem Oligopolisten i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB als Anbieter oder Nachfrager bestimmter Arten von Waren oder gewerblichen Leistungen abhängig sind. In Betracht kommt insbesondere eine

¹⁸⁷ Siehe BEREK Report on Oligopoly analysis and regulation, BoR (15) 195, 2015, S. 62 ff.

¹⁸⁸ Siehe dazu z.B. die Hotelbuchungsplattform-Fälle – repräsentativ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V) = NZKart 2015, 148, *HRS*. Bei Anwendung von Art. 101 AEUV im engen Oligopol bleibt stets die Vertikal-GVO zu berücksichtigen, die bei Marktanteilen unter 30 % zur Freistellung von Nicht-Kernbeschränkungen führt. Der bei parallelem Einsatz von Vertikalbeschränkungen im engen Oligopol mögliche Entzug der Freistellung ist in der Praxis noch nicht zum Einsatz gekommen.

Sortimentsabhängigkeit¹⁸⁹ oder eine „quasi-sortimentsbedingte Abhängigkeit“¹⁹⁰ (s.o., C.III.4.). Denkbar ist auch, dass die Oligopolisten je für sich gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern im Horizontalverhältnis über überlegene Marktmacht verfügen (§ 20 Abs. 3 S. 1 GWB).

Besteht weder eine Abhängigkeit im Vertikalverhältnis noch eine überlegene Marktmacht im Horizontalverhältnis, so ist die Gefahr, dass von dem nicht-kooordinierten parallelen Verhalten eines Unternehmens im engen Oligopol eine erhebliche Wettbewerbsgefährdung ausgeht, gering. Von einer Schutzlücke, die ein Tätigwerden des Gesetzgebers erfordern würde, ist daher nach deutschem Wettbewerbsrecht nicht auszugehen.

3. „Intermediationsmacht“ – ein neuer Blick auf die Interventionsschwelle bei Intermediationsplattformen?

a) Schutzlücken im Konzept der Angebotsmacht auf Märkten für Vermittlungsdienste – Gründe für ein neues Konzept der Intermediationsmacht

Zu den grundlegenden Veränderungen in der digitalen Ökonomie zählt die neue Bedeutung von Intermediären – typischerweise mehrseitigen digitalen Plattformen – die Informationen aus verschiedenen Quellen sammeln, aggregieren und je nach den mutmaßlichen Interessen der Nutzer ordnen bzw. versuchen, eine möglichst gute Übereinstimmung („Matches“) zwischen den (Informations-)Angeboten und der (Informations-)Nachfrage zu erzielen (s.o., B.I.). Der zunehmenden Bedeutung solcher Intermediäre für Nachfrager von Produkten oder Dienstleistungen entspricht eine wachsende Angewiesenheit der Anbieter solcher Produkte und Dienstleistungen auf ein möglichst vorteilhaftes „Listing“ bzw. „Ranking“ durch die Intermediäre. Im Extremfall erlangt eine Plattform die vollständige Kontrolle über den Marktzugang von Anbietern. Aber auch deutlich unterhalb dieser Schwelle kann aus Anbietersicht ein so erheblicher Teil des Umsatzes von einem „fairen“ Matchmaking durch den Informationsintermediär abhängen, dass längerfristige Benachteiligungen zu einer nachhaltigen Infragestellung der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit von Produkt- bzw. Diensteanbietern führen. Zwar hat eine Plattform grundsätzlich das Interesse, Informationen bzw. Transaktionsgelegenheiten in einer möglichst den Nutzerpräferenzen entsprechenden Weise bereitzustellen, um das Transakti-

¹⁸⁹ Dazu allgemein *Westermann*, in: MüKo-WettbR, § 20 Rn. 31; *Lorenz*, in: Berg/Mäsch, § 20 Rn. 13; *Grave*, in: FK, § 20 Rn. 40; *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 16. Zur Spitzengruppenabhängigkeit siehe unter anderem OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2003, VI U (Kart) 30/00, *Rolex-Uhren*.

¹⁹⁰ Siehe dazu *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 Rn. 39. Vgl. aus der Rspr. BGH, Beschl. v. 21.2.1995, KVR 10/95, *Importarzneimittel*, Rn. 21 (juris): Ein Arzneimittelimporteur wurde als von Großhändlern abhängig betrachtet, weil das Vorhandensein im Sortiment der Großhändler – den besonderen Anforderungen des Pharmamarktes geschuldet – notwendig war, um auf dem Markt für Fertigarzneimittel in Deutschland bestehen zu können.

onsvolumen auf der Plattform zu erhöhen.¹⁹¹ Dabei sind die Anreize von (Transaktions-)Plattformen zu einer „fairen“ Behandlung der Anbieter von Waren und Dienstleistungen (P2B) allerdings geringer als die Anreize zu einer vorteilhaften Behandlung von Nachfragern, sofern den Nachfragern lediglich an einer *hinreichend* großen, nicht aber an einer maximalen Zahl an Anbietern gelegen ist, die positiven indirekten Netzwerkeffekte einer großen Nutzerzahl für die andere Plattformseite hingegen groß ist.¹⁹² Insbesondere bei vertikaler Integration oder vertikalem Verbund einer Plattform können sich ferner Anreize für eine Priorisierung eigener bzw. verbundener Angebote ergeben. Trifft die beschriebene Anreizstruktur mit einer besonderen Angewiesenheit der Anbieter von Waren oder Dienstleistungen auf den Zugang zu Nachfragern und nur schwacher wettbewerblicher Kontrolle der tatsächlichen Präferenzgerechtigkeit des Matchmaking durch die andere Marktseite (insbesondere Verbraucher) zusammen, so kann sich eine missbrauchsanfällige Machtposition ergeben. Zu fragen ist, ob diese Machtposition im Rahmen der geltenden Missbrauchskontrolle adäquat erfasst wird.

aa) Adäquate Erfassung der marktbeherrschenden Stellung von Transaktionsplattformen

Grundlage der Marktmachtermittlung ist die Abgrenzung des relevanten Marktes. Handelt es sich bei dem Intermediär um eine Transaktionsplattform, so gehen die Wettbewerbsbehörden bislang regelmäßig davon aus, dass diese auf beiden Marktseiten Vermittlungsdienstleistungen anbietet.¹⁹³ Die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung einer Plattform „P2B“ richtet sich dann nach den übli-

¹⁹¹ Ausführlich *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 307 ff.

¹⁹² Für einen solchen Befund siehe etwa Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, SWD(2018) 138 fin., S. 24 ff. Mit Blick auf Vergleichsplattformen auch UK CMA, Digital Comparison Tools Market Study, 2017, abrufbar unter <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59c93546e5274a77468120d6/digital-comparison-tools-market-study-final-report.pdf>. Siehe auch *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 305 ff.: Digitale Plattformen sind insb. dort wichtig geworden, wo es um die Vermittlung von Transaktionen oder Kontakten zwischen tendenziell zersplitterten Nutzergruppen geht. Sie sind also für die Vermittlung zwischen Unternehmen und Verbrauchern viel bedeutsamer als für die Vermittlung zwischen Unternehmen; ferner sind P2C-Plattformen insb. in der Vermittlung von Transaktionen zwischen Verbrauchern und KMU erfolgreich – bspw. Hotelbuchungsportale, Reiseportale, aber auch Amazon Marketplace. In diesen Fällen sind einzelne KMU für die Plattform als Anbieter oft verzichtbar; eine große Attraktivität für die Verbraucherseite hingegen ist essentiell. Allerdings ist diese Vermutung nicht pauschal für alle Plattformen gültig. So ist etwa davon auszugehen, dass Plattformen zum Handel von (oftmals sehr knappen) Tickets für Konzerte und Sportereignisse wie etwa stubhub o.ä. ebenso interessiert an einer möglichst hohen Anbieterzahl sind wie an einer hohen Nachfragezahl, um möglichst viele Transaktionen zu ermöglichen. Auch für Plattformen, die Übernachtungsmöglichkeiten vermitteln wie etwa AirBnB oder fewo-direkt dürfte dies gelten. Die oben beschriebene Vermutung dürfte am ehesten dann zutreffen, wenn die Anbieter aus Nachfragersicht relativ gut austauschbar sind, wie möglicherweise bei Amazon Marketplace und ähnlichen Handelsplattformen.

¹⁹³ Repräsentativ insoweit BKartA, Beschluss v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*: Markt für Ticketsystemdienstleistungen für Veranstalter (Vermittlungsverhältnis). Siehe auch BKartA, Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.html>, S. 32.

chen Kriterien für die Feststellung von Angebotsmacht. Kriterien hierfür werden in § 18 Abs. 3 GWB – und mit Blick auf Netzwerke und mehrseitige Märkte seit der 9. GWB-Novelle zusätzlich in § 18 Abs. 3a GWB formuliert. Eine Filterfunktion hat in der Praxis herkömmlich der Marktanteil. Gem. § 18 Abs. 4 GWB wird eine marktbeherrschende Stellung vermutet, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 40 % hat. Unterhalb eines solchen Marktanteils ist der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung regelmäßig schwierig.¹⁹⁴ Dies gilt ebenso bei der Anwendung von Art. 102 AEUV.¹⁹⁵

Unter anderem aus dem Lebensmitteleinzelhandel ist allerdings bekannt, dass Unternehmen im Vertrieb ihrer Waren für den Zugang zum Markt auf bestimmte „Mittler“ angewiesen sein und relevante Machtpositionen dieser Mittler bereits bei deutlich niedrigeren Marktanteilen entstehen können. Da der Lebensmitteleinzelhandel als Nachfrager der Produkte auftritt, ist dieses Phänomen bislang im Kontext der Nachfragemacht diskutiert worden.¹⁹⁶ Die EU-Kommission hat Fragen der Nachfragemacht vor allem in der Fusionskontrolle adressiert. In den Fällen *Rewe/Meinl*,¹⁹⁷ *Carrefour/Promodes*¹⁹⁸ und *Rewe/ADEG*¹⁹⁹ ist die Kommission davon ausgegangen, dass der durchschnittlich auf einen Nachfrager entfallende Absatz für einen Lieferanten dann nicht mehr verzichtbar ist, wenn er mehr als 22% des Umsatzes des betroffenen Lieferanten ausmacht. Aus ökonomischer Sicht wird ein schematischer Ansatz kritisiert und darauf hingewiesen, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen Größe und Verhandlungsmacht nur auf der Grundlage einer genauen Fallanalyse, insbesondere einer Analyse der jeweiligen Abbruchoptionen für Händler und Hersteller im Einzelfall ermit-

¹⁹⁴ Vgl. auch die Begr. RegE der 8. GWB-Novelle, BT-Drs. 17/9852, S. 23: „Die behördliche Praxis hat gezeigt, dass eine marktbeherrschende Stellung eines einzelnen Unternehmens mit einem Marktanteil von einem Drittel heute nur noch in Ausnahmefällen vorkommt.“

¹⁹⁵ Europäische Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 Nr. C 45/7, S. 9: „Erfahrungsgemäß ist eine Marktbeherrschung unwahrscheinlich, wenn ein Unternehmen weniger als 40 % des relevanten Marktes einnimmt.“

¹⁹⁶ Zur Nachfragemacht siehe unter anderem: Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/11, BT-Drs. 17/10365, Rn. 1001 ff., Rn. 1072 ff.; BKartA, Nachfragemacht im Kartellrecht – Stand und Perspektiven, 2008, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Nachfragemacht%20im%20Kartellrecht.html; BKartA, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel, 2014, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/Sektoruntersuchung_LEH.html, S. 16 ff.; Carstensen, Competition Policy and the Control of Buyer Power, 2017.

¹⁹⁷ Europäische Kommission, Entscheidung v. 3.2.1999, Case IV/M.1221, bekanntgegeben unter Az. C(1999) 228 fin., *Rewe/Meinl*.

¹⁹⁸ Europäische Kommission, Entscheidung v. 22.1.2000, Case COMP/M.1684, *Carrefour/Promodes*.

¹⁹⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 23.6.2008, Case COMP/M.5047, bekanntgegeben unter Az. C(2008) 3239, *Rewe/Adeg*.

telt werden kann.²⁰⁰ So kann z. B. die Markentreue von Konsumenten dazu führen, dass ein vermeintlich abhängiger kleiner Hersteller über beträchtliche Verhandlungsmacht verfügt.²⁰¹ Das Bundeskartellamt ist der Auffassung, dass die von der Kommission genannte Maßzahl durch den Nachweis individueller Abhängigkeiten ergänzt werden sollte.²⁰² Unstreitig ist, dass grundsätzlich auch mehrere Nachfrager parallel über eine i.S.v. Art. 102 AEUV bzw. §§ 18, 19 GWB relevante Nachfragemacht verfügen können.²⁰³

Die hier behandelten Intermediäre treten zwar nicht als Nachfrager auf. Sie kaufen die Produkte bzw. Dienste nicht für den Weiterverkauf auf, sondern beschränken sich auf die Vermittlung von Informationen bzw. Transaktionen. *Hagiu/Wright* haben in verschiedenen Aufsätzen allerdings auf die funktionale Nähe zwischen dem Modell des Vermittlers („Marktplatzmodell“) und dem des Wiederverkäufers („Supermarkt-Modell“) hingewiesen („enable or resell“)²⁰⁴ – zwischen denen im Übrigen zahlreiche hybride Vertriebsformen existieren.²⁰⁵ Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden unternehmerischen Grundoptionen liegt in der Allokation von Kontrollrechten über Aspekte wie Preise, Werbung, Verantwortung für die Vertragsausführung etc. Beim Marktplatzmodell trägt der ursprüngliche Produkt- bzw. Diensteanbieter das Absatzrisiko und muss in seiner Kalkulation Kosten und Nutzen der Marktplatznutzung berücksichtigen. Beim „Supermarkt-Modell“ wird der Mittler zum Zwischenhändler und trägt nun seinerseits das Absatzrisiko. Für die Frage der Angewiesenheit bzw. Abhängigkeit derer, die den Absatz von Produkten oder Diensten anstreben, macht diese unternehmerische Entscheidung jedoch aus ökonomischer Sicht nicht notwendig einen Unterschied. Die zentrale Leistung, die der Vermittler anzubieten hat – ob im Wege des Wiederverkaufs oder der Vermittlung – ist ein bestimmter Absatzkanal bzw. der Zugang zu einer bestimmten Kundengruppe. Der Grad der

²⁰⁰ Siehe hierzu *Inderst/Wey*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 9 (2008), 465, 472 ff.

²⁰¹ Siehe hierzu die Analyse von *Heimeshoff/Klein*, Bargaining Power and Local Heroes, DICE Discussion Paper Nr. 87, 2013, abrufbar unter http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/087_Heimeshoff_Klein.pdf zu den Gewinneinbußen eines großen Händlers in Folge der Auslistung einer lokalen Biermarke. Dies führte zu erheblichen Gewinneinbußen beim Händler, was zeigt, dass auch kleine, lokale Lieferanten über erhebliche Verhandlungsmacht verfügen können.

²⁰² BKartA, Nachfragemacht im Kartellrecht – Stand und Perspektiven, Hintergrundpapier, 2008, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Nachfragemacht%20im%20Kartellrecht.html, S. 7.

²⁰³ Mit Blick auf § 20 Abs. 2 GWB dazu zuletzt BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus*, Rn. 42: Für Markenhersteller kann der Vertrieb möglichst vieler Produkte über möglichst viele der großen Lebensmitteleinzelhändler von zentraler Bedeutung sein.

²⁰⁴ *Hagiu/Wright*, Multi-Sided Platforms, Harvard Business School Working Paper 15-037, 2015, abrufbar unter http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/15-037_cb5afe51-6150-4be9-ace2-39c6a8ace6d4.pdf.

²⁰⁵ Zu den möglichen Schwierigkeiten einer rechtlich trennscharfen Abgrenzung zwischen Intermediär- und Anbieterrolle bei Plattformen siehe auch *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 309 ff.

Macht, den ein Wiederverkäufer oder ein Vermittler ihnen gegenüber innehat, hängt davon ab, welchen Anteil der Nachfrage der Wiederverkäufer/Vermittler bündelt, ohne dass für den Waren- oder Diensteanbieter hinreichende Ausweichoptionen bestehen. Existiert etwa in einem Sektor ein enges Oligopol von – nicht kollektiv marktbeherrschenden – Vermittlungsplattformen, so können Waren- und Diensteanbieter womöglich auf keinen dieser Vertriebskanäle verzichten, wenn dieselben Kunden nicht auf anderen Wegen ähnlich effektiv angesprochen werden können und es essentiell für das wirtschaftliche Überleben des Anbieters ist, einen Großteil der potenziellen Kunden zu erreichen. Ein Anbieter von Waren bzw. Dienstleistungen kann daher von einer digitalen Vermittlungsplattformen unter ähnlichen Voraussetzungen abhängig sein wie – herkömmlich – von einem Wiederverkäufer, etwa einem Lebensmitteleinzelhändler.²⁰⁶

Zwar ist dies im Einzelfall zu überprüfen, und nicht alle Argumente, die für die Prüfung von Ausweichoptionen im Lebensmitteleinzelhandel erheblich sind, lassen sich auf Internet-Vermittlungsplattformen übertragen. So bestehen bei Vermittlungsplattformen regelmäßig keine Kapazitätsprobleme. Auch ist ein Multihoming von Nutzern nicht ohne weiteres mit längeren Wegstrecken der Kunden im Lebensmitteleinzelhandel zu vergleichen. Jedoch kann ein Multihoming bei Vermittlungsplattformen aus anderen Gründen erschwert oder ausgeschlossen sein. Ob in der klassischen Nachfragemacht-Konstellation oder in der im Plattformkontext interessierenden Mittler-Konstellation: Ist ein Anbieter von Waren oder Dienstleistungen in seiner Existenz kritisch von einem Absatzmittler abhängig, so ist die wettbewerbliche Kontrolle der Verhaltensspielräume dieses Mittlers faktisch ausgeschaltet oder erheblich beschränkt.²⁰⁷ Und für eine Verschiebung der Drohpunkte²⁰⁸ – und in der Folge der Preissetzungs- (z.B. bei Provisionen) und Konditionensetzungs spielräume zugunsten des Mittlers – kann bereits eine deutlich unter den für die herkömmliche Angebotsmacht maßgeblichen Marktanteilsschwellen liegende Marktposition genügen.

Der Vermittlungsplattform kann durch eine solche Machtstellung zum Beispiel auch die Durchsetzung von Marktregeln – etwa hinsichtlich von Datenzugangsbedingungen oder Datenportierungsoptionen

²⁰⁶ Die für die Nachfragemacht typische „Bilateralisierung“ der Machtbeziehung spielt demgegenüber eine geringere Rolle. Vermittlungsplattformen definieren regelmäßig allgemeingültige Marktbedingungen, ohne hierbei zwischen den einzelnen Anbietern zu differenzieren und bilateral Druck auszuüben. So wird etwa die Provisionshöhe nicht selten marktweit einheitlich festgesetzt.

²⁰⁷ Für das ökonomische Konzept der Abhängigkeit vgl. *Haucap/Heimeshoff/Thorwarth/Wey*, WuW 2015, 605.

²⁰⁸ Für die Maßgeblichkeit von Drohpunkten für die Feststellung von Nachfragemacht, die daher schon bei relativ niedrigen Marktanteilen anzunehmen sein kann, siehe u.a. Europäische Kommission, Entscheidung v. 3.2.1999, Case IV/M.1221, bekanntgegeben unter Az. C(1999) 228 fin., *Rewe/Meinl*, Rn. 98 ff., insb. Rn. 101: 22 % Marktanteil; Entscheidung v. 22.1.2000, Case COMP/M.1684, *Carrefour/Promodes*; BKartA, Beschl. v. 31.3.2015, B2-96/14, *Fusionskontrolle Edeka/Tengelmann*, Rn. 639: 25-30 % Marktanteil.

– möglich werden,²⁰⁹ die zu einer leistungswettbewerblich nicht gerechtfertigten Behinderung der wettbewerblichen Handlungsspielräume der Händler oder von horizontalen Wettbewerbern führen. Die wettbewerblichen Gefahren, die von einer Vereinbarung derartiger Marktregeln – wie etwa auch von Meistbegünstigungsklauseln – ausgehen, können nach geltendem Recht allerdings bereits über Art. 101 AEUV / § 1 GWB erfasst werden. Eine Schutzlücke besteht insoweit nicht.

Anderes kann für rein unilaterale Verhaltensweisen gelten. Beurteilt man die Machtstellung von Intermediären nach den herkömmlichen Kriterien der Angebotsmacht, so kann sich das Streben, die Machtstellung in ihrer wettbewerblichen Bedeutung angemessen zu erfassen, in einer engen Markt- abgrenzung niederschlagen. Die Schwierigkeiten der richtigen Markt- abgrenzung in Intermediations- fällen sind bereits aus der Diskussion bekannt, wie die Marktstellung der Internet Service Provider (ISP) als Anbieter von Konnektivität im Verhältnis zu Inhalteanbietern (Content Provider) richtig zu erfassen ist – auch hier steht der Sache nach „Intermediationsmacht“ in Frage.²¹⁰ Ginge man – wie bei der Anrufterminierung bei Sprachtelefonie²¹¹ oder bei der Pay-TV-Durchleitung für Programmanbieter²¹² – von dem Grundsatz „ein Netz (bzw. eine Plattform), ein Markt“ aus, so würde jeder Intermediär über ein Monopol mit Blick auf den Zugang zu den durch ihn gebündelten Nachfragern verfügen. Die Internetintermediäre, die im Mittelpunkt der hiesigen Betrachtung stehen, sind aber dadurch gekennzeichnet, dass die potenziellen Abnehmer der Waren und Dienstleistungen jedenfalls grundsätzlich auf unterschiedlichen Wegen erreichbar und ein Multihoming nicht ausgeschlossen ist. Die unmittelbare Gleichsetzung der durch die Plattform gebündelten Nachfrage mit einem separaten relevanten Markt kann daher nicht überzeugen.

In der Entscheidung *CTS Eventim* hat das Bundeskartellamt die besondere Problematik der Abhängigkeit der Nachfrager von Vermittlungsleistungen berücksichtigt, indem es als Substitute zur Vermittlungsleistung der Plattform nur alternative Vertriebsmöglichkeiten anerkannt hat, die einen in etwa gleich starken Absatz ermöglichen. Der Eigenvertrieb von Tickets sowie direkte Vertriebsleistungen von Webshops / stationären VVK-Stellen wurden daher nicht in den relevanten Markt einbezogen. Obwohl 40 % der Tickets über den Online-Vertrieb abgesetzt wurden, lehnte das Bundeskartellamt

²⁰⁹ Missbräuchliches Verhalten bei der Setzung von Marktregeln ist bislang bekannt im Kontext der Regelsetzung durch Sportverbände, Börsen etc.

²¹⁰ Ausführlich dazu: *Schweitzer/Fetzer*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte der Netzneutralität, Studie für das BMWi, 2012, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/wettbewerbs-und-medienrechtliche-aspekte-von-netzneutralitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 40 ff.

²¹¹ Dazu Monopolkommission, Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern, Sondergutachten 61, 2011, Rn. 58.

²¹² BGH, Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95 = WuW/E BGH 2058, 2062, *Pay-TV-Durchleitung*.

auch insoweit eine Substitutionsbeziehung mit dem Hinweis ab, dass Ticketsysteme im Vergleich zu Eigenvertriebslösungen „nach wie vor signifikant reichweitenstärkere Vertriebsmöglichkeiten bieten“ (Rn. 123).

Ein größeres Maß an Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit würde indes erreicht, wenn die konzeptionellen Besonderheiten der Machtermittlung in Fällen, in denen die fragliche Tätigkeit in der Vermittlung besteht, grundsätzlich anerkannt würde – durch Einführung eines Konzepts der „Intermediationsmacht“ im Verhältnis zu Anbietern von Waren oder Dienstleistungen (d.h. in der Regel P2B). Dies könnte etwa durch eine Ergänzung des § 18 Abs. 1 GWB geschehen („Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen *oder als Vermittler* ...“). Parallel könnten die in § 18 Abs. 3a GWB genannten Gesichtspunkte für die Bewertung der Marktstellung von mehrseitigen Märkten und Netzwerken um eine Nr. 6 ergänzt werden, welche die Bedeutung einer Plattform als Mittler für den Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten als weiteres Kriterium nennt. Der Sache nach würde mit der Anerkennung eines Konzepts der Intermediationsmacht verdeutlicht, dass für die Würdigung der Marktstellung in diesen Fällen nicht die Qualifikation der Tätigkeit einer Plattform als „Anbieter von Vermittlungsdiensten“ oder „Nachfrager nach Angebotsleistungen auf der Plattform“ entscheidend ist – anders etwa als eine reine Handelsvertretertätigkeit wird die Vermittlungsleistung einer Plattform oft hybride Züge tragen; und dass es auch nicht auf die Einzelleistung selbst – also etwa das Angebot von Vermittlungsdiensten – ankommt, sondern auf eine Gesamtbetrachtung der Umstände, die für die Marktstellung eines Plattformintermediärs ausschlaggebend sind, mit besonderer Berücksichtigung der Marktstellung der Plattform auf den verschiedenen Plattformseiten. Je nach den Marktgegebenheiten im Vertrieb, insbesondere den Gewohnheiten derjenigen, die über die Plattform Waren oder Dienste nachfragen, wäre Intermediationsmacht eher produkt- oder produktgruppenspezifisch oder aber, wenn Sortimenteffekte erheblich sind, mit Blick auf ein ganzes Warensortiment zu ermitteln. Eine solche Ergänzung hätte lediglich klarstellende Bedeutung, soweit es um die Erfassung der Intermediationsmacht von Transaktionsplattformen geht. Grundsätzlich können die Besonderheiten der Marktstellung von Intermediären bereits im Rahmen des Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB berücksichtigt werden. Auch der Umstand, dass eine Kontrolle über den Marktzugang – ähnlich wie bei der Nachfragemacht – bereits bei niedrigeren Marktanteilen zu kartellrechtlich relevanten Machtpositionen führen kann, könnte grundsätzlich bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt werden. Die Einfügung in § 18 GWB könnte den Behörden und Gerichten jedoch den Übergang zu dieser neuen Prüfungssystematik erheblich erleichtern.

Durch die Einführung einer neuen Kategorie der „Intermediationsmacht“ ergäben sich auch keine Konflikte mit der Vertikal-GVO 330/2010. Die von Transaktionsplattformen erbrachte Vermittlungsleistung kann für die Zwecke der Vertikal-GVO formal als Unterform der Angebotsmacht eingestuft werden, für deren Feststellung in Intermediationskonstellationen jedoch besondere Kriterien gelten. Der Begriff der Intermediationsmacht bringt lediglich zum Ausdruck, dass die Machtstellung gerade aus der Angewiesenheit der Produkt- und Diensteanbieter auf die andere Marktseite folgt, zu welcher die Plattform den Zugang vermittelt und bündelt.²¹³

bb) Adäquate Erfassung der relativen Marktmacht von Transaktionsplattformen

Eine Angewiesenheit der Produkt- und Dienstleistungsanbieter auf Absatzwege, die durch eine Transaktionsplattform eröffnet werden, kann auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung zu einer (bilateralen) Abhängigkeit i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB und damit zur Entstehung von relativer Marktmacht führen. Die Kontrolle über bestimmte Absatzwege ist im Rahmen von § 20 Abs. 1 GWB bislang insbesondere in den Fallgruppen der „relativen Nachfragemacht“ und der „quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit“ gewürdigt worden.

Von einer solchen „relativen Nachfragemacht“ ist jüngst etwa der BGH im Verhältnis von Edeka zu verschiedenen Sektherstellern in einem Beschluss zum Anzapfverbot ausgegangen. Der BGH hat dabei hervorgehoben, dass die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit von Markenherstellern davon abhängt, dass sie über möglichst viele der großen Lebensmitteleinzelhändler Zugang zu möglichst breiten Abnehmerkreisen erlangen.²¹⁴ Der Anteil von Edeka am Gesamtumsatz der Sekthersteller lag zwischen 10-40 %. Ein Ausweichen auf andere Lebensmitteleinzelhändler war nach der durch den BGH bestätigten Sicht des Bundeskartellamts nur in begrenztem Umfang möglich, da der Verlust des Absatzes über Edeka sich wegen der beschränkten und regelmäßig ausgeschöpften Aufnahmekapazitäten in Regalen und im Lager der Lebensmitteleinzelhändler nur in geringem Umfang durch gesteigerte Vermarktungsaktionen bei anderen wichtigen Abnehmern des Lebensmitteleinzelhandels kom-

²¹³ Dies kommt z.B. auch in der Beschreibung der Tätigkeit von Transaktionsplattformen im *CTS Eventim*-Beschluss zum Ausdruck – siehe Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim* (Markt für Ticketsystemdienstleistungen für Veranstalter): Die Tätigkeit der Plattform besteht im Ermöglichen und Vermitteln von direkten Transaktionen zwischen beiden Plattformseiten, ohne dass die Plattform selbst an der Transaktion beteiligt ist. Siehe auch BKartA, Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.html>, S. 32. Siehe ferner *Tirole*, *Economics for the Common Good*, 2016, S. 379, der einen zweiseitigen Markt definiert als „a market in which an intermediary [...] enables sellers and buyers to interact.“ In all diesen Umschreibungen liegt der Fokus unmittelbar auf der Interaktion zwischen den Marktseiten.

²¹⁴ Siehe BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus*, Rn. 42 hinsichtlich einer Abhängigkeit nach § 20 Abs. 2 GWB.

pensieren ließ. Kunden würden im Fall einer Auslistung lieber zu anderen Sektmarken greifen als längere Strecken zu einem anderen Lebensmitteleinzelhändler auf sich zu nehmen. Dies genüge für die Feststellung einer Abhängigkeit der Sekthersteller vom Abnehmer Edeka.

Eine „quasi-sortimentsbedingte Abhängigkeit“ wurde durch den BGH etwa in einem Fall bejaht, in dem – den besonderen Anforderungen des Pharmamarktes geschuldet – ein Arzneimittelimporteur im Sortiment eines bestimmten Großhändlers präsent sein musste, um auf dem Markt für Fertigarzneimittel in Deutschland bestehen zu können.²¹⁵ Auch im Fall *HRS*²¹⁶ ist das Bundeskartellamt im Ergebnis wohl von einer „quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit“ ausgegangen.²¹⁷

Den Ausführungen zu § 18 GWB entsprechend (s.o.) hängt die Machtstellung von Transaktionsplattformen im Verhältnis zu den auf ihr tätigen Unternehmen auch im Kontext des § 20 Abs. 1 GWB von ihrer Fähigkeit ab, den Zugang zu bestimmten Absatzkanälen zu kontrollieren. Die Erfassung von Intermediationsmacht als besondere, von Elementen der Nachfragemacht geprägte Machtstellung auf Angebotsmärkten, liegt auch im Rahmen der relativen Marktmacht gem. § 20 Abs. 1 GWB nahe. Eine Berücksichtigung der konzeptionellen Besonderheiten ist im (wertungsoffenen) Tatbestand der „Abhängigkeit“ grundsätzlich möglich, ohne dass eine (insofern klarstellende) Gesetzesänderung zwingend erforderlich wäre. Insbesondere eine Weiterentwicklung der Fallgruppe der „quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit“ bietet sich an. Denkbar wäre auch die Anerkennung der „Intermediationsmacht“ als eigenständige – fünfte – Fallgruppe.

b) Erstreckung der Missbrauchsaufsicht auf Machtlagen zwischen „reinen“ Informationsintermediären und den von ihnen gelisteten Unternehmen

Zu erwägen ist, ob darüber hinaus mit der Einführung eines Konzepts der „Intermediationsmacht“ auch diejenigen Machtstellungen erfasst werden sollten, die Plattformen auch dann zukommen können, wenn sie – wie etwa eine horizontale Suchmaschine oder eine spezialisierte Suchmaschine für Ärzte (z.B. Jameda) oder Reisen (z.B. Trivago) – „reine“ Informationsintermediäre sind und Unternehmen unabhängig davon listen, ob eine geschäftliche Beziehung zwischen ihnen und der Plattform

²¹⁵ BGH, Beschl. v. 21.2.1995, KVR 10/95, *Importarzneimittel*, Rn. 16 ff. (juris); zur Marktabgrenzung insbes. die Vorinstanz KG Berlin, Urt. v. 26.11.1993, Kart 23/92 = WuW 1994, 557, 565, *Importarzneimittel-Boykott*.

²¹⁶ BKartA, Beschl. v. 20.12.2013, B9-66/10, *HRS*, Rn. 236 ff.

²¹⁷ Die Argumentation des Bundeskartellamtes ist im Fall „HRS“ allerdings nicht ganz eindeutig. Das BKartA wies zur Begründung der Abhängigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen von der Plattform darauf hin, dass diese auf die bei HRS im Vergleich zur Konkurrenz vorteilhaften Konditionen gerade für kleine Hotels angewiesen waren (insb.: keine Ranking-Nachteile in Abhängigkeit zum gezahlten Gesamtvolumen an Vermittlungsprovision). Das OLG Düsseldorf ging im Rechtsmittelverfahren nicht auf § 20 GWB ein, da jedenfalls der Verstoß gegen § 1 GWB bestätigt wurde, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.1.2015, VI-Kart 1/14 (V), *HRS*.

besteht. Bündeln solche Plattformen einen erheblichen Teil der Suchenden, so können Waren- oder Diensteanbieter auch von solchen Plattformen abhängig sein, ohne dass im Verhältnis zu ihnen aber eine Marktbeziehung im herkömmlichen Sinne besteht: Die Informationsbereitstellung erfolgt hier unter Umständen allein auf der Grundlage einer Aufbereitung sämtlicher öffentlich verfügbarer Information, an welcher die gelisteten Unternehmen nicht mitwirken. Im Verfahren *Google/VG Media*²¹⁸ etwa hat das Bundeskartellamt zwar ein „faktisches Austauschverhältnis“ zwischen der Google-Suchmaschine und den Betreibern der dort auffindbaren Webseiten angenommen (Rn. 138 f.); denn Google habe ebenso ein wirtschaftliches Interesse daran, möglichst viele Webtreffer anzeigen zu können, wie die Webseitenbetreiber ein wirtschaftliches Interesse daran hätten, ihre Besucherzahlen durch die Anzeige in der Google-Suche zu erhöhen. Das Bundeskartellamt hatte jedoch Bedenken, dieses Verhältnis als eine Marktbeziehung zu qualifizieren, da sich der „Austausch“ nicht nur außerhalb von Verträgen vollziehe (Rn. 136), sondern nicht einmal auf irgendeinem positiven, freiwilligen Akt der Webseitenbetreiber beruhe (Rn. 135, 137). Im Ergebnis sei daher auch denkbar, dass Google durch die Auswertung der öffentlich einsehbaren Webseiten lediglich ein „im Internet frei verfügbares [...] Vorprodukt“ für die Erzeugung einer Internetsuchmaschine nutze, für das gerade kein Markt existiert (Rn. 139).

Im Ergebnis konnte das Bundeskartellamt die Frage in diesem Verfahren offenlassen, weil es die Missbräuchlichkeit des Verhaltens von Google verneinte. Offenkundig ist aber, dass auch in solchen Fallkonstellationen eine Angewiesenheit der Webseitenbetreiber auf Google bestehen kann, und dass – gerade im Fall einer vertikalen Integration der Such-Plattform – vom Wettbewerb nicht kontrollierte Verhaltensweisen zu Verdrängungswirkungen im Wettbewerb auf Nachbarmärkten führen können. Wird diese Machtstellung in Ermangelung des Vorliegens eines Marktes kartellrechtlich nicht erfasst, so können Behinderungspraktiken nach geltendem Recht nur über eine relevante Marktmachtstellung im Verhältnis zu den Suchenden bzw. zur anderen Plattformseite erfasst werden.

aa) Erweiterung von § 18 GWB

Über Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB wird eine etwaige Abhängigkeit von Unternehmen von einem solchen Informationsintermediär bei Fehlen einer eigenständigen Marktbeziehung nur mittelbar erfasst – nämlich wenn eine marktbeherrschende Stellung im Verhältnis zur Plattformnutzerseite besteht und diese marktbeherrschende Stellung durch ein missbräuchliches Verhalten auf angren-

²¹⁸ BKartA, Beschl. v. 8.9.2015, B6-126/14, *Google/VG Media*.

zende Märkte erstreckt wird.²¹⁹ Ein Vorteil der direkten Erfassung der Machtbeziehung im Verhältnis Plattform-Unternehmen würde darin liegen, dass – entsprechend den vorab erörterten Besonderheiten der Intermediationsmacht – eine marktbeherrschende Stellung bereits dann anerkannt werden könnte, wenn eine Angewiesenheit der Unternehmen auf die Mittlung durch die Plattform derart nachgewiesen werden kann, dass ohne diese die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit gefährdet ist; aber unterhalb der herkömmlichen Marktanteilsschwellen, wie sie im Rahmen der Angebotsmacht zugrunde gelegt werden (dazu s.o.).

bb) Erweiterung von § 20 Abs. 1 GWB

Die in der soeben skizzierten Weise erweiterte Erfassung von Intermediationsmacht nach § 18 GWB würde naheliegenderweise ebenfalls eine Entsprechung in einem erweiterten § 20 Abs. 1 GWB finden. Der Wortlaut des § 20 Abs 1 GWB setzt gegenwärtig voraus, dass Unternehmen „als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen“ von einem anderen Unternehmen abhängig sind. In den hier skizzierten Konstellationen können Unternehmen zwar in ihrer Funktion als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen auf die Vermittlung durch den Informationsintermediär angewiesen sein. Sie sind jedoch im Verhältnis zum Informationsintermediär nicht Nachfrager einer Dienstleistung. Viel spricht dafür, dass – in konzeptioneller Übereinstimmung mit § 18 GWB – diese Art der Abhängigkeit durch § 20 Abs. 1 GWB bislang nicht erfasst werden sollte. Wenn § 20 Abs. 1 GWB auch auf solche Fälle erstreckt werden sollte, könnte ein § 20 Abs. 1 S. 2 GWB eingefügt werden, der klarstellt, dass § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 auch gilt, soweit Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten von einem Mittler in der Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.

²¹⁹ Siehe etwa Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740, bekannt gegeben unter Az. C(2017) 4444, *Google Shopping*, Rn. 334, 589 ff. In seinem Beschl. v. 8.9.2015, B6-126/14, *Google/VG Media*, erörtert das BKartA die Frage, ob die Behinderungs- bzw. Diskriminierungswirkungen eines Verhaltens auf einem (durch die Existenz von Leistungsbeziehungen geprägten) Markt eintreten müssen (Rn. 170). Sofern man das fordere und die Behinderungswirkungen dann – mangels Marktbeziehung – nicht im Verhältnis zu den Websitebetreibern prüfe, komme die Berücksichtigung von Behinderungswirkungen auf dem Markt für suchungebundene Online-Werbung in Betracht (Rn. 171). Für Google, die auf dem Markt für suchgebundene Online-Werbung tätig sind, würde das dann die Behinderung von Unternehmen auf benachbarten (Dritt-)Märkten darstellen (Rn. 172). Das BKartA artikuliert Bedenken, ob eine solche Analyse des Falls den ökonomischen Besonderheiten der Internetwirtschaft gerecht wird (Rn. 172), kann die Frage aber offenlassen, da ein Missbrauch an der zugunsten von Google ausfallenden Interessenabwägung scheitert (Rn. 178 ff.).

c) Zwischenfazit – Berücksichtigung von Intermediationsmacht in §§ 18 und 20 Abs. 1 GWB

Im Ergebnis halten wir die Anerkennung des Konzepts der Intermediationsmacht in Fällen, in denen eine Marktbeziehung zwischen Plattformen und Unternehmen existiert, für empfehlenswert. In § 18 GWB ist eine ausdrückliche Anerkennung des Konzepts angeraten. Im tatbestandlich flexibleren § 20 Abs. 1 GWB kann die Weiterentwicklung der Abhängigkeitsfallgruppen in Richtung einer systematisch stringenter Erfassung der „Intermediationsmacht“ dem Bundeskartellamt und der Rechtsprechung überlassen bleiben, zumal mit der „quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit“ bereits ein Anknüpfungspunkt für die Erfassung von „Intermediationsmacht“ besteht.

Eine Erstreckung des Konzepts auf „reine“ Informationsintermediäre, in denen keine Marktbeziehung zwischen Plattform und Unternehmen existiert, halten wir für diskussionswürdig, sind aber zu keiner abschließenden Empfehlung gelangt. Wäre eine solche Erstreckung gewünscht, so müsste – in § 18 Abs. 1 GWB wie auch in § 20 Abs. 1 GWB – klargestellt werden, dass „Intermediationsmacht“ auch unabhängig von einer Marktbeziehung im Verhältnis zwischen Intermediär/Plattform und Unternehmen vorliegen kann.

d) Intermediationsmacht und Informationsmanipulationsmacht

Mit der Anerkennung des Konzepts der Intermediationsmacht würde zugleich ein weiteres Problem gelöst. Wie bereits unter B.I. und C.II. skizziert, kann die nutzerseitig unerkannte und daher wettbewerblich nicht disziplinierte Ausnutzung von Informationsasymmetrien durch Informationsintermediäre auch deutlich unterhalb der Marktanteilsschwellen, die herkömmlich Marktbeherrschung indizieren, zu Fehlsteuerungen auf im Übrigen wettbewerblichen Märkten führen.²²⁰ Zur Gewährleistung

²²⁰ Aus ökonomischer Sicht induziert eine Informationsasymmetrie immer einen gewissen Grad an Marktmacht im Vergleich zum hypothetischen Ideal vollständigen Wettbewerbs. Das Ausmaß der wettbewerblich nicht kontrollierten Spielräume eines Anbieters hängt dabei primär vom Ausmaß der Informationskosten ab. Je höher die Informationskosten der Nachfrager sind, desto ausgeprägter sind tendenziell die Verhaltensspielräume der Anbieter. Zwischen Marktstruktur und den durch Informationsasymmetrien ermöglichten Verhaltensspielräumen bestehen nicht unbedingt lineare Zusammenhänge. Je einfacher (und günstiger) es für die Nachfrager ist, eine „zweite Meinung“ einzuholen, desto eher können Informationsasymmetrien reduziert werden. Das Vergleichen oder Einholen zweiter Meinungen wird dabei umso einfacher sein, je mehr Anbieter derselben Leistung es auf dem Markt gibt. Im Extremfall des Monopols hingegen ist ein Vergleich oder das Einholen der „zweiten Meinung“ per Definition ausgeschlossen, somit eine Informationsasymmetrie besonders schwer durch das Vergleichen von alternativen Anbietern zu beseitigen. Zu Bedenken ist jedoch auch, dass große Anbieter tendenziell einer stärkeren Kontrolle durch Medien und Öffentlichkeit unterliegen als viele kleine Anbieter. Möglicherweise kann jedoch ab einem gewissen Konzentrationsmaß eine weitere Abnahme der Anbieterzahl zu einem Anstieg der Informationskosten für Nachfrager (aufgrund eines weiteren Rückgangs der Vergleichsmöglichkeiten) führen und damit zu einer

eines Schutzes der Funktionsfähigkeit von Märkten, in denen Informationsintermediäre eine erhebliche Rolle spielen, wäre es daher denkbar, das Konzept der „marktbeherrschenden Stellung“ auf Konstellationen auszuweiten, in denen ein gewisser – näher zu spezifizierender – Grad der marktstrukturellen Marktmacht (unterhalb der klassischen Marktbeherrschung) mit einer anderen Form des Marktversagens, insb. Informationsasymmetrien, zusammentrifft.

Allerdings schiene eine solche Erstreckung des Konzepts der Marktbeherrschung auf sämtliche Fälle des Zusammentreffens einer gewissen Marktstärke mit (tendenziell ubiquitären) Informationsasymmetrien bedenklich weit. Auch um den Anwendungsbereich des Kartellrechts hinreichend von dem des allgemeinen Verbraucherschutz- und Lauterkeitsrechts abzugrenzen, müsste dann unter anderem geklärt werden, welcher Grad an Marktmacht und/oder Verdrängungspotenzial zu verlangen wäre. Erfasst werden sollten eigentlich nur diejenigen Märkte, auf denen die Informationsvermittlung eine zentrale Rolle für die Funktionsfähigkeit der Märkte spielt. Eben diese Fälle könnten mithilfe des Konzepts der Intermediationsmacht, also einer besonderen Angewiesenheit von Anbietern von Waren und Dienstleistungen auf die Intermediationsleistung, gut erfasst werden. Bei fehlender Intermediationsmacht würde es im Regelfall auch an einem kartellrechtlich relevanten Verdrängungspotenzial fehlen. Wo sie besteht, kann in der Ausnutzung von Informationsasymmetrien bzw. der Irreführung der Nachfragerseite die Missbrauchshandlung liegen (siehe dazu auch unten, C.V.4.b.aa).

4. Bedarf es neuer Konzepte zur Erfassung von „Datenmacht“ bzw. „Datenabhängigkeit“?

a) Die Berücksichtigung des Datenzugriffs in Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB

Zu den Besonderheiten der digitalen Ökonomie zählt die herausgehobene wirtschaftliche Bedeutung von Daten (s.o., B.I.). Dass die Kontrolle über Daten zu Marktmacht führen oder beitragen kann, ist unbestritten. Der deutsche Gesetzgeber hat dies mit der 9. GWB-Novelle für einen Teilbereich bereits ausdrücklich anerkannt. In § 18 Abs. 3a GWB heißt es nunmehr:

„Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen: ... Nr. 4: sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“.

Stärkung der Informationsasymmetrien und damit einer Zunahme der wettbewerblich nicht kontrollierten Verhaltensspielräume.

Marktmacht kann etwa entstehen, wenn eine bestimmte Art von Daten eine wesentliche kritische Inputressource für das Angebot von Gütern und Dienstleistungen ist, die anderweitig nicht zugänglich oder substituierbar ist, sodass hieraus Wettbewerbsvorteile und Marktzutrittsschranken entstehen. Digitale Plattformen können auf Dienstleistungsmärkten Marktmacht erlangen, wenn aus einer Kombination der Akkumulation von Daten mit direkten und indirekten Netzwerkeffekten schwer einholbare Vorteile entstehen, bspw. bzgl. der Qualität von Suchmaschinen. Zu berücksichtigen sind dabei Skalen- und Verbundvorteile, die aus der Aggregation von Daten entstehen und ggfs. erst so die Gewinnung bestimmter Erkenntnisse ermöglichen.

Die Fallpraxis zu § 18 Abs. 3a ist noch gering. Vorteile beim Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten i.S.v. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB spielten aber eine tragende Rolle bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung im Missbrauchsverfahren gegen *CTS Eventim*.²²¹ Im noch laufenden *Facebook*-Verfahren kommt dem „überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ jedenfalls nach der vorläufigen Einschätzung des Bundeskartellamts Bedeutung bei der Beurteilung von Facebooks marktbeherrschender Stellung auf dem Markt für soziale Netzwerke zu.²²² Die datenbezogenen Vorteile bei der Produktgestaltung und -monetarisierung begründen nach Ansicht des Bundeskartellamts Markteintrittsbarrieren für Unternehmen, die keinen Zugang zu vergleichbaren Datensammlungen haben.²²³

Obwohl der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten nur in § 18 Abs. 3a GWB als Marktmachtkriterium genannt wird, ist dessen Bedeutung nicht auf mehrseitige Märkte und Netzwerke begrenzt. § 18 Abs. 3a GWB schließt die Berücksichtigung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten als

²²¹ BKartA, Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*: CTS verfüge wegen des unternehmenseigenen, hoch frequentierten Online-Shops über herausgehobene Möglichkeiten zur Erhebung umfangreicher Kundendatensätze, die für Zwecke der Marktanalyse und der individualisierten Kundenansprache (Targeted Advertising) genutzt werden könnten (Rn. 195). Hierdurch könne CTS den Veranstalterkunden glaubhaft eine bessere Bewerbung ihrer Veranstaltung anbieten als die konkurrierenden Ticketsysteme, deren eigene Onlineshops nur erheblich geringer frequentiert werden (Rn. 197). Ferner würden sich Verbundvorteile dadurch ergeben, dass die mit CTS konzernverbundenen Eventveranstalter durch die Datenbestände eine bessere Prognose über die Nachfrage nach bestimmten Veranstaltungen anstellen könnten – was wiederum die Qualität des Veranstaltungsangebots auf der CTS-Plattform aus Kundensicht erhöht (Rn. 199). Die Wettbewerbsvorteile aus dem verbesserten Datenzugang seien schließlich besonders ausgeprägt, da die von CTS erhobenen Kundendaten nicht durch konkurrierende Ticketsystemdienstleister duplizierbar seien – insbesondere deshalb, weil CTS (anders als seine Wettbewerber) keinen Export der Kundendaten durch die Veranstalterkunden ermöglichen (Rn. 200).

²²² BKartA, vgl. Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts v. 19.12.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.html?nn=3591568, S. 4.

²²³ BKartA, vgl. Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts v. 19.12.2017, (Fn. 222), S. 4.

Kriterium für die Würdigung der Marktstellung auf Nicht-Plattformmärkten in keiner Weise aus. Bei der Prüfung, ob eine marktbeherrschende Stellung – d.h. eine von Wettbewerb nicht kontrollierte Machtposition – vorliegt, kann und muss die Bedeutung eines exklusiven bzw. bevorzugten Datenzugangs bereits nach geltendem Recht auch außerhalb mehrseitiger Märkte und Netzwerke berücksichtigt werden.²²⁴

Ob der ausschließliche oder privilegierte Zugriff bestimmter Unternehmen auf bestimmte Daten (z.B. Maschinen-, Produkt- oder Dienste-Nutzungsdaten) oder auch der schiere Umfang des Datenzugriffs durch bestimmte Unternehmen (z.B. Google, Facebook, Amazon) nach Maßgabe dieses Kriteriums allein oder im Zusammenspiel mit anderen Faktoren eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt kann nur im Einzelfall ermittelt werden. Das Bundeskartellamt hat in Kooperation mit der französischen Autorité de la Concurrence datenbezogene Kriterien zusammengefasst, die bei der Ermittlung von Marktmacht eine Rolle spielen.²²⁵ Maßgeblich sind die konkreten Marktgegebenheiten auf dem relevanten Markt, die Bedeutung, die dem Datenzugang im jeweiligen Kontext zukommt, die Substitute, die mit Blick auf die Tätigkeit auf dem fraglichen Markt zur Verfügung stehen, und die Zugangsmöglichkeiten zu den erforderlichen Daten oder Substituten.²²⁶

Eine Würdigung, ob und in welchem Umfang der Zugang zu Daten die Marktstellung beeinflusst, muss unter anderem die Wettbewerbsvorteile berücksichtigen, die ein Unternehmen aus einem nach Art und/oder Umfang privilegierten Datenzugriff auf einem oder verschiedenen Märkten ziehen kann (siehe dazu auch unten, „konglomerate Macht“). So kann in bestimmten Kontexten der Umfang des Zugriffs auf Daten und/oder die Art des Zugriffs (z.B. Zugriff auf Echtzeitdaten) entscheidend für die Wettbewerbsfähigkeit sein. Beispiele hierfür können Dienstleistungen auf Logistikmärkten sein, bei denen der Umfang des Echtzeit-Zugriffs auf Standortdaten für die Qualität der Dienstleistung so entscheidend ist, dass aus Zugriffsvorteilen eine marktbeherrschende Stellung folgen kann; oder Pro-

²²⁴ Den Maßstab bildet bis heute die in *Hoffmann-La Roche* formulierte Definition der marktbeherrschenden Stellung als der wirtschaftlichen Machtstellung eines Unternehmens, „die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber unabhängig zu verhalten. Eine solche Stellung schließt im Gegensatz zu einem Monopol oder einem Quasi-Monopol einen gewissen Wettbewerb nicht aus, versetzt aber die begünstigte Firma in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder merklich zu beeinflussen, jedenfalls aber weitgehend in ihrem Verhalten hierauf keine Rücksicht nehmen zu müssen, ohne dass es ihr zum Schaden gereicht“, EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rn. 38 f.

²²⁵ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

²²⁶ Ausführlich zu möglichen Substitutionsbeziehungen: *Schweitzer/Peitz*, NJW 2018, 275, 275 f.

dukt- oder Dienstleistungsmärkte, in denen die Wettbewerbsfähigkeit entscheidend vom Einsatz Künstlicher Intelligenz – insb. vom Einsatz von Techniken des „machine learning“ – abhängt, wofür der Zugriff auf sehr umfangreiche Datensätze erforderlich ist.

Die Bestandsaufnahme zeigt, dass der wettbewerblichen Bedeutung von Daten im Rahmen der §§ 18, 19 GWB²²⁷ bereits jetzt vollumfänglich Rechnung getragen werden kann. Rein klarstellend wäre es gleichwohl denkbar, den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten auch in die Liste der für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens nach § 18 Abs. 3 GWB relevanten Kriterien aufzunehmen. Eine immer weitere „Aufladung“ der Liste von marktmachtrelevanten Faktoren in § 18 Abs. 3 GWB läuft allerdings Gefahr, dass deren grundsätzliche Offenheit in der praktischen Anwendung zurücktritt und im Ergebnis zu wenig Augenmerk auf nicht aufgeführte Kriterien gelegt wird. Würde man den § 18 Abs. 3 GWB etwa um das Kriterium des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten ergänzen, so wäre es naheliegend, ebenso den „innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck“ zu übernehmen. Zu fragen wäre dann aber auch, ob neben dem Datenzugang nicht auch die Datenanalyse-Kompetenz als relevanter Faktor bei der Ermittlung der Marktstellung aufzuführen wäre – oder ob aus der fehlenden Nennung der Schluss zu ziehen ist, dass vorrangig dem Datenzugang Bedeutung beigemessen werden soll. Derartige Probleme in der Auslegung des § 18 Abs. 3 GWB werden vermieden, wenn keine – ohnehin nur klarstellenden – Änderungen vorgenommen werden.

b) „Datenmacht“ und „Datenabhängigkeit“ in § 20 GWB

aa) § 20 Abs. 3 GWB

Begründet die Kontrolle über bestimmte Datensets keine marktbeherrschende Stellung, so kann sie gleichwohl „überlegene Marktmacht“ i.S.d. § 20 Abs. 3 GWB begründen. Der Wortlaut des § 20 Abs. 3 S. 1 GWB erlaubt eine Berücksichtigung der Kontrolle über Daten bzw. des Zugangs zu Daten bei der Ermittlung „überlegener Marktmacht“ ohne Weiteres. Ferner sind im Rahmen des § 20 Abs. 3 GWB bei der Ermittlung überlegener Marktmacht die Faktoren des § 18 Abs. 1, Abs. 3 sowie Abs. 3a heranzuziehen.²²⁸ Bedeutung können bspw. Faktoren wie die Sortimentsbreite eines Unternehmens²²⁹ oder Konzernverflechtungen haben, wenn diese einem Unternehmen besondere Wettbewerbsvorteile verschaffen,²³⁰ etwa einen besseren Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten. Der überlegene Zugriff auf wettbewerbsrelevante Datensets oder besonders große Mengen an Daten

²²⁷ Gleiches gilt im Übrigen auch für die Anwendung von Art. 102 AEUV.

²²⁸ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 Rn. 108-110.

²²⁹ BGH, Beschl. v. 12.11.2002, KVR 5/02, *Wal*Mart*, Rn. 17 (juris).

²³⁰ Z.B. über die Möglichkeit, besonders attraktive Warenkörbe zu schaffen oder aber bestimmte Zweige der Konzerntätigkeit längerfristig querzusubventionieren.

kann zu derartigen Wettbewerbsvorteilen führen (siehe auch C.IV.5.). Für Unternehmen mit überlegener Marktmacht gilt das in § 20 Abs. 3 S. 1 GWB normierte Behinderungsverbot.

Wie bereits oben (C.III.3.) ausgeführt, kann in Fällen, in denen Behinderungsstrategien von Unternehmen mit überlegener Marktmacht im Verhältnis zu innovativen kleineren Wettbewerbern zu beurteilen sind, eine breitere Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB gerechtfertigt sein, die sich von den hohen, über die Behinderungswirkung hinausgehenden Nachweisanforderungen der *Hitlisten*-Rechtsprechung des BGH löst.

bb) § 20 Abs. 1 GWB – „Datenabhängigkeit“?

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob die Kontrolle über wettbewerbsrelevante Daten für sich genommen nach geltendem Recht zu relativer Marktmacht i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB führen kann.

Nicht zweifelhaft ist, dass eine anderweitig begründete relative Marktmacht auch zu einer besonderen „Daten-Abhängigkeit“ führen kann. Dies folgt bereits aus der oft engen Verknüpfung von Produkten/Diensten und Daten in der digitalen Ökonomie. So kann nicht zuletzt in IoT- und Aftermarket-Kontexten eine unternehmensbedingte Abhängigkeit bestehen, wenn und weil das abhängige Unternehmen in der Vergangenheit spezifisch in die Geschäftsbeziehung mit dem nunmehr "marktstarken" Unternehmen investiert hat und deshalb nach dieser "transaktionsspezifischen Investition" über geringere und eventuell unzumutbare Ausweichmöglichkeiten verfügt („Lock-in“).²³¹ Wird einem in dieser Weise abhängigen Unternehmen in informationell integrierten Wertschöpfungsketten (bspw. Hersteller von Komponenten) der Zugang zu bestimmten (für das Unternehmen wertvollen) Daten verwehrt, so kann hierin eine unbillige Behinderung liegen. Auch kann ein Anbieter bei bestehender „relativer Nachfragemacht“ einer Plattform – etwa dann, wenn ein Händler für einen Großteil seines Absatzes von der Präsenz auf einer großen Transaktionsplattform abhängig ist und zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen (s.o., C.IV.3.a).bb) – in der Verweigerung des Zugriffs auf Daten, die sich auf die eigenen Transaktionen des Händlers und auf dessen Kunden beziehen, eine unbillige Behinderung liegen.

Lässt sich – in dieser oder anderer Weise – eine Abhängigkeit begründen, so kann über § 20 Abs. 1 GWB aber nicht nur die unbillige Verweigerung des Datenzugangs erfasst werden. Eine unbillige Behinderung kann unter Umständen auch aus der Verwendung von Daten, die unter Mitwirkung des

²³¹ Der Umstand, dass das Unternehmen sich ggfs. freiwillig in die Abhängigkeitsposition begeben hat, ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Siehe dazu *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 38. Anders *Loewenheim*, in: LMRKM, § 20 GWB Rn. 19: Berücksichtigung im Rahmen der Zumutbarkeit von Ausweichmöglichkeiten.

abhängigen Unternehmens generiert wurden, für andere wettbewerbliche Zwecke folgen (näher dazu s.u., V.4.d.). Je nach Fallkonstellation kann demgemäß eine bestimmte Datenverwendung verboten werden oder die Gewährung von Zugang zu bestimmten Daten geboten sein.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob sich die Abhängigkeit von Unternehmen von einem anderen Unternehmen allein aus der Abhängigkeit von einem Datenzugriff ergeben kann. Zu unterscheiden sind hier Konstellationen, in denen ein Unternehmen Datenzugriff begehrt, das bereits in einer Vertikalbeziehung zu einem potenziell „relativ marktmächtigen“ Unternehmen steht, und Konstellationen, in denen Drittanbieter ohne vorherige Geschäftsbeziehung Datenzugriff begehren.

Bei der Frage nach der Anwendbarkeit des § 20 Abs. 1 GWB in solchen Konstellationen besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Ermittlung einer Abhängigkeit und der Feststellung einer unbilligen Behinderung durch Verweigerung des Datenzugriffs. Diese Fragen werden unter C.VI. im Zusammenhang erörtert.

5. Lässt sich „konglomerate Macht“ nach geltendem Recht angemessen erfassen?

a) „Konglomerate Macht“ – was ist das?

Ungeachtet einer zum Teil kritischen Auseinandersetzung mit den in den 1950er Jahren entwickelten Theorien über wettbewerbsgefährdende Wirkungen von konglomeraten Strukturen haben einige dieser Theorien breite Anerkennung und – insbesondere in der Fusionskontrolle – auch einen praktischen Anwendungsbereich gefunden. Zu den Gesichtspunkten, deren Relevanz im Wettbewerbsrecht anerkannt ist, zählen etwa überlegene Ressourcen (z.B. Finanzkraft), vor allem aber auch Verbundvorteile sowie die Möglichkeit, dass sich konglomerate Unternehmen auf verschiedenen Märkten begegnen (Multimarkt-Kontakte) und dadurch Verhaltenskoordination entstehen kann.²³²

In jüngerer Zeit mehren sich Stimmen, die auf eine besondere Bedeutung dieser Gesichtspunkte und womöglich neuartige Formen der Wettbewerbsgefährdungen aufgrund der konglomeraten Struktur vieler großer Digitalkonzerne hinweisen.²³³ An dieser Stelle soll es nicht um die Beurteilung markt-

²³² Vgl. hierzu *Kerber/Schwalbe*, in: MüKo-WettbR, Einl. B., Rn. 524 ff.; BKartA, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 2012, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.html>, S. 65ff.

²³³ Vgl. *Lim*, Tech Wars: Return of the Conglomerate – Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3051560>; *Petit*, Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>; *Khan*, Yale L. J. 126 (2017), 710, 754f.

übergreifender Behinderungsstrategien in konglomerat aufgestellten Konzernen gehen (dazu s.u., C.V.4.e)). Vielmehr ist zu erörtern, ob von Unternehmen ohne wettbewerbsrechtlich relevante Marktmacht Wettbewerbsgefährdungspotenziale deswegen ausgehen können, weil sie auf verschiedenen Märkten eine marktstarke Position innehaben und daraus über die Marktgrenzen hinweg Verbundvorteile entstehen, die mit den kartellrechtlichen Kategorien der Marktbeherrschung oder relativen bzw. überlegenen Marktmacht nicht angemessen zu erfassen sind.

In der Literatur über die Macht von Digitalkonzernen wird dabei zum Teil auf die alte „deep pockets“-Doktrin zurückgegriffen, also auf das Argument der überlegenen Finanzkraft konglomerater Konzerne. Dies scheint zumindest in modifizierter Form etwa der Kritik von *Lina Khan* an Amazons langfristig angelegten Verlustpreisstrategien zugrunde zu liegen²³⁴ (näher dazu: s.u., C.V.4.c).

Einen wichtigen Platz in der Diskussion nehmen ferner marktübergreifende Verbundvorteile ein, die für ein Angebot komplementärer Produkte genutzt werden können. In der durch eine wachsende Vernetzung von Produkten und Diensten gekennzeichneten „Industrie 4.0“ – gesprochen wird im Zusammenhang mit dem Internet of Things (IoT) z.T. auch von „Ökosystemen“ – kann die Nutzung von Verbundvorteilen zur Machtübertragung und zur Verstärkung bestehender Machtpositionen führen. Werden komplementäre Produkte oder Dienstleistungen separat angeboten, führt dies regelmäßig auch gesamtwirtschaftlich zu Ineffizienzen, da es zu Externalitäten kommt, weil der eine Anbieter nicht die Preis- und Produktpolitik des anderen Anbieters berücksichtigt (und umgekehrt), zwischen diesen jedoch Interdependenzen bestehen. Diese Externalitäten zwischen komplementären Produkten können zu Nachteilen für alle Beteiligten führen, also sowohl für Anbieter als auch für Nachfrager. Konglomerate Unternehmensstrukturen sind dann effizienzsteigernd.

Daneben erlangen Verbundvorteile aus der Bündelung von Daten in der Digitalökonomie eine immer größere Bedeutung. So bietet etwa Google sowohl eine Suchmaschine an als auch einen Kalenderdienst, Email-Service u.v.m. Durch den Zugriff auf Datensets, die aus der Aggregation von Daten aus unterschiedlichen Quellen entstehen und dadurch die Erstellung besonders detaillierter und aussagekräftiger Konsumentenprofile ermöglichen, können erhebliche Wettbewerbsvorteile auf verschiedenen Märkten entstehen: Zum einen auf Märkten für zielgerichtete Werbung, auf denen Google und Facebook bereits jetzt führend sind, zum anderen auf Produkt- und Dienstleistungsmärkten: Mithilfe der überlegenen Konsumentenprofile können die Leistungen auf den Märkten verbessert werden, auf denen die Daten gesammelt wurden – etwa die Such- oder Matchingergebnisse. Zum anderen

²³⁴ *Khan*, Yale L. J. 126 (2017), 710, 746ff.

können die Daten für die Entwicklung neuer, insbesondere auch personalisierter Produkte und Dienstleistungen verwendet werden. Der Zugriff auf die besseren Datensets kann dabei marktübergreifend ein zentraler Wettbewerbsvorteil sein. Digitalkonzerne, denen ein solcher marktübergreifender Datenzugriff gelingt, können so immer mehr zur „Spinne im Netz“ werden. Mit besonderer Besorgnis werden unternehmerische Strategien betrachtet, die auf eine möglichst enge Bindung von Kunden in allen Lebenslagen an einen marktübergreifend tätigen Konzern abzielen – und damit zugleich den Wert der Datenprofile erhöhen.²³⁵ Gerade das aus solchen Strategien folgende lebensbereichsübergreifende Sortiment an Daten kann dann für die Verwertung auf anderen Märkten besonders werthaltig sein. Die Generierung und kommerzielle Verwertung von Daten kann der Gesichtspunkt sein, der im Übrigen ganz verschiedene Geschäftsbereiche zusammenhält und übergreifende Machtstellungen begründen kann.

Datenverbundvorteile und die Verbundvorteile komplementärer Produkte treffen in der durch Vernetzungen gekennzeichneten Digitalökonomie immer öfter zusammen. Hinzu kommt die wachsende Bedeutung systemisch / quasi infrastrukturell relevanter Leistungen (z.B. Cloud-Dienste, Bereitstellung von Datenanalyse-Software) und anderweitiger besonderer IT-Kompetenz, welche Grundlage eines ganzen „Ökosystems“ weiterer Produkte und Dienste und damit Ausgangspunkt von marktübergreifenden „Gatekeeper“-Stellungen sein können.

Eng verbunden sind all diese Gesichtspunkte mit den vielfältigen Innovationsaktivitäten von Digitalkonzernen, die häufig marktübergreifend angelegt sind und damit den konglomeraten Charakter solcher Unternehmen widerspiegeln. Große Digitalkonzerne, die auf große Datenbestände – gerade auch über Nutzerverhalten – zugreifen können, verfügen regelmäßig zugleich über besondere Kompetenz im Bereich der Datenanalytik, KI (bzw. maschinelles Lernen) und der Entwicklung von Algorithmen. Diese Fähigkeiten stellen in der digitalen Ökonomie eine breit einsetzbare Schlüsseltechnologie dar, die parallele Innovationen auf vielen verschiedenen Märkten ermöglicht und dort zu Wettbewerbsvorteilen führen kann. In Kombination mit den Skalierungsmöglichkeiten durch Plattformen können diese Schlüsseltechnologien gerade auch radikale disruptive Innovationen ermöglichen,

²³⁵ Als Beispiel wird häufig die chinesische Plattform Tencent genannt. Siehe aber allgemeiner auch *Lim, Tech Wars: Return of the Conglomerate – Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?*, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3051560>, S. 11: „Conglomeration also seems to be part of a strategy to broaden the breadth and scope of a customer’s engagement with the firm, by inducing them to continuously interact with the firm with the firm over the course of their daily activities through an array of products and services.“ Und: „diversification is a means (indeed perhaps a prerequisite) for tech conglomerates to strengthen and/or extend the access they currently enjoy in the market. These strategic motives distinguish the conglomeration in the digital era from the conglomeration of the past.“

durch die traditionelle Geschäftsmodelle, Produkte und Märkte durch andere neue Geschäftsmodelle, Produkte und Märkte ersetzt werden können („kreative Zerstörung“ im Schumpeterschen Sinne). Für Digitalkonzerne kann es vor diesem Hintergrund sinnvoll sein, ihre Innovationsaktivitäten nicht nur auf bestehende Produkte und Märkte zu richten, sondern auch auf die Entwicklung von radikalen disruptiven Innovationen, die "quer" zu bisherigen Produkten, Märkten und Geschäftsmodellen liegen. Die immer genauere Kenntnis von Nutzerverhalten und –präferenzen ermöglicht es etwa, nicht mehr nur nach der inkrementellen Verbesserung existierender Produkte und Dienste zu fragen, sondern nach alternativen Formen, grundlegende Bedürfnisse von Kunden zu erfüllen (bspw. Bedürfnis nach "Mobilität").

Die Loslösung der großen Digitalkonzerne von Einzelmärkten und ihre innovations- und datengetriebenen Diversifizierungsstrategien haben dazu geführt, dass sich die Tätigkeitsbereiche etwa von Google, Amazon, Facebook, Apple und Microsoft in vielerlei Weise überlappen.²³⁶ Von diesen Multi-Markt-Kontakten und damit zugleich einem „Multi-Kontakt-Wettbewerb“ können ambivalente Wirkungen ausgehen.²³⁷ Es können sich hieraus Kollusionsgefahren ergeben – etwa im Sinne einer impliziten Vereinbarung, sich wechselseitig bzgl. bestimmter Märkte und technologischer Kompetenzen nicht anzugreifen. Der „Multi-Kontakt-Wettbewerb“ kann auf Digitalmärkten aber ebenso zu einem intensiven, marktübergreifenden rivalisierenden Wettbewerb um Innovationen, Schlüsselmärkte, Technologien (z.B. KI) und Ressourcen (bspw. Daten) führen.²³⁸ Empirische Evidenz für eine Kollusionsstrategie zwischen Google, Amazon, Facebook, Apple und Microsoft gibt es gegenwärtig nicht.²³⁹ Vielmehr scheinen sich die großen Digitalkonzerne der ständigen Gefahr neuer, nichtantizipierbarer radikaler und disruptiver Innovationen bewusst – d.h. auch von Innovationen, welche die Geschäftsmodelle und die Marktstellung der etablierten Digitalkonzerne angreifen können. Die breiten und vielfältigen Innovationsaktivitäten lassen sich vor diesem Hintergrund auch als Teil einer defensiven Strategie zur Verteidigung der eigenen Stellung verstehen. Wettbewerbspolitisch umso wichtiger wird die adäquate Erfassung von wettbewerbsgefährdenden Machtstellungen im Bereich der Innovation. Der Umstand, dass Multi-Markt-Kontakte und Multi-Kontakt-Wettbewerb zwischen den großen Digitalkonzernen bestehen können, bedeutet nicht, dass diese Digitalkonzerne auf ihren Kernmärkten

²³⁶ Siehe unter anderem *Petit*, *Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>.

²³⁷ Siehe unter anderem *Petit*, *Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>.

²³⁸ So insbesondere *Petit*, *Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>.

²³⁹ Vgl. *Lim*, *Tech Wars: Return of the Conglomerate – Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?*, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3051560>, S. 14 f.

ten nicht über marktbeherrschende Stellungen verfügen können. Welcher Wettbewerbsdruck von den anderen Akteuren in diesen Märkten ausgeht, ist – unter Berücksichtigung möglicher marktübergreifender Strategien – jeweils im Einzelfall zu prüfen.

b) Schutzlücken im geltenden Recht?

Mithilfe von Art. 102 AEUV und §§ 18, 19 GWB lassen sich die beschriebenen Wettbewerbsgefährdungen bereits jetzt erfassen, soweit das konglomerat aufgestellte Unternehmen, dessen Verhalten zu untersuchen ist, in einem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese Machtstellung nutzt, um Wettbewerber im Zutritt auf diesen Kernmarkt wettbewerbswidrig zu behindern oder die Machtstellung auf andere Märkte auszudehnen. Die Schwierigkeiten, die sich dabei in der Abgrenzung einer legitimen Nutzung von Verbundvorteilen einerseits, der Behinderung von Wettbewerbern andererseits ergeben können, sind an dieser Stelle nicht zu erörtern (dazu s.u., V.4.e)).

Schutzlücken könnten sich ergeben, wenn „konglomerate Macht“ eine von der durch Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB erfassten marktbeherrschenden Stellung konzeptionell verschiedene Form der Macht ist, die aber mit vergleichbar gravierenden Gefährdungen für den Wettbewerb einhergehen kann, und daher ihrerseits eine „besondere Verantwortung“ begründen und Ausgangspunkt einer Missbrauchskontrolle sein sollte (aa)); und wenn auch die Anwendung von § 20 GWB (bb)) noch Schutzlücken belässt (cc)).

aa) Die Relevanz von Verbundvorteilen für die Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB

Die beschriebenen Verbundvorteile sind bereits nach geltendem Recht bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen.²⁴⁰ Zu den Kriterien, die gem. § 18 Abs. 3 GWB bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern zu berücksichtigen sind, zählen neben den Marktanteilen seit jeher die Finanzkraft (§ 18 Abs. 3 Nr. 2),²⁴¹ der Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten (§ 18 Abs. 3 Nr. 3),²⁴² Verflechtungen mit ande-

²⁴⁰ Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 18 GWB Rn. 97.

²⁴¹ *Bardong*, in: Langen/Bunte, § 18 GWB Rn. 122 m.N.: Berücksichtigung des marktübergreifenden Gesamtumsatzes bzw. -gewinns (§ 18 Abs. 3 Nr. 2). *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 18 Rn. 110 m.N. (Fn. 723): Berücksichtigung eines Gewinn- und Verlusttransfers über verschiedene Märkte hinweg.

²⁴² Vgl. etwa KG, Urt. v. 7.11.1985, Kart 6/85, *Pillsbury/Sonnen-Bassermann*: Überlegener Zugang zu Absatzmärkten (nun § 18 Abs. 3 Nr. 3) durch die Breite des Angebotssortiments; hierzu auch die Rspr.-Nachweise bei *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 18 GWB Rn. 114, Fn. 755 und allgemein zu Vorteilen beim Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten Fn. 749.

ren Unternehmen (§ 18 Abs. 3 Nr. 4)²⁴³ und die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen (§ 18 Abs. 3 Nr. 8). Datengetriebene Verbundvorteile – obwohl in § 18 Abs. 3 GWB nicht ausdrücklich genannt – können ebenfalls berücksichtigt werden.²⁴⁴ Sie können eine marktbeherrschende Stellung etwa dann begründen, wenn sie für Wettbewerber nicht replizierbar und die mit ihnen verbundenen Wettbewerbsvorteile auf einem Produkt- oder Dienstemarkt so ausgeprägt sind, dass konkurrierende Anbieter, die nicht auf ähnlich differenzierte und umfangreiche Daten zugreifen können, in ihrer Wettbewerbsfähigkeit deutlich eingeschränkt sind.

Bei der Bewertung der Stellung eines Unternehmens auf mehrseitigen Märkten bzw. Netzwerk-Märkten sind, wie seit der 9. GWB-Novelle in § 18 Abs. 3a GWB konkretisiert, auch die Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten (§ 18 Abs. 3a Nr. 3), der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (§ 18 Abs. 3a Nr. 3) und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (§ 18 Abs. 3a Nr. 5) in Rechnung zu stellen.

In der Fusionskontrolle wird in innovationsgetriebenen Sektoren immer öfter auch geprüft, ob eine Fusion zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs auf „Innovationsmärkten“ führt, die von einzelnen bestehenden oder zukünftigen Produktmärkten zu unterscheiden sind.²⁴⁵ Dieser Ansatz lässt sich grundsätzlich auf die Missbrauchsaufsicht übertragen.

Zu würdigen bleibt allerdings stets die Machtstellung von Unternehmen auf relevanten Märkten – oder mit Blick auf die Innovationsstärke in einem Sektor; die letztgenannte Entwicklung ist die bislang weitreichendste Loslösung von der Fokussierung auf bereits bestehende Einzelmärkte.²⁴⁶ Die Machtstellung kann sich aus der Kombination von kritischen Ressourcen ergeben – insbesondere auch von Ressourcen, die als Input für Innovationen dienen, aus einem Zugriff auf besonders wertvolle, nicht ohne weiteres replizierbare Datensets, aus überlegenen technologischen Fähigkeiten bei Datenanalytik und Künstlicher Intelligenz (KI) und aus der Kontrolle von zentralen Plattformmärkten, die gleich-

²⁴³ *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 18 GWB Rn. 115: Berücksichtigung „diagonaler“ Verflechtungen.

²⁴⁴ Vgl. Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 47 ff.

²⁴⁵ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.3.2017, Case M.7932, bekannt gegeben unter Az. C(2017) 1946, *Dow/DuPont*, insb. S. 788 ff.; BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_2.html, S. 31 ff. Hierzu ferner *Fuchs*, Kartellrechtliche Grenzen der Forschungskooperation, 1989, S. 119 ff., S. 171 ff., S. 291 ff.; *Barth*, Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle, 2004, S. 74 ff., S. 109.

²⁴⁶ Aus ökonomischer Sicht vgl. *Kerber*: Competition, Innovation, and Competition Law: Dissecting the Interplay, in: Damien (Hrsg.), Dynamic Markets and Dynamic Enforcement, 2018, S. 33 ff.

zeitig inzwischen einen starken "Infrastrukturcharakter" aufweisen können (Facebook/soziale Medien, Google/Suchmaschine/Android, Amazon/Onlinehandelsplattform plus evtl. Logistik).

Der mit den Theorien konglomerater Macht verbundenen Möglichkeit, dass sich eine wettbewerbspolitisch relevante Schwächung der wettbewerblichen Disziplinierung eines Unternehmens auf einzelnen Märkten aus der Summe von Machtpositionen auf verschiedenen Märkten ergeben kann, die je für sich unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung liegen, tragen Art. 102 AEUV und §§ 18, 19 GWB nicht Rechnung. Für eine solche übergreifende wirtschaftliche Macht jenseits von konkreten relevanten Märkten sind bisher in der Ökonomie aber auch keine belastbaren theoretischen Konzepte entwickelt worden.

bb) Die Berücksichtigung von Verbundvorteilen / Portfolioeffekten / Sortimentsvorteilen bei § 20 GWB

Auch wenn eine marktbeherrschende Stellung nicht festgestellt werden kann, können die Verbundvorteile, die aus der starken Präsenz eines Unternehmens auf verschiedenen sachlichen Märkten und ggfs. einem damit verbundenen marktübergreifenden Datenzugriff folgen, bei der Feststellung relativer Marktmacht i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB zu berücksichtigen sein und im Rahmen des § 20 Abs. 3 GWB eine überlegene Marktmacht begründen.

(1) § 20 Abs. 1 GWB

Die konglomerate Struktur eines Unternehmens und die Verbundvorteile, die hieraus folgen können, begründen für sich genommen keine Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB. Eine Abhängigkeit folgt insbesondere auch nicht allein aus einem besonders breiten Datenzugriff eines konglomerat aufgestellten Unternehmens. Der Fall der „quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit“ (dazu s.o., C.III.4.a)) erfasst die hier erörterten konglomeraten Verbundvorteile nicht im Kern. Verbundvorteile können bei der Prüfung relativer Marktmacht im Übrigen aber berücksichtigt werden und etwa zu der Beurteilung beitragen, dass keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen.

(2) § 20 Abs. 3 GWB

Verbundvorteile konglomerat aufgestellter Unternehmen können ferner bei der Ermittlung überlegener Marktmacht im Rahmen des § 20 Abs. 3 GWB eine wichtige Rolle spielen. Für die Feststellung einer überlegenen Marktmacht sind die Gesamtheit der in § 18 Abs. 3 GWB genannten Kriterien zugrunde zu legen.²⁴⁷ Erhebliches Gewicht kann daher auch Faktoren wie den aus einem breiten Sorti-

²⁴⁷ Siehe z.B. *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 108.

ment folgenden Wettbewerbsvorteilen,²⁴⁸ Möglichkeiten der Quersubventionierung im Konzern, die diesem gegenüber kleineren Unternehmen im Preiskampf den längeren Atem verleihen,²⁴⁹ oder einem besseren Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten aufgrund von Konzernverbundenheit – etwa einem hierdurch begründeten höheren Nachfragepotenzial²⁵⁰ – zukommen. Derartige Ressourcenvorteile können einem Unternehmen im Verhältnis zu kleineren Wettbewerbern einen erheblichen, wettbewerblich nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verschaffen.²⁵¹

Insoweit konglomerate Behinderungsstrategien von Unternehmen mit überlegener Marktmacht im Verhältnis zu innovativen kleineren Wettbewerbern zu beurteilen sind, kann es auch hier sinnvoll sein, die in der *Hitlisten*-Rechtsprechung entwickelten hohen Nachweisanforderungen, die über die reine Behinderungswirkung hinausreichen, zu lockern (siehe dazu bereits C.III.4.b)). Diese Rechtsprechung will zu Recht eine Instrumentalisierung des § 20 Abs. 3 GWB für einen Bestandsschutz von kleinen und mittleren Unternehmen unterbinden. Geht es aber um die wettbewerbsrechtliche Würdigung aggressiver Wettbewerbsstrategien mit Behinderungswirkung gegenüber innovativen, potenziell disruptiven Unternehmen, so kann § 20 Abs. 3 GWB mit seiner früher einsetzenden Missbrauchskontrolle sinnvoll sein.

cc) **Verbleibende Schutzlücken? Ist § 20 GWB ist geeignet, die neuartigen Gefahren zu erfassen?**

Zwar ist davon auszugehen, dass die Potenziale für marktübergreifende Behinderungs- bzw. Verdrängungsstrategien in der digitalen Ökonomie zunehmen, weil mit den Daten – gerade auch mit Konsumentendaten – eine marktübergreifend relevante Kenntnis des Verbraucherverhaltens und mit der KI eine nicht auf Einzelmärkte beschränkte Allzweck-Technologie zur Verfügung steht. Die Kontrolle über Daten und die hiermit verbundenen Vorteile im Bereich der KI können marktübergreifend zu ganz erheblichen Wettbewerbsvorteilen führen.

²⁴⁸ BGH, Beschl. v. 12.11.2002, KVR 5/02, *Wal*Mart*, Rn. 17 (juris); Bkarta, Beschl. v. 5.5.1983, B9-7120000-T-1019/81 = WuW 1983, 621, 624 f., *Coop Bremen*: größeres Absatzpotenzial wegen Verfügbarkeit eines übergreifenden Sortiments.

²⁴⁹ BGH, Beschl. v. 12.11.2002, KVR 5/02, *Wal*Mart*, Rn. 17 (juris); deutlicher noch das BKarta, Beschl. v. 9.8.2000, B8-50500-VH-77/00 = NJWE-WettbR 2000, 304, 305, *Freie Tankstellen*: „Die Marktmacht der Bet. wird weiterhin durch den Umstand ihrer Verflechtungen durch gemeinsame Nutzung von Gemeinschaftsunternehmen gestärkt.“

²⁵⁰ LKartA Bayern, Verfügung v. 14.5.1982, 5558b-IV/6c-2407 = WuW 1982, 717, 719, *Kaufmarkt*; Bkarta, Beschl. v. 5.5.1983, B9-7120000-T-1019/81 = WuW 1983, 621, 624, *Coop Bremen*.

²⁵¹ *Busche*, in: KölnKomm., § 20 GWB Rn. 31; KG, Beschl. v. 28.5.1985, Kart 18/84, *Kurfürstendamm-Filmtheater*: Ressourcenvorsprung kann für die Annahme überlegener Marktmacht ausreichen.

Die Kontrolle über Daten als Ausgangspunkt marktübergreifender Machtpositionen kann im Vergleich zur „bloßen“ Finanzkraft eines Konzerns (zu deren Relevanz siehe § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB) auch deswegen besonderes Gewicht haben, weil für die Versorgung von Unternehmen mit Kapital im Regelfall funktionsfähige Kapitalmärkte zur Verfügung stehen, vergleichbar liquide Märkte für Daten aber häufig fehlen.

In vielen Fällen werden Wettbewerbsgefährdungen, wie sie aus marktübergreifenden Strategien folgen können, aber weiterhin von einem Verhalten eines Unternehmens ausgehen, das auf einem Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Diese Gefährdungen werden durch Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB erfasst. Mit § 20 Abs. 3 GWB verfügt das deutsche Kartellrecht ferner über einen „Schutzpuffer“, der – falls in Zukunft etwas flexibler angewandt als herkömmlich (siehe dazu C.III.4.b)) – auch Unternehmen mit überlegener Marktmacht an das Behinderungsverbot bindet (allerdings auch im digitalen Kontext mit Vorsicht und mit Rücksicht auf das Ziel des GWB angewendet werden sollte, die Freiheit des Wettbewerbs zu schützen²⁵²).

Die öffentliche Diskussion über eine durch das Kartellrecht bislang nicht hinreichend erfasste Machtposition der Digitalkonzerne dreht sich unterdessen stärker um deren mögliche soziale, unter Umständen auch politische Macht, die entstehen kann, wenn immer weitergehende Bereiche der Interaktion auf einige wenige digitale Plattformen verlagert werden. Als besonders sensibel erweist sich hierbei wenig überraschend die politische Information und Meinungsbildung in sozialen Netzwerken. Der mögliche Einfluss sozialer Netzwerke auf die demokratische Willensbildung ist in der Tat ein besonders wichtiges Thema – allerdings eines, welches nicht der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, sondern dem Medienrecht zuzuordnen ist. Diese Diskussion kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht vertieft werden.

6. Fallgruppenspezifische Absenkung der Eingriffsschwelle – Zwischenfazit

Mithilfe der breiten Generalklauseln des geltenden Rechts (Art. 102 AEUV, §§ 18, 19, 20 GWB) können nach alledem viele – auch neuartige – Wettbewerbsgefährdungen in der digitalen Ökonomie erfasst werden. Mit Blick auf spezifische Gefährdungslagen können jedoch einige wenige Ergänzungen sinnvoll sein.

²⁵² Vgl. zu dieser Zieldefinition die st. Rspr. des BGH, zuletzt etwa Beschl. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus*, Rn. 17; Urt. v. 23.1.2018, KZR 48/15, *Jaguar-Vertragswerkstatt II*, Rn. 34; Urt. v. 24.1.2017, KZR 2/15, *Kabelkanalanlagen*, Rn. 30.

Denkbar ist die Einfügung eines neuen § 20a GWB oder § 20 Abs. 6 GWB, der Unternehmen mit starker Marktstellung in einem durch starke positive Netzwerkeffekte gekennzeichneten Markt, die zugleich ein schnelles Wachstum im Verhältnis zu Wettbewerbern aufweisen, die unbillige Behinderung der Wettbewerber verbietet, soweit diese geeignet ist, ein „Tipping“ des Marktes zu begünstigen. Die sachlich nicht gerechtfertigte Behinderung von Multihoming und von Plattformwechseln durch wechselwillige Nutzer wären als Regelbeispiel zu nennen. Das Verbot wäre an Plattformanbieter mit überlegener Marktmacht im Verhältnis zu anderen (nicht nur kleinen oder mittleren) Plattformen zu adressieren und sollte sich auch auf Plattformanbieter in einem engen Oligopol erstrecken. Insbesondere sollte es auch Konstellationen erfassen, in denen drei oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 50 % haben oder fünf oder weniger Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 2/3 erreichen (siehe § 18 Abs. 6 GWB). §§ 18, 19 GWB reichen für die Erfassung dieser Konstellationen nicht aus, weil die Marktbeherrschungsvermutung in § 18 Abs. 6 GWB gem. § 18 Abs. 7 GWB widerlegt werden kann, wenn die Unternehmen nachweisen, dass zwischen ihnen wesentlicher Wettbewerb zu erwarten ist. Eine unbillige Behinderung von Multihoming sollte aber auch in diesen Konstellationen untersagt sein, wenn sie vor allem Oligopol-Außenseiter schädigt.

Ratsam erscheint ferner die Einführung eines Konzepts der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 1 GWB, das neben der Angebots- und der Nachfragemacht steht. Es kann sich dabei (und wird sich häufig) um eine Sonderform der Angebotsmacht handeln (Vermittlungsmacht auf einem Markt für das Angebot von Vermittlungsleistungen im Verhältnis zu Anbietern von Waren oder Diensten). Im tatbestandlich flexibleren § 20 Abs. 1 GWB wird die Intermediationsmacht der Sache nach bereits jetzt über die „quasi-sortimentsbedingte Abhängigkeit“ (bzw. die relative Nachfragemacht) erfasst. Die Weiterentwicklung dieser Fallgruppe – womöglich zu einer Intermediationsmacht als fünfter Form der relativen Marktmacht – kann grundsätzlich der Rechtsprechung und dem Bundeskartellamt überlassen werden.

In einer weiterreichenden Variante wäre Intermediationsmacht auch in Fällen anzuerkennen, in denen kein Angebotsmarkt für Vermittlungsdienste im Verhältnis zu den Anbietern von Waren oder Dienstleistungen, aber sehr wohl eine durch die Bündelung von Nachfrage ausgelöste Vermittlungsmacht besteht. Bisher wird versucht, die Lücke durch die Konstruktion eines Missbrauchs der Macht auf Angebotsmärkten im Verhältnis zu Verbrauchern zu schließen. Hier können jedoch Schutzlücken verbleiben. Wir halten deswegen eine weitere Diskussion für sinnvoll. Sollte das Konzept der Intermediationsmacht auch diese Fallkonstellationen erfassen, so wäre (in § 18 Abs. 1 GWB und in § 20 Abs. 1 GWB) klarzustellen, dass Intermediationsmacht keine Marktbeziehung im Verhältnis zwischen Intermediär/Plattform und Unternehmen voraussetzt.

Keine Modifikationen sind mit Blick auf ein mögliches nicht-koordiniertes unilaterales Parallelverhalten im engen Oligopol erforderlich. Hieraus entstehende Wettbewerbsgefährdungen lassen sich bereits über § 20 GWB gut erfassen. Zur Frage einer etwaigen „Datenabhängigkeit“ bzw. von möglichen datenbezogenen Missbräuchen wird unter C.VI. Stellung genommen.

V. Der Missbrauch von Marktmacht durch Plattformen

1. Zur Bedeutung der Missbrauchsaufsicht auf Plattformmärkten

Neben der Feinjustierung der kartellrechtlichen Interventionsschwellen ist entscheidend, ob neuartige unternehmerische Strategien in der Digitalökonomie, die den Wettbewerb in besonderer Weise gefährden, mithilfe der geltenden Regeln effektiv erfasst werden können.

Im Zentrum der öffentlichen Diskussion stehen gegenwärtig potentiell wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen digitaler Plattformen. Verschiedene Missbrauchsverfahren aus jüngerer Zeit²⁵³ bieten hierfür Anschauungsmaterial und geben – vorbehaltlich einer noch ausstehenden gerichtlichen Kontrolle – Auskunft darüber, welche Fallkonstellationen mithilfe der geltenden Missbrauchskontrolle erfasst werden können.

Für die besondere Aufmerksamkeit, die Online-Plattformen gegenwärtig in der Missbrauchsaufsicht genießen, gibt es aus ökonomischer Sicht gute Gründe: Die Anreize, in wettbewerbswidriger Weise den Markt zu verschließen und Marktmacht auf benachbarte Märkte auszudehnen, sind bei Online-Plattformen tendenziell stärker ausgeprägt als auf „normalen“ Märkten. Auch auf Plattformmärkten greift die bekannte Logik von *Segal* und *Winston* (2000), dass bei steigenden Skalenerträgen („economies of scale“) in Kombination mit Wechselkosten bzw. loyalen oder „gefangenen“ Kunden („captured customers“) ein etablierter Anbieter den Markteintritt effektiv unterbinden kann, indem er einem Teil der Kunden (am besten den potenziell wechselwilligen) gezielt attraktive Angebote macht (und diese Angebote von den loyalen oder „gefangenen“ Kunden gewissermaßen „quersubventioniert“ werden). Eine solche Strategie verhindert, dass ein Neuling hinreichende Skalenerträge realisieren kann, ihm fehlt die kritische Masse, um effizient anbieten zu können. Der etablierte Anbieter kann damit den Markt effektiv verschließen, in dem er lediglich einem Teil der Kunden attraktive Angebote unterbreitet. Da steigende Skalenerträge auf digitalen Märkten die Regel sind, gilt die von *Segal* und *Winston* (2000) entwickelte Logik in besonderem Maße.

²⁵³ Siehe hierzu den Überblick unter B.II. m.w.N.

Die für die digitale Ökonomie und vor allem für mehrseitige Plattformen ebenfalls besonders typischen direkten und indirekten Netzwerkeffekte (s.o. B.I.) verstärken diesen Mechanismus zusätzlich. Während im von *Segal* und *Winston* (2000), entwickelten Ansatz der Marktverschluss allein durch den Kostenvorteil (aufgrund der steigenden Skaleneffekte) gelingt, hat etwa *Vasconcelos* (2015) theoretisch dargelegt, dass ein Marktverschluss durch eine große Plattform selbst dann gelingen kann, wenn ein Neuling einen Kostenvorteil hat. Grund sind die positiven Netzwerkeffekte, die von der installierten Basis des etablierten Anbieters ausgehen. Kommen nun positive Netzwerkeffekte und steigende Skalenerträge zusammen, was bei Online-Plattformen nicht selten der Fall sein dürfte, so verstärken sich beide Effekte und ein Marktverschluss ist für eine etablierte Plattform *relativ* einfach möglich.

Diese Logik lässt sich auch auf angrenzende Märkte erweitern, sofern Verbundvorteile („economies of scope“) eine Rolle spielen und/oder Netzwerkeffekte auch über Produktgruppen hinweg eine Rolle spielen. *Michael Katz* (2015, Tz. 92) hat dies in einer Expertise für die OECD jüngst wie folgt zusammengefasst:

„Although the issues are particularly difficult, there are also reasons to believe that two-sided markets may be particularly fertile ground for exclusionary behaviour.“

Ähnlich schlussfolgern *Amelio, Karlinger* und *Valletti* (2015, Tz. 81):

“traditional exclusionary practices carry over to platform competition and in some circumstances indirect network externalities accentuate the incentive to foreclose by incumbents.“

Während Strategien der Wettbewerbsbehinderung mithin in digitalen Märkten besonderer Aufmerksamkeit bedürfen, kann es zugleich schwieriger sein als auf „normalen“ Märkten, unzulässige Verdrängungs- und Marktverschlussstrategien als solche zu identifizieren. Verhalten mit Verdrängungswirkung kann oft durch Netzwerkeffekte sowie Größen- und Verbundvorteile erklärbar sein. Die oftmals ohnehin schon schwierige Grenzziehung zwischen legitimem Leistungswettbewerb und unzulässigem Missbrauch ist hier zusätzlich erschwert. Wo vergleichsweise einfache Daumenregeln wie der „no economic sense“-Test nicht helfen, ist auf der Grundlage der Generalklausel des Missbrauchsverbots am Ende eine Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich, für die in digitalen Märkten bislang aber wenig Vorbilder und Erfahrungswerte existieren.

Der Wettbewerbsschaden einer Verdrängung kann zugleich höher sein als auf „normalen“ Märkten. Grund ist, dass durch starke positive Netzwerkeffekte gekennzeichnete Märkte leicht kippen und

dann zu hoher Konzentration neigen können (s.o., B.I. und C.IV.1.). Verbundvorteile und mögliche konglomerate Strategien, welche den Zugriff auf schwer reproduzierbare Datenprofile ermöglichen (C.IV.5.), können diesen Effekt verstärken, sodass der Markteintritt auf diesen Märkten langfristig versperrt sein kann, sofern nicht durch Innovationen neue Plattformen entstehen. Die Kosten von „false negatives“ sind daher potenziell hoch.

Dies rechtfertigt eine Untersuchung, ob die Missbrauchsverbote in ihrer gegenwärtigen, in Art. 102 AEUV sowie in §§ 18, 19, 20 GWB verankerten Form geeignet sind, besonders gravierende Wettbewerbsgefährdungen zu erfassen und ob dem deutschen Gesetzgeber Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die Durchsetzbarkeit und Effektivität durch einen höheren Grad an Rechtssicherheit zu erhöhen.

2. Zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf mehrseitigen Märkten

Für die Anwendung des Art. 102 AEUV / § 19 GWB auf das unternehmerische Verhalten einer digitalen Plattform ist zunächst zu ermitteln, ob sie marktbeherrschend sind. Maßgeblich hierfür ist im ersten Schritt die Definition des relevanten Marktes. Umstritten ist, ob und ggfs. in welchen Fällen von einem einzigen, plattformseitenübergreifender Markt oder aber von separaten Märkten auf den jeweiligen Plattformseiten auszugehen ist.

Die Unionsgerichte, die EU-Kommission wie auch das Bundeskartellamt gehen jedenfalls dann von der Notwendigkeit einer marktseitenspezifischen Marktabgrenzung aus, wenn sich auf den verschiedenen Marktseiten jeweils deutlich unterschiedliche Substitutionsmöglichkeiten ergeben. In einem solchen Fall können die Wettbewerbsbeziehungen nur für jede Marktseite getrennt abgebildet werden.²⁵⁴ Die separate Analyse der Marktseiten gewährleistet ferner, dass ein Verhalten einer Platt-

²⁵⁴ Beispiele für eine nach Marktseiten getrennte Marktabgrenzung aus der europäischen Entscheidungspraxis finden sich in EuG, Urt. v. 24.5.2012, Rs. T-111/08, *MasterCard*, Rn. 173 ff.; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 11.9.2014, Rs. C-382/12P, *MasterCard*; ferner EuG, Urt. v. 14.4.2011, Rs. T-461/07, *Visa*, Rn. 16 ff. Die Kommission hat im Google Shopping-Verfahren den Markt für allgemeine Internetsuche und Produktsuchen jeweils aus der Nutzersicht abgegrenzt, also implizit keine einheitliche Marktabgrenzung zugrunde gelegt; siehe Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740, bekannt gegeben unter Az. C(2017) 4444, *Google Shopping*, Rn. 154 ff. Vgl. ferner BKartA, *Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*, 2016, abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.html>, S. 32 f.; aus der Entscheidungspraxis des BKartA: Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*, Rn. 109 f. Nachdrücklich für die Abgrenzung separater Märkte auch: *Katz/Sallet*, Yale L. J. 127 (2018), 2142, 2153 ff., unter Hinweis auf einschlägige Rspr. des US Supreme Court. Siehe insb. S. 2155: „The single-market approach can also be problematic because competitive conditions may differ on the two sides of a platform. Assessing the competitiveness of ‘the’ market might therefore lead to a confusing or incomplete picture of competition. For one, competitive conditions may differ because different sets of suppliers are competing to serve users on the different sides of a given platform. Even where the set of competitors is the same on the different sides of a

form, welches sich für eine Marktseite positiv auswirkt, auf einer anderen Marktseite aber den Wettbewerb beschränkt, nicht nur in einer marktübergreifenden Gesamtbilanz, sondern mit Blick auf das Ziel gewürdigt wird, den Wettbewerb auf jeder Marktseite zu schützen.²⁵⁵

Die besonderen Fragen, die sich bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung von digitalen Plattformen insbesondere im Verhältnis zu Anbietern von Produkten und Dienstleistungen ergeben, sind bereits unter C.IV.3. erörtert worden.

3. Funktionsweise digitaler Plattformen und Missbrauchsanreize

Die wirtschaftlichen und technologischen Entwicklungen haben eine große Zahl verschiedenartiger Plattformen hervorgebracht. So gibt es etwa Plattformen, die als Marktplatz dienen (auch „Transaktionsplattformen“ genannt), Plattformen – regelmäßig werbefinanziert –, die auf die Informationsaufbereitung und –vermittlung ausgerichtet sind (sog. „Informationsplattformen“²⁵⁶; das Bundeskartellamt spricht von „Aufmerksamkeitsplattformen“), Plattformen, die dem sozialen Austausch gewidmet sind (soziale Netzwerke, soziale Medien) und technische Plattformen wie Betriebssysteme.²⁵⁷ Auch die Geschäftsmodelle digitaler Plattformen sind sehr unterschiedlich: Zum Teil sind sie werbefinanziert, zum Teil arbeiten sie provisionsbasiert. Andere Plattformen finanzieren sich durch Nutzergebühren. Auch zahlreiche Mischformen sind zu finden (siehe dazu bereits oben, B.I.).

Schaut man auf die auf der Plattform tätigen Parteien, so ist die Entwicklung von B2B-Plattformen bislang insgesamt hinter den Erwartungen zurückgeblieben.²⁵⁸ Eine große Rolle spielen in der Praxis die Plattformen, die zwischen Unternehmen und Verbrauchern vermitteln (B2C), damit breite Spielräume für die Vermittlung relativ geringwertiger Transaktionen eröffnen und den Marktzugang gerade auch für kleine und mittlerer Unternehmen und für wenig nachgefragte Güter und Dienste („long tail“) ermöglichen bzw. ausweiten. Plattformen der sog. „sharing economy“ werben damit, das Teilen langlebiger Güter (Wohnungen, Fahrzeuge etc.) zwischen Verbrauchern (C2C) zu erleichtern.

platform, users on different sides may differ in their sophistication and knowledge of the marketplace, or they may perceive different degrees of product differentiation among the platforms. Moreover, platforms may vertically integrate to different degrees on different sides. These distinctions can result in significant differences across the sides of a platform in terms of the platform’s unilateral incentives to compete as well as its ability and incentive to engage in coordinated behavior with rival platforms.” Ebenso Justice Breyer, dissenting opinion in: U.S. Supreme Court, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.* (2018), noch nicht in amtli. Slg., abrufbar unter https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf, S. 9 ff.

²⁵⁵ Siehe *Katz/Sallet*, Yale L. J. 127 (2018), 2142, 2162.

²⁵⁶ So *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 308.

²⁵⁷ Zu den verschiedenartigen Plattformen siehe auch bereits B.I.

²⁵⁸ Siehe *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 306; *Evans/Schmalensee*, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, 2016, S. 58 ff., 65 ff.

In vielfältiger Weise befördern Plattformen damit die private, soziale und wirtschaftliche Interaktion. In ökonomischer Hinsicht erhöhen sie in hohem Maße die Angebotsvielfalt. Diejenigen Plattformen, die auf ein informationelles (Informationsplattformen) oder transaktionsbezogenes (Transaktionsplattformen) „Matchmaking“ ausgerichtet sind, haben dabei grundsätzlich starke Anreize, Strukturen zu schaffen, welche Transaktionskosten für alle Plattformseiten senken und diese passgenau und präferenzgerecht zusammenführen.²⁵⁹ Am Beispiel einer Transaktionsplattform: Ihr Ziel ist es regelmäßig, den Marktplatz derart zu strukturieren, dass die Transaktionskosten minimiert und so das Transaktionsvolumen erhöhen wird. Mit dem Transaktionsvolumen steigen auch die Provisionsansprüche der Plattform. Es ist daher grundsätzlich im Eigeninteresse der Plattform, Marktplatzregeln aufzustellen und durchzusetzen, welche die Informationsasymmetrien betreffend die Qualität der angebotenen Information bzw. Leistungen senken, damit das Vertrauen der Nutzerseite in die Zuverlässigkeit und Nutzerfreundlichkeit der Plattform erhöhen und opportunistisches Verhalten der Plattformnutzer minimieren. Der Steigerung des Vertrauens in die über die Plattform vermittelten Transaktionen dienen etwa die Bewertungssysteme, die sowohl eine Bewertung von Produkten/Dienstleistungen als auch die Bewertung von Händlern ermöglichen.²⁶⁰ Digitale Informations- und Transaktionsplattformen haben damit im Ausgangspunkt Anreize, als neutrale und „ehrliche Makler“ zu agieren,²⁶¹ und dementsprechend pro-kompetitive Wirkungen.

Gleichwohl können Anreize für missbräuchliche Strategien entstehen. Plattformen können einerseits ein Interesse daran haben, Wettbewerb anderer Plattformen abzuwehren – ggfs. auch mithilfe anti-kompetitiver Abschottungsstrategien. Der Sonderfall der Strategien zur Herbeiführung eines „Tipping“ wurde bereits diskutiert (siehe C.IV.1.). Auch bereits marktbeherrschende Plattformen können aber ein Interesse haben, zu Exklusivitätsstrategien / Strategien zur Behinderung von Multihoming oder „Switching“ zu greifen. Es handelt sich hierbei um bekannte Fallgruppen missbräuchlichen Verhaltens, die nach geltendem Recht gut erfasst werden können. Sie sollen im Folgenden daher nicht im Mittelpunkt stehen.

Zum anderen kommen Verhaltensweisen in Betracht, mit denen die auf einem Markt bestehende Marktmacht auf angrenzende Märkte erstreckt werden soll. Eine etablierte Fallgruppe des „leverage

²⁵⁹ Ausführlich hierzu, und unter Hinweis auf die insoweit relevanten Unterschiede zwischen Transaktions- und Informationsplattformen, siehe *Engert, AcP 218 (2018), 302, 307 ff., insb. 308.*

²⁶⁰ Siehe dazu ausführlich *Engert, AcP 218 (2018), 302, 349 ff.*

²⁶¹ Hervorgehoben bei *Engert, AcP 218 (2018), 302, 309.*

of monopoly power“ betrifft Kopplungsstrategien.²⁶² Als missbrauchs anfällig gelten insbesondere vertikal integrierte Plattformen, also Plattformen, die als „Marktplatzanbieter“ auftreten, aber zugleich selbst als Anbieter auf dem Markt tätig sind. Verfügt eine solche Plattform als Marktplatzanbieter über eine marktbeherrschende Stellung, ist also in ihrem Verhalten durch Wettbewerb nicht mehr hinreichend diszipliniert, so kann sie über die Möglichkeit und über Anreize verfügen, die Informationsvorteile, Ressourcen (z.B. Daten) und Lenkungsmöglichkeiten, über die sie als Plattform verfügt, zur Ausdehnung der Machtposition auf angrenzende Märkte auszunutzen („leverage of monopoly power“). Beispiele hierfür können die bevorzugte Anzeige eigener Angebote im Ranking²⁶³ oder die Nutzung des umfassenden Zugriffs auf Daten der auf der Plattform tätigen Unternehmen sein, um der eigenen Retail-Tochter in besonders gewinnträchtigen Marktsegmenten Vorteile zu verschaffen. Die Anreize zur Schlechterstellung von Konkurrenzangeboten sind in dem Umfang beschränkt, in dem solche Praktiken die Attraktivität der Plattform für die Plattformnutzer beeinträchtigen – bei B2C-Plattformen insbesondere die Attraktivität für die Verbraucher. Nicht immer muss die Plattform infolge einer Selbstbevorzugung aber mit einer erheblichen Abwanderung der Verbraucher rechnen, zumal wenn die Selbstbevorzugung ein nur sporadisch auftretendes Verhalten und für Nutzer schwer zu erkennen ist.

Über seine weite Generalklausel kann das kartellrechtliche Missbrauchsverbot grundsätzlich eine große Bandbreite an unternehmerischen Verhaltensweisen mit Marktverschlusswirkung erfassen. Die Veränderungen unternehmerischer Strategien, wie sie mit der Digitalisierung zum Teil einhergehen, haben aber in einigen Bereichen erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen.

Im Zentrum der Diskussion stehen die Verhaltenspflichten vertikal integrierter Plattformen (V.4.). In der Folge des *Google-Shopping*-Beschlusses der EU-Kommission wird die Existenz und ggfs. Reichweite eines allgemeinen Selbstbegünstigungsverbots diskutiert (V.4.a)). Zu fragen ist, ob die ubiquitären Informationsasymmetrien von Verbrauchern im Verhältnis zu Informationsintermediären ein eigenes Regelbeispiel des Missbrauchs rechtfertigen können (V.4.b)). In der Literatur sind neue Varianten von Verlustpreisstrategien als Formen des „leverage of monopoly power“ diskutiert worden (V.4.c)). Schließlich kann bei Transaktionsplattformen der Zugriff der Plattform auf Daten von Anbietern problematisch sein, die zu der eigenen Retail-Tochter im Wettbewerb stehen (V.4.d)). Hier kann zugleich

²⁶² Europäische Kommission, Entscheidung v. 18.7.2018, Case AT.40099, noch nicht veröffentlicht, *Google Android*. Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 18.7.2018, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm.

²⁶³ Siehe z.B. Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740, bekannt gegeben unter Az. C(2017) 4444, *Google Shopping*. Siehe auch Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015, Rn. 391-395.

eine enge Verbindung zu sog. „walled garden“-Strategien bestehen, mit denen versucht wird, Nutzer der Plattform auch für die Nutzung möglichst vieler weiterer Dienste zu gewinnen (V.4.e)).

Als neue Form einer Marktabstottungsstrategie soll der frühzeitige systematische Aufkauf von Start-Ups mit zukünftigem Bedrohungspotential diskutiert werden (V.5.)

4. Verhaltenspflichten von Plattformen mit kartellrechtlich relevanter Machtstellung bei vertikaler Integration

a) Selbstbegünstigungsverbot für marktbeherrschende, vertikal integrierte Plattformen?

Der Beschluss der EU-Kommission im *Google Shopping*-Fall²⁶⁴ hat Rechtsunsicherheit darüber hinterlassen, unter welchen Voraussetzungen vertikal integrierten Unternehmen eine Selbstbegünstigung – insbesondere eine Begünstigung der im Wettbewerb mit anderen auf der Plattform tätigen Unternehmen stehenden Tochter – verboten ist.

aa) Unanwendbarkeit des Diskriminierungsverbots im Verhältnis zwischen konzernzugehörigen Unternehmensteilen und außenstehenden Unternehmen

Alle einem Konzern zugehörigen Gesellschaften werden im Wettbewerbsrecht grundsätzlich als Teil eines einheitlichen Unternehmens angesehen. Es gehört zu den legitimen Interessen eines jeden Unternehmens, die eigenen wirtschaftlichen Interessen zulasten derjenigen der Wettbewerber zu fördern und Effizienzvorteile aufgrund der vertikalen Integration zum eigenen Nutzen zu realisieren. Dies gilt auch für marktbeherrschende Unternehmen. Das Diskriminierungsverbot, dem marktbeherrschende Unternehmen gemäß Art. 102 lit. c AEUV und gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 GWB unterliegen, ist auf eine Ungleichbehandlung außenstehender Unternehmen gegenüber Unternehmensteilen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit grundsätzlich unanwendbar.²⁶⁵ Der BGH verweist hierfür regelmäßig auf die fehlende Gleichartigkeit konzernverbundener und -unverbundener Unternehmen.²⁶⁶ Die Unionsgerichte haben die Nichtanwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auf Ungleichbehandlungen im Verhältnis zwischen konzern eigenen Gesellschaften bzw. Unternehmensteilen einerseits, außenstehenden Unternehmen andererseits zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen,

²⁶⁴ Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740, bekannt gegeben unter Az. C(2017) 4444, *Google Shopping*.

²⁶⁵ BGH, Urt. v. 31.1.2012, KZR 65/10, *Werbeanzeigen*, Rn. 14; Urt. v. 24.10.2011, KZR 7/10, *Grossistenkündigung*, Rn. 31, 53; Urt. v. 10.2.2004, KZR 14/02, *Galopprennbahn*; Urt. v. 24.9.2002, KZR 4/01, *Kommunaler Schilderprägebetrieb*; Urt. v. 10.2.1987, KZR 6/86, *Freundschaftswerbung*, Rn. 54, 55; Beschl. v. 29.6.1982, KVR 5/81, *Stuttgarter Wochenblatt*; Urt. v. 26.10.1972, KZR 54/71, *Ersatzteile für Registrierkassen*.

²⁶⁶ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 303 f.

entsprechende Sachverhalte aber stets ausschließlich am allgemeinen Maßstab des Behinderungsmissbrauchs geprüft.²⁶⁷ Gegen eine Anwendung des Diskriminierungsverbots auf derartige Konstellationen spricht bereits, dass sich unternehmens- bzw. konzerninterne Zahlungsströme einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle weitgehend entziehen. Ob etwa eine Konzernmutter einer Tochtergesellschaft im Zugang zu bestimmten Ressourcen Vorzugskonditionen einräumt oder aber die Gewinnabschöpfung bei der Tochter reduziert, macht mit Blick auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb keinen Unterschied.²⁶⁸

bb) Pflicht zur Gleichbehandlung mit sich selbst in Grenzfällen des Behinderungsmissbrauchs

Grundsätzlich verboten ist marktbeherrschenden Unternehmen der Behinderungsmissbrauch, das heißt der Einsatz der Machtstellung auf einem Markt zur Verdrängung von Wettbewerbern auf angrenzenden Märkten unter Einsatz von Mitteln, die nicht auf Leistungswettbewerb beruhen. Eine solche Verdrängungspraktik kann auch in einer Selbstbevorzugung bestehen, wenn diese durch den Wettbewerb nicht diszipliniert wird, zur Verdrängung mindestens ebenso leistungsstarker Wettbewerber führt und es keine sachliche Rechtfertigung hierfür gibt. Als Abhilfe kommt in bestimmten Fällen eine Pflicht zur „Gleichbehandlung mit sich selbst“ in Betracht.

Einschlägige Präzedenzfälle betrafen bislang vor allem Konstellationen, in denen die jeweiligen marktbeherrschenden Unternehmen aufgrund der Verfügung über eine wesentliche Einrichtung eine exzeptionelle Marktstellung innehatten.²⁶⁹ In der Entscheidung *La Poste*, mit welcher die EU-Kommission dem französischen Postmonopolisten die Privilegierung der eigenen Tochterunternehmen bei bestimmten Post-Vorbereitungsdiensten untersagte, verweist die EU-Kommission dementsprechend auf den Interessenkonflikt, der aus der gleichzeitigen Präsenz von La Poste auf dem Postdienstemarkt und dem Postvorbereitungsmarkt folge und La Poste dazu verleite

²⁶⁷ Vgl. etwa EuGH, Urte. v. 13.12.1991, Rs. C-18/88, *GB-Inno*; Urte. v. 18.6.1991, Rs. C-260/89, *ERT*; Europäische Kommission, Entscheidung v. 23.10.2001, ABl. 2002 L 120/19, *La Poste*; näher unten, bb). Ferner *Henk-Merten*, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, 2004, S. 92 ff.

²⁶⁸ Ähnlich BGH, Beschl. v. 29.6.1982, KVR 5/81, *Stuttgarter Wochenblatt*; ausführlich *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper No. 16-042, abrufbar unter <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16042.pdf>, S. 46: Unternehmen – auch marktbeherrschende Unternehmen – werden „im Wettbewerb als Einheit behandelt. Welche Preise ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Tochtergesellschaften für Vorleistungen in Rechnung stellt, wird durch das Wettbewerbsrecht nicht kontrolliert. Eine ‚Regulierung‘ der konzerninternen Beziehungen ist nach dieser Ansicht weder zulässig noch möglich. Dies gilt für die Frage, welche Vorleistungspreise die Mutter ihrer Tochter konzernintern in Rechnung stellt, genauso wie für eine wettbewerbsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstandende Übernahme von Geschäftsverlusten der Tochtergesellschaft oder anderweitige Formen der ‚Quersubventionierung‘ [...]“.

²⁶⁹ Vgl. etwa EuGH, Urte. v. 13.12.1991, Rs. C-18/88, *GB-Inno*; Urte. v. 18.6.1991, Rs. C-260/89, *ERT*; Europäische Kommission, Entscheidung v. 23.10.2001, ABl. 2002 L 120/19, *La Poste*.

„direkt oder indirekt seine eigenen Tochtergesellschaften zu begünstigen und dadurch seine beherrschende Stellung zu missbrauchen.“²⁷⁰

Auch die Inhaberschaft einer wesentlichen Einrichtung, also einer Ressource, die für das Tätigwerden auf einem angrenzenden Markt *unerlässlich*²⁷¹ ist, führt aber nicht zwangsläufig zu einer Pflicht zur „Gleichbehandlung mit sich selbst“ bei der Ausgestaltung der Zugangskonditionen. Ungeachtet eines entsprechenden Hinweises in der Gesetzesbegründung zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB²⁷² können die unternehmensintern angewandten Zugangskonditionen wegen ihrer geringen Aussagekraft betreffend die Wirkungen im Wettbewerb (s.o.) stets nur den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der Zugangskonditionen bilden.²⁷³ Strengere Maßstäbe gelten zum Teil in der Regulierung, die zugleich über weiterreichende Möglichkeiten zur Kontrolle konzerninterner Beziehungen verfügt. So enthalten verschiedene regulierungsrechtliche Entgeltbestimmungen,²⁷⁴ die den Zugangsanspruch von Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe zu einem natürlichen Monopol ausgestalten, ein Verbot der internen Bevorzugung.

cc) Der *Google Shopping*-Beschluss der EU-Kommission

Mit dem Beschluss in der Sache *Google Shopping* hat die EU-Kommission die nach den Sachverhaltsfeststellungen gezielte Priorisierung des mit Google verbundenen Vergleichsportals durch Anzeige am oberen Ende der ersten Ergebnisseite einer Produktsuche sowie die besondere, Google Shopping vorbehaltene Darstellungsform mit Produktbildern und Preisen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für allgemeine Internetsuche, nämlich als Form eines mit Leistungswettbewerb nicht vereinbarem „leverage of monopoly power“²⁷⁵ (Rn. 334, Rn. 342) qualifiziert, ohne dabei auf die Anwendungsvoraussetzungen der sog. „essential facilities“-Doktrin abzustellen. Die besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen umfasse die Verpflichtung, den unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt nicht durch ein Verhalten zu beeinträchtigen, das keinen Leistungswettbewerb darstelle. Ein System unverfälschten Wettbewerbs setze die Chancengleichheit der verschiedenen Wirtschaftsakteure voraus. Wie weit die besondere Verantwortung

²⁷⁰ Europäische Kommission, Entscheidung v. 23.10.2001, ABl. 2002 L 120/19, *La Poste*, Rn. 70.

²⁷¹ Vgl. für das deutsche Wettbewerbsrecht § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB und für das europäische Wettbewerbsrecht die st. Rspr. des EuGH, insb. Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, *Bronner*, Rn. 38 ff.

²⁷² BT-Drs. 13/9720, S. 74.

²⁷³ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 453. Der BGH hielt es in der Entscheidung *Reisestellenkarte* für zulässig, dass die Lufthansa für außenstehende Unternehmen ein Zugangsentgelt erhebt, obwohl sie von ihren Tochterunternehmen kein solches Entgelt verlangt: BGH, Urt. v. 3.3.2009, KZR 82/07, *Reisestellenkarte*.

²⁷⁴ § 19 Abs. 2 TKG, § 21 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EnWG.

²⁷⁵ Konkret: Der Erstreckung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für allgemeine Internetsuche auf den Markt für „comparison shopping“-Dienste.

reiche, müsse im Lichte der besonderen Umstände des Einzelfalls ermittelt werden (Rn. 331). Maßgeblich für die Entscheidung war die Feststellung, dass das beanstandete Verhalten durch Wettbewerb nicht kontrolliert und geeignet war, eine durch Leistungswettbewerb nicht zu erklärende Verdrängungswirkung auf einem angrenzenden Markt herbeizuführen. Mit der Entscheidung wurde Google verpflichtet sicherzustellen, dass Wettbewerber auf dem Markt für „comparison shopping“-Dienste bei der Anzeige in Reaktion auf allgemeine Produktsuchanfragen nicht weniger vorteilhaft behandelt würden als der Google-eigene „comparison shopping“-Dienst.

Zwar folgt aus der Entscheidung mithin eine (inhaltlich begrenzte) Pflicht von Google zur „Gleichbehandlung mit sich selbst“ bei der Anzeige von Preisvergleichsdiensten – auch jenseits der strengen Anforderungen der „essential facilities“-Doktrin. Ein allgemeines Selbstbegünstigungsverbot für marktbeherrschende vertikal integrierte Plattformen lässt sich der Entscheidung jedoch nicht entnehmen. Die Entscheidung betraf vielmehr einen Sachverhalt, in dem die Priorisierung des eigenen „comparison shopping“-Dienstes zwar einerseits nachweislich erhebliche Auswirkungen auf das Verbraucherverhalten hatte, andererseits aber durch das Verbraucherverhalten nicht kontrolliert wurde: Unabhängig davon, ob Verbraucher bei unverfälschtem Wettbewerb Google Shopping oder einen anderen „comparison shopping“-Dienst bevorzugt hätten, führte die Selbstbevorzugung nicht zu einer Abwanderung von Verbrauchern zu anderen Suchmaschinen. Das Verhalten, mit dem Google sich einen entscheidenden Vorteil auf dem angrenzenden Markt verschaffte, entsprach nicht den Erwartungen der Nutzer, dass die Suchergebnisse nach Maßgabe der Nutzerrelevanz geordnet angezeigt würden (siehe u.a. Rn. 535), war aber gleichwohl der Disziplinierung im Wettbewerb entzogen, da die Nutzer trotz Anzeige eines Hinweises („Sponsored“/„Anzeige“) die Selbstbegünstigung nicht als solche erkannt haben (Rn. 536).

b) Verbot der Ausbeutung von Informationsasymmetrien durch vertikal integrierte Plattformen mit Informationsfunktion?

Wenngleich der *Google Shopping*-Beschluss kein allgemeines Selbstbegünstigungsverbot für marktbeherrschende, vertikal integrierte Plattformen statuiert, hat er doch eine potenziell weitreichende Präzedenzwirkung. Denn die von der EU-Kommission betrachtete Grundkonstellation – ein nicht durch Leistungswettbewerb gerechtfertigtes Verhalten, das von Wettbewerb nicht kontrolliert wird, gleichzeitig aber erhebliche Verdrängungswirkung zulasten anderer Wettbewerber entfaltet, die mit Angeboten mindestens gleicher Qualität konkurrieren – hat in einem wirtschaftlichen Umfeld, in dem marktstarke Informationsintermediäre eine immer größere Steuerungswirkung im Markt erlangen, einen potenziell breiten Anwendungsbereich.

aa) Ausnutzung von Informationsasymmetrien als Missbrauch?

Eine besondere, in der Fallpraxis bislang noch nicht voll ausgelotete praktische Bedeutung kommt der Ausnutzung von Informationsasymmetrien durch vertikal integrierte Informationsintermediäre zu.²⁷⁶ Auf das Grundproblem wurde bereits mehrfach hingewiesen (B.I., C.II.): Die Verbraucher sind in der digitalen Ökonomie zunehmend auf Informationsintermediäre angewiesen. Selbst wenn diesen grundsätzlich Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, kann es dazu kommen, dass die Intermediäre hinsichtlich der Qualität der Informationsvermittlungsleistung keiner effektiven wettbewerblichen Disziplinierung unterliegen. Ein Indiz hierfür ist es, wenn Verbraucher auf Qualitätsverschlechterungen der Informationsvermittlung – etwa durch die Verwendung von Rankingkriterien, die nicht auf Nutzerpräferenzen basieren – nicht in einem Maße mittels Abwanderung reagieren, dass dazu führt, dass die aus der Selbstbegünstigung erwarteten Vorteil auf einem angrenzenden Markt kleiner sind als die aufgrund der Abwanderung erwartete Einbuße auf dem Plattformmarkt. Die Gründe hierfür können vielfältig sein. Informationen (wie bspw. auch Rankings und Bewertungen) haben aus Nutzersicht häufig die Eigenschaft eines Vertrauensguts. Entsprechend der Funktion von Informationsintermediären, die Suchkosten zu senken, fehlt es den Nutzern an einem hinreichenden Anlass und/oder an Möglichkeiten, die Qualität der ihnen vermittelten Information zu überprüfen. Aus dem Vertrauen der Nutzer folgt ein Verhaltensspielraum des Intermediärs, den dieser zu einer Steuerung des Verhaltens der Verbraucher gemäß den wirtschaftlichen Eigeninteressen nutzen kann. So kann eine vertikal integrierte Plattform die eigenen Produkte oder Dienstleistungen in der Trefferliste – ob auf einer allgemeinen Suchmaschine, einer Vergleichsplattform oder einer Handelsplattform – priorisieren, ohne dass die Nutzer dies bemerken. Betreiben Verbraucher kein systematisches Multihoming, so werden sie sich oft durch die Reihenfolgen der Trefferlisten leiten lassen. Generell ist von einer deutlich größeren Sensibilität der Nutzer für Preiserhöhungen im Vergleich zu Qualitätsverschlechterungen – namentlich von Verschlechterungen in der Informationsqualität – auszugehen. Je größer die Zahl der Nutzer der Plattform, die sich auf die Informationsbereitstellung der Plattform verlassen, desto größer kann der Grad der Wettbewerbsverfälschung auf angrenzenden Märkten sein.

Im Verhältnis zu den auf der Plattform tätigen Anbietern von Waren oder Dienstleistungen kann, wie unter C.IV.3. erörtert, hieraus bereits bei Marktanteilen am Vermittlungsmarkt eine kartellrechtlich relevante Machtstellung entstehen, die unterhalb der normalen Marktanteilsschwellen für Ange-

²⁷⁶ Ausführlich hierzu aus Sicht des US Antitrust-Rechts: *Patterson*, Antitrust Law in the New Economy, 2017, Kapitel 5 u. 6. Für eine „behavioral L&E“-Perspektive siehe *Calo*, Digital Market Manipulation, Geo. Wash. L. Rev. 82 (2014), 995.

botsmacht liegen („Intermediationsmacht“). § 20 Abs. 1 GWB und § 20 Abs. 3 GWB können für eine weitergehende Absenkung der Interventionsschwellen sorgen. Die Ausnutzung von Informationsasymmetrien kann bei relativer Marktmacht im Verhältnis zu abhängigen Unternehmen ein unzulässiger Behinderungsmissbrauch sein. Die Ausnutzung von Informationsasymmetrien durch ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht kann eine unbillige Behinderung von ihm gegenüber kleinen oder mittleren Unternehmen sein (§ 20 Abs. 3 GWB).

bb) Zum Verhältnis zwischen Kartellrecht und Lauterkeits-, Verbraucherschutz- und Vertragsrecht

Gleichwohl bleibt zweifelhaft, ob das Kartellrecht das geeignete Rechtsregime ist, um die potenziell vielfältigen Fallkonstellationen der Ausnutzung von Informationsasymmetrien in der digitalen Plattformökonomie in ihrer Breite zu erfassen.

Das Kartellrecht überschneidet sich hier in weitem Umfang mit dem Lauterkeitsrecht, das in den §§ 3, 5 UWG irreführende Geschäftshandlungen unabhängig vom Vorliegen einer besonderen Machtstellung verbietet. Damit ist das Lauterkeitsrecht grundsätzlich in der Lage, bereits im Vorfeld eines Kartellverstoßes gegen die Ausnutzung von Informationsasymmetrien einzuschreiten. Insoweit ein effektives Durchsetzungsregime zur Verfügung steht, würde die deutlich aufwändigere, eher auf ein Einschreiten in Einzelfällen ausgelegte Missbrauchsaufsicht erheblich entlastet.

Die EU-Kommission hat dementsprechend Vorschläge zu einer marktmachtunabhängigen Präzisierung von Transparenzpflichten von digitalen Plattformen unterbreitet. Eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten soll in Zukunft für größere Transparenz über die Geschäftsbedingungen von Online-Plattformen im Verhältnis zu den auf der Plattform tätigen Unternehmen („Platform to Business“, „P2B“) sorgen.²⁷⁷ Der Verordnungsentwurf formuliert Anforderungen an die Klarheit der verwendeten AGB (Art. 3), eine Begründungspflicht bei einem Geschäftsabbruch (Art. 4), die Pflicht zur Offenlegung wesentlicher Rankingparameter (Art. 5) und einer etwaigen Selbstbegünstigung (Art. 6) sowie der Bedingungen des Datenzugangs für gewerbliche Nutzer der Plattform (Art. 7). Transparenzpflichten im Verhältnis Plattform-Verbraucher (P2C) sieht der Richtlinienentwurf zur Überarbeitung der Verbraucher-

²⁷⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM(2018) 238 fin.

rechteRL vor:²⁷⁸ Online-Marktplätze sollen verpflichtet werden, die wesentlichen Rankingparameter offenzulegen und klarzustellen, mit wem der Vertrag zustande kommt (Plattformbetreiber oder Dritter) und ob Verbraucherschutzvorschriften Anwendung finden.²⁷⁹

Bislang noch wenig ausgelotet sind die Informations- und unter Umständen auch weiterreichenden Treuepflichten, die sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen Plattformnutzern und Plattform ergeben können²⁸⁰ – und die für die verschiedenen Plattformseiten unterschiedlich ausgestaltet sein können. Unabhängig vom Bestehen konkreter Vertragsverhältnisse ist bereits nach geltendem Recht von umfangreichen lauterkeitsrechtlichen Transparenzpflichten auszugehen.²⁸¹ Ein Bereich, in dem in Zukunft deutlich weiterreichende vertragliche Treuepflichten – insbesondere P2C – eine große Bedeutung erlangen können, ist etwa der Einsatz persönlicher digitaler Assistenten (sog. „digital butlers“). In weiterem Umfang als bei der bisherigen Informationsaufbereitung auf digitalen Plattformen²⁸² wird die Aufbereitung von Informationen nach Nutzerpräferenzen hier zum Gegenstand von Dienst- bzw. „Nutzungsverträgen“. Die funktionsbedingt geringe Menge an übermittelter Information birgt erhebliche Potenziale für Interessenkonflikte bei der Priorisierung bestimmter (Informations-)Angebote, ohne dass dies für den Nutzer ersichtlich ist bzw. seiner Erwartungshaltung entspricht. Naheliegend ist es, solchen Interessenkonflikten mithilfe einer dem Nutzungsvertrag im Zweifel in

²⁷⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der RL 93/13/EWG, der RL 98/6/EG, der RL 2005/29/EG, der RL 2011/83/EU zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018) 185 fin.

²⁷⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der RL 93/13/EWG, der RL 98/6/EG, der RL 2005/29/EG, der RL 2011/83/EU zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, COM(2018) 185 fin., S. 3.

²⁸⁰ Siehe dazu insbesondere *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 318 ff. (Ablehnung von Interessenwahrungspflichten); 333 ff. (Bejahung von Aufklärungspflichten).

²⁸¹ Siehe z.B. *Engert*, AcP 218 (2018), 302, 334 ff.; *Schweitzer*, Normenkompendium zur Rechtslage beim Betrieb von Vergleichs- und Bewertungsportalen, Gutachten im Auftrag des BMJ, 2016, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Normenkompendium_zur_Rechtslage_beim_Betrieb_von_Vergleichs_und_Bewertungsportalen.html.

²⁸² Zahlreiche Informationsintermediäre erbringen ihre Informationsleistungen gegenüber Nutzern derzeit wohl außerhalb zivilrechtlicher Verträge. Ob bspw. durch die Nutzung einer Suchmaschine ein Vertrag über die Bereitstellung und Ordnung von Information zustande kommt, ist zweifelhaft. Auch eine Produktrecherche auf einem Online-Marktplatz begründet noch keine vertraglichen Pflichten der Plattform betreffend die Art der Informationsbereitstellung. In bestimmten Konstellationen könnte jedoch eine vorvertragliche Schutz- und Rücksichtnahmepflicht des Online-Marktplatzes bestehen, die Informationsbereitstellung an den Nutzerpräferenzen auszurichten (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB). Sofern die Online-Plattform selbst Partei des angebahnten Vertrags werden soll, kommt insofern ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Betracht: Das Vertrauen der Nutzer auf die von der Plattform bereitgestellten Informationen begründet eine hierfür hinreichende Möglichkeit zur Einwirkung auf die Interessen der Nutzer. Soll die Online-Plattform nicht Vertragspartei werden, kommt ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 3 BGB in Betracht. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Informationspflichten, die über die Pflicht zur Unterlassung positiver Falschinformationen hinausgehen, nur recht zurückhaltend aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitet werden. Vgl. zu letzterem *Bachmann*, in: MüKo-BGB, § 241 BGB Rn. 110 ff.

ergänzender Vertragsauslegung zu entnehmenden Interessenwahrungspflicht im Verhältnis zum Nutzer als elementarem Bestandteil der vertraglichen Leistungspflicht des Anbieters digitaler Assistenten zu begegnen: Persönliche digitale Assistenten werden üblicherweise als den Nutzer im Alltag unterstützende, einen menschlichen persönlichen Assistenten zumindest rudimentär ersetzende Technologie vermarktet. Bereits das suggeriert, dass sie auf eine ausschließliche Wahrnehmung der Nutzerinteressen angelegt sind. Dass die Informationsaufbereitung zugunsten von Fremdinteressen modifiziert wird, insbesondere zugunsten der Interessen zahlender Werbekunden oder der Konzerninteressen des Anbieters des Digitalassistenten, kann und muss ein durchschnittlicher Nutzer nicht erwarten – zumal dann nicht, wenn die Nutzung des persönlichen digitalen Assistenten gegen ein Entgelt erfolgt oder als Bestandteil eines kostenpflichtigen Produkts, etwa eines Smart Home-Geräts, vermarktet wird. Über persönliche digitale Assistenten hinausgehend dürfte die erkennbare Interessenlage der Vertragsparteien umso eher die Annahme einer vertraglich vereinbarten Pflicht zur „neutralen“ bzw. an den Nutzerpräferenzen ausgerichteten Informationsaufbereitung rechtfertigen, je eher die angebotene Informationsaufbereitung als unabhängige Beratungsleistung vermarktet wird. Jenseits einer Verpflichtung zur „neutralen“ Informationsaufbereitung werden im US-amerikanischen Schrifttum treuhänderische Verpflichtungen von Intermediären im Umgang mit Nutzerdaten diskutiert.²⁸³ Der Versuch, derartige Interessenwahrungspflichten – wo sie existieren – in AGB auszuschließen, wird regelmäßig an der AGB-Kontrolle scheitern.²⁸⁴

Neben dem Verbrauchervertragsrecht wird auch das Vertragsrecht zur Ausgestaltung des Verhältnisses von digitalen (Transaktions-)Plattformen im Verhältnis zu Unternehmen weiterzuentwickeln sein. Dabei ist einerseits der Vertragsfreiheit des Marktplatzbetreibers Rechnung zu tragen, dessen eigenem Interesse es entspricht, Regeln bereitzustellen, die das Transaktionsvolumen auf der Plattform maximieren.²⁸⁵ Es liegt aber nahe, auch den möglichen Interessenkonflikten Rechnung zu tragen, die bei vertikal integrierten Plattformen entstehen und der Vertragsgestaltungsfreiheit des Plattformbetreibers in dieser Hinsicht Grenzen zu ziehen.²⁸⁶

²⁸³ *Solove*, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, 2004, S. 103; *Calo/Rosenblat*, *Columbia L. Rev.* 117 (2017), 1623, 1689.

²⁸⁴ Siehe insb. § 305c Abs. 1 BGB und § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, jeweils in Verbindung mit § 306 Abs. 1 BGB. Gegen eine Inhaltskontrolle spricht auch nicht § 307 Abs. 3 BGB: eine Freistellung der Pflicht zur Interessenwahrung des Nutzers bei der Informationsaufbereitung stellt eine Einschränkung der Hauptleistungspflicht dar; diese unterliegen grds. der Inhaltskontrolle: *Eckelt*, in: *BeckOGK*, § 307 BGB Rn. 174.

²⁸⁵ Siehe dazu *Hellgardt*, *AcP* 213 (2013), 760, 803 ff.

²⁸⁶ Dazu, dass das Handelsvertreter- und das Maklerrecht allerdings nur begrenzt als Vorlage für die Entwicklung vertragsrechtlicher Pflichten von Plattformen taugt, siehe *Engert*, *AcP* 218 (2018), 302, 318 ff.

Der Weiterentwicklung sowohl des Lauterkeitsrechts als auch des Vertragsrechts wird für einen effektiven Schutz eines fairen Wettbewerbs auf digitalen Plattformen in Zukunft eine wichtige Bedeutung zukommen. Als marktmachtunabhängige Regeln gewährleisten beide Rechtsregime einen wichtigen „Vorfeldschutz“. Die Entlastungsfunktion, die Lauterkeits-, Verbraucherschutz- und allgemeines Vertragsrecht für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht haben können – und auf welche die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht gerade mit Blick auf das wachsende Lenkungspotenzial von Informationsintermediären und die ubiquitären Informationsasymmetrien zwingend angewiesen ist – hängt allerdings von einer effektiven Durchsetzung dieser Regeln ab.²⁸⁷

Der Gesetzgeber hat diesem Umstand mit der 9. GWB-Novelle durch die Einfügung eines neuen § 32e Abs. 5 GWB Rechnung getragen. Danach ist das Bundeskartellamt befugt, Sektoruntersuchungen auch bei einem begründeten Verdacht auf „erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften durchzuführen, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen“. Das Bundeskartellamt hat auf dieser Grundlage am 24.10.2017 eine Sektoruntersuchung zu Online-Preisvergleichsplattformen eröffnet. Über weitergehende Rechtsdurchsetzungskompetenzen auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes verfügt das Bundeskartellamt nicht.

So wichtig die Komplementarität von Kartellrecht einerseits, Vertrags-, Verbraucherschutz- und Lauterkeitsrecht andererseits auch ist: Insoweit digitale Plattformen über kartellrechtlich relevante Machtpositionen verfügen, werden Transparenzpflichten und vertragsrechtliche Pflichten allein für einen effektiven Wettbewerbsschutz nicht genügen. Hier bleibt Raum für kartellrechtliche Sonderregeln und eine Rechtsdurchsetzung mit kartellrechtlichen Mitteln.

cc) Missbrauch durch Rechtsverstöße – kartellrechtliche Kausalitätsanforderungen im Verhältnis von Marktmacht, Verhalten und Marktwirkungen

Lauterkeits-, Verbraucher- und Vertragsrecht begründen aus kartellrechtlicher Perspektive nicht nur einen Vorfeldschutz. In einem Verstoß gegen solche Regeln kann – kartellrechtlich relevante Marktmacht vorausgesetzt – auch ein Kartellrechtsverstoß liegen. Voraussetzung ist allerdings der Nachweis, dass der Rechtsverstoß entweder die Gefahr einer Marktabschottung oder aber einer nicht

²⁸⁷ Bei einer Verletzung vertraglicher Interessenwahrungspflichten durch den Informationsintermediär kann eine Durchsetzung im Wege der Geltendmachung vertraglicher Schadensersatzansprüche (§ 280 Abs. 1 BGB) etwa an den Schwierigkeiten des Nachweises eines ersatzfähigen Schadens scheitern.

Die Verwendung nichtiger AGB begründet daneben einen Unterlassungsanspruch klagebefugter Verbraucherschutzverbände, § 1 UKlaG, und ggf. einen Unterlassungsanspruch von Mitbewerbern aus §§ 8, 3a UWG. Zum Tatbestand des § 3a UWG vgl. *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 3a UWG Rn. 159.

leistungswettbewerblichen Verdrängung von Wettbewerbern auf Nachbarmärkten begründet (Behinderungsmisbrauch); oder dass das Verhalten von demjenigen abweicht, wie es bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit möglich wäre (siehe z.B. § 19 Abs. 2 Nr. 2 – Konditionenmissbrauch als Fallgruppe eines nicht preisbezogenen Ausbeutungsmisbrauchs). Unabhängig von einer Vergleichsmarktprüfung können Konditionenmissbräuche als Fallgruppe des Ausbeutungsmisbrauchs nach der Rechtsprechung außerdem auf der Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB erfasst werden. Das missbilligte Verhalten besteht in diesem Fall in der Vereinbarung von Vertragskonditionen, die zwingende gesetzliche Mindeststandards unterschreiten – die gesetzgeberische Wertung indiziert insofern die Missbräuchlichkeit und determiniert das Ergebnis der in § 19 GWB sonst stets vorzunehmenden Interessenabwägung.²⁸⁸ Der Rechtsverstoß allein begründet in dieser Konstellation jedoch nicht automatisch einen Marktmachtmissbrauch: vielmehr adressiert § 19 Abs. 1 GWB nur solche rechtswidrigen Klauseln, die „Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit“ des Verwenders sind.²⁸⁹ Mit dieser Eingrenzung wird dem spezifisch wettbewerbschützenden Schutzzweck des § 19 GWB Rechnung getragen.

Wann eine rechtswidrige Vertragsklausel „Ausfluss der Marktmacht“ des Verwenders ist, wurde und wird gegenwärtig intensiv diskutiert. Mit Bezug auf die Entscheidungen *VBL Gegenwert I*,²⁹⁰ *VBL Gegenwert II*²⁹¹ und *Pechstein*²⁹² des BGH wird vertreten, ein Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB erfordere – anders als der auf dem Vergleichsmarktkonzept beruhende Preishöhenmiss- und Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB²⁹³ – nicht den Nachweis einer Verhaltens- oder „instrumentellen“ Kausalität,²⁹⁴ also eines kausalen Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens und der Möglichkeit, rechtswidrige Klauseln durchsetzen zu können.

Eine solche Auslegung von § 19 Abs. 1 GWB ist den BGH-Entscheidungen indes nicht zu entnehmen:²⁹⁵ In *Pechstein* verneinte der BGH bereits die Missbräuchlichkeit der vereinbarten Klausel, so-

²⁸⁸ *Franck*, ZWeR 2016, 137, 153 ff.

²⁸⁹ BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*, Rn. 35; Urt. v. 6.11.2013, KZR 58/11, *VBL Gegenwert I*, Rn. 65.

²⁹⁰ BGH, Urt. v. 6.11.2013, KZR 58/11, *VBL Gegenwert I*.

²⁹¹ BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*.

²⁹² BGH, Urt. v. 7.6.2016, KZR 6/15, *Pechstein*.

²⁹³ Hierzu statt vieler *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 259 ff.

²⁹⁴ So insbesondere *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 206 ff.

²⁹⁵ Ebenso: *Franck*, ZWeR 2016, 137, 151 f.; *Körber*, NZKart 2016, 348, 355; *Wiedmann/Jäger*, K&R 2016, 217, 219: Für die Annahme eines Marktmachtmissbrauchs ist *entweder* eine Verhaltenskausalität *oder* eine Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und Behinderungs(!)wirkung erforderlich.

dass er die Frage des notwendigen Kausalzusammenhangs offenlassen konnte.²⁹⁶ Auch in *VBL-Gegenwert* hat der BGH offengelassen, was die notwendigen oder hinreichenden Bedingungen sind, damit eine Vertragsklausel als „Ausfluss der Marktmacht“ eines Unternehmens angesehen werden kann.²⁹⁷ Zwar wurde eine Verhaltenskausalität nicht *expressis verbis* geprüft. Der entscheidungserhebliche Sachverhalt legte eine solche aber nahe.²⁹⁸ Vor allem aber stützte der BGH den Missbrauchsvorwurf darauf, dass die verwendete Klausel die Beendigung einer langjährigen Vertragsbeziehung mit der VBL unangemessen erschwere,²⁹⁹ sodass „beteiligte“ Unternehmen in einen wettbewerbsschädigenden „Lock-in“ geraten konnten. Damit lag der Entscheidung des BGH in *VBL-Gegenwert* im Ergebnis – zumindest auch – ein *Behinderungsvorwurf* zugrunde. Für diesen ist allgemein anerkannt, dass eine Verhaltenskausalität nicht zu fordern ist, sondern ein kausaler Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und den wettbewerbsschädigenden Wirkungen einer Handlung genügt (Auswirkungs- oder „normative“ Kausalität). Es überrascht daher auch nicht, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Anzapfverbots – zutreffenderweise – auf das Erfordernis einer Verhaltenskausalität verzichtet hat³⁰⁰ – denn das Anzapfverbot ist im Kern als eine Spielart des Behinderungsmisbrauchs anzusehen.

In der Gesamtbetrachtung ist es mithin zwar denkbar, dass auf digitalen Märkten der Fallgruppe des Missbrauchs durch Rechtsverstoß und auch Ausbeutungsmisbräuchen in Form von Konditionenmissbräuchen eine relevante Bedeutung zukommt – eben wenn und weil diese Ausfluss von beson-

²⁹⁶ Auch wurde § 19 GWB in „Pechstein“ in erster Linie als zivilrechtliches „Einfallstor“ einer mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten herangezogen – das Prüfprogramm des BGH war daher primär auf die Herstellung praktischer Grundrechtskonkordanz gerichtet und eignet sich weniger zur Fortentwicklung der Dogmatik von § 19 Abs. 1 GWB.

²⁹⁷ Ähnlich *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 86.

²⁹⁸ Die Entscheidung betraf eine rechtswidrige Klausel in der Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder, wonach Vertragspartner („Beteiligte“) beim Ausscheiden aus dem umlagefinanzierten Vorsorgesystem der VBL den Gegenwert der aufgelaufenen Verpflichtungen gegenüber den Versicherten erstatten mussten. Die Vereinbarung der Klausel in ihrer gegen AGB-Recht verstoßenden Form ließ sich durch das Vorliegen von Informationsasymmetrien kaum erklären; diese spielen regelmäßig bei derartig hochvolumigen Verträgen keine oder nur eine ausgesprochen untergeordnete Rolle. Es lag daher nahe, dass die VBL die Vertragsklausel vielmehr kraft ihrer Marktmacht durchsetzen konnte – siehe dazu *Franck*, ZWeR 2016, 137, 156 f.

²⁹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 24.1.2017, KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*, 2. Ls.

³⁰⁰ Die Gesetzesbegründung der 9. GWB-Novelle sieht vor, dass es im Rahmen des Anzapfverbots keiner „strikten“ Verhaltenskausalität bedarf, sondern ein Ursachenzusammenhang nach „allgemeinen Regeln“ ausreicht, BT-Drs. 18/10207, S. 52: „Mit dem Streichen des Erfordernisses der Ausnutzung der Marktstellung wird klargestellt, dass schon die Aufforderung zur Vorteilsgewährung selbst einen Missbrauch von Marktmacht darstellt, soweit sie nicht sachlich gerechtfertigt ist. Es ist somit nicht erforderlich, dass zwischen der Marktmacht und der Aufforderung ein über die allgemeinen Regeln hinausgehender Ursachenzusammenhang bestehen muss.“ Siehe dementsprechend auch BGH, Urt. v. 23.1.2018, KVR 3/17, *Hochzeitsboni Edeka/Plus*, Rn. 80 ff. „Kausalität nach allgemeinen Regeln“ meint die Auswirkungskausalität – siehe *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 243.

derer Marktmacht sein können. Insoweit Missbräuche durch eine – womöglich lauterkeits- und verbraucherschutzrechtlich bedenkliche – Ausnutzung von Informationsasymmetrien in Frage stehen, ist jedoch stets zu bedenken, dass sich für Verbraucher nachteilige Bedingungen häufig auch unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung von Informationsintermediären durchsetzen können. In solchen Fällen ist für einen kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurf eine (potenzielle) Behinderungswirkung im Wettbewerb nachzuweisen, ausgelöst durch ein durch Wettbewerb nicht kontrolliertes Verhalten, das nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb ist.

Die genaue Ursache der fehlenden wettbewerblichen Kontrolle – ob Informationsasymmetrien, Verbraucherträgheit oder eine Kombination von beidem – ist nicht entscheidend. Obsolet wird die Ermittlung von Informationsasymmetrien damit aber nicht: Lässt sich die fehlende wettbewerbliche Kontrolle durch Informationsasymmetrien erklären, so ist damit zugleich festgestellt, dass die Verdrängungswirkung nicht das Ergebnis von Leistungswettbewerb ist. Sind hingegen bestimmte potenziell missbräuchliche Verhaltensweisen einer Plattform, wie z.B. Selbstbegünstigungspraktiken bei vertikaler Integration, vollständig transparent, so kann eine fehlende Abwanderung durch Verbraucher auch daraus resultieren, dass sie das fragliche Verhalten als eine Produktverbesserung wahrnehmen. In einem solchen Fall kann ein Missbrauch nur auf der Grundlage einer ausgiebigen Interessenabwägung festgestellt werden, die im Lichte des Ziels des GWB zu erfolgen hat, die Freiheit des Wettbewerbs – und auch der Wettbewerbsfreiheit des Marktbeherrschers – zu schützen. An diesem Maßstab ist insbesondere auch die Umwandlung ursprünglich reiner Informationsintermediationsplattformen in Plattformen zu messen, die neben einer Aufbereitung fremder Information auch eigene Inhalte bereitstellen (z.B. Google Wetter, Google Maps u.a.). Sofern Nutzer Bündelprodukte und Bequemlichkeit schätzen, kann das Bündeln von Produkten oder eine Vorinstallation auch Element eines Leistungswettbewerbs sein. Das reine Feststellen einer Verdrängungswirkung ist dann für sich genommen nicht aussagekräftig, da auch Wettbewerbsvorstöße mit verbesserten Produkten oder eben attraktiveren Bündeln weniger gute oder attraktive Produkte tendenziell verdrängen.

dd) Reformbedarf?

Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot ist auf die Intervention von Kartellbehörden in Einzelfällen angelegt. Zur Verfolgung von solchen Rechtsverstößen, die in Märkten breitflächig und immer wieder auftreten, ist das Missbrauchsverbot angesichts der hohen Nachweisanforderungen und des aufwändigen Verfahrens weniger gut geeignet. Gerade wenn es um die Ausnutzung von Informationsasymmetrien geht, ist das Kartellrecht daher auf einen belastbaren lauterkeits-, verbraucherschutz- und vertragsrechtlichen Rahmen und dessen effektive Durchsetzung angewiesen. Zeigen sich hier systematische Durchsetzungsschwächen, so kann dies Anlass sein, erneut über eine Stärkung der

diesbezüglichen Durchsetzungsbefugnisse des Bundeskartellamts dort nachzudenken, wo funktionsfähiger Wettbewerb durch derartige Rechtsverstöße nachhaltig gefährdet werden kann. Die Schaffung einer Befugnis des Bundeskartellamts zur Durchführung von Sektoruntersuchungen (§ 32e Abs. 5 GWB) war in dieser Hinsicht ein erster vorsichtiger Schritt.

Zugleich kann eine durch Wettbewerb nicht kontrollierte Ausnutzung von Informationsasymmetrien, die nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb ist und Verdrängungswirkungen zeitigt, bereits nach geltendem Recht ein Behinderungsmissbrauch i.S.d. Art. 102 AEUV / §§ 19, 20 GWB sein. Angesichts der neuen Bedeutung von Informationsintermediären und ihrem wettbewerblichen Lenkungs- und damit auch Verzerrungspotenzial ist zu fragen, ob zur Erleichterung insbesondere auch einer privaten Durchsetzung ein entsprechendes Regelbeispiel geschaffen und entweder in § 19 oder in § 20 GWB eingefügt werden sollte; ein Regelbeispiel, das vor allem klarstellende Bedeutung hätte. Wollte man ein solches Regelbeispiel schaffen, so wäre seine Verankerung in § 19 Abs. 2 GWB opportun. Eine Verankerung nur in § 20 Abs. 1 GWB würde die schwierige Frage aufwerfen, ob ein Verhalten, das bei relativer Marktmacht missbräuchlich ist, bei Vorliegen der im Vergleich dazu stärkeren Machtposition der marktbeherrschenden Stellung als nicht missbräuchlich qualifiziert werden könnte. Umgekehrt kann ein in § 19 Abs. 2 GWB verankertes Regelbeispiel – wenn es sich nach den tatbestandlichen Voraussetzungen für eine private Durchsetzung eignet – seine primäre praktische Bedeutung durchaus über § 20 Abs. 1 GWB erlangen, der in Satz 1 ausdrücklich auf § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB verweist, mit der „relativen Marktmacht“ aber den Kreis der Normadressaten erweitert.

Den Vorteilen eines neuen Regelbeispiels steht allerdings die Gefahr gegenüber, dass dieses – solange in der Fallpraxis noch keine breitere Erfahrung gesammelt wurde – in der konkreten tatbestandlichen Ausgestaltung entweder zu weit oder zu eng geraten kann. Es kann daher vorteilhaft sein, zunächst eine Weiterentwicklung des Rechts auf der Grundlage der Generalklausel abzuwarten.

c) Neue Regeln für missbräuchliche Verlustpreisstrategien durch Plattformen?

Der durch die starken positiven Netzwerkeffekte bedingte besondere Expansionsdrang digitaler Plattformen und die besonderen Preissetzungsstrategien in mehrseitigen Märkten haben zu einer Diskussion geführt, ob neue Regeln für Verlustpreisstrategien mit Verdrängungswirkung erforderlich sind.³⁰¹ Aufgrund steigender Skalenerträge, (direkter und indirekter) positiver Netzwerkeffekte und Verbundvorteile sind die Möglichkeiten und Anreize für marktverschließende Strategien auf durch mehrseitige Plattformen geprägten Märkten tendenziell höher als auf „normalen“ Märkten. Die Identifika-

³⁰¹ Khan, Yale L. J. 126 (2017), 710, 791 f..

tion wettbewerbswidriger Strategien – insbesondere die Abgrenzung von legitimem Wettbewerbsverhalten und unzulässigem, leistungswettbewerbswidrigem Marktverschluss – ist aber aus denselben Gründen schwieriger.

Dies gilt nicht nur, aber auch für preisbezogene Wettbewerbsstrategien. So kann insbesondere der Umstand, dass Plattformen Leistungen auf einer Marktseite – ggfs. auch langfristig – unter Kosten oder gar unentgeltlich (zum „Nullpreis“) anbieten, kein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten sein. Bei Vorliegen von Skalenerträgen, Netzwerkeffekten sowie ggf. Verbundvorteilen wird auch ein gewinnmaximierendes Unternehmen ohne jegliche Verdrängungsabsicht die Interdependenz der Marktseiten sowie ggf. die Verbundenheit über verschiedene Marktsegmente in seiner Preispolitik berücksichtigen, sodass einfache kostenbasierte Tests (etwa Preise unter Grenzkosten oder unter variablen Kosten) sehr leicht ihre Aussagekraft verlieren.

Dieses Problem ist schon früh von *Wright* (2004) erkannt worden (vgl. auch *Dewenter und Haucap* 2009) und inzwischen „Common Sense“ in der Wettbewerbsökonomie (vgl. jüngst auch *Behringer und Filistrucchi* 2015). *Amelio, Karlinger und Valletti* (2015, Tz. 77) schlussfolgern in ihrer OECD-Expertise:

“predation can be hard to detect a standard price-cost test will not be reliable because there are non-predatory reasons to price below cost.”

Verdrängungsstrategien sind aufgrund der Logik der diversen Externalitäten somit schwieriger zu identifizieren.

Amelio, Karlinger und Valletti (2015, Tz. 80) weisen – zurecht – darauf hin, dass ein Verdrängungspreis in einem Umfeld von „Nullpreisen“, wie sie bei vielen P2C-Plattformen auf der Verbraucherseite üblich sind, eigentlich negativ sein müsste. Dies ist aus naheliegenden Gründen (Missbrauchsgefahr durch Nutzer, die so etwas als „Money Pump“ nutzen würden) oft ausgeschlossen. Eine Alternative zum Verdrängungspreis könnten daher aus Sicht eines Unternehmens, das eine Marktabstottung oder Verdrängung bewirken möchte, Zugaben unter Kosten (wie Premium-Lieferungen oder andere Dienste) oder auch Bündelprodukte sein. „More attention therefore has to be put on tying and more generally leveraging“, schreiben *Amelio, Karlinger und Valletti* (2015, Tz. 80). Zu bedenken wäre hier zudem, dass von bestimmten Bündeln auch eine gewisse Sogwirkung ausgehen könnte, etwa wenn diese per Flatrate (Jahresabonnements) abgerechnet werden, sodass die Grenzkosten des Dienstes aus Nutzersicht nach einmaliger Zahlung null sind. Dies könnte das Multihoming und damit den Markteintritt von Wettbewerbern erschweren.

Größere Aufmerksamkeit als dem Umstand, dass Investoren etwa bei Amazon bereit waren, langfristig eine aggressive Wachstumsstrategie zu finanzieren und Verluste über nach normalen Maßstäben unüblich lange Zeiträume mitzutragen,³⁰² ist daher womöglich der Schwächung der Anreize für Nutzer zum Multihoming durch das zunächst verlustträchtige³⁰³ Amazon Prime-Angebot zu widmen.

Die unternehmerischen Strategien im digitalen Umfeld sind allerdings häufig immer noch experimentell und wettbewerbsökonomisch nicht vollständig verstanden. Für die Formulierung neuer kostenbasierter Missbrauchstatbestände scheint es zu früh. Hier bleibt es bei dem allgemeinen Befund, dass eine Preisanalyse alle Plattformseiten einbeziehen muss. Unter welchen Voraussetzungen bei marktübergreifenden Strategien auch Verbundvorteile rechtfertigend zu berücksichtigen sind – oder gerade die Ausnutzung solcher Verbundvorteile ein Mittel des wettbewerbswidrigen Verdrängungswettbewerbs sein kann – ist im Einzelfall zu untersuchen.

d) Verbot der Nutzung der Daten von Wettbewerbern für nicht plattform-spezifische Zwecke?

Diskutiert wird ferner, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen eine vertikal integrierte digitale (Transaktions-)Plattform missbräuchlich agiert, wenn sie Daten über Unternehmen, die auf der Plattform Waren oder Dienstleistungen anbieten, nicht nur für die Zwecke des Marktplatzbetriebs selbst – also für eine Optimierung der Vermittlungsdienstleistung – nutzt, sondern auch der konzerneigenen Tochtergesellschaft oder Unternehmensabteilung zur Verfügung stellt, die mit anderen Unternehmen auf der Plattform im Wettbewerb steht.³⁰⁴ Die konzerneigene Tochtergesellschaft bzw. Unternehmensabteilung kann das aus den Daten generierte Wissen dann ggfs. nutzen, um sich im Wettbewerb auf der Plattform Vorteile zu verschaffen und gezielte Verdrängungsstrategien zu entwickeln.

Das Bundeskartellamt hat sich mit dieser Problematik jüngst in seinem Beschluss v. 4.12.2017 in der Sache *CTS Eventim* befasst.³⁰⁵ Als marktbeherrschender Anbieter eines Ticketsystems war CTS über

³⁰² Siehe hierzu mit antitrust-rechtlichen Bedenken *Khan*, Yale L. J. 126 (2017), 710.

³⁰³ *Khan*, Yale L. J. 126 (2017), 710, 751 mit Verweis auf Wall Street Journal v. 14.11.2011, Amazon “Primes” Pump for Loyalty, abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052970203503204577036102353359784> und Reuters v. 2.1.2015, Free Delivery Creates Holiday Boon for U.S. Consumers at High Cost, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/us-retail-shipping-holidays-analysis/free-delivery-creates-holiday-boon-for-u-s-consumers-at-high-cost-idUSKBNOKBOP720150102>.

³⁰⁴ Für Hinweise darauf, dass etwa Amazon die Erkenntnisse aus dem Marketplace über den Erfolg der Produkte von Dritthändlern nutzt, um die eigenen Verkaufsaktivitäten zu planen, v.a. die erfolgreichsten Produkte selbst zu verkaufen z.B. *Khan*, Yale L. J. 126 (2017), 710, 780; Wall Street Journal v. 27.6.2012, Competing with Amazon on Amazon, abrufbar unter <https://www.wsj.com/articles/SB1000142405270230444140457748290205588226>.

³⁰⁵ BKartA, Beschl. v. 4.12.2017, B6-132/14-2, *CTS Eventim*.

einen eigenen Onlineshop vertikal in den unmittelbaren Kartenverkauf an Endkunden sowie auch in die unmittelbare Veranstaltungsplanung integriert. In dem Onlineshop wurden standardmäßig Kundendaten erhoben, die in der Folge verknüpft und für Marketingzwecke, einschließlich einer direkten Kundenansprache, für Marktanalysen und für die Planung und Akquise von Events durch die konzerneigenen Veranstalter genutzt werden konnten (Rn. 199). Das Bundeskartellamt hat in einer solchen Unterstützung der konzerneigenen Veranstalter eine Übertragung der Marktmacht vom Ticket-systemmarkt auf die Veranstaltungsmärkte und hierin wiederum eine Absicherung der Marktposition auf den Systemmärkten gesehen. Im Wettbewerb mit konzernfremden Veranstaltern sicherte sich CTS einen entscheidenden Vorteil dadurch, dass es diesen die Buchungsdaten für ihre Veranstaltungen grundsätzlich nur in aggregierter Form zur Verfügung stellte, sodass ihnen der Aufbau eines eigenen Kundenstamms unmöglich war. Auch ein Wechsel weg vom CTS Ticketsystem hin zu konkurrierenden Ticketsystemen war den Veranstaltern ohne Zugriff auf die Kundendaten / die Daten über ihre eigenen Veranstaltungen erheblich erschwert. CTS wich mit diesem Verhalten ferner von der Praxis konkurrierender Ticketsysteme ab, die Veranstaltern einen durch Datenschutzerklärungen abgesicherten umfassenden Einblick in die Kunden- und Buchungsdaten ihrer Veranstaltungen gaben.

Der Beschluss des Bundeskartellamts in *CTS Eventim* zeigt, dass die Nutzung der Daten der auf einer Plattform tätigen Unternehmen durch eine vertikal integrierte Plattform für eine Verdrängungsstrategie auf Nachbarmärkten gegen Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB verstoßen kann. Ist die Plattform nicht marktbeherrschend, verfügt im Verhältnis zu den auf der Plattform tätigen Unternehmen aber über relative Marktmacht i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB, so kann hierin auch eine durch diese Norm erfasste unbillige Behinderung liegen.

In Fällen, in denen eine vertikal integrierte Plattform wettbewerbssensible Daten der auf der Plattform tätigen Unternehmen für die Planung der eigenen unternehmerischen Tätigkeit auf der Plattform verwendet, kann ferner an eine Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB, nämlich an einen potenziell wettbewerbsbeschränkenden Informationsaustausch zu denken sein.³⁰⁶ Voraussetzung ist allerdings, dass die Möglichkeit, die wettbewerbssensiblen Daten auch zugunsten der Plattform-Retail-Tochter zu nutzen, auf einer Vereinbarung mit den anderen auf der Plattform tätigen Unternehmen beruht – etwa auf den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattform. Ob dies zutrifft, ist unklar. Handelt es sich um Daten über das Plattform-Nutzerverhalten und damit – jedenfalls

³⁰⁶ Hierzu allgemein Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rn. 55 ff.

bei P2C-Plattformen – regelmäßig um personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO, ist für die Datenverarbeitung zu Zwecken der Plattform-Retail-Tochter primär eine Erlaubnis der Verbraucher gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO erforderlich.

Fehlt es an einer Vereinbarung zwischen Plattform und Händlern über die Verwendung wettbewerbssensibler Daten für die geschäftlichen Zwecke der Plattform-Retail-Tochter, ist Art. 101 Abs. 1 AEUV / § 1 GWB nicht anwendbar. Handelt es sich um eine marktbeherrschende Plattform, so kann in einer solchen Verwendung der Daten jedoch ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegen, nämlich der Versuch, die marktbeherrschende Stellung auf dem Kernmarkt auf angrenzende Märkte zu erstrecken. Die Nutzung von Wettbewerbsvorteilen, die aus dem Zugriff auf wettbewerbssensible Daten der auf der Plattform tätigen Händler folgen, ist kein Leistungswettbewerb. Sie kollidiert vielmehr mit dem für das Wettbewerbsrecht grundlegenden Prinzip der selbständigen unternehmerischen Planung durch konkurrierende Unternehmen.³⁰⁷ Bereits hierin – und ohne weitergehenden Nachweis einer (wahrscheinlichen) Verdrängungswirkung – ist nach hier vertretener Auffassung eine unbillige Behinderung zu sehen. Ist die Plattform im Verhältnis zu den auf der Plattform tätigen Unternehmen (bloß) relativ marktmächtig, so lässt sich dasselbe Verhalten auch über § 20 Abs. 1 GWB erfassen.³⁰⁸

Insoweit wettbewerbssensible Daten der auf der Plattform tätigen Unternehmen betroffen sind, folgt aus dem Wettbewerbsverstoß das Gebot, diese Daten ausschließlich für die Zwecke des Plattformbetriebs zu nutzen und jeglichen Zugriff der Plattform-Retail-Tochter auf diese Daten zu unterbinden. Eine Verpflichtung der Plattform, Chancengleichheit dadurch herzustellen, dass auch sämtliche anderen auf der Plattform tätigen Wettbewerber Zugriff auf die wettbewerbssensiblen Daten erhalten, kommt nicht in Betracht. Das Ergebnis einer solchen Abhilfe wäre ein wettbewerbsbehördlich orchestriertes Kartell. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob ein auf einer Plattform tätiges Unternehmen Zugriff auf die durch das eigene Angebot generierten Nutzungsdaten verlangen kann. Für diese Frage gelten die unten unter VI.3. entwickelten Grundsätze.

³⁰⁷ Zum Selbständigkeitspostulat und seiner Bedeutung für das Wettbewerbsrecht siehe *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 1-3.

³⁰⁸ Besteht auch keine relative Marktmacht, so kann – insoweit das Datennutzungsverhalten der Plattform gleichwohl nicht durch Wettbewerb kontrolliert wird – eine gewisse Schutzlücke verbleiben, die daraus folgt, dass Art. 101 AEUV / § 1 GWB nur kooperatives, nicht aber unilaterales Verhalten erfassen, der Datenzugriff der Plattform aber über die Plattformnutzer erfolgt, die keine Unternehmen sind. Von einer wettbewerblichen Kontrolle dieses Verhaltens ist auszugehen, wenn Händler auf eine für sie nachteilige Datennutzungspraxis (insbesondere zugunsten der Retail-Tochter der Plattform) durch Abwanderung reagieren. Denkbar ist aber, dass das Datennutzungsverhalten einer Plattform zu intransparent ist, um einer effektiven Kontrolle im Wettbewerb zu unterliegen.

Zu fragen ist, ob zur Bewältigung des Problems des Datenzugriffs bei vertikal integrierten Plattformen ein solches an eine kartellrechtlich relevante Machtposition anknüpfendes Regelregime ausreicht, oder ob der einseitige Zugriff einer Plattform-Retail-Tochter auf wettbewerbssensible Daten von Wettbewerbern unabhängig von Marktmacht erfasst werden sollte. Das Kartellrecht belässt eine gewisse Schutzlücke, insoweit die skizzierte Datennutzungspraxis bei fehlender Marktmacht der Plattform einer wettbewerblichen Kontrolle entzogen ist. Grundsätzlich wäre in solchen Fällen dann allerdings auch mit einem Ausweichen der auf der Plattform tätigen Händler auf andere Vertriebswege mit einer ihren Interessen besser gerecht werdenden Datennutzungspraxis zu rechnen. Die Anknüpfung an kartellrechtlich relevante Macht wäre in diesem Fall wettbewerbspolitisch adäquat.

Denkbar ist aber auch, dass das Datennutzungsverhalten einer Plattform zu intransparent ist, um einer effektiven Kontrolle im Wettbewerb zu unterliegen. In einem solchen Fall könnte eine Schutzlücke entstehen: Die Plattform-Retail-Tochter wäre nicht der für funktionsfähigen Wettbewerb zentralen Ungewissheit über die unternehmerische Planung ihrer Wettbewerber ausgesetzt. Der Informationszugriff würde aber auch nicht aus einem durch Art. 101 AEUV / § 1 GWB erfassten kooperativen Verhalten folgen, sondern – weil er über die Plattformnutzer erfolgt, die keine Unternehmen sind – aus unilateralem Verhalten. Ob diese Schutzlücke wettbewerbspolitisch relevant ist, bliebe empirisch zu klären.

Unabhängig von einer solchen Klärung ist es denkbar, die wettbewerbsrechtliche Wertung zugunsten eines Selbständigkeitspostulats³⁰⁹ bereits jetzt im Datenschutzrecht zu berücksichtigen. So kann eine Einwilligung der Nutzer, welche die Weitergabe wettbewerbssensibler Daten an den Retail-Zweig der Plattform und die Verarbeitung der Daten für deren unternehmerische Zwecke umfasst, rechtlich unwirksam sein. Denkbar ist ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 4 DSGVO.³¹⁰ Insoweit die Nutzerdaten von der Plattform ohne Hinweis auf eine Verwendung zugunsten der Plattform-Retail-Tochter erhoben werden, verstieße eine solche Verarbeitung gegen das Zweckbindungsgebot des Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO.³¹¹ Bei einer kartellrechtlichen Wertungen in dieser Weise einbeziehenden Auslegung könnte sich das Datenschutzrecht zu einem weiteren wettbewerblichen „Vorfeldschutz“ entwickeln.

³⁰⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 10 Rn. 1-3.

³¹⁰ Gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO ist bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen, „ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

³¹¹ Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO müssen personenbezogene Daten für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden.

e) Marktübergreifende Missbrauchsstrategien konglomerat aufgestellter digitaler Plattformen?

Würde – wie soeben skizziert – der Zugriff der Plattform-Retail-Tochter auf wettbewerbssensible Daten der auf der Plattform tätigen Wettbewerber kartellrechtlich und/oder datenschutzrechtlich unterbunden, so wären damit zugleich marktübergreifenden („konglomeraten“) Datennutzungsstrategien vertikal integrierter Plattformen Grenzen gezogen.

Denkbar bleibt, dass die Plattform die dort generierten Daten mit anderen kombiniert und sich hierdurch Wettbewerbsvorteile bei der Erschließung anderer Märkte verschafft, auf denen die mit diesen Datensets erzielbaren Erkenntnisse erhebliche Wettbewerbsvorsprünge bedeuten können. So sind etwa Google und Facebook auf der Grundlage ihres Zugriffs auf Nutzerdaten auf Online-Werbemärkten bisher weitgehend unangefochten.³¹² Google kann die über Android übermittelten Standort-Daten aber auch für das Angebot von Logistik-Dienste im Bereich der Personenbeförderung oder die Einarbeitung von Staumeldungen auf Google Maps verwerten. Ähnliche Wettbewerbsvorteile lassen sich in Zukunft im Kontext des „IoT“ denken und werden in Zukunft voraussichtlich wachsende Bedeutung erlangen.

Eine solche „Schadenstheorie“ überträgt in gewisser Weise das alte Finanzkraft-Argument auf Daten. Während effiziente Kapitalmärkte die Wettbewerbsvorteile, wie sie aus der Finanzkraft eines Konzerns folgen, aber deutlich abmildern können, existieren – jedenfalls derzeit – für viele Arten von Daten keine effizienten Datenmärkte. Insoweit personenbezogene Daten betroffen sind, steht der Entstehung liquider Datenmärkte bereits die DSGVO entgegen, die so die Vorteile datenreicher Unternehmen verfestigen kann. Je nachdem, wie groß der durch kombinierte Datensets erzielbare Wettbewerbsvorsprung ist, kann deren marktübergreifende Nutzung daher tatsächlich zur Ausdehnung von Marktmacht auf angrenzende Märkte führen. Bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung ist allerdings zu berücksichtigen, dass integrierte Digitalkonzerne mit einer derartigen Strategie zunächst lediglich ihre Effizienzvorteile (Skalen- und Verbundvorteile bei der Produktion und Nutzung von Datensets) nutzen. In der Kombination verschiedener Datensets liegt, wenn diese von der DSGVO gedeckt ist, kein grundsätzlich leistungswettbewerbsfremdes Verhalten. An die Begründung der Missbräuchlichkeit der marktübergreifenden Kombination von Daten und ihrer Nutzung werden im

³¹² Siehe allerdings Investopedia v. 20.3.2018, Facebook, Google Digital Ad Market Share Drops as Amazon Climbs, abrufbar unter <https://www.investopedia.com/news/facebook-google-digital-ad-market-share-drops-amazon-climbs/>; Marketwatch v. 16.6.2018, Look out, Facebook and Google: Amazon is becoming an advertising giant, abrufbar unter <https://www.marketwatch.com/story/look-out-facebook-and-google-amazon-is-becoming-an-advertising-giant-2018-06-15>.

Rahmen der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung daher hohe Anforderungen zu stellen sein (für den Sonderfall einer Nutzung der auf einer vertikal integrierten Plattform generierten Nutzungsdaten zugunsten der Plattforntochter, die mit anderen auf der Plattform tätigen Unternehmen konkurriert, siehe bereits C.V.4.d)).

Es dürfte in solchen Fällen häufig näher liegen, zunächst nach Datenzugangsansprüchen von Wettbewerbern zu fragen (siehe dazu: C.VI.1.).

f) Zusammenfassung: Vertikal integrierte Plattformen – Schutzlücken und Reformoptionen

aa) Zum Zusammenspiel von Kartellrecht und Lauterkeits-, Verbraucherschutz- und Vertragsrecht

Mit Missbräuchen durch Plattformen mit kartellrechtlich relevanter Marktmacht ist vor allem (obgleich nicht nur) bei vertikaler Integration bzw. anderweitigen vertikalen Verbindungen zu rechnen.

Wettbewerbspolitisch entscheidend ist es hier wie sonst, die Bestreitbarkeit der Märkte zu gewährleisten.³¹³ Dies setzt voraus, dass Leistungswettbewerb von außen möglich bleibt. Wo Möglichkeiten und Anreize für vertikal integrierte Plattformbetreiber bestehen, ihre „Gatekeeper“-Stellung, d.h. ihr über die Intermediationsfunktion vermitteltes Lenkungspotential zugunsten verbundener Unternehmen zu nutzen, ohne dabei von Wettbewerb kontrolliert zu werden, sind rechtliche Sicherungen eines funktionsfähigen Leistungswettbewerbs geboten.

Dies werden zunächst allgemeine, vom Bestehen einer Machtstellung unabhängige Verhaltenspflichten sein, wie etwa die von der EU-Kommission vorgeschlagenen Transparenzpflichten für Plattformen P2B und P2C. Zunehmende Bedeutung können in Zukunft vertragsrechtliche Treue- bzw. Interessenwahrungspflichten im Verhältnis zu Verbrauchern erlangen. Je größer die wettbewerblichen Lenkungsmöglichkeiten von Informationsintermediären, desto stärker wird die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs von einem starken lauterkeits-, verbraucherschutz- und vertragsrechtlichen Ordnungsrahmen und seiner effektiven Durchsetzung abhängen. Angesichts ihrer tatbestandlichen Be-

³¹³ *Tirole*, *Economics for the common good*, 2017, S. 400 – „contestability imperative“: „It is, in fact, essential, that markets be contestable. Entrants into online markets often begin with a specific product, as part of a niche strategy, rather than with a complete range or products. It is only later, after successfully entering the market with one product, that they fill out their range. [...] But to be able to get into the market at all, entrants must be able to sell their original product if it's better than the competing one offered by the incumbent. The dominant company may then wish to block even partial new entry to the market – not to improve its short-term profits, but because it might prevent the newcomer from later competing in areas in which the established company occupies a monopoly position“.

grenzungen des Missbrauchsverbots, aber auch angesichts der Langwierigkeit und Aufwändigkeit von Missbrauchsverfahren wäre die Missbrauchsaufsicht allein mit der Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs überfordert.

Zugleich bleibt die Missbrauchsaufsicht aber ein wichtiges zusätzliches Instrument in einem dem Schutz des Wettbewerbs dienenden Gesamtsystem. Das Konzept der „Intermediationsmacht“ würde es erlauben, die wettbewerbsrelevante „Lenkungsmacht“ von Plattformen im Rahmen von Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB breit zu erfassen. § 20 GWB kann Lücken schließen (siehe oben, C.IV.3.). Die Untersuchung hat ferner gezeigt, dass Verhaltensweisen, mittels derer marktbeherrschende digitale Plattformen versuchen, Marktmacht unkontrolliert von Wettbewerb auf angrenzende Märkte zu erstrecken, ohne dass dies auf Leistungswettbewerb beruht, mithilfe des Missbrauchsverbots in seiner derzeitigen Form grundsätzlich erfasst werden können. Dass die Ausnutzung von Informationsasymmetrien, wie sie insbesondere im Verhältnis zu Endverbrauchern bestehen, unter Loslösung von der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sein kann, ist grundsätzlich nicht zweifelhaft. Gute Argumente sprechen dafür, die Konkretisierung dieser Fallgruppe bis auf Weiteres der Entwicklung der Fallpraxis zu überlassen.

bb) Ist eine weitergehende Regulierung vertikal integrierter Plattformen erforderlich?

Angesichts der neuen Bedeutung digitaler Plattformen und der insbesondere bei vertikaler Integration verbreiteten Möglichkeit, verbunden mit entsprechenden Anreizen, zur selbstbegünstigenden Ausnutzung von Informationsasymmetrien ist eine Diskussion darüber entstanden, ob (marktbeherrschende) digitale Plattformen einer allgemeinen Neutralitätspflicht zu unterwerfen sind.³¹⁴ Eine Neutralitätspflicht wurde insbesondere mit Blick auf die Google-Suchmaschine diskutiert („Suchneutralität“).³¹⁵ Als Absicherung einer solchen Neutralitätspflicht – bzw. eines allgemeinen Selbstbegünstigungsverbots – kommt grundsätzlich eine Entflechtung („Unbundling“) in Betracht, ob in der Form eines „legal unbundling“ oder eines „ownership unbundling“.

Der Begriff der „Suchneutralität“ ist von Beginn an kritisiert worden, fehlt es doch jenseits der Treffsicherheit der Suchergebnisse mit Blick auf Interessen und Präferenzen der Nutzer an einem Neutra-

³¹⁴ Vgl. nur Conseil National du Numérique, Plattformneutralität: Bedingungen für ein offenes und nachhaltiges digitales Umfeld, 2014, abrufbar unter https://cnumerique.fr/files/uploads/2014/06/CNNum_NP_ALL.pdf. Siehe ferner Peitz/Schweitzer, Suchmaschinen unter der Lupe: Informationsherrschaft und ihre Schranken, ZEW Discussion Paper No. 16-069, 2016, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16069.pdf>, m.w.N.

³¹⁵ U.a. Hentsch, MMR 2015, 434; Kreile/Thalhofer, ZUM 2014, 629.

litätsmaßstab.³¹⁶ Eine externe Überwachung bzw. Regulierung der optimalen Treffsicherheit bzw. Präferenzgerechtigkeit ist faktisch unmöglich. Gemeint sein kann daher nur eine „Pflicht zur Gleichbehandlung mit sich selbst“. Eine solche ist aber – wie bereits dargestellt (s.o., C.V.4.a)) – kartellrechtlich bislang nur bei langfristig nicht bestreitbaren vollständigen oder Fast-Monopolen bejaht worden. Mit einer allgemeinen Pflicht „zur Gleichbehandlung mit sich selbst“ – und umso mehr mit einer Absicherung solch einer Pflicht durch ein „legal unbundling“ oder gar „ownership unbundling“ – werden dem Marktbeherrscher die Möglichkeiten genommen, Verbund- und Größenvorteile zu eigenen Gunsten auszunutzen und das eigene Produkt in einer zwar diskriminierenden, aber womöglich den Verbraucherpräferenzen entgegenkommenden Weise weiterzuentwickeln. Als Beispiel sei erneut auf die Entwicklung der Google Suchmaschine zu einem teilweisen Inhalteanbieter verwiesen.

Die Gesichtspunkte, die für die Entscheidung einer Plattform maßgeblich sind, ob sie als Marktplatz oder (auch) als Reseller tätig sein will („enable or resell“), haben vor allem *Hagiu/Wright* herausgearbeitet.³¹⁷ Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden unternehmerischen Handlungsoptionen liegt in der Allokation von Kontrollrechten über Aspekte wie Preise, Werbung, Kundenservice, Verantwortung für die Vertragsausführung etc. Bei einem reinen Marktplatz liegen die Kontrollrechte allein beim Verkäufer. Bei einem reinen „Reseller“-Modell liegen die Kontrollrechte beim Reseller. Denkbar sind ferner Kombinationen bzw. eine differenzierte Zuweisung von Kontrollrechten. Nach *Hagiu/Wright* hängt die optimale Wahl zwischen diesen Handlungsoptionen von dem Ausmaß an privaten Informationen betreffend die beste Art und Weise des Marketings eines Produkts ab, die dem Intermediär einerseits, dem Hersteller andererseits zur Verfügung stehen. Das Marktplatz-Modell ist vorteilhaft gegenüber dem Händler-Modell, wenn die lokale Information des Herstellers wichtiger ist als die lokale Information des Händlers. Wird eine große Bandbreite an „long tail“-Produkten (Nischenprodukten) verkauft (z.B. eBay, etsy etc.), hat das Marktplatz-Modell Vorteile. Das Händler-Modell ist vorteilhafter, wenn eine große Zahl ähnlicher Verkäufe getätigt wird. Für eine Plattform, die beide Kategorien von Transaktionen kombiniert, kann es unter diesem Gesichtspunkt auch sinnvoll sein, das Marktplatz-Modell mit dem Händler-Modell zu kombinieren. Dies ist das Modell von Amazon Marketplace.

³¹⁶ Vgl. etwa *Grimmelmann/James*, Some Skepticism about Search Neutrality, in: Szoka/Marcus (Hrsg.), *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*, 2011, S. 435 ff. sowie *Ammori/Pelican*, *Journal of Internet Law* 15 (2012), 8. Aus der Diskussion in Deutschland: *Dewenter/Lüth*, *ORDO* 66 (2015), 221.

³¹⁷ *Hagiu/Wright*, *Multi-Sided Platforms*, Harvard Business School Working Paper 15-037, 2015, abrufbar unter http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/15-037_cb5afe51-6150-4be9-ace2-39c6a8ace6d4.pdf.

Das Händler-Modell ist überdies attraktiv, wenn Marketing-Aktivitäten Spillover-Effekte über eine Bandbreite von Produkten hinweg haben; denn dann kann der Händler die positiven externen Effekte internalisieren und die Kontrollrechte entsprechend ausüben. Ermöglicht ein Marktplatz demgegenüber jedem noch so kleinen Anbieter eigene Marketing-Aktivitäten über die Plattform, so können daraus Überinvestitionen in markenspezifische Marketing-Aktivitäten resultieren.

Schließlich kann es sinnvoll sein, eine auf das Marktplatz-Modell abzielende Plattform auf der Grundlage eines Händler-Modells (oder jedenfalls kombiniert mit einem Händler-Modell) zu starten. Marktplätze sind regelmäßig mit einem „Henne-Ei“-Problem konfrontiert: Der Marktplatz wird für Käufer erst attraktiv, wenn sich eine hinreichende Anzahl von Händlern auf dem Marktplatz betätigt; für die Händler aber wird der Marktplatz erst bei der Nutzung durch eine hinreichende Käuferzahl attraktiv. Ein Ausweg aus dem Dilemma kann es sein, eine Transaktionsplattform mit eigenen Angeboten zu starten und später in den Marktplatz-Modus zu wechseln.

Ähnlich wie die Entscheidung „make or buy“ (bzw. Markt vs Hierarchie) ist die Entscheidung zwischen „enable or resell“ daher eine komplexe und differenzierte Entscheidung, die ein wichtiger Teil des Wettbewerbs sein kann. Eine Pflicht zum Unbundling bei (marktbeherrschenden) vertikal integrierten Plattformen würde dem nicht gerecht. Zudem ist zu bedenken, dass eine Pflicht zum Unbundling bei Plattformen es gerade verhindern kann, dass Händler ihren Online-Shop in einen Marktplatz umwandeln und so für andere öffnen. Damit dürfte dann eine bedeutende Gruppe potenzieller Konkurrenten auf dem Plattform-Markt vom Markteintritt abgehalten werden. In den allermeisten Fällen kann der Wettbewerb auf der Plattform mit milderer Mitteln geschützt werden. Eine Pflicht zum Unbundling wäre dann unverhältnismäßig.

Denkt man zum gegenwärtigen Zeitpunkt über eine Regulierung vertikal integrierter Plattformen nach, so sollte daher die Suche nach Möglichkeiten zur Unterbindung einer missbräuchlichen Ausnutzung von Informationsasymmetrien mit potenziellen Verdrängungswirkungen unterhalb der Schwelle der Entflechtung im Vordergrund stehen. Die Stärkung von „Konsumentensouveränität“ kann dabei in bestimmten Fallkonstellationen ein Anknüpfungspunkt sein. So wäre es denkbar, Plattformen mit kartellrechtlich relevanter Machtstellung, die als Informationsintermediäre agieren, zu verpflichten, den Nutzern hinsichtlich der Kriterien für die „Sortierung“ von Information breitere Wahlmöglichkeiten einzuräumen. Über geeignete Abhilfen kann abschließend jedoch nur im Kontext einer konkreten Fallkonstellation entschieden werden.

5. Missbräuchliche Abwehrstrategien: Systematischer frühzeitiger Aufkauf von Start-ups als Marktabschottungsstrategie?

Im Kontext der Fusionskontrolle wird gegenwärtig diskutiert, welche wettbewerblichen Gefahren von der verbreiteten Praxis marktmächtiger Digitalkonzern ausgehen können, breitflächig junge, häufig umsatzschwache aber innovative Start-ups aufzukaufen. Insbesondere von den schon genannten großen Digitalkonzernen (Google, Amazon, Facebook, Microsoft) ist bekannt, dass sie seit Jahren regelmäßig viele kleine und mittlere Unternehmen mit neuen Geschäftsmodellen und Technologien aufkaufen.³¹⁸ Mit derartigen Aufkäufen können sehr unterschiedliche Ziele verfolgt werden: Es können erhebliche Synergien zwischen der Geschäftsidee des Start-ups und den Geschäftsbereichen des Digitalkonzerns bestehen, die durch eine Integration besser realisiert werden können. Der Digitalkonzern ist regelmäßig in der Lage, dem Start-up die personellen, finanziellen und sonstigen Mittel zur Verfügung zu stellen, die benötigt werden, um die jeweilige Innovation in wettbewerbsfähiger Weise weiter zu entwickeln. In anderen Fällen ist ein Digitalkonzern vor allem an dem mit dem Start-up übernommenen Personal und dessen besonderen Fähigkeiten interessiert. Insofern können für Start-ups von den breit angelegten Aufkaufstrategien großer Digitalkonzerne erhebliche Innovationsanreize ausgehen. Das Phänomen, dass Start-ups mit der Absicht tätig werden, sich bei erfolgreicher Innovation ihr Unternehmen zu einem hohen Preis von einem Digitalkonzern aufkaufen zu lassen, ist wohlbekannt.

Zugleich wird aber vermutet, dass Digitalkonzerne in bestimmten Fällen auch systematisch solche Start-ups aufkaufen, die längerfristig das Potential haben, ihre eigene Marktstellung bzw. ihr Geschäftsmodell zu bedrohen. In solchen Fällen wird die Geschäftstätigkeit des Start-up dann kurz- oder mittelfristig nach dem Aufkauf eingestellt oder „neutralisiert“, d.h. so in den Konzern integriert, dass sie keine wettbewerbliche Bedrohung mehr darstellt. Eine solche Strategie wird den großen Digitalkonzernen insbesondere dadurch möglich, dass sie über sehr große freie finanzielle Mittel und gleichzeitig über leistungsfähige Frühwarnsysteme verfügen, die anzeigen, wo Innovationen mit potentiellen Gefahren für die eigene Marktstellung entstehen. In den Medien wird in diesem Zusammenhang gelegentlich auch von einer „killing zone“ gesprochen, welche marktmächtige Digitalkon-

³¹⁸ Vgl. bspw. Business Insider v. 4.3.2012, The biggest tech companies in the world have bought up a lot of smaller start ups, abrufbar unter <https://www.businessinsider.de/big-tech-companies-buying-smaller-startups-2018-3?r=US&IR=T>. Für eine Webseite mit interaktiver Visualisierung der Aufkäufe der großen Tech-Firmen von 1991–2018 siehe Acquisitive Tech, <https://www.ig.com/uk/cfd-trading/research/acquisitive-tech>. Umfangreiche Listen über die Aufkäufe von Alphabet, Facebook, Amazon u.a. finden sich auch auf Wikipedia, bspw. in https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Alphabet. Vgl. auch *Petit, Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>, S. 15ff.

zerne zur frühzeitigen Abwehr etwaiger Bedrohungen errichten.³¹⁹ Ein Markteintritt in einen von einem Unternehmen beherrschten Plattformmarkt mit starken positiven Netzwerkeffekten ist regelmäßig zunächst nur über Nischenmärkte möglich. Von diesen aus kann sich ein Wettbewerber jedoch längerfristig schrittweise dem Kernmarkt eines etablierten Marktbeherrschers nähern.³²⁰ Zu den Kennzeichen der hier erörterten Aufkaufstrategien gehört es, dass die Transaktionen in der Frühphase erfolgen, in der sich das Start-up noch in einem Nischenmarkt bewegt und es regelmäßig an einer horizontalen Überlappung der Geschäftsfelder zwischen den Fusionspartnern fehlt. Zusammenschlussfälle, bei denen die Bedrohungen durch das aufgekaufte Unternehmen jedenfalls über das Konzept des potenziellen Wettbewerbs konkret nachgewiesen werden können, lassen sich mithilfe des SIEC-Tests erfassen. Wesentlich schwieriger wird es, wenn sich die Aufkaufstrategie sehr breit auf innovative Internetunternehmen bezieht, deren Innovationen und Geschäftsmodelle nach Maßgabe etablierter Marktabgrenzungskriterien noch keinen klaren Bezug zum Kernmarkt erkennen lassen, aber sich im Rahmen der schwer vorherzusehenden dynamischen Entwicklung von Technologien und Märkten zu Bedrohungen entwickeln können. Mit den etablierten Schadenstheorien und innerhalb der typischen Prognosezeiträume von etwa drei Jahren lässt sich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsgefährdung durch die Einzeltransaktion dann meist nicht mit hinreichender Sicherheit nachweisen. Zu den in diesem Kontext viel diskutierten Transaktionen gehört der Aufkauf von WhatsApp durch Facebook.³²¹

Der deutsche Gesetzgeber hat mit der 9. GWB-Novelle den Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle auf Transaktionen erstreckt, an denen ein Unternehmen beteiligt ist, das insgesamt welt-

³¹⁹ Siehe z.B. Economist v. 2.6.2018, Into the danger zone: American tech giants are making life tough for startups, abrufbar unter <https://www.economist.com/business/2018/06/02/american-tech-giants-are-making-life-tough-for-startups> sowie The Guardian v. 20.10.2017, As tech companies get richer, is it ‚game over‘ for startups?, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/technology/2017/oct/20/tech-startups-facebook-amazon-google-apple>, wo auch auf die Gefahr hingewiesen wird, dass große Tech-Firmen die neuen innovativen Leistungen klonen. In China scheint die Machtstellung der drei großen Digitalkonzerne Baidu, Alibaba und Tencent inzwischen so groß zu sein, dass ein großer Teil von neuen erfolgreichen Plattformen und IT-Firmen im Internetbereich nicht mehr unabhängig tätig sein kann, sondern sich an einen der großen Digitalkonzerne anlehnen muss. Vgl. Economist v. 2.8.2018, Feeding Frenzy: Alibaba and Tencent have become China's most formidable investors, abrufbar unter <https://www.economist.com/business/2018/08/02/alibaba-and-tencent-have-become-chinas-most-formidable-investors>. Das Verhältnis zwischen großen Tech-Firmen und Start-ups ist somit nicht nur durch Aufkäufe bestimmt, sondern kann auch durch Behinderungsstrategien geprägt sein.

³²⁰ Siehe hierzu *Petit*, Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>, S. 37 f.

³²¹ Europäische Kommission, Entscheidung v. 3.10.2014, Case M.7217, bekanntgegeben unter Az. C(2014) 7239 fin., *Facebook/Whatsapp*; hierzu *Esser/Höft*, NZKart 2017, 259, 260; *Pohlmann/Wismann*, NZKart 2016, 555, 559 ff; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 103 ff. Weitere diskutierte Fälle sind die Übernahme von DoubleClick durch Google, Europäische Kommission, Entscheidung v. 11.3.2008, Case M.4731, bekanntgegeben unter Az. K(2008) 927 und die Übernahme von Instagram durch Facebook.

weit Umsatzerlöse von mehr als 500 Mio. € hat, wenn der Wert der Gegenleistung für das zu erwerbende Unternehmen mehr als 400 Mio. € beträgt und dieses in erheblichem Umfang im Inland tätig ist (§ 35 Abs. 1a GWB). Die beschriebenen Aufkäufe bislang umsatzschwacher Unternehmen unterfallen unter den genannten Bedingungen daher nunmehr der Fusionskontrolle.³²² Unverändert schwierig bleibt es allerdings, die potenziellen Wettbewerbsgefährdungen solcher Aufkäufe mithilfe der etablierten materiellen Bewertungskriterien zu erfassen.

Denkbar scheint es, in der Anwendung des fusionskontrollrechtlichen SIEC-Tests in solchen Fällen mit breiteren Marktabgrenzungen zu arbeiten, als sie sonst im Wettbewerbsrecht üblich sind – nämlich mit Marktabgrenzungen, welche die Eigenarten disruptiver Herausforderungen zu erfassen suchen³²³ und den Bedarf der Kunden, und damit die potenziell austauschbaren Produkte, weniger anhand etablierter Produktkategorien sondern anhand breiter definierter Grundbedürfnissen definieren (s.o., B.I.).³²⁴ Dies würde bedeuten, dass potenzielle Konkurrenz nicht wie heute üblich erst bei der wettbewerblichen Würdigung einer Fusion (oder einer Verhaltensweise) zu berücksichtigen wäre,³²⁵ sondern schon stärker in die Marktabgrenzung einflösse.

Zu fragen ist aber darüber hinaus, ob der einzelne Unternehmenskauf in solchen Fällen den einzigen rechtlichen Anknüpfungspunkt für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung darstellen muss, ist es doch häufig – jedenfalls auch – die unternehmerische Gesamtstrategie einer systematischen frühzeitigen Abwehr künftiger wettbewerblicher Bedrohungen, von welcher die Wettbewerbsgefährdung ausgeht.

Ist die Gesamtstrategie ein denkbarer Anknüpfungspunkt, so kann diese auf zweierlei Weise zum Ausgangspunkt einer wettbewerbsrechtlichen Prüfung werden: Sie könnte – unter näher zu präzisierenden Bedingungen – einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen (Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB); oder es könnte den Wettbewerbsbehörden ermöglicht werden, im Rahmen der Fusionskontrolle nicht nur die einzelne Transaktion, sondern auch deren Vorgeschichte und Ein-

³²² Umstritten ist, ob der Mindestwert der Gegenleistung von 400 Mio. € zu hoch ist, um Aufkaufstrategien gegenüber innovativen Start-ups wirkungsvoll mit der Fusionskontrolle bekämpfen zu können. Skeptisch insoweit *Podszun*, Stellungnahme als Sachverständiger im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags, WUW Online, WUW1227459; diesem zust. *Esser/Höft*, NZKart 2017, 259, 260.

³²³ Zur Notwendigkeit, im digitalen Kontext mit weiteren Marktabgrenzungen zu arbeiten, siehe auch *Petit*, Technology Giants, the „Moligopoly“ Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2856502>, S. 53 ff.

³²⁴ Siehe hierzu *Christensen/Hall/Dillon/Duncan*, Competing against luck, 2016, S. 17 f.: „Theory of Jobs to Be Done“.

³²⁵ Siehe dazu Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. L 372/5 Rn. 24.

bindung in eine Gesamtstrategie zu berücksichtigen und eine Wettbewerbsgefährdung maßgeblich mit dieser zu begründen.

Die Prüfung einer potenziell missbräuchlichen Strategie des Aufkaufs möglicher künftiger Wettbewerber durch ein marktbeherrschendes Unternehmen im Rahmen des Art. 102 AEUV ist nach *Continental Can*³²⁶ rechtlich grundsätzlich möglich. Allerdings haben Kommission und Rat 1989 bei Verabschiedung der FKVO eine Erklärung zur Auslegung von Art. 22 FKVO a.F. (jetzt Art. 21 Abs. 1 FKVO) abgegeben, der zufolge die Kommission normalerweise nicht beabsichtigt, die Art. 101 und Art. 102 AEUV auf Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO anzuwenden.³²⁷

Auch ist zweifelhaft, ob das Missbrauchsverbot konzeptionell tatsächlich die richtige Grundlage für eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle solcher Aufkaufstrategien wäre, da es ein Einschreiten erst ex post ermöglicht. Die Fusionskontrolle ermöglicht es demgegenüber, Transaktionen ex ante zu überprüfen. Sie gewährleistet überdies einen zeitlichen Ablauf, der den legitimen Interessen der an der Transaktion beteiligten Unternehmen deutlich besser Rechnung trägt, als es das Missbrauchsverbot tut, das ggfs. dazu führen würde, dass einmal getätigte Transaktionen nachträglich rückgängig gemacht werden müssten.

Ein Vorteil des Missbrauchsverfahrens könnte es demgegenüber sein, dass die Wettbewerbsbehörden unabhängig von einer einzelnen Fusion (und ggfs. auch nachträglich) auf der Basis einer Untersuchung der bisherigen Aufkaufhistorie eines Digitalkonzerns und von dessen Verhalten in der Folge eine missbräuchliche Strategie identifizieren könnten.

Hält man gleichwohl die Fusionskontrolle für den systematisch und rechtspraktisch vorzugswürdigen Ort einer Prüfung, so wäre entscheidend, dem Bundeskartellamt anlässlich eines Einzelfalls die Überprüfung zu ermöglichen, ob eine wesentliche Behinderung von Wettbewerb von einer identifizierbaren Gesamtstrategie eines bereits marktbeherrschenden Unternehmens ausgeht, die in einem systematischen Aufkauf wachstumsstarker Unternehmen in einem frühen Stadium ihrer Entwicklung besteht. Von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs wäre auszugehen, wenn festgestellt werden kann, dass auch und gerade solche Unternehmen aufgekauft werden, die ein erkennbares und erhebliches Potenzial haben, mittelfristig zu Wettbewerbern zu werden. Ein Indiz für ein solches Potenzial könnte sein, dass die akquirierten Wettbewerber bei einer Orientierung an breiter gefassten Grundbedürfnissen anstelle von eng(er) gefassten Produkt- oder Dienstleistungsmärkten

³²⁶ EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. C-6/72, *Continental Can*.

³²⁷ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 24 Rn. 16 ff.

ten denselben bzw. einen vergleichbaren Bedarf von Nachfragern bedienen, wie er von dem Marktbeherrscher bedient wird. Ein entsprechender Passus könnte etwa in einen neuen Satz nach § 36 Abs. 1 S. 1 GWB eingefügt werden.

Die Möglichkeit der Berücksichtigung vorausgegangener Transaktionen ist bei der Würdigung individueller Zusammenschlussvorhaben nicht grundsätzlich neu.³²⁸ Allerdings ging es in den einschlägigen Fällen bisher stets um den kontinuierlichen Auf- bzw. Ausbau einer marktbeherrschenden Stellung in einem relevanten Markt. Die Besonderheit der hier erörterten Fälle liegt darin, dass die Transaktionen der Abwehr innovationsgetriebenen Wettbewerbsdrucks aus ganz unterschiedlichen Richtungen dienen, die zum Zeitpunkt des Aufkaufs – jedenfalls bei einer Orientierung an herkömmlichen Markt- abgrenzungen – keine erheblichen Überlappungen mit dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten aufweisen, auf denen der Digitalkonzern marktbeherrschend ist.

Durch die hier vorgeschlagene Einfügung nicht präjudiziert ist die materiell-rechtliche Prüfung im Einzelfall. Das Bundeskartellamt bliebe vor die Aufgabe gestellt, eine Aufkaufstrategie nachzuweisen, die in ihrer Gesamtwirkung geeignet ist, wirksamen Wettbewerb erheblich zu behindern und Zusammenschlüsse, die sich in eine solche Logik einfügen, von anderen Aufkäufen zu unterscheiden, welche – etwa aufgrund der vielfältig möglichen Verbund- und Effizienzeffekte – die Weiterentwicklung von Innovationen in einem Digitalkonzern ermöglichen. In der Praxis dürfte die Untersagung des Aufkaufs von innovativen Start-ups durch Digitalkonzerne daher auch bei der hier vorgeschlagenen Ergänzung des § 36 Abs. 1 GWB auf Ausnahmefälle begrenzt bleiben. In Fällen wie den mittlerweile

³²⁸ So spielte etwa bei der Untersagung der Übernahme des Tourneeveranstalters Four Artists durch CTS Eventim eine Rolle, dass CTS in den Jahren davor durch die Übernahme anderer Eventveranstalter bereits ein signifikantes Niveau an vertikaler Integration erreicht hatte: BKartA, Beschl. v. 29.3.2017, B6-35/17, *Fusionskontrolle CTS Eventim/Four Artists*, Rn. 251 ff. Dezidiert auch BKartA, Beschl. v. 31.3.2015, B2-96/14, *Fusionskontrolle Edeka/Tengelmann*, Rn. 750 f.: „Vor dem Hintergrund des anhaltenden Konzentrationsprozesses im Lebensmitteleinzelhandel in Deutschland können die Wirkungen des hier geprüften Zusammenschlusses [...] nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr sind bei der Analyse der Auswirkungen eines Zusammenschlusses (neben dem bereits bestehenden Konzentrationsgrad) auch über den Einzelfall hinausreichende allgemeine Strategien und besondere Umstände, die dem Einzelfall eine besondere Wettbewerbswirkung verleihen, zu berücksichtigen. [...] Jeder Zusammenschluss mag für sich genommen [...] quantitativ nur geringe Veränderungen der Wettbewerbsposition der Edeka [...] verursachen. In ihrer Gesamtheit jedoch reicht die Bedeutung dieser Strukturveränderungen über den Einzelfall hinaus und verändert die Marktstruktur spürbar.“ Ferner BGH, Beschl. v. 11.11.2008, KVR 60/07, *E.on/Stadtwerke Eschwege*, Rn. 63 (juris): „Schließlich durfte das Beschwerdegericht auch [...] berücksichtigen, dass diese Unternehmen seit Jahren die Geschäftsstrategie verfolgen, mittels Minderheitsbeteiligungen [...] ihre Absatzwege langfristig zu sichern. [Damit] wird [...] nicht die Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls verlassen. Es werden vielmehr Umstände mitberücksichtigt, die dem einzelnen Zusammenschluss eine besondere, über den Einzelfall hinausgehende Wettbewerbswirkung beilegen.“

überwiegend kritisch diskutierten Aufkäufen von WhatsApp oder Instagram durch Facebook oder von DoubleClick durch Google könnte sie gleichwohl ein Einschreiten erleichtern.

6. Schlussfolgerungen zum Missbrauch von Marktmacht durch Plattformen

Die weite und entwicklungs offene Generalklausel des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots in Art. 102 AEUV und in § 19 Abs. 1 GWB erlaubt es grundsätzlich, sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu erfassen, bei denen leistungswettbewerbswidrige Mittel eingesetzt werden, um Wettbewerber zu behindern. Die im europäischen wie auch im deutschen Recht anerkannte „besondere Verantwortung“ marktbeherrschender Unternehmen bedeutet weitergehend, dass marktbeherrschenden Unternehmen auch der Einsatz solcher Verhaltensweisen verboten sein kann, die anderen Unternehmen erlaubt sind, wenn sie mit einer unverhältnismäßigen Verdrängungswirkung verbunden sind, die auf der besonderen Machtstellung des Unternehmens beruht. Der große Vorteil dieser weiten Generalklausel ist ihre Flexibilität. Mit ihrer Hilfe können grundsätzlich auch neue unternehmerische Strategien in einem veränderten wirtschaftlichen Umfeld erfasst werden. Die Herausforderung für Gerichte und Behörden liegt in solchen Fällen nicht primär in der tatbestandlichen Begrenzung des Missbrauchsverbots, sondern darin, die neuen unternehmerischen Strategien in ihren Zielsetzungen und Wirkungen richtig einzuordnen und zu verstehen. Die gegenwärtigen Schwierigkeiten in der Durchsetzung des Missbrauchsverbots haben ihre Ursache häufig darin, dass wir im Verständnis dieser neuen Strategien und ihrer voraussichtlichen Wirkungen in einem erheblich veränderten Marktumfeld noch am Anfang stehen.

Dies spricht grundsätzlich für Zurückhaltung bei der Schaffung neuer Regelbeispiele für Missbräuche kartellrechtlich relevanter Machtstellungen. Zwar können Regelbeispiele die Rechtsunsicherheit für Unternehmen verringern, wie sie aus dem Rückgriff auf die Generalklausel entstehen. Solange es an hinreichender Erfahrung mit einschlägigen Fallkonstellationen fehlt, geht die gesetzliche Verankerung eines Regelbeispiels allerdings mit einem ganz erheblichen Risiko einher, das Ziel, konkrete und zugleich belastbare Kriterien für die Abgrenzung zwischen pro- und antikompetitivem Verhalten zu finden, zu verfehlen. Gerät der Beispielstatbestand dann zu weit, so droht eine Behinderung des Wettbewerbs durch das Missbrauchsverbot selbst. Gerät er zu eng, so ist ein Rückgriff auf die Generalklausel für Behörden und Gerichte erschwert, da der Beispielstatbestand nunmehr als Ausdruck einer gesetzgeberischen Wertung zur Eingrenzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens gilt. Dass die deutschen Gerichte die Generalklausel des Behinderungsmissbrauchs derzeit systematisch zu eng auslegen – ein Gesichtspunkt, welcher die Schaffung eines neuen Regelbeispiels rechtfertigen könnte – ist derzeit nicht ersichtlich.

Ist vor diesem Hintergrund Vorsicht bei der Einführung rein deklaratorischer Regelbeispiele angeraten, so scheint ein materiell-rechtlicher Rechtsänderungsbedarf zu bestehen, um ein effektiveres Einschreiten gegen den systematischen frühen Aufkauf von Start-ups durch große Digitalunternehmen dann zu ermöglichen, wenn sich der Aufkauf als Ausdruck einer Strategie zur Abwehr von heranwachsenden wettbewerblichen Bedrohungen erweist. Dem Gesetzgeber ist daher zu empfehlen, das Bundeskartellamt zur Untersagung von Zusammenschlüssen zu ermächtigen, die als Teil einer Gesamtstrategie eines marktbeherrschenden Unternehmens sind, Märkte abzuschotten und/oder Innovationsdruck zu schwächen.

VI. Datenbezogene Missbrauchsstrategien – die kartellrechtliche Begründung von Datenzugangspflichten

Die wachsende Menge und unternehmerische Bedeutung von Daten zählt zu den grundlegenden Veränderungen in der digitalen Ökonomie (s.o., B.I.). Der exklusive Zugriff auf Daten kann damit zu einem zentralen strategischen Vorteil werden und ist bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens nicht nur, aber „insbesondere“ bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken zu berücksichtigen (§ 18a Abs. 3a GWB) (s.o., C.IV.4.).

Ein exklusiver oder bevorzugter Datenzugriff kann zugleich zum Ausgangspunkt von Missbrauchsstrategien von Unternehmen mit kartellrechtlich relevanter Marktstellung werden.

Eine mögliche Form eines Behinderungsmissbrauchs – nämlich die Nutzung der auf einer digitalen Plattform generierten wettbewerbssensiblen Nutzungsdaten, um der selbst als Anbieter auf der Plattform tätigen Tochtergesellschaft bzw. Unternehmensabteilung Vorteile im Wettbewerb zu verschaffen – ist bereits unter V.4.d) diskutiert worden.

Dieser Abschnitt soll sich demgegenüber primär mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen die Verweigerung des Zugangs zu Daten missbräuchlich sein kann.

1. Datenzugang – ökonomische Einordnung

Datenzugang kann in der digitalen Ökonomie über Innovations- und Wettbewerbschancen entscheiden. Zählt die Art und Weise, in der Daten über die gesamte Wertschöpfungskette hinweg nutzbar gemacht werden – von der Entwicklung innovativer Produkte und Dienste über den Bereich der Logistik bis hin zu Marketing und Vertrieb – künftig zu den wesentlichen Treibern der wirtschaftlichen Entwicklung, so können die Möglichkeiten des Datenzugangs auch über die Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft (mit-)entscheiden. Aus diesem Grund, und da Daten nicht rival in der Nutzung sind, wird zum Teil vertreten, dass vorhandene Daten möglichst viel genutzt werden sollten. Die För-

derung eines „data sharing“ und – wo dies scheitert – ggfs. die zwangsweise Gewährung des Zugangs zu Daten, die sich in der Kontrolle einzelner Unternehmen befinden, kann im Vergleich zu einem Umfeld, in dem Daten exklusiv gehalten werden, zu mehr Wettbewerb, höherer Effizienz und mehr Innovation führen. Dies ist auch der Ausgangspunkt der EU-Kommission in ihrer Mitteilung "Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft".³²⁹

Versuche, die Frage des Datenzugangs losgelöst von den sehr unterschiedlichen Fallkonstellationen zu diskutieren, in denen sie praktisch werden können, erweisen sich aber schnell als fehlgeleitet. Welchen Einfluss Datenzugangsrechte auf die Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit von Unternehmen haben, hängt zunächst davon ab, ob diese Unternehmen zur Realisierung der konkret verfolgten unternehmerischen Pläne tatsächlich auf Datenzugangsrechte angewiesen sind.³³⁰ Bestimmte Datensets können parallel in vielfältiger Weise generiert werden – so etwa Standortdaten von Nutzern. Andere Datensets sind über den Markt erhältlich. Mitunter ist mit Blick auf die konkrete unternehmerische Zielsetzung gar nicht der Zugang zum Ausgangs-Datenset erforderlich, sondern es kann der Zugang zu Datenanalyse-Ergebnissen genügen.³³¹ Andere Daten können einer exklusiven Kontrolle unterliegen.³³² Schließlich können bestimmte Datensets allein wegen ihrer Größe und ihres Umfangs nicht durch andere Datensets substituierbar sein. Ob bzw. in welchem Maße Unternehmen auf den Zugang zu bestimmten Daten angewiesen sind, lässt sich daher nur im Einzelfall beurteilen.

Rechtlich erheblich ist daneben die Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten. Was personenbezogene Daten betrifft, so weist die DSGVO „betroffenen Personen“ weitreichende Kontrollrechte zu: Die Erhebung der Daten als auch jede Form der Datenverarbeitung bedarf einer Erlaubnis. Eine zentrale Rolle kommt dabei der Einwilligung der Betroffenen zu. In Art. 20 hat die DSGVO ferner ein Recht auf Datenportabilität geschaffen, welches es den Betroffenen ermöglicht, Unternehmen im eigenen Interesse Zugang zu „ihren“ Datensätzen zu gewähren.

³²⁹ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin. Vgl. für Beiträge zur Ökonomie von Daten OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being*, 2015; Kerber, GRURInt 2016, 989; Duch-Brown/Martens/Mueller-Langer, *The Economics of Ownership, Access and Trade in Digital Data*, JRC Digital Economy Working Paper 2017-01, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2914144>; Schweitzer/Peitz, *Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?*, ZEW Discussion Paper No. 17-043, 2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>; Kerber, *Rights on Data: The EU Communication „Building a European Data Economy“ from an Economic Perspective*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, 2017, S. 109 ff.; Dewenter/Lüth, *Datenhandel und Plattformen*, 2018, abrufbar unter http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenplattformen_und_Datenhandel.pdf.

³³⁰ Dazu Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275.

³³¹ Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275.

³³² Ein Beispiel können Maschinendaten sein – aus Sicht derjenigen, die im Bereich der Maschinenwartung tätig sind.

Mithilfe dieses Zugangsverschaffungsrechts können bestimmte „Daten-Bottlenecks“ unter Umständen vermieden werden.³³³

Hinsichtlich nicht-personenbezogener Daten weist das deutsche Zivilrecht bislang weder Verfügungsrechte noch schuldrechtliche Zugangsansprüche zu. Ob es eine solche Zuweisung geben sollte, ist Gegenstand einer auf deutscher und europäischer Ebene intensiv geführten Debatte über Rechte an Daten geworden, die sich mittlerweile auf eine Debatte über Zugangsrechten zu Daten verlagert hat (dazu unten, VI.2.-4.).

In der Debatte um Zugangsrechte sind (jedenfalls) drei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Die Frage nach Zugangsrechten stellt sich erstens in Konstellationen, in denen innerhalb eines potenziell komplexen „Ökosystems“ von vernetzten Produkten, Daten und Dienstleistungen (z.B. „smart home“, „smart agriculture“, „smart manufacturing“) mehrere Stakeholder in der ein oder anderen Weise an der Generierung der Daten beteiligt sind. In dieser Fallgruppe können starke Argumente für zivilrechtliche Nutzungsrechte bestehen, die im Lichte des Wettbewerbsschutzes ggfs. auch kartellrechtlich abzusichern sind. Ansprüche auf Zugang zu Daten, die von einem anderen Unternehmen exklusiv kontrolliert werden, können zweitens aber auch von Unternehmen geltend gemacht werden, die selbst nicht an der Datengenerierung beteiligt waren, jedoch den Zugang zu exakt diesen Daten – etwa Nutzungsdaten einer bestimmten Maschine – benötigen, um ihrerseits Leistungen mit erheblichem Wertschöpfungspotenzial anzubieten. Schließlich kann es drittens Fälle geben, in denen Unternehmen Zugang zu besonders großen Datenmengen benötigen, um über ihre Auswertung mehr über die Präferenzen einer bestimmten Nutzergruppe zu erfahren bzw. um Algorithmen an diesen Datensets zu trainieren, damit diese auf einem bestimmten Dienstleistungs- oder Produktmarkt wettbewerbsfähig sind.

In all diesen Fallgruppen sind die Auswirkungen etwaiger Datenzugangsrechte auf die Anreize zur Datenproduktion zu berücksichtigen (siehe dazu bereits B.I.). Der empirische Befund eines exponentiellen Wachstums in der Produktion von Daten, indiziert noch nicht, dass genügend Anreize zur Produktion von Daten auch dann vorhanden wären, wenn Zugangsrechte bestünden. Die Anreize für die Produktion von Daten können für unterschiedliche Arten von Daten sehr unterschiedlich sein. Sie hängen unter anderem davon ab, wie hoch die Kosten für die Produktion der Daten im Einzelfall sind. Entgegen einer verbreiteten Darstellung, dass Daten in Zeiten von „Big Data“ regelmäßig als (scheinbar kostenloses) Nebenprodukt anderer Aktivitäten anfallen, können für die Generierung bestimmter

³³³ Die Reichweite des Rechts auf Datenportabilität muss sich in der Praxis allerdings erst erweisen.

Datensets durchaus erhebliche Kosten anfallen. Die Produktion solcher Datensets lohnt sich nur dann, wenn aus ihrer direkten oder indirekten Verwertung (evtl. hohe) Einnahmen erzielt werden können. Zugangsrechte, die dies nicht berücksichtigen, können damit sehr wohl zu Anreizproblemen führen.³³⁴

Ökonomisch erscheint es daher sinnvoll, bei der rechtlichen Konstruktion bzw. Auslegung von Zugangsrechten die mit der Datenproduktion verbundenen Kosten und Risiken zu berücksichtigen. Wo die Einräumung von Zugangsrechten die Anreize zur Produktion von Daten nicht berührt, können die ökonomischen Vorteile einer mehrfachen Nutzung dieser Daten die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung über diesen Daten überwiegen.

2. Datenzugangsansprüche auf der Grundlage der „essential facilities“-Doktrin

Die Diskussion darüber, unter welchen Voraussetzungen Wettbewerber Zugang zu von anderen Unternehmen kontrollierten Datensets erlangen können, hat sich bislang überwiegend auf die „essential facilities“-Doktrin (EFD) konzentriert.

a) Allgemeine Grundsätze

Die EFD beschreibt einen Sonderfall der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Verhältnis zu Wettbewerbern auf einem angrenzenden Markt.³³⁵ Der Marktbeherrscher behält sich durch die Geschäftsverweigerung eine nicht-duplizierbare Ressource vor, die für den Marktzutritt bzw. die wettbewerbliche Präsenz auf einem vor- oder nachgelagerten Markt unverzichtbar ist, und schaltet so jeglichen effektiven Wettbewerb auf angrenzenden Marktstufen aus. Abhilfe für den Wettbewerbsverstoß ist in solchen Fällen die Gewährung eines Zugangsanspruchs. Dieser steht in Spannung zu dem Grundsatz, dass auch dem marktbeherrschenden Unternehmen die Nutzung der unternehmenseigenen Ressourcen nach eigenem Ermessen freigestellt ist. Zugangsansprüche, die notwendig Regelungen auch über Art, Umfang und Preis des Zugangs umfassen, stehen ferner an der Grenze zur Regulierung. Die EFD gilt daher als Grenzfall dessen, was eine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht leisten kann,³³⁶ und wird grds. eng ausgelegt.

³³⁴ Vgl. Kerber, Rights on Data: The EU Communication „Building a European Data Economy“ from an Economic Perspective, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, 2017, S. 117ff.

³³⁵ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 Rn. 66.

³³⁶ Siehe etwa Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge v. 28.5.1998, Rs. C-7/97, Bronner, Rn. 56-58; Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004), insb. Abschnitt IV.; dazu auch Petit, Journal of Network Industries 2004, 347, 349 ff.

Die EFD wurde von der EU-Kommission mit den Entscheidungen *Sealink I*, *Sealink II* und *Hafen von Rødby*³³⁷ zunächst auf wesentliche Infrastruktureinrichtungen, namentlich Häfen, angewandt.³³⁸ Die positiv-rechtliche Normierung der EFD im GWB knüpft hieran an. Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden [...]“.

Im Rahmen von Art. 102 AEUV wurde der Anwendungsbereich der EFD später auf Ansprüche auf Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums erstreckt.³³⁹ Missbräuche, die sich aus einer Zugangsverweigerung zu Rechten des geistigen Eigentums ergeben, fallen nach deutschem Recht unter die Generalklausel in § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.³⁴⁰ Der auf den Zugang zu Infrastruktureinrichtung bezogene § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist auf diese Fälle nicht anwendbar.³⁴¹ Dasselbe muss für Zugangsansprüche zu Daten gelten.

b) Zur Unerlässlichkeit des Datenzugriffs für eine Tätigkeit auf einem angrenzenden Markt

Eine wettbewerbsbehördliche oder gerichtliche Entscheidung, in der ein marktbeherrschendes Unternehmen auf der Grundlage der EFD dazu verurteilt worden wäre, anderen Unternehmen Zugang zu bis dahin exklusiv genutzten Daten einzuräumen, gibt es bislang nicht.³⁴² Insoweit es um Datensätze geht, die nicht anderweitig verfügbar und für die Tätigkeit auf einem angrenzenden Markt unerlässlich sind, die Verweigerung des Zugangs daher geeignet ist, wirksamen Wettbewerb auf dem angrenzenden Markt auszuschließen, ist eine Anwendung der EFD auf Daten allerdings grundsätzlich

³³⁷ Europäische Kommission, Entscheidung v. 11.6.1992, COMP/34174, *Sealink/B&I – Holyhead*; Entscheidung v. 21. 12. 1993, ABl. 1994 Nr. L 15/8, *Sea Containers/Stena Sealink*; Entscheidung v. 21. 12. 1993, ABl. 1994 Nr. L 55/52, *Hafen von Rødby*.

³³⁸ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 19 Rn. 67.

³³⁹ Siehe EuGH, Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-241/91P, *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, *IMS Health*; unter Unterstellung der Existenz von Schutzrechten auch EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft*.

³⁴⁰ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, *Standard-Spundfass*, Rn. 30 ff. (juris); *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 165.

³⁴¹ Begr. (Gegenäußerung der BReg), BT-Drs. 13/9720, S. 79 f.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 GWB Rn. 318; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 19 GWB Rn. 441.

³⁴² *Drexel*, Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2862975>, S. 44. Siehe aber für eine sektorspezifische Regelung §29 Abs. 2 PostG, demzufolge Wettbewerber gegen Entgelt „Zugang zu den bei einem marktbeherrschenden Lizenznehmer vorhandenen Informationen über Adressänderungen“ erhalten müssen.

denkbar. Wendet man die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien der EFD auch auf den Zugang zu Daten an, so wäre Voraussetzung für einen Zugangsanspruch, dass es für die von einem Wettbewerber nachgefragten Daten mit Blick auf die konkret geplante wirtschaftliche Verwendung keine Substitute gibt: Weder dürften dieselben Daten anderweitig verfügbar sein, noch dürfte es andere Datensätze geben, mit denen derselbe wirtschaftliche Zweck realisiert werden könnte, noch dürfte es schließlich möglich sein, das fragliche Produkt oder die Dienstleistung auf einem benachbarten Markt anzubieten, ohne auf die Daten selbst zuzugreifen. Ließe sich der Zugriff auf die „Roh“-Daten etwa durch den Zugriff auf am Markt verfügbare Datenanalyse-Ergebnisse ersetzen, so wäre die Anwendung der EFD ausgeschlossen.

Diese Voraussetzungen werden in vielen Fällen schwer nachzuweisen sein.³⁴³ Im Einzelfall zu prüfen ist auch, ob die Wettbewerber auf den Datenzugriff beim (möglichen) Marktbeherrscher tatsächlich angewiesen sind, oder ob die fraglichen Produkte oder Dienste nicht mithilfe alternativer Datensets und Datenquellen angeboten werden können. So mag etwa für zahlreiche Produkte oder Dienste ein Zugriff auf Standortdaten der Nutzer erforderlich sein. Derartige Daten lassen sich aber auf vielen Wegen beschaffen.³⁴⁴ Anbieter personalisierter Produkte oder Dienste können ggfs. selbst an den eigenen Kundenkreis mit der Bitte um Datenübermittlung herantreten und die so generierten Datensätze mit Datenanalyse-Ergebnissen kombinieren. Ähnliches gilt für vielfältige Arten von Informationen über Nutzerpräferenzen. Gerade bei personenbezogenen Daten ist – auch unter Einbeziehungen der Grundwertungen des Datenschutzrechts – die Instanz, die zur Entscheidung über einen Datenzugriff berufen ist, grundsätzlich die betroffene Person selbst. Das marktbeherrschende Unternehmen könnte sich gegenüber dem Anspruch eines Wettbewerbers auf Zugang zu personenbezo-

³⁴³ Für einen zurückhaltenden Gebrauch der EFD u.a.: *Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data*, 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 18; *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, ZEW Discussion Paper No. 17-043, 2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>, S. 81 f.; *dies.*, NJW 2018, 275, 279; *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2862975>, S. 46 ff.; *Körber*, NZKart 2016, 303, 308 f.; *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363, 365 f.; *Geradin/Kuschewsky*, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue, 2013, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2216088>, S. 13 ff.; *Weber*, ZWeR 2014, 169, 181.

³⁴⁴ Siehe dazu unter anderem *Duch-Brown/Martens/Mueller-Langer*, The Economics of Ownership, Access and Trade in Digital Data, JRC Digital Economy Working Paper 2017-01, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2914144>, S. 21: „Indispensability remains hard to prove in a world of ubiquitous and substitutable data.“

genen Daten häufig auf das entgegenstehende Datenschutzrecht berufen.³⁴⁵ Dieses Hindernis ließe sich durch den marktbeherrschenden Datenbesitzer allenfalls durch eine außerordentlich umfangreiche und datenschutzrechtlich ihrerseits nicht unproblematische Einholung von Einwilligungserklärungen der Nutzer ausräumen.³⁴⁶

Als Fallkonstellationen, in denen ein anderweitiger Zugang zu wettbewerblich relevanten Datensets ausgeschlossen und der Zugang zur Erbringung bestimmter Dienste unerlässlich ist, kommen – wie bereits geschildert – vor allem in Betracht: (1) Daten, deren Informationsgehalt bei einem Unternehmen exklusiv anfällt, etwa weil die Information erst im Betriebsablauf des Unternehmens generiert wird; und (2) der Zugriff auf besonders große und deswegen nicht replizierbare Datensets in Betracht, wie sie etwa im Kontext der KI benötigt werden.

aa) Daten, deren Informationsgehalt bei einem Unternehmen exklusiv anfällt

Rohdaten können je nach Nutzerinteresse einen unterschiedlichen Informationsgehalt haben. Auch die Frage nach der exklusiven Kontrolle über den Informationsgehalt lässt sich daher nur unter Einbeziehung des Nutzerinteresses beantworten. Beispiele für Daten, deren Informationsgehalt aus Sicht eines (potenziellen) Anbieters einschlägiger Komplementärdienste exklusiv bei einem Unternehmen anfällt, sind (Echtzeit-)Fahrplandaten eines ÖPNV-Anbieters³⁴⁷ oder (personenbezogene wie nicht personenbezogene) Maschinen- oder Dienstenutzungsdaten. Die Zahl und Bedeutung smarter und vernetzter Produkte und Dienstleistungen wächst. Insoweit die Entwicklung und das Angebot komplementärer Produkte oder Dienste vom Zugriff auf die konkret in der Nutzung des fraglichen (Haupt-)Produkts erzeugten Nutzungsdaten abhängt, scheint ein Anspruch von Wettbewerbern auf den jeweiligen Komplementärmärkten gegen einen Hersteller des Hauptprodukts nahezuliegen, der sich den exklusiven Datenzugriff vorbehält.

Auch in solchen Fällen ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, ob der Hersteller des Hauptprodukts tatsächlich die einzige Quelle für einen Datenzugriff ist. Insoweit es sich um personenbezogene Daten handelt, ist bei dieser Prüfung auch die Möglichkeit von Unternehmen einzubeziehen, Zugriff auf

³⁴⁵ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 18; Körber, NZKart 2016, 303, 309.

³⁴⁶ Für die Frage, ob eine Verpflichtung des Marktbeherrschers als Anspruchsgegner zur Einholung einer solchen Einwilligung besteht, ist die Rspr. des BGH in der Sache *Fährhafen Puttgarden* zu beachten: BGH, Beschl. v. 11. 12. 2012, KVR 7/12 = WuW/E DE-R 3821, *Fährhafen Puttgarden*.

³⁴⁷ Beispiel nach Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, ZEW Discussion Paper No. 17-043, 2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>, S. 82.

Datensets betreffend die Nutzungsprofile einzelner Kunden über das den Betroffenen in Art. 20 DSGVO eingeräumte Recht auf Datenportabilität zu erlangen.³⁴⁸ Das Recht auf Datenportabilität umfasst auch das Recht, vom bisherigen Verantwortlichen (d.h. etwa dem Produkthersteller, der die Nutzungsdaten sammelt) die Übermittlung an einen anderen Verantwortlichen (etwa den womöglich konkurrierenden Anbieter einer Komplementärdienstleistung) zu verlangen (Art. 20 Abs. 2 DSGVO). Ist diese Form des Datenzugriffs mit Blick auf die von dem Anspruchsteller verfolgte wirtschaftliche Zielsetzung eine Option, so fehlt es im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen an der Unerlässlichkeit der Datenzugangsgewährung. Der Datenzugriff hat dann nach den Wertungen der DSGVO über die betroffene Person zu erfolgen. In bestimmten Fallkonstellationen kann für die Realisierung einer Geschäftsidee allerdings gerade der breite, nutzerübergreifende Datenzugriff erforderlich sein. In solchen Fällen kommt die Anwendung der EFD grundsätzlich in Betracht, sofern sie nicht an den Anforderungen des Datenschutzrechts scheitert.

Geht es um den Zugang zu nicht personenbezogenen Daten, so fehlt bislang ein Recht des Nutzers eines Produkts bzw. eines Dienstes auf Datenportabilität. Behält sich der Hersteller des (Haupt-)Produkts die exklusive Datenkontrolle vor, und hält eine solche Regelung der AGB-Kontrolle stand, so kann sich ein Anspruch von Wettbewerbern auf Datenzugriff gegen den Hersteller nach Maßgabe der EFD tatsächlich als einzige Möglichkeit darstellen, Wettbewerb auf angrenzenden Märkten zu ermöglichen. Solche Fallkonstellationen ähneln den Fällen, in denen unabhängige Kfz-Werkstätten Ansprüche auf Zugang zu dem Diagnose- und Informationssystem eines Autoherstellers geltend machen. Die Zugangsverweigerung durch den Autohersteller wird in solchen Fällen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert.³⁴⁹

³⁴⁸ Siehe Art. 20 Abs. 1 DSGVO: „Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, die die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln ...“

³⁴⁹ Siehe BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 108 ff.: Jeder Autohersteller ist auf dem Markt für das eigene Diagnose- und Informationssystem marktbeherrschend – Substitute existieren nicht. Die Verweigerung des Zugangs stellt eine unbillige Behinderung dar, da sie unabhängige Akteure vom Markt verdrängen würde. Vgl. hierzu auch den regulierten Zugang zu „Reparatur- und Wartungsinformationen“, der in der Kfz-Typenzulassungs-VO (Art. 6 VO (EG) Nr. 715/2007 v. 20.6.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABl. 2007 L 171/1) geregelt ist (siehe unten C.VI.4.).

bb) Zugang zu besonders großen Datensets, insbesondere im Kontext der KI

Fallkonstellationen, in denen ein Zugriff von Wettbewerbern auf besonders große Sets von personenbezogenen und/oder nicht personenbezogenen Daten wettbewerblich erwünscht ist, sind insbesondere im Kontext der Weiterentwicklung von Künstlicher Intelligenz (KI) denkbar. In dem Maße, in dem der Einsatz selbstlernender Algorithmen künftig in ganz vielen Feldern wirtschaftlicher Tätigkeit zu einem entscheidenden Wettbewerbsfaktor wird und der Zugriff auf große Mengen von Feedbackdaten eine faktisch automatische Innovation und Anpassung an sich verändernde Präferenzen erlaubt, kann ein exklusiver Zugriff eines Unternehmens auf solche Daten geeignet sein, andere Unternehmen vom Markt zu verdrängen. Auch ein Marktzutritt wäre dann womöglich ohne einen solchen Datenzugriff nicht mehr möglich.

In einer solchen Situation kann wettbewerbspolitisch viel für einen Datenzugangsanspruch sprechen. Die EFD ist als Grundlage für solche Zugangsansprüche allerdings oftmals nicht gut geeignet. Was für die Missbrauchsaufsicht insgesamt gilt, gilt auch in besonderem Maße für die EFD: Sie ist in hohem Maße einzelfallabhängig und mit einem aufwändigen, potenziell langwierigen Verfahren verbunden. Sollten Vorteile der KI künftig vor allem mithilfe von Zugangsansprüchen zu möglichst breiten Datensets realisiert werden können, so scheint hierfür wohl eine breiter angelegte, regulatorische Lösung überlegenswert. Eine solche müsste dann Gesichtspunkte wie die Schaffung von Datenpools und die Anonymisierung von Daten mit einbeziehen und für Fälle der fehlenden Anonymisierung ggfs. eine näher eingegrenzte gesetzliche Erlaubnis zur Datenverarbeitung schaffen.

c) Nachweis eines „neuen Produkts“

In Fällen, in denen Unternehmen auf der Grundlage der EFD eine (Zwangs-)Lizenz zur Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums begehren, hat der EuGH die Gewährung eines Zugangsanspruchs an eine zusätzliche Voraussetzung geknüpft: Es ist der Nachweis zu erbringen, dass durch die Zugangsverweigerung ein „neues“ Produkt verhindert würde.

Ob der für Ansprüche auf Lizenzen für die Nutzung von Immaterialgüterrechten geforderte Nachweis des beabsichtigten Angebots eines neuen Produkts auch bei der Geltendmachung von Datenzugangsansprüchen zu erbringen ist, ist bislang ungeklärt.³⁵⁰ Daten genießen als solche keinen immaterialgüterrechtlichen Schutz. Es fehlt also – anders als bei urheberrechtlich geschützten Werken, Pa-

³⁵⁰ *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2862975>, S. 51 f.; *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363, 366.

tenten etc. – an einer positiven gesetzlichen Entscheidung dahingehend, dass ein Ausschließlichkeitsrecht im Interesse des Schutzes von Innovationsanreizen bzw. der Förderung dynamischen Wettbewerbs gerechtfertigt ist. Ein Grund, warum der Gesetzgeber es bislang nicht für nötig erachtet hat, eigentumsähnliche Rechtspositionen an Daten zu begründen, kann allerdings auch der Umstand sein, dass der faktische Datenbesitz bislang de facto eine starke Kontrollposition – und damit zugleich hinreichende Investitionsanreize – vermittelt hat.³⁵¹

Nach der Entscheidung des EuG in *Microsoft*³⁵² gehen von dem Erfordernis eines „neuen Produkts“ allerdings auch in Fällen, in denen Wettbewerber mit dem Inhaber der „wesentlichen Einrichtung“ im selben Produktmarkt konkurrieren, keine unüberwindlichen Hürden für die Anwendung der EFD mehr aus. Das EuG hat hier das Kriterium des „neuen Produkts“ als eine Erscheinungsform eines Missbrauchs gemäß Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV interpretiert, der in der „Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“ besteht. Das Auftreten eines neuen Produkts könne „nicht der einzige Parameter sein, anhand dessen geklärt werden kann, ob eine Weigerung, für ein Recht des geistigen Eigentums eine Lizenz zu erteilen, den Verbrauchern im Sinne von [Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV] schaden kann“.³⁵³ Ein Behinderungsmissbrauch könne auch schon dann vorliegen, wenn die Zugangsverweigerung die Entwicklung von Produkten „mit innovativen Merkmalen“ verhindere, die für Verbraucher von großer Bedeutung sind.³⁵⁴ Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV erlaubt es damit grundsätzlich, bei der Entscheidung über den Zugang zu Daten zwischen Fallkonstellationen zu differenzieren, in denen die Zugangsgewährung Innovationsanreize erheblich beeinträchtigen würde, weil hohe Investitionen in die Datenproduktion geflossen sind, und anderen Fallkonstellationen, in denen Daten praktisch kostenlos nebenbei generiert wurden (s.o.).

³⁵¹ Siehe *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, ZEW Discussion Paper No. 17-043, 2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>, S. 58-73; *Kerber*, Rights on Data: The EU Communication „Building a European Data Economy“ from an Economic Perspective, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy*, 2017, S. 130.

³⁵² EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft (Arbeitsgruppenserver)*.

³⁵³ EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft (Arbeitsgruppenserver)*, Rn. 647.

³⁵⁴ Bei Arbeitsgruppenservern etwa „Zuverlässigkeit/Verfügbarkeit des Systems“ und „in das Server-Betriebssystem integrierte Sicherheit“, EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, *Microsoft (Arbeitsgruppenserver)*, Rn. 652 f. Hierzu auch *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. A. 2014, § 19 Rn. 92.

d) Sachliche Rechtfertigung

Ein Zugangsanspruch auf der Grundlage der EFD kommt nur in Betracht, wenn die Zugangsverweigerung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.³⁵⁵ Zur sachlichen Rechtfertigung der Zugangsverweigerung genügt nicht der Hinweis darauf, dass Daten – auch ohne eigentumsrechtlichen Schutz – ökonomisch zu dem einem Unternehmen zugeordneten Vermögensbestand gehören können. Dieser Umstand fließt bereits in die Interessenabwägung ein, wie sie der EFD stets zugrunde liegt.

Eine kartellrechtliche Gewährung von Datenzugangsansprüchen ist aber ausgeschlossen, wenn sie mit dem Datenschutzrecht unvereinbar ist. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen in einem Fall, in dem die kartellrechtlichen Voraussetzungen eines Zugangsanspruchs eigentlich vorliegen, eine Erlaubnis zur Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Betracht kommen kann, sind bislang ungeklärt.

Eine wichtige Grenze für alle kartellrechtlichen Datenzugangsansprüche kann sich auch aus einer Kollusionsgefahr ergeben: Enthalten die Datensätze wettbewerblich sensible Information, oder lassen sich aus ihnen Rückschlüsse auf wettbewerblich sensible Umstände ziehen, so kommt ein Zugangsanspruch nicht in Betracht. Ansprüche auf Datenzugang müssen stets die Grenzen wahren, welche das Kartellrecht einem Informationsaustausch zieht.³⁵⁶ Von einem Datenzugangsanspruch muss außerdem der Zugang zu Geschäftsgeheimnissen ausgenommen werden.

e) Fazit zur EFD

Ist der Zugriff auf nicht duplizierbare Datensätze im Besitz eines auf dem relevanten Datenmarkt beherrschenden Unternehmens unerlässlich, um in einem angrenzenden Markt in wirksamen Wettbewerb einzutreten, so kommt ein Zugangsanspruch auf der Grundlage der EFD bereits heute gemäß Art. 102 AEUV und gemäß § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB in Betracht. Eine Anpassung der in § 19 Abs. 2 GWB normierten Regelbeispiele – insbesondere eine Erstreckung der in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB für Zugangsansprüche zu Netzen und Infrastrukturen auf den Datenzugang – ist nicht erforderlich. An den Grenzen, die der Begründung von Datenzugriffsrechten auf der Grundlage der EFD gezogen sind, würde sie nichts ändern. Insbesondere die Unerlässlichkeit des Datenzugriffs für eine effektive wettbewerbliche Betätigung auf angrenzenden Märkten wäre weiterhin

³⁵⁵ Statt vieler *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, ZEW Discussion Paper No. 17-043, 2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>, S. 81.

³⁵⁶ Siehe dazu: Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rn. 55 ff.

nachzuweisen. Vorteile einer Erstreckung des Regelbeispiels des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB auf Daten gegenüber einer etwaigen Begründung von Datenzugriffsrechten auf der Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB sind daher nicht ersichtlich.

Der Datenzugang würde nur dann erleichtert, wenn im Zuge der Schaffung eines neuen Regelbeispiels die Anforderungen abgesenkt würden, die nach der EFD in ihrer herkömmlichen Form an die Begründung eines Anspruchs auf Datenzugang zu stellen sind – etwa mit Blick auf das Unerlässlichkeitskriterium oder das Kriterium des „neuen Produkts“.

Aus ökonomischer Sicht kann es – jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen – Gründe für eine solche Absenkung geben. So ist die EFD ursprünglich mit Blick auf den Zugang zu physischen Infrastruktureinrichtungen entwickelt worden, die mit hohen Investitionskosten verbunden und für die Rivalitätsprobleme in der Nutzung typisch sind. Bei der späteren Erstreckung der Doktrin auf den Zugang zu immaterialgüterrechtlich geschützten intangiblen Gütern wurde unterstellt, dass ein Ausschließungsrecht trotz der Nichtrivalität in der Nutzung zur Aufrechterhaltung der Innovationsanreize grundsätzlich erforderlich sei. Geht es demgegenüber um den Zugang zu Daten, deren Nutzung nicht rival ist und für die eine entsprechende gesetzgeberische Grundentscheidung fehlt, so kann eine Interessenabwägung, wie sie der Feststellung eines Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen stets zugrunde liegt, jedenfalls in solchen Fällen anders ausfallen, in denen die fraglichen Daten als bloßes Nebenprodukt einer anderen Tätigkeit anfallen, mithin bei der Datengenerierung keine erheblichen Investitionen anfallen und die Anreize für die Datenproduktion bei Gewährung eines Zugangsanspruchs nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Es gibt vor diesem Hintergrund gute Gründe, die Anforderungen der EFD in ihrer Anwendung auf den Zugang zu Daten zu modifizieren bzw. flexibler zu handhaben. Das Bundeskartellamt und die Gerichte sollten diesen Gesichtspunkten Rechnung tragen.

3. Datenzugangsansprüche für Käufer/Nutzer von Primärprodukten in „Lock-in“-Konstellationen

Die EFD regelt die Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Zugang zu Daten in Betracht kommt, nicht in abschließender Weise. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – und ggfs. auch von relativer Marktmacht i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB – kann grundsätzlich immer dann vorliegen, wenn ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung auf einem primären Produktmarkt dazu nutzt, den Wettbewerb auf angrenzenden Märkten zu beschränken, ohne dass die hierfür eingesetzten Mittel auf Leistungswettbewerb beruhen.

Eine besondere Fallgruppe bilden dabei solche Sachverhaltskonstellationen, in denen die Entscheidung eines Kunden für ein Primärprodukt zwangsläufig – insbesondere aufgrund technischer Kompatibilitätsanforderungen – eine Vorfestlegung auch hinsichtlich der nun noch einsetzbaren Sekundär- bzw. Komplementärprodukte bedeutet. Verfügt in einer solchen Konstellation der Anbieter des Primärprodukts über kartellrechtlich relevante Marktmacht, so können Strategien zum Verschluss des Sekundärmarktes – wie etwa Kopplungsstrategien, aber auch die Verweigerung des Zugangs zu Information – missbräuchlich sein. In einem Umfeld, in dem mit einem starken Bedeutungszuwachs komplexer „Ökosysteme“ von vernetzten Produkten und Dienstleistungen gerechnet wird (z.B. „smart home“, „smart agriculture“, „smart manufacturing“ – s.o.), und in der die Interaktion von Produkten und Diensten maßgeblich auf einem automatisierten Datenaustausch beruht, kann dieser Fallgruppe in Zukunft erhebliche praktische Bedeutung erlangen.

So ist es etwa denkbar, dass – obwohl auf dem Markt für landwirtschaftliche Maschinen Wettbewerb herrscht – ein Landwirt, der sich für eine bestimmte Maschine entschieden hat, langfristig auf diese Maschine festgelegt ist. Behält sich der Maschinenhersteller die alleinige Kontrolle über die durch die Maschinen automatisch generierten Sensordaten vor, so ist dem Landwirt womöglich langfristig die Möglichkeit verschlossen, komplementäre Dienste von Drittunternehmen in Anspruch zu nehmen.³⁵⁷ Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung geht damit dann einher, wenn der Landwirt die Wirkungen dieses „Lock-in“ bei der Auswahl der Maschine nicht – oder jedenfalls nicht vollumfänglich – in Rechnung gestellt hat, später über keine Ausweichmöglichkeiten mehr verfügt und das Verhalten des Maschinenherstellers auf dem Sekundärmarkt auch nicht durch Wettbewerb um neue Käufer auf dem Primärmarkt hinreichend kontrolliert wird.

Intensiv wird ferner der Zugang zu Daten im vernetzten Auto diskutiert.³⁵⁸ Die Autoindustrie favorisiert und praktiziert gegenwärtig – unter anderem unter Berufung auf Sicherheitsaspekte – das technische Konzept des „Extended vehicle“,³⁵⁹ das mit einer faktisch exklusiven Kontrolle der Autoherstel-

³⁵⁷ Vgl. zu diesem Beispiel Europäische Kommission, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy accompanying the Communication „Building a European data economy“, SWD(2017) 2 fin., S. 28.

³⁵⁸ Vgl. C-ITS Platform, Final Report, 2016, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/themes/its/doc/c-its-platform-final-report-january-2016.pdf>; TRL, Access to In-vehicle data and Resources, 2017, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2017-05-access-to-in-vehicle-data-and-resources.pdf> sowie als Überblick über die Diskussion *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland – USA, 2018, abrufbar unter http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenrechte.pdf, S. 169-192

³⁵⁹ Vgl. ACEA, Access to vehicle data for third-party services, 2016, abrufbar unter https://www.acea.be/uploads/publications/ACEA_Position_Paper_Access_to_vehicle_data_for_third-

ler über die Daten des vernetzten Autos verbunden ist. Andere Stakeholder – etwa Anbietern von Aftermarket-Diensten oder komplementären Diensten für Fahrzeugnutzer (Navigation, Parking-Apps, Entertainment, Versicherungsleistungen etc.) – befürchten, dass der privilegierte Zugang zu Daten es den Autoherstellern erlaubt, sich grundsätzlich sämtliche datenabhängigen Aftermarket-Dienste oder komplementären Dienste vorzubehalten bzw. sich den Zugang zu diesen Märkten durch hohe Preise für den Zugang zu den Daten bzw. dem Fahrzeug entgelten zu lassen. Sie fordern daher den Übergang zum Modell eines "shared server", auf den alle Daten direkt transferiert werden und der von einer neutralen Stelle verwaltet wird, oder alternativ eine andere technische Lösung (On-board application Plattform), bei der die Autofahrer die Kontrolle über den Zugang zum vernetzten Auto und dessen Daten haben und anderen Service-Anbietern einen direkten Zugang zum Fahrzeug verschaffen können, der nicht von Vereinbarungen zwischen Autohersteller und Service-Anbietern abhängig ist.³⁶⁰ Eine von der Kommission in Auftrag gegebene Studie ist zu dem Schluss gekommen, dass das „extended vehicle“-Konzept mit dem Prinzip eines fairen und unverzerrten Wettbewerbs unvereinbar ist.³⁶¹

Von der Konstellation, die der Anwendung der EFD zugrunde liegt, unterscheidet sich die Missbrauchskonstellation in sog. „Aftermarket“-Konstellationen typischerweise dadurch, dass zwischen demjenigen, der Zugangsansprüche geltend macht, und dem Anspruchsgegner bereits eine – häufig über das Primärprodukt vermittelte – vorgelagerte Geschäftsbeziehung besteht, die den Käufer/Nutzer in der Ausübung seiner Wahlfreiheit auf dem Sekundärmarkt beschränkt. Die Behinderungen im Wettbewerb bzw. die Marktverschlusswirkungen sind über das „Lock-in“ vermittelt. Die Abhilfe liegt in der Beseitigung des „Lock-in“. In Datenzugangsfällen kommt in solchen Fällen insbesondere die Möglichkeit des Käufers/Nutzers in Betracht, Daten, die für Mehrwert- und/oder Aftermarket-Dienste benötigt werden, zu portieren.

[party_services.pdf](#) und noch tiefergehend VDA, Position: Zugang zum Fahrzeug und zu im Fahrzeug generierten Daten, 2017, abrufbar unter <https://www.vda.de/de/services/Publikationen/zugang-zum-fahrzeug-und-zu-im-fahrzeug-generierten-daten.html>.

³⁶⁰ Vgl. hierzu bspw. FIGIEFA, Commission Communication on „Free Flow of Data“. Input from the Independent Automotive Aftermarket, 2016, abrufbar unter https://www.figiefa.eu/wp-content/uploads/Free-Flow-of-Data-FIGIEFA-Input-2016_12_23.pdf und BEUC, Protecting European Consumers with connected and automated cars, 2017, abrufbar unter http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2017-138_dve_beuc_connected_autonomous_cars.pdf.

³⁶¹ Vgl. TRL, Access to In-vehicle data and Resources, 2017, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/2017-05-access-to-in-vehicle-data-and-resources.pdf>, S.12. Nach der TRL-Studie können die Sicherheitsprobleme auch mit der On-board application Plattform gelöst werden und nicht nur mit den „extended vehicle“-Konzept (S. 77). Für eine Analyse der Wettbewerbsprobleme und anderer Marktversagensprobleme In Bezug auf die Daten im Ökosystem des vernetzten Fahrens siehe Kerber/Frank, Data Governance Regimes in the Digital Economy: The Example of Connected Cars, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3064794>, S. 25-46.

Die Anforderungen an die Feststellung von Marktmacht in Aftermarket-Konstellationen sind allerdings komplex.³⁶² Im Rahmen der Marktabgrenzung ist zunächst festzustellen, ob von sog. „Systemmärkten“ oder von separaten Primär- und Sekundärmärkten auszugehen ist. Von einem einheitlichen Systemmarkt ist gemäß dem Bedarfsmarktkonzept auszugehen, wenn sich Abnehmer nicht zwischen verschiedenen Primärprodukten entscheiden, sondern zwischen verschiedenen Systemen – die Sekundärprodukte und –dienste in ihre Entscheidung also unmittelbar einbeziehen. Besteht in solchen Fällen funktionsfähiger Wettbewerb zwischen den Systemen – reagiert also eine hinreichende Zahl von Abnehmern auf ein aus Abnehmersicht nachteiliges Wettbewerbsverhalten des Primärproduktanbieters auf dem Sekundärmarkt mit einem Wechsel des Primärproduktes –, sodass das nachteilige Verhalten des Unternehmens im Ergebnis nicht gewinnträchtig ist, ist ein Wettbewerbsproblem zu verneinen.³⁶³ Der BGH ist mit der Annahme von „Systemmärkten“ allerdings zurückhaltend.³⁶⁴ Sowohl auf europäischer wie auch auf deutscher Ebene wird nicht von einem übergreifenden Systemmarkt ausgegangen, wenn auf dem Sekundärmarkt unabhängige Anbieter tätig sind.³⁶⁵ Im hochdynamischen Kontext digitaler Produkte und angesichts der Vielfalt und Entwicklungsmöglichkeiten etwaiger Komplementärprodukte wird den Abnehmern auf dem Primärmarkt ferner häufig die Möglichkeit fehlen, die Folgekosten auf den Sekundärmärkten ex ante zu kalkulieren.

Liegt kein übergreifender Sekundärmarkt vor, so ist zu prüfen, ob markenspezifische oder markenübergreifende Sekundärmärkte vorliegen. Dies hängt maßgeblich von der Substituierbarkeit markenspezifischer Komplementärprodukte durch Produkte anderer Hersteller/Anbieter ab. Im IT-Kontext kann hier die Interoperabilität von Produkten bzw. die Möglichkeit zur Herstellung von Interoperabilität³⁶⁶ und/oder die Möglichkeit von Datenportabilität eine zentrale Rolle spielen.

Haben Drittanbieter zum Sekundärmarkt keinen unabhängigen Zugang und sind die Wechselkosten der Abnehmer des Primärprodukts hoch (sog. „Lock-in“), so kann – unabhängig von einer marktbe-

³⁶² Für eine kartellrechtliche Aufarbeitung siehe insb. *Bechthold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, 2007. Siehe auch *Wendenburg*, Marktmacht auf Sekundärmärkten, 2004; *Kühnert/Xeniadis*, WuW 2008, 1054; *Fleischer*, RIW 2000, 22. Aus dem US-amerikanischen Schrifttum siehe etwa *Bauer*, Antitrust Bull. 52 (2007), 31; zum wegweisenden Urteil *Eastman v. Kodak* vgl. u.a. *Hovenkamp*, UCLA L. Rev. 40 (1992-1993), 1447; *Shapiro/Teece*, Antitrust Bull. 39 (1994), 135; *Müller*, GRUR Int. 1995, 86, 92.

³⁶³ Die Annahme eines Systemmarktes, bestehend aus dem Primärmarkt für Luxusuhren und dem Reparaturmarkt für solche Uhren wurde unter diesem Gesichtspunkt vom EuG in seinem Ur. v. 15.12.2010, Rs. T-427/08, *CEAHR* abgelehnt: Die Wartungs- und Reparaturkosten seien im Vergleich zu den Anschaffungskosten für Luxusuhren zu geringfügig und unwichtig, als dass Kunden deswegen auf eine Preiserhöhung auf dem Reparaturmarkt mit einem Wechsel der Uhr reagieren würden (Rn. 106).

³⁶⁴ Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 4.3.2008, KVR 21/07 = NJW-RR 2008, 996, 997, *Soda-Club II*, Rn. 15.

³⁶⁵ EuG, Ur. v. 12.12.1991, Rs. T-30/89, *Hilti*, Rn. 67; bestätigt durch EuGH, Ur. v. 2.3.1994, Rs. C-53/92 P, *Hilti*.

³⁶⁶ Ausführlich hierzu: *Kerber/Schweitzer*, JIPITEC 8 (2017), 39.

herrschenden Stellung auf dem Markt für das Primärprodukt – eine marktbeherrschende Stellung des Primärprodukt-Anbieters auf dem nachgelagerten Sekundärmarkt anzunehmen sein. Maßgeblich ist, ob dessen Verhalten auf dem Sekundärmarkt durch Wettbewerb kontrolliert bleibt. In Betracht zu ziehen bleiben insoweit die Reaktionsmöglichkeiten und tatsächlichen Reaktionen von Kunden auf dem Sekundärmarkt – wechseln sie bei einer Preiserhöhung auf dem Sekundärmarkt u.U. das primäre Systemprodukt? Zu berücksichtigen ist ferner der Grad an wettbewerblicher Kontrolle, der vom Wettbewerb um Neukunden auf dem Primärmarkt ausgeht: Die Ausbeutung des „Lock-in“ auf dem Sekundärmarkt kann u.U. zu negativen Reputationseffekten auf dem Primärmarkt führen, die ein solches Verhalten für den Systemanbieter unrentabel werden lassen. Von einer effektiven wettbewerblichen Kontrolle des Sekundärmarktes durch das Neukundengeschäft auf dem Primärmarkt ist allerdings nicht auszugehen, wenn der Anbieter der Primärprodukte ohne großen Schaden für das Neukundengeschäft zwischen Neukunden und Altkunden differenzieren kann.

Die EU-Kommission hat bislang bei der Annahme markenspezifischer Sekundärmärkte und in der Folge einer marktbeherrschenden Stellung eines auf dem Primärmarkt wettbewerblich kontrollierten Markenanbieters auf einem Sekundärmarkt eine eher restriktive Linie verfolgt. Die einschlägige Entscheidungspraxis ist schmal.³⁶⁷ Eine größere Rolle haben markenspezifische Sekundärmärkte in der deutschen Kartellrechtspraxis und insbesondere in der privaten Durchsetzung gespielt.³⁶⁸

Angesichts der wachsenden und komplexen Vernetzung von Produkten und Diensten im IoT kann die „Aftermarket“-Doktrin in Zukunft allerdings zunehmende Bedeutung erlangen. Besteht eine marktbeherrschende Stellung des Primärprodukt-Anbieters auf dem Sekundärmarkt, so werden vom Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV / der §§ 18, 19 GWB sowohl Ausbeutungs- als auch Behinderungsmissbräuche erfasst. Behinderungsmissbräuche können vor allem in einem Verhalten liegen, welches

³⁶⁷ Siehe aber EuG, Urt. v. 15.12.2010, Rs. T-427/08, *CEAHR*, Rn. 76-121.

³⁶⁸ Besondere Relevanz in der Rspr. hatten in jüngster Zeit die private Durchsetzung kartellrechtlicher Zugangsansprüche auf die Zulassung als Kfz-Vertragswerkstatt. Eine markenspezifische Abgrenzung von Sekundärmärkten erfolgte bspw. in BGH, Urt. v. 23.1.2018, KZR 48/15, *Jaguar-Vertragswerkstatt II*, Rn. 22 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 26.1.2016, KZR 41/14, *Jaguar-Vertragswerkstatt I*, Rn. 21 ff.; markenübergreifende Marktabgrenzung hingegen in BGH, Urt. v. 30.3.2011, KZR 6/09, *MAN-Vertragswerkstatt*. Siehe ferner BGH 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*: Hier hat der BGH mangels ausreichender tatrichterlicher Feststellungen zu der Frage, ob Tuning-Unternehmen regelmäßig markenspezifisch tätig sind, eine markenspezifische Abgrenzung eines Produktmarktes für den Bezug von Porsche-Originalfahrzeugen abgelehnt: Von einem markenspezifischen Produktmarkt ist nur auszugehen, wenn die Spezialisierung auf eine Marke zu den Charakteristika der Tuning-Branche gehört. Eine freiwillig selbst gewählte Spezialisierung kann demgegenüber nicht zur Abgrenzung eines markenspezifischen Produktmarktes führen. Der BGH hat aber eine unternehmensbedingte Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB bejaht.

Wechselkosten erhöht und so das „Lock-in“ verstärkt,³⁶⁹ ohne dass dieses Verhalten sich als Form des Leistungswettbewerbs erweist. Anerkannt ist etwa, dass eine missbräuchliche Verstärkung des „Lock-in“ in einer leistungswettbewerblich nicht gerechtfertigten Interoperabilitätsbehinderung liegen kann. Ist ein Abnehmer/Nutzer für die Inanspruchnahme der Dienste Dritter auf den Zugriff auf Nutzungsdaten angewiesen, wird dieser aber durch den über exklusive Datenkontrolle verfügenden Anbieter des Primärprodukts verweigert, so kann – vorbehaltlich einer leistungswettbewerblichen Rechtfertigung – grundsätzlich auch hierin ein Missbrauch liegen. Präzedenzfälle gibt es hierfür soweit ersichtlich bislang allerdings nicht.

Hat der Anbieter eines Primärprodukts auf dem Sekundärmarkt keine marktbeherrschende Stellung inne, besteht aber „relative Marktmacht“ – insbesondere eine unternehmensbedingte Abhängigkeit (dazu s.o., C.IV.4.b.bb.)³⁷⁰ – so gilt das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB. Die Norm erstreckt den Anwendungsbereich des Verbots unbilliger Behinderung auf Fälle der Abhängigkeit. Die Missbräuchlichkeit eines Verhaltens ist – wie im Rahmen des § 19 GWB – im Rahmen einer Interessenabwägung zu ermitteln.³⁷¹

4. Zugangsansprüche für Drittanbieter

Zugangsansprüche in „Lock-in“-Konstellationen müssen allerdings nicht auf diejenigen Akteure beschränkt sein, die eine vorgelagerte Geschäftsbeziehung zum marktbeherrschenden oder relativ marktstarken Unternehmen haben. Es können auch Zugangsansprüche von Drittanbietern in Betracht kommen, die für das Angebot von Mehrwertdienstleistungen auf eine Belieferung mit Informationen oder Ressourcen angewiesen sind.³⁷²

Gegenstand einer besonderen Regulierung sind die Zugangsansprüche unabhängiger Reparatur- und Wartungsdienstleister sowie Ersatzteilhersteller zu den für die Tätigkeit auf Kfz-Anschlussmärkten

³⁶⁹ *Shapiro/Varian* haben in ihrem einflussreichen Buch „Information Rules“ verschiedene Strategien des „lock-in“-Management beschrieben – siehe *Shapiro/Varian*, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, 1999, Kapitel 6.

³⁷⁰ Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB kommt in Betracht, wenn zwar am Markt generell hinreichende Ausweichmöglichkeiten bestehen, sich aber ein Unternehmen (oder eine Gruppe von Unternehmen) durch spezifische Investitionen in einer Weise an ein anderes Unternehmen gebunden hat / haben, dass Ausweichmöglichkeiten auf andere Unternehmen faktisch entfallen. Ein wichtiges Beispiel bilden die Kfz-Vertragshändler – dazu zuletzt BGH, Urt. v. 28.6.2005, KZR 26/04 = WuW/E DE-R 1621, 1623, *qualitative Selektion*.

³⁷¹ St. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.1.2018, KZR 48/15, *Jaguar-Vertragswerkstatt II*, Rn. 34; Urt. v. 26.1.2016, KZR 41/14, *Jaguar-Vertragswerkstatt I*, Rn. 28; Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 59.

Hinsichtlich (marginaler) Unterschiede beim Abwägungsmaßstab *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, § 20 GWB Rn. 57.

³⁷² Siehe aus der jüngeren Rspr. des BGH insb. BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*.

erforderlichen technischen Informationen und Fahrzeugdiagnosedaten geworden.³⁷³ Ohne einen solchen regulierten Zugang zu technischen Informationen („RMI: repair and maintenance service information“), der inzwischen auch den Zugang zu Fahrzeugdiagnosedaten über den „On-Board Diagnostic“ (OBD) Adapter umfasst, wären die unabhängigen Reparatur- und Wartungsservicebetriebe von den Anschlussmärkten ausgeschlossen.³⁷⁴

Zugangsansprüche von Drittanbietern kommen insbesondere auch gem. § 20 Abs. 1 GWB in Betracht. So hat der BGH etwa eine unternehmensbedingte Abhängigkeit eines auf das Tuning von Porsche-Fahrzeugen spezialisierten Unternehmens für Fahrzeugveredelung und -individualisierung von Porsche – nämlich von der Belieferung mit Original-Porsche-Ersatzteilen und mit neuwertigen Porsche-Fahrzeugen zum Zweck der Präsentation des eigenen Umrüstungsprogramms – bejaht und in der Verweigerung der Belieferung eine unbillige Behinderung erblickt.³⁷⁵ Eine unternehmensbedingte Abhängigkeit, so der BGH ausdrücklich, kommt nicht nur in Fällen in Betracht, in denen sich die Ausrichtung eines Geschäftsbetriebs auf ein anderes Unternehmen – etwa einen bestimmten Markenhersteller – aus einer vorgelagerten Geschäftsbeziehung, etwa einer Vertragshändlerbeziehung, ergibt. Vielmehr kann eine unternehmensbedingte Abhängigkeit auch durch eine „autonome Bezugskonzentration“ selbst geschaffen werden. Dieser Umstand ist dann allerdings im Rahmen der mit Blick auf den Belieferungs-/Zugangsanspruch entscheidenden nachfolgenden Billigkeitsprüfung zu

³⁷³ Art. 6 VO (EG) Nr. 715/2007 v. 20.6.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABl. 2007 L 171/1; ab dem 1.9.2020 gelten Art. 61-66 VO (EU) Nr. 2018/858 v. 30.5.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, ABl. 2018 L 151/1. Siehe ferner Europäische Kommission, Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. 2010 C 138/16, Rn. 62-68. Außerdem Art. 5 lit. b) VO (EU) Nr. 461/2010 v. 27.5.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. 2010 L 129/52. Hierzu *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, VO 461/2010, Allgemeines Rn. 38 ff.; Art. 5 Rn. 26; *Wegner*, BB 2010, 1803 u. 1867; *Becker/Simon*, in: MüKo-WettbR, Art. 5 GVO Nr. 461/2010; für eine Evaluation dieses regulierten Zugangs siehe Europäische Kommission, Study on the Operation of the System of Access to Vehicle Repair and Maintenance Information. Final Report, 2014, abrufbar unter <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c2c172a5-3f49-4644-b5bb-c508d7532e4a>.

³⁷⁴ In Bezug auf den Zugang zu Daten im vernetzten Auto ist unbestritten, dass der Zugang zu Daten, die notwendig für die bisherigen Reparatur- und Wartungsdienstleistungen sind, auch in Zukunft von den Automobilherstellern zur Verfügung gestellt werden. Allerdings würden unabhängige Servicebetriebe gerne einen breiteren Datenzugang haben, um auch neue innovative Leistungen anbieten zu können, bspw. in Bezug auf „remote diagnostics“ und „predictive maintenance“, während die Automobilhersteller diesen Datenzugang möglichst eng begrenzen möchten, vgl. *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland – USA, 2018, abrufbar unter http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenrechte.pdf, S. 181ff.

³⁷⁵ BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*.

berücksichtigen.³⁷⁶ Die Behinderung des Anspruchstellers liegt in der Nichtbelieferung bzw. Zugangsverweigerung. Über die Unbilligkeit der Behinderung ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden, die unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu erfolgen hat. Ausgangspunkt ist das Recht des Normadressaten, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll hält,³⁷⁷ ferner der Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, einen Wettbewerber zu eigenem Schaden zu fördern.³⁷⁸ Ein in der Interessenabwägung wesentlicher Gesichtspunkt ist daher die Frage, in welchem Maße eine Belieferungspflicht die unternehmerische Gestaltungsfreiheit des Normadressaten berührt.³⁷⁹ Mit zunehmender Abhängigkeit der Marktgegenseite sind steigende Ansprüche an die Schutzwürdigkeit der Belange des Normadressaten zu stellen.³⁸⁰ Wohnt der Belieferungsverweigerung des Normadressaten die Tendenz inne, einen nachgelagerten Markt für sich zu monopolisieren, so liegt ein Belieferungsanspruch nahe.³⁸¹ Auf Seiten des Anspruchstellers hat das Interesse erhebliches Gewicht, eine eigene wertschöpfende Leistung angemessen am Markt präsentieren zu können.³⁸² Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Wertschöpfung erheblich ist (Rn. 67).

Wendet man diese Grundsätze auf mögliche Ansprüche von Drittanbietern auf Zugang zu Daten an, die exklusiv unter der Kontrolle etwa eines Maschinenherstellers stehen, so scheinen solche Ansprüche – je nach den konkreten Marktgegebenheiten – durchaus aussichtsreich: Je nach den Umständen kommt eine marktbeherrschende Stellung des Anspruchsgegners auf einem relevanten Datenmarkt oder – im Fall einer selbstgewählten Spezialisierung eines Drittanbieters auf bestimmte Mehrwertdienste – eine unternehmensbedingte Abhängigkeit in Betracht. Werden die relevanten Daten nebenbei und ohne besondere Investitionen des Anspruchsgegners erzeugt, so fällt dessen Interesse an einer Zugangsverweigerung im Rahmen einer Interessenabwägung deutlich geringer ins Gewicht. Dem Zugangsinteresse hingegen kommt umso höheres Gewicht zu, je substanzieller die mit den Daten beabsichtigte eigene Wertschöpfung ist und je stärker der Anspruchsteller auf den Zugang zu Daten angewiesen ist. Ein Zugangsanspruch wird demgegenüber nicht in Betracht kommen, wenn die beabsichtigte Wertschöpfung auch auf der Grundlage eines Datenzugangs über den Nutzer des Produkts möglich ist.³⁸³ Ein Zugangsanspruch kann ferner ausgeschlossen sein, wenn der Zugriff auf un-

³⁷⁶ BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 54; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 38.

³⁷⁷ BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 59.

³⁷⁸ BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 66 m.w.N.

³⁷⁹ BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 64.

³⁸⁰ BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 59 m.w.N.

³⁸¹ BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 65.

³⁸² BGH, Urt. v. 6.10.2015, KZR 87/13, *Porsche-Tuning*, Rn. 66.

³⁸³ EuG, Urteil v. 14.9.2017, Rs. T-751/15, *Contact Software*.

ternehmerische Nutzungsdaten Geschäftsgeheimnisse berührt oder wenn wettbewerbssensible Daten übermittelt werden. Im letztgenannten Fall stünde einem Zugangsanspruch Art. 101 Abs. 1 AEUV entgegen.

5. Schutzlücken und Reformoptionen

a) Ausgangssituation

Die Schaffung eines funktionsfähigen, berechenbaren Rahmens für Datenzugang ist für die weitere Entwicklung der Datenökonomie von systemischer Bedeutung. In Zukunft ist mit einer großen Anzahl und Vielfalt von – bislang nur teilweise vorhersehbaren – Fallkonstellationen zu rechnen, in denen Zugang zu Daten ein zentraler Faktor für Innovation, Wertschöpfung und Wettbewerb ist.

Die Missbrauchsaufsicht kann ein wichtiger Baustein einer künftigen „Datenzugangsordnung“ sein. Zu beachten sind allerdings auch die faktischen Leistungsgrenzen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht: Angesichts substanzieller Nachweisanforderungen im Einzelfall und aufwändiger Verfahren eignet sie sich für die Verfolgung von Fällen, in denen vom Verhalten eines (absolut oder relativ) marktmächtigen Unternehmens erhebliche Wettbewerbsschädigungen ausgehen. Solche Fälle können wichtige Erkenntnisse darüber generieren, in welchen Fallkonstellationen Datenzugangsansprüche sinnvoll oder nicht sinnvoll sind.

Von entscheidender Bedeutung für die Funktionsfähigkeit von Wettbewerb und Innovation in datengetriebenen Märkten wird – jedenfalls mittelfristig – aber die Entwicklung eines belastbaren allgemeinen zivilrechtlichen Ordnungsrahmens sein, der wettbewerbs- und innovationsfreundliche Grundentscheidungen über Verfügungsrechte über bzw. Zugriffsrechte auf Daten und deren Grenzen trifft und den Datenaustausch – wo ohne Konflikt mit Art. 101 Abs. 1 AEUV möglich – erleichtert.

Dieses Ziel verfolgt auch die EU-Kommission. In der Mitteilung zum „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“³⁸⁴ hat sie eine Reihe von Grundsätzen für vertragliche Vereinbarungen über Datenzugang im IoT-Kontext formuliert, deren Einhaltung faire und wettbewerbsorientierte Märkte für IoT-Objekte gewährleisten soll. Insbesondere soll in einschlägigen Verträgen

- auf transparente und verständliche Art und Weise geregelt werden, i) welche Personen oder Einrichtungen Zugang zu den durch das Produkt oder die Dienstleistung erzeugten

³⁸⁴ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin.

- Daten haben (und zu welcher Art von Daten und in welchem Grad der Detailliertheit³⁸⁵),
und ii) zu welchem Zweck diese Daten verwendet werden;
- anerkannt werden, dass mehrere Beteiligte zur Erzeugung der Daten beigetragen haben, wenn Daten als Nebenprodukt der Verwendung eines Produkts oder einer Dienstleistung anfallen;
 - der Notwendigkeit Rechnung getragen werden, dass geschäftliche Interessen und Geschäftsgeheimnisse sowohl der Dateninhaber als auch der Datennutzer zu schützen sind, und dass bei einem Austausch sensibler Geschäftsinformationen außerdem der unverfälschte Wettbewerb zu wahren ist;
 - Unternehmen, die Produkte oder Dienstleistungen anbieten, die Daten als Nebenprodukt generieren, die Datenportierung so weit wie möglich erlaubt und ermöglicht werden.

Diese Grundsätze sind bislang nicht rechtlich verbindlich. Sie können allerdings teilweise als Hinweise auf ungeschriebene vertragliche Nebenpflichten verstanden werden, die sich im Wege der Vertragsauslegung bereits jetzt vielen IoT-Verträgen entnehmen lassen werden. Sie können ferner im Rahmen der AGB-Kontrolle berücksichtigt werden. So können sie im deutschen Recht Hinweise darauf geben, wann von einer unangemessenen Benachteiligung der Vertragsgegenseite entgegen den Geboten von Treu und Glauben (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) auszugehen ist.

Die Kommission plädiert ferner dafür, im IoT-Kontext Vertragspartnern die Wahl zwischen verschiedenen Vertragsmodellen für dasselbe Produkt bzw. dieselbe Dienstleistung – entweder mit oder ohne oder mit nur begrenztem Datentransfer – zu ermöglichen.

Im Übrigen sollen die Datenmärkte sich beim gegenwärtigen Stand der Entwicklung auf der Grundlage des Grundsatzes der Vertragsfreiheit entwickeln können. Im Allgemeinen sollten die Unternehmen selbst frei entscheiden können, wem und unter welchen Bedingungen sie Zugang zu ihren nicht personenbezogenen Daten gewähren (S. 11 der Mitteilung).

Um allgemein einen Zugang zu möglichst vielen Daten und möglichst breiten Datensätzen zu ermöglichen, will die EU-Kommission ferner den Datenaustausch zwischen Unternehmen³⁸⁶ und die Funktionsfähigkeit von Datenmärkten stärken. Bislang bestehen liquide Märkte nur für einige Arten von Daten. Das öffentlich verfügbare Wissen über die Arten von Datenmärkten, ihre Funktionsweise und

³⁸⁵ Zu regeln wäre ferner, wie exakt der Datenzugriff erfolgt, ob Echtzeitzugang gewährt wird oder in welchen Abständen der Zugriff erfolgen kann etc.

³⁸⁶ Näher: Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Guidance on sharing private sector data in the European data economy, SWD(2018) 125 fin., S. 5 f.

etwaige Formen und Gründe des Marktversagens ist begrenzt.³⁸⁷ Die EU-Kommission geht davon aus, dass ein offener Datenhandel nur unter eingeschränkten Voraussetzungen in Betracht kommt.³⁸⁸

Insoweit personenbezogene Daten betroffen sind, sind Datenmärkten durch das Datenschutzrecht Grenzen gezogen. Das Datenschutzrecht kann so zur Verfestigung faktischer Kontrollpositionen über Daten führen. Eine alternative – in ihren Konturen und ihrer Reichweite allerdings noch nicht ausgelotete – Möglichkeit, an personenbezogene Daten zu gelangen, bietet das Recht auf Datenportabilität (Art. 20 DSGVO). Wird diesem – jedenfalls auch – eine wettbewerbliche Zielrichtung zugeschrieben, so spricht viel für eine weite Auslegung.³⁸⁹ Die Datenportabilität kann dann in bestimmten Fallkonstellationen zu einem Mittel werden, exklusive Datenkontrollpositionen aufzulösen. Die Marktöffnungsfunktion der Datenportabilität bleibt allerdings durch die Transaktionskosten begrenzt, die aus Sicht eines Drittanbieters mit ihr verbunden sein können: Sind die Transaktionskosten der Portabilität in einem bestimmten Kontext hoch, so kann eine Marktöffnung unter Umständen nur durch einen direkten Anspruch des Drittanbieters gegen das datensammelnde Unternehmen erreicht werden.

Es gibt überdies verschiedene Initiativen von Unternehmen, einen Datenaustausch über geschlossene Plattformen zu entwickeln, die eine bessere Kontrolle über den Kreis der zugriffsberechtigten Datennutzer und die Art der Nutzung der Daten ermöglichen.³⁹⁰

³⁸⁷ Vgl. hierzu *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, ZEW Discussion Paper No. 17-043, 2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>, S. 18 ff.; *Dewenter/Lüth*, Datenhandel und Plattformen, 2018, abrufbar unter http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenplattformen_und_Datenhandel.pdf.

³⁸⁸ Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Guidance on sharing private sector data in the European data economy, SWD(2018) 125 fin., S. 5 f.: „Data monetisation on a data marketplace [...] can be interesting for companies that do not know potential re-users for their data and aim at engaging in one-off data monetisation efforts. This mechanism appears suitable when either (1) there are limited risks of illicit use of the data in question, (2) the data supplier has grounds to trusts the (re-)user, or (3) the data supplier has technical mechanisms to prevent or identify illicit use. Model contract terms can lower the costs of drawing up data usage agreements“.

³⁸⁹ Siehe in diesem Kontext auch das von Microsoft, Facebook, Google und Twitter am 20. Juli 2018 öffentlich angekündigte „Data Transfer Project“. Die beteiligten Unternehmen umschreiben es wie folgt: „a joint open source project ... whose work is aimed at helping users securely and seamlessly move their data between service providers.“ „While users can often download copies of their data to a local or online storage location, this project facilitates direct portability of user data between cloud services“. Vgl. Microsoft, Pressemitteilung v. 20.7.2018, abrufbar unter <https://blogs.microsoft.com/eupolicy/2018/07/20/microsoft-facebook-google-and-twitter-introduce-the-data-transfer-project-an-open-source-initiative-for-consumer-data-portability/>.

³⁹⁰ Das Bundeskartellamt hatte weder gegen die Handelsplattform eCement (BKartA, Pressemitteilung v. 7.12.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/07_12_2017_Zementplattform.html), noch gegen die digitale Plattform für Stahlprodukte von Klöckner (BKartA, Pressemitteilung v. 28.2.2018, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2018/28_02_2018_Kloeckner.html) kartellrechtliche Bedenken. Beide Fälle betrafen einen potentiell problematischen horizontalen

Es ist allerdings davon auszugehen, dass ungeachtet des sich langsam – ggfs. auch über das Vertragsrecht – entwickelnden rechtlichen Rahmens und der verschiedenartigen Formen des Datenaustausches Unternehmen Anreize haben können, sich den Zugriff auf Daten in ihrem Herrschaftsbereich exklusiv vorzubehalten.

Für eine solche exklusive Kontrolle kann es legitime unternehmerische Gründe geben. Auf absehbare Zeit zählt es aber zu den Aufgaben des Kartellrechts, der Verweigerung des Datenzugangs dort Grenzen zu ziehen, wo hierdurch Wettbewerb und Innovation verhindert wird, ohne dass sich die „Datenbesitzer“ auf überwiegende legitime Interessen berufen können. Wie bereits gezeigt, werden Konstellationen, in denen die Verweigerung eines Datenzugangs zu einem vollständigen Marktverschluss führt, nach geltendem Recht durch die – in ihren Anforderungen nach der bisherigen Rechtsprechung allerdings anspruchsvolle – EFD erfasst. Konstellationen, in denen ein Drittanbieter Zugang zu auf spezifische Produkte oder Dienste bezogene Daten benötigt, um Mehrwertdienste anzubieten, können auf der Grundlage von Art. 102 AEUV/§§ 18, 19 GWB oder von § 20 Abs. 1 GWB bewältigt werden – wobei die Rechtsprechung des BGH zu derartigen Zugangsansprüchen tendenziell großzügig erscheint. Abnehmers eines Primärprodukts, die sich in einer langfristigen „Lock-in“-Situation befinden, können auf der Grundlage der im Kontext von Art. 102 AEUV/§§ 18, 19 GWB entwickelten Aftermarket-Doktrin Zugang zu Daten beanspruchen, wenn dieser erforderlich ist, um Mehrwertdienste von Drittanbietern in Anspruch zu nehmen. Die Voraussetzungen für den Nachweis eines „Lock-in“, der zu einer marktbeherrschenden Stellung des Primärproduktanbieters auf einem Sekundärmarkt führen, sind allerdings nach der europäischen Entscheidungspraxis tendenziell hoch. Die deutsche Rechtsprechung erscheint auch in dieser Hinsicht großzügiger.

Eine einschlägige Fallpraxis zum Datenzugang in den hier interessierenden Konstellationen fehlt bislang. Vor diesem Hintergrund ist zu fragen, ob es mit Blick auf die drei oben skizzierten Fallkonstellationen – Zugriff auf große Datensets zu Zwecken des Einsatzes für selbstlernende Algorithmen; Datenzugang in Vertikalbeziehungen; Datenzugangsansprüche von Drittanbietern, die diesen für eine

Informationsaustausch; im Fall der Plattform von Klöckner außerdem um die Möglichkeit der Selbstbevorzugung durch den Plattformbetreiber. Siehe ferner Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Guidance on sharing private sector data in the European data economy, SWD(2018) 125 fin., S. 5 f.: „Data exchange may take place in a closed platform, either set up by one core player in a data sharing environment or by an independent intermediary. The data in this case may be supplied against monetary remuneration or against added-value services, provided e.g. inside the platform. This solution allows offering added-value services and thus provides for a more comprehensive solution for more stable data partnerships and allows for more mechanisms of control on the usage made of the data; model contract terms can lower the costs of drawing up data usage agreements. Where the data sharing is exclusive, it would need to comply with the competition rules“.

substanzielle Wertschöpfung benötigen – einer Gesetzesänderung zur Erleichterung von Datenzugriffsansprüchen bedarf.

b) Gewährleistung eines breiten Zugangs zu großen Datensets für Zwecke der KI

Auf breiter Front wird gegenwärtig darüber nachgedacht, wie der Wettbewerbsvorteil, den besonders „datenreiche“ Unternehmen in einer Vielzahl von vielversprechenden Produkt- und Dienstleistungsmärkten haben können, und der insbesondere beim Einsatz von „machine learning“ und anderen Formen der KI zum Tragen kommen kann, neutralisiert und ein „level playing field“ im Zugriff auf solche innovationsträchtigen Datensets geschaffen werden kann. In ihrem viel beachteten Buch „Das Digital“ haben *Mayer-Schönberger* und *Ramge* die gesetzliche Einführung einer progressiven Daten-Sharing-Pflicht für marktstarke Unternehmen der Datenwirtschaft vorgeschlagen: Bei Überschreiten eines bestimmten Marktanteils müssten Unternehmen einen Teil ihrer (Feedback-)Daten mit ihren Wettbewerbern teilen. Um den Anforderungen des Datenschutzes Rechnung zu tragen, müssten die Daten dabei anonymisiert werden.³⁹¹ Diesen Vorschlag hat jüngst *Andrea Nahles* aufgegriffen.³⁹² Ein „Daten-für-alle-Gesetz“ sei zu verabschieden, das Digitalunternehmen, die für eine bestimmte Zeit einen festgelegten Marktanteil überschreiten, verpflichten würde, einen anonymisierten und repräsentativen Teil seines Datenschatzes öffentlich zu teilen. Mit diesen Daten könnten dann andere Unternehmen eigene Ideen entwickeln und vermarkten. Innovationskraft und Wettbewerbsdruck würden erhöht. Das Prinzip sei zu vergleichen mit dem des Patentrechts: Auch hier dürften Wettbewerber nach Ablauf einer Schutzfrist Zugriff auf Erfindungen nehmen.

Die Parallele zum Patentrecht vermag nicht zu überzeugen. Das von *Nahles* skizzierte „Daten-für-alle“-Gesetz scheint keine besondere Schutzfrist vorzusehen. Die Schwierigkeiten eines solchen Vorschlags liegen ferner im Detail: Auf welche Märkte soll abgestellt werden? Sollen die Marktanteile auf

³⁹¹ Siehe *Mayer-Schönberger/Ramge*, *Das Digital: Markt, Wertschöpfung und Gerechtigkeit im Datenkapitalismus*, 2017, S. 195 ff., mit der Idee einer „progressiven Daten-Sharing-Pflicht“: „In diesem Modell setzt die Pflicht zum Teilen von Daten ein, sobald ein Unternehmen einen bestimmten Marktanteil erreicht, beispielsweise 10 Prozent. Überschreitet ein Unternehmen diese Schwelle, muss es einen Teil seiner Feedbackdaten mit allen Konkurrenten teilen, die dies wünschen. Dabei darf das Unternehmen die Daten nicht bewusst auswählen, die anderen zugänglich gemacht werden müssen; die Daten müssen in der Regel zufällig ausgewählt sein, in einigen Fällen können sie auch durch einen neutralen Dritten bestimmt werden. Auch dem Datenschutz ist durch entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen Rechnung zu tragen. Welchen Prozentsatz der Feedbackdaten verfügbar gemacht werden muss, berechnet sich nach dem Marktanteil, den das Unternehmen hält.“ In eine ähnliche Richtung bereits *Prüfer/Schottmüller*, *Competing With Big Data*, TILEC Discussion Paper 2017-006, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2918726>. Siehe ferner speziell mit Blick auf Suchmaschinen *Argenton/Prüfer*, *Journal of Competition Law and Economics* 8 (2012), 73.

³⁹² *Nahles*, *Die Tech-Riesen des Silicon Valley gefährden den fairen Wettbewerb*, Gastkommentar, *Handelsblatt* v. 13.8.2018.

Datenmärkten maßgeblich sein? Eine breit angelegte „data-sharing“-Pflicht auf dieser Basis erscheint schwer handhabbar: Datenmärkte sind außerordentlich vielfältig, komplex und nur im Einzelfall und anhand der Zielsetzungen eines konkreten Nachfragers abgrenzbar. Um den komplexen Auswirkungen von Datenzugangsrechten auf Innovations- und Investitionsanreize Rechnung zu tragen, gälte es, zwischen solchen Daten zu differenzieren, in deren Generierung und Aggregation erhebliche Investitionen geflossen sind, und solchen Daten, die für deren Generierung und Aggregation es keiner besonderen Anreize bedarf (s.o.).³⁹³ Es sind ferner eine große Breite von Fragen der praktischen Ausgestaltung einer solchen Regelung aufgeworfen: Welche Marktanteile sollen die „data-sharing“-Pflicht auslösen? Wie lange müsste die Marktanteilsschwelle überschritten sein, bevor diese Pflicht entsteht? Zu welchen Bedingungen sollte ein Datenzugriff erfolgen? Geht es um den „real-time“-Zugriff auf den laufenden „Daten-Stream“, oder um den Zugriff auf bestimmte Datensets mit einem näher zu bestimmenden zeitlichen Abstand? In welchem Format wären die Daten bereitzustellen, und wer würde über den Zugriff entscheiden? Soll bzw. muss es bestimmte Beschränkungen hinsichtlich der Art der Nutzung der Daten geben? Soll der Datenzugang entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen? Auch die vollständige Anonymisierung von Daten kann in der Praxis große Schwierigkeiten bereiten.

Trotz der vielen ungeklärten Fragen bzgl. der Ausgestaltung einer solchen marktmachtabhängigen „data-sharing“-Pflicht erscheint es sinnvoll, über eine solche Regelung weiter nachzudenken. Auch – aber nicht nur – im Kontext des „machine learning“ ist der Nutzen des Zugangs zu einem großen, aggregierten Datenpool um ein Vielfaches höher als der Nutzen des Zugangs zu kleineren Datensets, und die Öffnung des Zugangs für im Ausgangspunkt „datenärmere“ Unternehmen kann Innovation und Wettbewerb fördern.

c) Gewährleistung eines Zugangs zu Daten in „Lock-in“-Konstellationen

Die Diskussion über den Zugang zu Daten im IoT-Kontext ist von der soeben skizzierten Diskussion zu unterscheiden. Im Mittelpunkt steht hier die Frage, wie der Zugang zu Daten in komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen ausgestaltet sein soll. Ökonomisch geht es darum, wie eine effiziente Governance-Lösung in Bezug auf diese Daten aussehen kann. Hierbei ist abzuwägen zwischen den Vorteilen einer möglichst weitgehenden Nutzung dieser Daten für verschiedene Leistungen und

³⁹³ Siehe hierfür auch *Tirole*, *Economics for the Common Good*, 2017, S.406: „Does the company holding customer data have the right to make money from the possession of that information? The common-sense reply ... is that if the data was collected thanks to an innovation or a significant investment, then the company ought to be able to profit from retaining and using it. If, on the other hand, it was easy and cheap to collect, the data ought to belong to the individual concerned.“

eventuell notwendigen Anreizen für die Produktion solcher Daten.³⁹⁴ Rechtliche Grenzen für Datenzugangsansprüche ergeben sich auch hier unter anderem aus dem notwendigen Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie der Beachtung der Datenschutzbestimmungen.

Gerade für diese Fallkonstellationen erscheint grundsätzlich eine zivilrechtliche Zuweisung von Datenzugangsrechten sinnvoll. Die Suche nach einer solchen Lösung hat die bisherige Diskussion geprägt. In Deutschland stand zunächst die Frage im Mittelpunkt, ob ein neues „Eigentumsrecht an Daten“ benötigt würde.³⁹⁵ Gedacht war an ein IP-ähnliches Ausschließlichkeitsrecht an nicht personenbezogenen Daten, das Daten rechtlich schützen, den Handel mit Daten erleichtern und im B2B-Bereich eine faire Beteiligung der an der Datengenerierung Beteiligten am Wert der Daten gewährleisten sollte. Vorschläge für ein IP-ähnliches neues Datenrecht wurden allerdings überwiegend skeptisch rezipiert. Angesichts der hohen Anreizwirkung der faktischen Datenkontrolle, wie sie derzeit praktiziert wird, wurden generelle Anreizprobleme für die Produktion von Daten überwiegend verneint. Der Idee, bei Beteiligung Mehrerer an der Datengenerierung auch mehreren Parteien Daten-Eigentumsrechte zuzuweisen und so den Datenzugang zu öffnen, stand der Befund gegenüber, dass

³⁹⁴ Vgl. zur Ökonomie von Multi-Stakeholder-Konstellationen in Bezug auf eine optimale Spezifizierung und Zuordnung von Rechten an Daten *Kerber*, Rights on Data. The EU Communication „Building a European Data Economy“ from an Economic Perspective, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, 2017, S. 126ff. Aus ökonomischer Sicht besteht das Problem darin, dass bei solchen komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen wie Daten in der Ökosphäre des vernetzten Fahrens eine exklusive Kontrolle über die (nicht-rivalen) Daten durch einen Stakeholder aufgrund der entstehenden Marktmachtprobleme (bzw. bilateraler Verhandlungsmachtungleichgewichte zu datenbegehrenden Stakeholdern) oft keine effiziente Governancelösung für diese Daten ist. Insofern könnten andere Governance-Lösungen (mit geeignet ausgestalteten Zugangsrechten anderer Stakeholder, einer gemeinsam ausgeübten Kontrolle über die Daten oder einer Kontrolle durch einen unabhängigen Trustee) zu mehr Wettbewerb, Innovation und Wohlfahrt führen. Für eine Diskussion möglicher Marktversagensprobleme in Bezug auf die „Governance“ von Daten siehe *Kerber/Frank*, Data Governance Regimes in the Digital Economy: The Example of Connected Cars, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3064794>, S. 5-17.

³⁹⁵ Zur Diskussion über ein Dateneigentums- bzw. Datenherstellerrecht siehe *Zech*, CR 2015, 137; *Drexl*, Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2862975>; *Kerber*, GRURInt 2016, 989; *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, ZEW Discussion Paper No. 17-043, 2017, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>, S. 58-73, S. 73-76, S. 77 ff.; Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, „Eigentumsordnung“ für Mobilitätsdaten?, 2017, abrufbar unter <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/eigentumsordnung-mobilitaetsdaten.pdf>; *Dewenter/Lüth*, Datenhandel und Plattformen, 2018, abrufbar unter http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenplattformen_und_Datenhandel.pdf, S. 43 ff.; *Specht/Kerber*, Datenrechte – Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Vergleich Deutschland – USA, 2018, abrufbar unter http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenrechte.pdf; für einen Vorschlag eines Datenherstellerrechts siehe Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin.; siehe hierzu *Drexl*, NZKart 2017, 339 u. 415; *Kerber*, Rights on Data. The EU Communication „Building a European Data Economy“ from an Economic Perspective, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, 2017, S. 217.

überzeugende Vorschläge zur Zuweisung und konkreten Ausgestaltung der Rechtspositionen fehlten. Ferner kann die Schaffung paralleler eigentumsrechtlicher Positionen an Daten zu „anti-commons“-Problemen führen und der grundlegenden Funktionslogik einer digitalen Ökonomie widersprechen.³⁹⁶ Auch der von der Kommission unterbreitete Vorschlag zur Schaffung eines „Datenherstellerechts“,³⁹⁷ nämlich eines exklusiven Nutzungsrechts der Nutzer und/oder der Hersteller eines datengenerierenden smarten Geräts an den durch das Gerät generierten Daten ist überwiegend auf Ablehnung gestoßen.³⁹⁸

Die Diskussion hat sich daher auf die Frage verlagert, ob neue Zugangsrechte zu Daten geschaffen werden sollten.³⁹⁹ Zum Teil ist eine gesetzliche Normierung von Daten-Zugangsrechten angeregt worden.⁴⁰⁰ In dieselbe Richtung zielten Überlegungen zur Normierung eines Rechts von Produkt- bzw. Maschinen- oder Dienstleistungsnutzern auf Portabilität auch für nicht personenbezogene Daten. Die exklusive Kontrollposition des primären Kontrollinhabers würde durch ein multipolares – und damit wettbewerbsoffenes – System ersetzt.⁴⁰¹ Mit der Begrenzung des Kreises der unmittelbar Zugriffsberechtigten auf die an der Datengenerierung Beteiligten blieben zugleich größere Anreize zur Investition in die Datensammlung bestehen.

In ihrer Mitteilung zum „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“⁴⁰² ist die EU-Kommission hinter diesen Vorschlägen jedoch zurückgeblieben. Zwar wird sektorspezifisch – insbesondere mit Blick auf den Zugang zu „in-vehicle data and resource“ bei vernetzten Fahrzeugen – die

³⁹⁶ Umfassend und kritisch zu dieser Diskussion aus ökonomischer Sicht: Kerber, GRURInt 2016, 989.

³⁹⁷ Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM(2017) 9 fin.

³⁹⁸ Vgl. bspw. Drexl, NZKart 2017, 339 u. 415, sowie die Beiträge aus dem Sammelband von Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy, 2017; vgl. insbesondere auch die Ergebnisse der Konsultation zur Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ in Europäische Kommission, Detailed analysis of the public online consultation results on ‚Building a European Data Economy‘, 2017, abrufbar unter http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-36/annex_to_the_synopsis_report_-_data_economy_A45A375F-ADFF-3778-E8DD2021E5CC883B_46670.pdf, S. 21ff.

³⁹⁹ Siehe in diesem Sinne auch Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin., S. 10 ff.

⁴⁰⁰ Vgl. Drexl, Designing Competitive Markets for Industrial Data - Between Propertisation and Access, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, 2016, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2862975>; Drexl/Hilty/Globocnik et al., Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission’s “Public consultation on Building the European Data Economy”, 2017, abrufbar unter https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Statement_Public_consultation_on_Building_the_EU_Data_Eco_28042017.pdf.

⁴⁰¹ Vgl. Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 279.

⁴⁰² Europäische Kommission, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 fin.

Notwendigkeit einer Datenzugangsregulierung diskutiert. Im Übrigen scheint die Kommission mit den von ihr formulierten „Grundsätzen“ (s.o. VI.5.a)) aber zunächst auf freiwillige Lösungen zu setzen. Es ist allerdings nicht fernliegend, dass diese künftig im nationalen Vertragsrecht rezipiert werden. In Vertikalbeziehungen betreffend Produkte und Dienste, die in erheblichem Umfang mit einer Datenerzeugung einhergehen, deren Auswertung für nachgelagerte oder komplementäre Dienste erforderlich ist, kann bereits heute von einer vertraglichen Nebenpflicht ausgegangen werden, beiden Parteien im Rahmen ihrer legitimen wirtschaftlichen Interessen einen Datenzugriff zu ermöglichen. Bei einer entsprechenden Handhabung der AGB-Kontrolle ließen sich diese Rechte auch nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund abbedingen.

Das Kartellrecht steht – wie beschrieben (VI.3.) – in Fallkonstellationen bereit, in denen der „Datenbesitzer“ auf einem relevanten Datenmarkt oder einem anderen Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt oder in denen das den Datenzugriff beanspruchende Unternehmen von dem „Datenbesitzer“ abhängig ist. In Vertikalbeziehungen wird es sich dabei oft um eine unternehmensbedingte Abhängigkeit handeln. Diese muss nicht genuin auf dem Datenbesitz beruhen, sondern kann sich aus auch anderen Gründen ergeben. Die Datenzugangsverweigerung kann sich dann als Missbrauch darstellen.

d) Datenzugang des Drittanbieters, für dessen substanzielle Wertschöpfung der Zugang zu Nutzungsdaten bezogen auf bestimmte Produkte und Dienste unerlässlich ist

Zu prüfen bleibt, ob eine Erweiterung des § 20 Abs. 1 GWB zur Erfassung solcher Fallkonstellationen geboten ist, in denen ein Drittanbieter Zugang zu exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrollierten Daten begehrt, weil er diese Daten für eine substanzielle Wertschöpfung benötigt – etwa das Angebot von Diensten, die mit der Nutzung eines Primärprodukts verbunden sind.

Im Grundsatz lassen sich derartige Zugangsansprüche auf die EFD stützen. Wie gezeigt, sind die Nachweisanforderungen an die EFD allerdings bislang hoch. Eine spezifische Ausformung der EFD für Datenzugangsansprüche hat noch nicht stattgefunden.

Wie unter VI.4. gezeigt, ist der BGH in Fällen, in denen Drittanbieter Zugang zu Inputressourcen begehren, für die sie für eine substanzielle Wertschöpfung auf Drittmärkten angewiesen sind, weitergehend und relativ großzügig bereit, eine unternehmensbedingte Abhängigkeit anzunehmen. Dass ein Unternehmen sich ggfs. freiwillig in die Abhängigkeitssituation begeben hat, wird zwar in der Interessenabwägung berücksichtigt, ist aber im Fall eines legitimen Zugangsinteresses nicht notwendig entscheidend. Die für die Feststellung einer unbilligen Behinderung notwendige Interessenabwä-

gung lässt Raum für die Prüfung, ob seitens des Datenbesitzers gute Gründe für die Datenzugangsverweigerung bestehen. Werden die Daten aber ohne große Investitionen quasi „nebenbei“ erzeugt, enthalten sie keine Geschäftsgeheimnisse und steht das Datenschutzrecht nicht entgegen, so ist das legitime Interesse an einer Datenzugangsverweigerung ggfs. gering – insbesondere wenn es zum Verschluss von Sekundärmärkten führt. Umgekehrt wird jedes legitime Wertschöpfungsinteresse des zugangsbegehrenden Drittanbieters in der Interessenabwägung berücksichtigt.

Allerdings ist diese Fallgruppe vom BGH mit Blick auf Belieferungsansprüche in Fallkonstellationen entwickelt worden, in denen ein „üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr“ bestand. Ebendies ist bei Datenzugangsansprüchen nicht notwendig gegeben. Innovative Geschäftsideen können ganz spezifische Datenzugangsbegehren auslösen, die keinem „üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr“ entsprechen.

Dies könnte für eine Klarstellung in § 20 Abs. 1 GWB sprechen, dass eine Abhängigkeit sich auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen für eine substantielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff zu automatisiert erzeugten Maschinen- bzw. Dienstenutzungsdaten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, und dass eine Datenzugangsverweigerung eine unbillige Behinderung darstellen kann, auch wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet war.

Mit dem Begriff des Wertschöpfungsnetzwerks sollen die oft komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen in Aftermarkt- und IoT-Kontexten erfasst werden, in denen oft vielfältige Leistungen von unterschiedlichen Service-Anbietern angeboten werden. Zu den ökonomischen Kriterien, die im Rahmen der für die Feststellung einer unbilligen Behinderung notwendigen Interessenabwägung herangezogen werden können, zählen die Frage, ob im konkreten Kontext Anreize für die Generierung oder auch die Speicherung und Pflege von Daten notwendig sind, ob andere Stakeholder an der Generierung der Daten beteiligt waren, für welche Zwecke die Anspruchsteller die Daten nutzen wollen und ob alternative Möglichkeiten des Datenzugangs oder der Leistungserbringung ohne unmittelbaren Datenzugang bestehen.

D. Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen

- (1) Digitale Märkte – und in besonderem Maße Märkte, die durch die Präsenz digitaler Plattformen geprägt sind – stellen das Wettbewerbsrecht bei der Marktabgrenzung vor neue Herausforderungen. Es gibt vor diesem Hintergrund gute Argumente für eine flexiblere Handhabung der bisherigen Prüfungsmethodik, die einen Rückschluss von einem nicht leistungswettbewerblichen, nicht durch Wettbewerb disziplinierten Verhalten mit Verdrängungswir-

kung auf Marktbeherrschung nicht erlaubt. Eine solche Weiterentwicklung des Art. 102 AEUV ist im Ergebnis aber der Rechtsprechung der Unionsgerichte vorbehalten. § 18 GWB sollte in Parallele zu Art. 102 AEUV weiterentwickelt werden.

- (2) Dem Gesetzgeber ist weder die gesetzliche Verankerung eines Monopolisierungsverbots nach dem Vorbild des US-Antitrustrechts noch der Übergang zu einem SIEC-Test anzuraten.
- (3) Allerdings wird dem Gesetzgeber empfohlen, die Beschränkung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 GWB („relative Marktmacht“) auf kleine und mittlere Unternehmen zu streichen. Seit langem ist anerkannt, dass einschlägige Abhängigkeitslagen auch für große Unternehmen entstehen können.
- (4) Das Behinderungsverbot für Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen überlegener Marktmacht in § 20 Abs. 3 GWB gilt bislang als wettbewerbspolitisch problematisch, da es potenziell zu einem Bestandsschutz kleiner und mittlerer Unternehmen im Verhältnis zu größeren, effizienteren Unternehmen führen und damit als ein Schutz vor Wettbewerb wirken kann. Die Rechtsprechung hat daher hohe Anforderungen an die Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB gestellt. In der digitalen Wirtschaft sind aber auch Konstellationen denkbar und nicht unwahrscheinlich, in denen der Wettbewerbsdruck gerade von innovativen kleinen und mittleren Unternehmen ausgeht. In solchen Situationen kann ein Schutz vor Abwehrstrategien durch Unternehmen mit überlegener Marktmacht mit leistungswettbewerbsfremden Mitteln sinnvoll sein. Dies spricht für eine flexiblere Anwendung des § 20 Abs. 3 GWB in einschlägigen Fällen.
- (5) Märkte mit starken positiven Netzwerkeffekten können zu einem „Tipping“, nämlich zu einem Umkippen ins Monopol neigen. Ein solches Umkippen ist allerdings häufig nicht „naturgegeben“, sondern kann durch bestimmte Praktiken einzelner Akteure begünstigt oder sogar induziert werden. Zu diesen Praktiken zählen auch unilaterale Verhaltensweisen wie ein gezieltes Behindern von Multihoming. Kartellrechtlich lässt sich ein solches Verhalten gegenwärtig erst dann erfassen, wenn der jeweilige Akteur über kartellrechtlich relevante Marktmacht verfügt (d.h. über eine marktbeherrschende Stellung, Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB, oder über relative bzw. überlegene Marktmacht gem. § 20 Abs. 1 oder Abs. 3 GWB). Da sich das „Tipping“ ins Monopol – ist es erst einmal geschehen – kaum noch rückgängig machen lässt, ist zu empfehlen, ein Einschreiten des Bundeskartellamts bzw. der Gerichte gegen ein unilaterales Verhalten, das „Tipping“ begünstigt, ohne als legitime Form des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt zu sein, bereits unterhalb dieser Schwelle zu ermöglichen. Es wird

daher die Einfügung eines neuen § 20a oder § 20 Abs. 6 GWB empfohlen, der Plattformanbietern mit im Verhältnis zu anderen (nicht notwendig kleinen oder mittleren) Plattformen überlegener Marktmacht und Plattformanbietern in engen Oligopolen eine missbräuchliche Behinderung von Wettbewerbern verbietet, soweit diese geeignet ist, ein „Tipping“ des Marktes zu begünstigen. Die Behinderung von Multihoming oder eines Plattformwechsels wären als Regelbeispiel zu nennen.

- (6) Informationsintermediäre haben in der digitalen Ökonomie eine in vielerlei Hinsicht zentrale Stellung erlangt und können über ein hohes Lenkungspotenzial im Wettbewerb verfügen. Insbesondere bei vertikaler Integration der Informationsintermediäre können Anreize bestehen, Informationsasymmetrien auszunutzen, um den Wettbewerb auf angrenzenden Märkten zu verfälschen. Kartellrechtlich muss die Machtposition von Intermediären gegenwärtig über die Kategorien von Angebots- und Nachfragemacht erfasst werden. Die Vermittlungstätigkeit der Intermediäre hat aber häufig eine hybride Natur: Sie verbindet Aspekte des Angebots von Vermittlungsleistungen mit der Nachfrage von (bzw. Suche nach) „Content“. Auch dort, wo das Angebot von Vermittlungsleistungen im Vordergrund steht, kann die Angewiesenheit von Unternehmen auf die Vermittlungsleistung der Intermediäre in bestimmten Konstellationen besser mithilfe von Gesichtspunkten erfasst werden, die herkömmlich bei der Ermittlung von Nachfragemacht eine Rolle spielen. Es wird daher empfohlen, „Intermediationsmacht“ als eigenständige, dritte Form der Macht im deutschen Wettbewerbsrecht zu verankern. Hierzu könnte zum einen § 18 Abs. 1 GWB ergänzt werden („Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen *oder als Vermittler* auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ...“). Zum anderen könnten die in § 18 Abs. 3a GWB genannten Gesichtspunkte für die Bewertung der Marktstellung von mehrseitigen Märkten und Netzwerken um einen Hinweis ergänzt werden, dass auch die Bedeutung einer Plattform in der Vermittlung des Zugangs zu Absatz- und Beschaffungsmärkten für ihre Marktstellung erheblich ist – etwa im Verhältnis zu den auf ihr tätigen Händlern. Im tatbestandlich flexibleren § 20 Abs. 1 GWB kann die Weiterentwicklung der Abhängigkeitsfallgruppen in Richtung einer systematisch stringenter Erfassung der „Intermediationsmacht“ dem Bundeskartellamt und der Rechtsprechung überlassen bleiben, zumal mit der „quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit“ bereits ein Anknüpfungspunkt hierfür besteht. Die Frage, ob Intermediationsmacht im Verhältnis Plattform-Unternehmen auch dann bestehen kann, wenn keine Marktbeziehung zwischen beiden Parteien besteht – wie etwa bei „reinen“ Suchmaschinen – bleibt zu diskutieren.

- (7) Insbesondere die großen Digitalkonzerne sind durch konglomerate Strukturen geprägt, die zu einer neuen Diskussion über mögliche Wettbewerbsgefährdungen durch konglomerate Macht geführt haben. Neue konglomerate Strategien wie die Ausnutzung neuer Arten von Verbundvorteilen und von Vorteilen aus der marktübergreifenden Sammlung und Nutzung von Daten können aber im deutschen Wettbewerbsrecht ausreichend erfasst werden, wenn das Unternehmen auf mindestens einem Markt marktbeherrschend ist. Weitere Schutzlücken können im Rahmen von § 20 Abs.1 und Abs. 3 GWB geschlossen werden.
- (8) Eine unter Gesichtspunkten des Wettbewerbsschutzes besonders problematische Strategie von konglomerat aufgestellten Digitalkonzernen kann der systematische Aufkauf von kleinen innovativen Start-up-Unternehmen sein, die den etablierten Unternehmen in Zukunft gefährlich werden könnten. Zur Verhinderung einer solchen Marktabschottungsstrategie könnte die deutsche Fusionskontrolle in § 36 Abs. 1 GWB nach Satz 1 um einen Passus ergänzt werden, der die Untersagung eines Zusammenschlusses auch dann ermöglicht, wenn ein Zusammenschluss Ausdruck einer Gesamtstrategie ist, im Rahmen derer ein marktbeherrschendes Unternehmens systematisch wachstumsstarke Unternehmen in einem frühen Stadium ihrer Entwicklung aufkauft, und diese Strategie wirksamen Wettbewerb erheblich behindert. Von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist auszugehen, wenn festgestellt werden kann, dass auch und gerade solche Unternehmen aufgekauft werden, die ein erkennbares und erhebliches Potenzial haben, mittelfristig zu Wettbewerbern zu werden. Ein Indiz für ein solches Potenzial könnte sein, dass die akquirierten Wettbewerber bei einer Orientierung an breiter gefassten Grundbedürfnissen anstelle von eng(er) gefassten Produkt- oder Dienstleistungsmärkten denselben oder einen ähnlichen Bedarf von Nachfragern bedienen, wie er von dem Marktbeherrscher bedient wird.
- (9) Die Kontrolle über Daten hat in der digitalen Ökonomie eine neue Bedeutung für die Marktstellung von Unternehmen im Wettbewerb erlangt. Dies kann allerdings bereits nach geltendem Recht berücksichtigt werden. Der mit der 9. GWB-Novelle eingeführte § 18 Abs. 3a nennt den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ausdrücklich als ein bei der Ermittlung von Marktmacht auf mehrseitigen Märkten und bei Netzwerken zu berücksichtigendes Kriterium. Aber auch jenseits des § 18 Abs. 3a GWB kann der Datenzugang berücksichtigt werden. Einer Anpassung etwa des § 18 Abs. 3 GWB bedarf es insoweit nicht.
- (10) Eine missbräuchliche Verweigerung des Datenzugangs kann bereits jetzt auf der Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB erfasst werden. Hierbei gibt es gute Gründe, im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung niedrigere Anforderungen an

die Missbräuchlichkeit der Datenzugangsverweigerung zu stellen, als sie bislang für die Verweigerung des Zugangs zu Infrastrukturen und zu Rechten des geistigen Eigentums formuliert worden sind, wenn und soweit es um den Zugang zu solchen Daten geht, die quasi nebenbei und ohne besondere Investitionserfordernisse erzeugt werden.

- (11) Um den Zugang zu großen Datenmengen für Zwecke des Trainings selbstlernender Algorithmen zu erleichtern und auf diese Weise Wettbewerbsvorteile besonders datenreicher Unternehmen zu neutralisieren, wird gegenwärtig diskutiert, ob eine marktanteilsabhängige „Daten-Sharing-Pflicht“ eingeführt werden soll („Daten-für-alle“-Gesetz). Über derartige Vorschläge sollte weiter nachgedacht werden. Wie eine solche Pflicht konkret ausgestaltet (und begrenzt) werden könnte, ist bislang offen.
- (12) Ein großes und wirtschaftlich legitimes Interesse an einem Zugang zu maschinell erzeugten Nutzungsdaten kann und wird häufig in Vertikalbeziehungen im IoT-Kontext (etwa bei der Nutzung bestimmter Maschinen und Dienstleistungen) entstehen. Derartige Interessenlagen sind primär im Rahmen des Vertragsrechts und der AGB-Kontrolle zu würdigen und zu bewältigen. Liegt eine kartellrechtlich relevante Machtlage vor (Marktbeherrschung oder relative Marktmacht), so kommen auch auf dieser Grundlage Datenzugangsansprüche in Betracht. Bei einer angemessenen Ausgestaltung des Vertragsrechts ist nicht davon auszugehen, dass Schutzlücken entstehen.
- (13) Verlangen Drittanbieter im Kontext von Wertschöpfungsnetzwerken Zugriff auf Daten, die von einem Akteur in diesem Netzwerk exklusiv kontrolliert werden und für eine substantielle Wertschöpfung in diesem Netzwerk erforderlich sind, so kommen zwar schon nach geltender Rechtslage Datenzugangsansprüche insbesondere auf der Grundlage einer unternehmensbedingten Abhängigkeit (§ 20 Abs. 1 GWB) in Betracht. Im Rahmen der Interessenabwägung wird von der Rechtsprechung bislang allerdings verlangt, dass für die Ressource, auf die Zugriff genommen werden soll, ein „üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr“ besteht. Dies ist bei Daten nicht notwendig der Fall. Um diese Schutzlücke zu schließen und die Anforderungen für Datenzugangsansprüche von Drittanbietern zu klären, kann daher eine Ergänzung des § 20 Abs. 1 GWB sinnvoll sein, welche klarstellt, dass sich eine Abhängigkeit auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen für eine substantielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff zu automatisiert erzeugten Maschinen- bzw. Dienstenutzungsdaten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, und dass eine Datenzugangsverweigerung eine unbillige Behinderung darstellen kann, auch wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.

E. Handlungsspielräume des deutschen Gesetzgebers in der Missbrauchsaufsicht – Zum Verhältnis zwischen deutschem und europäischem Recht

Vor einer Erweiterung der nationalen Missbrauchsaufsicht bleibt zu klären, über welche Spielräume das deutsche Kartellrecht im Verhältnis zum europäischen Wettbewerbsrecht verfügt. Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 verpflichtet die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden zur parallelen Anwendung von Art. 102 AEUV, wenn sie das mitgliedstaatliche Recht auf nach Art. 102 AEUV verbotene Missbräuche anwenden. Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 ist es den Mitgliedstaaten allerdings nicht verwehrt, „in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden“. Gleichzeitig gilt, dass die Anwendung des mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechts „nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen [darf], welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des [Art. 101 Abs. 1 AEUV] nicht einschränken oder die Bedingungen des [Art. 101 Abs. 3 AEUV] erfüllen“ oder durch eine Gruppenfreistellungsverordnung erfasst sind (Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003).

Der Anwendungsbereich dieser beiden Konfliktregeln in Art. 3 Abs. 2 S. 1 und in Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 scheint auf den ersten Blick durch die tatbestandliche Unterscheidung zwischen einseitigen Handlungen einerseits, Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen andererseits voneinander abgegrenzt. In der Praxis können jedoch sehr wohl Überschneidungen auftreten. Dies gilt für den Anwendungsbereich von Art. 101 und Art. 102 AEUV⁴⁰³ ebenso wie für den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV und den Anwendungsbereich von strengeren mitgliedstaatlichen Regeln betreffend unilaterales Verhalten. Für das deutsche Kartellrecht ist regelmäßig nicht mit Überschneidungen zwischen Art. 101 AEUV und § 20 Abs. 3 GWB – also dem an Unternehmen mit überlegener Marktmacht im Horizontalverhältnis adressierten Behinderungsverbot – zu rechnen: Im Anwendungsbereich des § 20 Abs. 3 GWB wird es zumeist an einer Vereinbarung bzw. an einem koordinierten Verhalten fehlen. Mit großer Regelmäßigkeit treten Überschneidungen aber im Verhältnis von Art. 101 AEUV und § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB auf. Gerade das Konzept der „relativen Marktmacht“ erfasst mit der Abhängigkeit häufig Situationen, in denen (Vertikal-)Vereinbarungen zwischen Unternehmen vorliegen, zugleich aber machtbedingte Konflikte im Zusammenhang mit der

⁴⁰³ Siehe dazu EuG, Urt. v. 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*, Rn. 130 f.; Urt. v. 23.10.2017, Rs. T-712/14, *CEAHR*, Rn. 94 ff.

Anbahnung, Beendigung oder dem Inhalt der Verträge entstehen.⁴⁰⁴ Die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AEUV können erfüllt sein, auch wenn die jeweilige Praxis nach Maßgabe des Art. 101 AEUV nicht zu beanstanden ist – etwa weil sie weder eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV bezweckt noch bewirkt, oder weil die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV oder einer Gruppenfreistellungsverordnung erfüllt sind.⁴⁰⁵

Der Umstand, dass Art. 101 AEUV auf eine Vereinbarung anwendbar ist, ihr im Ergebnis aber nicht entgegensteht, schließt die Anwendbarkeit der Regeln über unilaterales Verhalten nicht aus. Dies ist in der Rechtsprechung der Unionsgerichte mit Blick auf das Verhältnis zwischen Art. 101 und Art. 102 AEUV anerkannt.⁴⁰⁶ So heißt es etwa im Urteil des EuG in der Sache *CEAHR*:

„Die Feststellung, dass ein Verhalten nach Art. 101 AEUV rechtmäßig ist, impliziert daher nicht grundsätzlich die Feststellung, dass dieses Verhalten nach Art. 102 AEUV rechtmäßig ist. Hierfür ist vielmehr zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung der letztgenannten Vorschrift erfüllt sind oder nicht.“ (Rn. 94)

Dasselbe muss für § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB gelten. Ein gemäß Art. 101 AEUV zulässiges Verhalten kann nach § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB verboten sein.

Zugleich ist für das Verhältnis zwischen Art. 101 und Art. 102 AEUV anerkannt, dass die Wertungen des Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV sowie der Gruppenfreistellungsverordnungen auch im Kontext des Art. 102 AEUV von Bedeutung sind.⁴⁰⁷ Dies gilt in gleicher Weise für das Verhältnis zwischen Art. 101 AEUV und § 20 GWB.⁴⁰⁸ So würden nach *Nothdurft* z.B. „Unternehmen, welche die Kriterien eines freigestellten selektiven Vertriebssystems nicht erfüllen, dazu auch über diese Regelung im Regelfall keinen Zugang erhalten können.“⁴⁰⁹ Die für alle GVOen vorgesehene Möglichkeit des Entzugs der Freistellung (Art. 29 VO 1/2003) zeigt allerdings, dass die Wertungen der GVOen die Beurteilung

⁴⁰⁴ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 8.

⁴⁰⁵ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, § 20 GWB Rn. 8.

⁴⁰⁶ Siehe EuG, Urt. v. 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*, Rn. 130 f.; Urt. v. 23.10.2017, Rs. T-712/14, *CEAHR*, Rn. 94 ff.

⁴⁰⁷ Vgl. EuG 23.10.2017, Rs. T-712/14, *CEAHR*, Rn. 95.

⁴⁰⁸ Siehe dazu *Nothdurft*, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, abrufbar unter <http://www.faire-importpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, S. 16: „Schon rein faktisch wird in den allermeisten Fällen die Vereinbarung und Durchsetzung eines unter dem Aspekt des Kartellverbots freigestellten Vertriebssystems auch der Interessenabwägung nach § 20 Abs. 1, § 19 Abs. 1 Abs. 2 Nr. 1 GWB standhalten, weil in ihrem Rahmen die Wertungen von Art. 101 Abs. 1 und insbesondere Abs. 3 AEUV von hoher Bedeutung sind.“

⁴⁰⁹ *Nothdurft*, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, abrufbar unter <http://www.faire-importpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, S. 16.

eines Einzelfalls, in dem eine spezifische Machtlage festgestellt worden ist, nicht notwendig determinieren.⁴¹⁰

Wie Fälle zu entscheiden sind, in denen die Berücksichtigung der Art. 101 AEUV zugrunde liegenden Wertungen *nicht* dazu führt, dass das Verhalten eines Unternehmen mit relativer Marktmacht für gem. § 20 Abs. 1 GWB zulässig erachtet wird, ist bislang nicht abschließend geklärt.⁴¹¹ Angesichts des Ziels von Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003, eine unionsweit einheitliche Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen sicherzustellen, sind Zweifel an der These begründet, dass ein strengeres mitgliedstaatliches Recht im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sich gegenüber Art. 101 AEUV stets durchsetzt.⁴¹² Aus den Begründungserwägungen der VO 1/2003 wie auch aus der Gesetzgebungsgeschichte lassen sich keine klaren Kriterien für die Auflösung des potenziellen Konflikts entnehmen. Dem Ziel, in der Anwendung des Art. 101 AEUV ein „level playing field“ herzustellen, steht die eindeutige Anerkennung der Zulässigkeit strengerer mitgliedstaatlicher Regeln betreffend einseitiges unternehmerisches Verhalten entgegen. Die Einfügung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 ging seinerzeit maßgeblich auf das Bestreben der Bundesrepublik Deutschland zurück, das Verbot des Missbrauchs relativer Marktmacht beizubehalten. Begründungserwägung 8 der VO 1/2003 erkennt dementsprechend die Zulässigkeit von strengeren Regeln „zur Ahndung missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen“ an – die potenziell stets im Überschneidungsbereich mit Art. 101 AEUV liegen.

Da der Konflikt in Art. 3 VO 1/2003 nicht aufgelöst ist, liegt es nahe, auf die Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht vor Inkrafttreten der VO 1/2003 zurückzugreifen, als eine Regelung des Unionsgesetzgebers zum Verhältnis zwischen den staatlichen Rechtsvorschriften und dem Wettbewerbsrecht der EU noch fehlte. Maßgeblich war

⁴¹⁰ Dies spricht gegen die These, dass sich „innerhalb freigestellter Vertragssysteme schon generell die entsprechende Prüfung der Vereinbarungen nach § 20 Abs. 1 GWB erübrigt, weil insoweit die Sperrwirkung des Gemeinschaftsrechts nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO Nr. 1/2003 eingreift.“ – Für Nachweise zu dieser These, die Nothdurft als h.L. bezeichnet, siehe *Nothdurft*, Relative Marktmacht. Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen, 2015, abrufbar unter <http://www.faire-importpreise.ch/pdf/gutachten.pdf>, S. 16.

⁴¹¹ In seinem Urt. v. 11.11.2008, KVR 17/08 = WuW/E DE-R 2514, *Bau und Hobby*, Rn. 14 verneinte der BGH einen Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB, betonte jedoch, dass dieses Ergebnis nicht bereits zwingend aus dem Eingreifen einer Gruppenfreistellungsverordnung folge. In BGH, Urt. v. 07.12.2012, KVR 11/12 = WuW/E DE-R 3967, *Rabattstaffel*, Rn. 22 konnte die Frage hingegen offenbleiben. Vgl. aber OLG München, Urt. v. 8.1.2009, U (K) 1501/08 = NJOZ 2009, 4179, 4184: Freistellung von Art. 101 AEUV könne einem zivilrechtlichen Anspruch aus § 19 Abs. 1 GWB nicht entgegengehalten werden, denn „eine Möglichkeit der Freistellung vom Verbot des [Art. 102 AEUV] gibt es nicht.“

⁴¹² So aber *Weitbrecht*, EuZW 2003, 69, 72; *Röhling*, GRUR 2003, 1019, 1022; wohl auch *Billing/Lettl*, WRP 2012, 773, 780 f. Vgl. ferner *Taube*, Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für „relativ marktstarke“ Unternehmen, 2006, S. 161 f.

vor Inkrafttreten der VO 1/2003 das Urteil des EuGH v. 13.2.1969 in der Sache *Walt Wilhelm*.⁴¹³ Danach war eine gewisse Eigenständigkeit der Wertungsgesichtspunkte im europäischen und im nationalen Recht grundsätzlich zu respektieren und schloss die parallele Anwendung der Rechtsvorschriften nicht aus:

„Das Kartellrecht der Gemeinschaft und das staatliche Kartellrecht beurteilen die Kartelle nicht nach den gleichen Gesichtspunkten. Artikel 85 [Art. 101 AEUV] stellt darauf ab, ob ein Kartell den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern kann, während jede der staatlichen Kartellgesetzgebungen von ihren eigenen Erwägungen ausgeht und die Kartelle lediglich nach ihnen beurteilt.“ (Rn. 3)

Die Grenze der parallelen Anwendung von Vorschriften, die auf unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Wertungen beruhen, wurde in *Walt Wilhelm* folgendermaßen formuliert:

„Mit Rücksicht auf die allgemeine Zielsetzung des Vertrags ist diese gleichzeitige Anwendung des nationalen Rechts [und des Gemeinschaftsrechts] nur statthaft, soweit sie die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen Maßnahmen auf dem gesamten gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt“ (Rn. 4).

Bei einem Konflikt zwischen der Wertung des Art. 101 AEUV und der Wertung einer strengeren Norm des mitgliedstaatlichen Rechts betreffend einseitiges unternehmerisches Verhalten ist also zu prüfen, ob „die Wirkung der Gemeinschaftsordnung beeinträchtigt und die Verwirklichung der Vertragsziele gefährdet“ wären. Bei dieser Prüfung ist die grundsätzliche Entscheidung des Unionsgesetzgebers für die Zulässigkeit strengerer nationaler Regeln zu berücksichtigen. Die Absenkung der Interventionschwelle im Verhältnis zum Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV wird als legitime wettbewerbspolitische Wertung anerkannt.

Erst wenn auf der Grundlage solcher Normen Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, die nach Art. 101 AEUV bzw. auf der Grundlage etwa der Vertikal-GVO als zulässig gelten, breitflächig für missbräuchlich erklärt würden, würde ein Wertungskonflikt entstehen, der zugunsten des Vorrangs des Unionsrechts aufzulösen wäre.

⁴¹³ EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. 14/68, *Walt Wilhelm*. Das Urteil erging zu der Frage, ob mitgliedstaatliche Behörden auf einen Sachverhalt, der bereits Gegenstand eines Verfahrens der Kommission war, die Verbotsvorschriften des nationalen Kartellrechts anwenden dürfen.

Die im Gutachten unterbreiteten Empfehlungen überschreiten diese Schwelle soweit ersichtlich nicht. Empfehlenswert ist es allerdings, bei der anstehenden Überarbeitung der Vertikal-GVO auf eine Wertungsparallelität zur nationalen Missbrauchskontrolle gerade auch im Digitalisierungskontext hinzuwirken.

F. Fazit

Aus den Veränderungen von Märkten, Geschäftsmodellen und unternehmerischen Strategien, wie sie mit der Digitalisierung einhergehen, ergeben sich neue Herausforderungen für den Schutz von Wettbewerb. Grundlage wettbewerblicher Märkte muss stets ein funktionierender zivilrechtlicher Ordnungsrahmen sein. In einer Umgebung, in welcher der Informationsmediation wachsende Bedeutung zukommt, muss etwa das Lauterkeitsrecht einen starken Schutz vor Irreführung gewährleisten. Wo Interessenkonflikte eine systematische Wettbewerbsverzerrung befürchten lassen, können in Vertragsverhältnissen mit Intermediationsintermediären Interessenwahrungs- bzw. Treuepflichten eine Rolle spielen. Der neuen Bedeutung des Datenzugriffs für die volle wirtschaftliche Nutzung vieler Produkte und Dienste im IoT-Kontext muss durch ein Vertragsrecht und eine AGB-Kontrolle Rechnung getragen werden, welche die wirtschaftlichen Interessenlage im Verhältnis der Vertragsparteien berücksichtigen.

Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ist auf die Korrektur von Missbräuchen von Marktmacht in Einzelfällen ausgelegt. Die Nachweisanforderungen sind substanziell, und die Verfahren aufwändig. Gleichwohl kann der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht beim Schutz funktionsfähigen Wettbewerbs eine wichtige komplementäre Bedeutung zukommen. Die kartellrechtliche Praxis kann – etwa mit Blick auf Zugriffsrechte auf Daten – ferner auch wichtige Anstöße für die Weiterentwicklung des zivilrechtlichen Rahmens geben.

Das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB erweist sich mit seinem generalklauselhaft gefassten Behinderungsverbot auch in Zeiten der Digitalisierung als eine Norm, die grundsätzlich geeignet ist, neue Arten der Wettbewerbsgefährdung zu erfassen. Sinnvoll kann die ausdrückliche Einführung einer neuen Kategorie der „Intermediationsmacht“ in § 18 Abs. 1 GWB sein, die neben der Angebots- und Nachfragemacht steht, und vor allem die Besonderheiten der Machtstellung digitaler Plattformen im Verhältnis P2B erfassen hilft. Im Übrigen ist es empfehlenswert, das Missbrauchsverbot vorerst auf der Grundlage der Generalklausel (§ 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB) weiterzuentwickeln.

Im deutschen Recht steht – zusätzlich zum Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen – ferner der § 20 GWB zur Verfügung, der ein behördliches und privates Einschreiten gegen Behinde-

rungsmissbräuche sowohl im Fall relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1 GWB) als auch im Fall überlegener horizontaler Marktmacht (§ 20 Abs. 3 GWB) erlaubt. Angesichts der neuen Herausforderungen der Digitalisierung kann er als eine wertvolle „Flexibilitätsreserve“ dienen – zu rechnen ist mit einer gewissen „Renaissance“ des § 20 GWB. Dies gilt für § 20 Abs. 1 GWB, der schon bislang in der privaten Durchsetzung eine wichtige Rolle spielt, aber in bestimmten Grenzen auch für § 20 Abs. 3 GWB. Über § 20 Abs. 1 GWB können individuelle Abhängigkeitslagen – etwa eine Abhängigkeit von einer Transaktionsplattform als Vertriebsweg – auch dort erfasst werden, wo eine marktbeherrschende Stellung nur mit hohem Aufwand gerichtsfest nachgewiesen werden kann.

Nicht koordiniertes Parallelverhalten im Oligopol lässt sich über Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB unter Umständen nur schwer, wohl aber über § 20 Abs. 1 GWB und ggfs. über § 20 Abs. 3 GWB erfassen, wo es zu Behinderungen im Wettbewerb führt. Die Norm erleichtert ferner die private Durchsetzung des Missbrauchsverbots. Auch Strategien der Behinderung von Multihoming in „Tipping“-geneigten Märkten lassen sich über § 20 Abs. 1 und Abs. 3 früher erfassen als über Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB. Hier bleibt allerdings auch nach § 20 GWB eine relevante Schutzlücke bestehen. Für diese Fallgruppe schlagen wir daher die Erweiterung des § 20 GWB um einen neuen Absatz vor. Um die Durchschlagkraft des § 20 GWB zu erhöhen, empfehlen wir ferner, die Beschränkung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 GWB auf „kleine und mittlere Unternehmen“ zu streichen. Abhängigkeitslagen können auch im Verhältnis zu größeren Unternehmen bestehen. Hinsichtlich des § 20 Abs. 3 GWB empfehlen wir, die hohen Anforderungen an dessen Anwendung in Fallkonstellationen zu revidieren, in denen es nicht um den Bestandsschutz von kleinen und mittleren Unternehmen gegen Wettbewerbsvorstöße von Großunternehmen geht, sondern umgekehrt um Abwehrstrategien von Großunternehmen gegen innovative kleine und mittlere Unternehmen.

Besondere Aufmerksamkeit muss ferner der Gewährleistung eines effektiven Datenzugangs gewidmet werden, wo dieser Voraussetzung für wirksamen Wettbewerb ist. § 20 Abs. 1 GWB deckt hier zwar potenziell viele Fallkonstellationen ab. Eine gewisse Lücke verbleibt aber, die durch eine Ergänzung der Norm geschlossen werden kann.

Bei allen Überlegungen über mögliche Ergänzungen der Missbrauchsaufsicht ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass bei einer Ausweitung des § 20 GWB womöglich die mit „false negatives“ verbundenen Irrtumskosten sinken, die Kosten von „false positives“ aber steigen können. Die Abwägung der Irrtumskosten erfolgt in der Missbrauchsaufsicht regelmäßig im Rahmen der Interessenabwägung im Einzelfall. Die Interessenabwägung bietet auch Raum, neuen Marktlagen Rechnung zu tragen, in denen die Konzentrationstendenzen und Marktverschlusspotenziale so groß sind, dass ein proaktiveres Eingreifen der Missbrauchsaufsicht gerechtfertigt ist als auf herkömmlichen Märkten.

Wo eine Ausweitung der Missbrauchstatbestände in Frage steht, ist aber vorab zu prüfen, ob das Ausmaß der Wettbewerbsgefährdung die damit zugleich steigenden Kosten von „false positives“ rechtfertigt.

Die Schwierigkeiten in der Durchsetzung des Missbrauchsverbots im digitalen Umfeld lassen sich ferner nicht immer und nicht nur mit rechtlichen Schutzlücken erklären. Bedeutsam ist auch, dass die nach Maßgabe des Missbrauchsverbots zu beurteilenden unternehmerischen Strategien zum Teil neu und noch nicht durchgängig verstanden sind. In solchen Fällen – oder wo wettbewerbliche Gefahrenlagen in hohem Maße einzelfallabhängig und neue Schadenstheorien komplex und noch nicht ausgetestet sind – sind verfrühte gesetzliche Maßnahmen gefährlich: sie können das Wettbewerbsrecht auf lange Frist in eine falsche Richtung führen. In solchen Fällen sollte die Rechtsentwicklung daher vielmehr der Fallpraxis überlassen bleiben.

Executive Summary

Die Entwicklungen in der digitalen Wirtschaft – insbesondere die zunehmende Bedeutung von (a) Daten als kritische Inputressource in Produktions- und Distributionsprozessen und (b) digitalen Plattformen auf teils sehr konzentrierten Märkten – werfen die Frage auf, ob das geltende Kartellrecht hinreichend gewappnet ist, neuartigen Wettbewerbsgefährdungen wirksam und rechtzeitig zu begegnen. Konkret stellt sich etwa die Frage, ob die Schwelle für ein Eingreifen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – allgemein oder auch nur in bestimmten Fallgruppen – zu hoch angesiedelt ist und ein rechtzeitiges Eingreifen verhindert. Weiterhin ist zu klären, ob Wettbewerbsgefährdungen, wie sie mit zum Teil neuartigen unternehmerischen Strategien von marktmächtigen Unternehmen der Digitalwirtschaft einhergehen können, mit den geltenden Vorschriften der Missbrauchsaufsicht effektiv erfasst werden können, ganz unabhängig vom Schwellenwert für ein Eingreifen. Besondere Bedeutung kann dabei möglicherweise wettbewerbswidrigen Verdrängungsstrategien vertikal integrierter Unternehmen, dem wettbewerbsbehindernden Einsatz von Portfolio- und Verbundvorteilen und dem Zugriff auf Daten bzw. der Verweigerung eines Zugangs zu Daten beigemessen werden.

Vor diesem Hintergrund analysiert die vorliegende Studie, ob die Regeln zum Schutz vor dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht auf (noch) nicht beherrschten Märkten hinreichend klar und effektiv sind. Dabei werden zum einen der Anwendungsbereich und die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 102 AEUV und von §§ 18, 19 GWB berücksichtigt. Besondere Aufmerksamkeit gilt zum anderen der Frage, ob § 20 GWB mit Blick auf die besonderen Herausforderungen der Digitalwirtschaft ein zeitgemäßes und effektives Instrument zur Schließung etwaiger Schutzlücken in der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht sein kann, oder ob eine Weiterentwicklung des Konzepts der relativen bzw. überlegenen Marktmacht in § 20 GWB angeraten ist.

Die vorliegende Studie geht zunächst der Frage nach, ob es einer Änderung des Missbrauchsverbots in seiner Grundstruktur bedarf. So stellen digitale Märkte das Kartellrecht etwa bei der Marktabgrenzung vor neue Herausforderungen. Denkbar wäre daher eine Flexibilisierung der Prüfungsstruktur derart, dass in bestimmten Fallkonstellationen eine detaillierte Marktabgrenzung entbehrlich wird. In der Tat gibt es gute Argumente für eine flexiblere Handhabung der bisherigen Prüfungsmethodik, die einen Rückschluss von einem nicht leistungswettbewerblichen, nicht durch Wettbewerb disziplinierten Verhalten mit Verdrängungswirkung auf Marktbeherrschung nicht erlaubt. Jedoch ist eine solche Weiterentwicklung des Art. 102 AEUV im Ergebnis der Rechtsprechung der Unionsgerichte vorbehalten. § 18 GWB sollte in Parallele zu Art. 102 AEUV weiterentwickelt werden.

Auch eine allgemeine, fallgruppenübergreifende Absenkung der Interventionsschwelle der Missbrauchsaufsicht wäre möglich, um Wettbewerbsgefährdungen im Kontext der Digitalisierung frühzeitig erfassen zu können. In dem vorliegenden Gutachten werden dazu prinzipiell vier Fallkonstellationen betrachtet:

- a) Unilaterale Verhaltensweisen (noch) nicht marktbeherrschender Unternehmen, welche auf Märkten mit starken positiven Netzwerkeffekten geeignet sind, eine Monopolisierung („Tipping“) herbeizuführen
- b) Nicht-koordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol mit Marktverschlusswirkung
- c) „Konglomerate Macht“ als mögliche eigenständige Form von Macht unterhalb der Marktherrschungsschwelle
- d) Intermediationsmacht

Bei der Prüfung, ob die kartellrechtliche Interventionsschwelle abgesenkt werden soll, ist jedoch zu bedenken, dass das deutsche Kartellrecht mit § 20 GWB bereits über eine Norm verfügt, welche die Interventionsschwelle für bestimmte Fallkonstellationen absenkt: § 20 Abs. 1 GWB verbietet Missbräuche relativer Marktmacht, § 20 Abs. 3 GWB verbietet unbillige Behinderungen kleinerer und mittlerer Unternehmen durch Unternehmen mit überlegener Marktmacht. Dem Gesetzgeber ist vor diesem Hintergrund keine weitere *allgemeine* Absenkung der Interventionsschwelle für die Missbrauchsaufsicht anzuraten – weder in der Form der gesetzlichen Verankerung eines Monopolisierungsverbots noch in der Form eines Übergangs zu einem SIEC-Test.

Empfohlen wird jedoch die Aufhebung der Beschränkung des Schutzes gegen Missbräuche relativer Marktmacht auf kleine und mittlere Unternehmen in § 20 Abs. 1 GWB („relative Marktmacht“), da einschlägige Abhängigkeitslagen auch für große Unternehmen entstehen können.

Da eine fallgruppenübergreifende Absenkung der kartellrechtlichen Interventionsschwelle nicht empfohlen werden kann, stellt sich die Frage nach den Vor- und Nachteilen von fallgruppenspezifischen Absenkungen der Interventionsschwelle in §§ 18, 19 oder in § 20 GWB:

Erstens können Märkte mit starken positiven Netzwerkeffekten zu einem „Tipping“, also zu einem Umkippen ins Monopol, neigen. Ein solches Umkippen ist allerdings häufig nicht „naturegegeben“, sondern kann durch bestimmte Praktiken einzelner Akteure begünstigt oder sogar induziert werden. Zu diesen Praktiken zählen auch unilaterale Verhaltensweisen wie ein gezieltes Behindern von Multihoming. Kartellrechtlich lässt sich ein solches Verhalten gegenwärtig erst dann erfassen, wenn der jeweilige Akteur über kartellrechtlich relevante Marktmacht verfügt (d.h. über eine marktbeherrschende Stellung, Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB, oder über relative bzw. überlegene Marktmacht

gem. § 20 GWB). Eine kartellrechtliche Schutzlücke kann sich somit insbesondere insoweit ergeben, als in „Tipping“-geneigten Märkten ein wettbewerbsbehördliches Einschreiten gegen ein nicht durch Leistungswettbewerb gerechtfertigtes unilaterales Verhalten, das ein Umkippen des Marktes ins Monopol begünstigt, derzeit erst ab der Schwelle der Marktbeherrschung (Art. 102 AEUV / §§ 18, 19 GWB) und ggfs. nach § 20 Abs. 1 und Abs. 3 GWB möglich ist. Da sich das „Tipping“ ins Monopol – ist es erst einmal geschehen – kaum noch rückgängig machen lässt, ist zu empfehlen, ein Einschreiten des Bundeskartellamts bzw. der Gerichte gegen ein unilaterales Verhalten, das „Tipping“ begünstigt, ohne als legitime Form des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt zu sein, bereits unterhalb dieser Schwelle zu ermöglichen. Es wird daher die Einfügung eines neuen § 20a oder § 20 Abs.6 GWB empfohlen, der Plattformanbietern in engen Oligopolen eine missbräuchliche Behinderung von Wettbewerbern (insbesondere durch eine Behinderung Multihoming oder eines Plattformwechsels) untersagt, insoweit diese strategische Behinderung geeignet ist, ein „Tipping“ des Marktes zu begünstigen.

Zweitens können sich auf durch enge Oligopole charakterisierten Märkten nicht koordinierte, aber in ihrer Gesamtwirkung eine Marktverschlusswirkung entfaltende unternehmerische Strategien etablieren. Die vorliegende Studie erkennt für das deutsche Wettbewerbsrecht hier jedoch keine Schutzlücke, da relevante Fälle entweder über das Marktbeherrschungsverbot (insbes. § 18 Abs.6 GWB) oder über die rechtlichen Regelungen des § 20 GWB (relative bzw. überlegene Marktmacht) erfasst werden können. Besteht weder eine Abhängigkeit im Vertikalverhältnis noch eine überlegene Marktmacht im Horizontalverhältnis, so ist die Gefahr, dass von dem nicht-koordinierten parallelen Verhalten eines Unternehmens im engen Oligopol eine erhebliche Wettbewerbsgefährdung ausgeht, gering.

Drittens führt die neue Bedeutung von Informationsintermediären zu der Frage, ob neben Angebots- und Nachfragemacht eine eigenständige Form der „Intermediationsmacht“ anerkannt werden sollte. Die zentrale Leistung, die ein Intermediär den am Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen interessierten Unternehmen anzubieten hat – ob im Wege des Wiederverkaufs oder der Vermittlung – ist ein bestimmter Absatzkanal bzw. der Zugang zu einer bestimmten Kundengruppe. Der Grad der Macht, den ein Wiederverkäufer oder ein Vermittler diesen Unternehmen gegenüber innehat, hängt davon ab, welchen Anteil der Nachfrage der Wiederverkäufer oder Vermittler bündelt, ohne dass für den Waren- oder Diensteanbieter hinreichende Ausweichoptionen bestehen. Existiert etwa in einem Sektor ein enges Oligopol von – nicht kollektiv marktbeherrschenden – Vermittlungsplattformen, so können Waren- und Diensteanbieter womöglich auf keinen dieser Vertriebskanäle verzichten, wenn dieselben Kunden nicht auf anderen Wegen ähnlich effektiv angesprochen werden können und es

essentiell für das wirtschaftliche Überleben eines Waren- bzw. Diensteanbieters ist, einen Großteil der potenziellen Kunden zu erreichen. Ein Anbieter von Waren bzw. Dienstleistungen kann daher von einer digitalen Vermittlungsplattform unter ähnlichen Voraussetzungen abhängig sein wie – herkömmlich – von einem Wiederverkäufer, etwa einem Lebensmitteleinzelhändler.

Ein größeres Maß an Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit würde erreicht, wenn die konzeptionellen Besonderheiten der Machtermittlung in Fällen, in denen die fragliche Tätigkeit in der Vermittlung besteht, grundsätzlich anerkannt würden – durch ausdrückliche Anerkennung eines Konzepts der „Intermediationsmacht“ im Verhältnis zu Anbietern von Waren oder Dienstleistungen (d.h. in der Regel P2B) in § 18 Abs. 1 GWB, das dort neben die Angebots- und die Nachfragemacht treten würde. Der Sache nach würde mit der Anerkennung eines Konzepts der Intermediationsmacht verdeutlicht, dass für die Würdigung der Marktstellung in diesen Fällen nicht die Qualifikation der Tätigkeit einer Plattform als „Angebot von Vermittlungsdiensten“ oder „Nachfrage nach Angebotsleistungen auf der Plattform“ entscheidend ist. Anders als eine reine Handelsvertretertätigkeit wird die Vermittlungstätigkeit einer Plattform oft Aspekte eines Angebots (von Vermittlungsleistungen) mit Aspekten der Nachfrage (von „Content“) verbinden. Es kommt auch nicht auf die Einzelleistung selbst – also etwa das Angebot von Vermittlungsdiensten – an, sondern auf eine Gesamtbetrachtung der Umstände, die für die Machtstellung eines Plattformintermediärs ausschlaggebend sind, unter besonderer Berücksichtigung der Marktstellung der Plattform auf den verschiedenen Plattformseiten. Eine ausdrückliche Einfügung des Konzepts der „Intermediationsmacht“ in den tatbestandlich flexibleren § 20 Abs. 1 GWB erscheint nicht erforderlich, zumal mit der „quasi-sortimentsbedingten Abhängigkeit“ bereits ein Ausgangspunkt für eine Anerkennung von Intermediationsmacht besteht.

Viertens sind insbesondere die großen Digitalkonzerne durch konglomerate Strukturen geprägt. Neue konglomerate Strategien wie die Ausnutzung neuer Arten von Verbundvorteilen und von Vorteilen aus der marktübergreifenden Sammlung und Nutzung von Daten können im deutschen Wettbewerbsrecht ausreichend erfasst werden, wenn das Unternehmen auf mindestens einem Markt marktbeherrschend ist. Selbst in Abwesenheit von Marktbeherrschung können zudem etwaige Schutzlücken im Rahmen von § 20 Abs. 1 und Abs. 3 GWB geschlossen werden.

Eine unter Gesichtspunkten des Wettbewerbsschutzes besonders problematische Strategie von konglomerat aufgestellten Digitalkonzernen kann jedoch der systematische Aufkauf von kleinen innovativen Start-up-Unternehmen sein, die den etablierten Unternehmen in Zukunft gefährlich werden könnten. Zur Verhinderung einer solchen Marktabschottungsstrategie könnte die deutsche Fusionskontrolle in § 36 Abs. 1 GWB nach Satz 1 um einen Passus ergänzt werden, der die Untersagung eines Zusammenschlusses auch dann ermöglicht, wenn ein Zusammenschluss Ausdruck einer Gesamtstra-

ategie ist, im Rahmen derer ein marktbeherrschendes Unternehmens systematisch wachstumsstarke Unternehmen in einem frühen Stadium ihrer Entwicklung aufkauft, und diese Strategie wirksamen Wettbewerb erheblich behindert. Von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist auszugehen, wenn festgestellt werden kann, dass auch und gerade solche Unternehmen aufgekauft werden, die ein erkennbares und erhebliches Potenzial haben, mittelfristig zu Wettbewerbern zu werden. Ein Indiz für ein solches Potenzial könnte sein, dass die akquirierten Wettbewerber bei einer Orientierung an breiter gefassten Grundbedürfnissen anstelle von eng(er) gefassten Produkt- oder Dienstleistungsmärkten denselben bzw. einen vergleichbaren Bedarf von Nachfragern bedienen, wie er von dem Marktbeherrscher bedient wird.

Fünftens kann die Kontrolle über Daten Machtpositionen begründen, deren angemessene Erfassung durch das Kartellrecht in der vorliegenden Studie überprüft wird. Wie unsere Analyse zeigt, wird diese Datenmacht jedoch bereits im Kartellrecht berücksichtigt. Der mit der 9. GWB-Novelle eingeführte § 18 Abs. 3a nennt den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ausdrücklich als ein bei der Ermittlung von Marktmacht auf mehrseitigen Märkten und bei Netzwerken zu berücksichtigendes Kriterium. Auch jenseits des § 18 Abs. 3a GWB kann der Datenzugang berücksichtigt werden. Einer Anpassung etwa des § 18 Abs. 3 GWB bedarf es insoweit nicht. Eine missbräuchliche Verweigerung des Datenzugangs kann bereits jetzt auf der Grundlage der Generalklausel in § 19 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB erfasst werden. Hierbei gibt es gute Gründe, im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung niedrigere Anforderungen an die Missbräuchlichkeit der Datenzugangsverweigerung zu stellen, als sie bislang für die Verweigerung des Zugangs zu Infrastrukturen und zu Rechten des geistigen Eigentums formuliert worden sind, wenn und soweit es um den Zugang zu solchen Daten geht, die quasi nebenbei und ohne besondere Investitionserfordernisse erzeugt werden.

Um den Zugang zu großen Datenmengen für Zwecke des Trainings selbstlernender Algorithmen zu erleichtern und auf diese Weise Wettbewerbsvorteile besonders datenreicher Unternehmen zu neutralisieren, wird gegenwärtig diskutiert, ob eine marktanteilsabhängige „Daten-Sharing-Pflicht“ eingeführt werden soll („Daten-für-alle“-Gesetz). Über derartige Vorschläge sollte weiter nachgedacht werden, auch weil die Art und Weise, wie eine solche Pflicht konkret ausgestaltet (und begrenzt) werden könnte, bislang noch vollkommen offen ist.

Das wirtschaftlich legitime Interesse am Zugang zu maschinell erzeugten Nutzungsdaten, welche häufig in Vertikalbeziehungen im IoT (Internet of Things)-Kontext (etwa bei der Nutzung bestimmter Maschinen und Dienstleistungen) entstehen, sollte primär im Rahmen des Vertragsrechts und der AGB-Kontrolle gewürdigt und bewältigt werden. Liegt eine kartellrechtlich relevante Machtlage vor

(Marktbeherrschung oder relative Marktmacht), so kommen Datenzugangsansprüche auch auf dieser Grundlage in Betracht.

Verlangen Drittanbieter im Kontext von Wertschöpfungsnetzwerken Zugriff auf Daten, die von einem Akteur in diesem Netzwerk exklusiv kontrolliert werden und für eine substantielle Wertschöpfung in diesem Netzwerk erforderlich sind, so kommen zwar schon nach geltender Rechtslage Datenzugangsansprüche insbesondere auf der Grundlage einer unternehmensbedingten Abhängigkeit (§ 20 Abs. 1 GWB) in Betracht. Im Rahmen der Interessenabwägung wird von der Rechtsprechung bislang allerdings verlangt, dass für die Ressource, auf die Zugriff genommen werden soll, ein „üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr“ besteht. Dies ist bei Daten nicht notwendig der Fall. Um diese Schutzlücke zu schließen und die Anforderungen für Datenzugangsansprüche von Drittanbietern zu klären, kann daher eine Ergänzung des § 20 Abs. 1 GWB sinnvoll sein, welche klarstellt, dass eine Abhängigkeit sich auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen für eine substantielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff zu automatisiert erzeugten Maschinen- bzw. Dienstenutzungsdaten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, und dass eine Datenzugangsverweigerung eine unbillige Behinderung darstellen kann, auch wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.

Die in diesem Gutachten unterbreiteten Empfehlungen sind von der grundsätzlichen Entscheidung des Unionsgesetzgebers für die Zulässigkeit von im Vergleich zu den europäischen Wettbewerbsregeln strengeren nationalen Regeln zur Unterbindung einseitiger Handlungen von Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003) gedeckt. Sie können somit als unionsrechtlich unproblematisch eingestuft werden.