DIGITALES ARCHIV

ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
ZBW – Leibniz Information Centre for Economics

Holzweber, Stefan

Thesis

Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen : zur Anwendung von Art 102 AEUV auf mehrseitige Märkte in der Internetökonomie

Provided in Cooperation with:
ZBW Open Access

Reference: Holzweber, Stefan (2017). Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen : zur Anwendung von Art 102 AEUV auf mehrseitige Märkte in der Internetökonomie. Wien : Wirtschaftsuniversität Wien, Doktorat Wirtschaftsrecht.

This Version is available at:
http://hdl.handle.net/11159/1823

Kontakt/Contact
ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft/Leibniz Information Centre for Economics
Düsternbrooker Weg 120
24105 Kiel (Germany)
E-Mail: *rights[at]zbw.eu*
https://www.zbw.eu/econis-archiv/

Standard-Nutzungsbedingungen:
Dieses Dokument darf zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen. Sofern für das Dokument eine Open-Content-Lizenz verwendet wurde, so gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

https://zbw.eu/econis-archiv/termsofuse

Terms of use:
This document may be saved and copied for your personal and scholarly purposes. You are not to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public. If the document is made available under a Creative Commons Licence you may exercise further usage rights as specified in the licence.

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

DOKTORAT WIRTSCHAFTSRECHT

Titel der Dissertation:

Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen: zur Anwendung von Art 102 AEUV auf mehrseitige Märkte in der Internetökonomie

Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades

einer Doktorin / eines Doktors

der Rechtswissenschaften an der Wirtschaftsuniversität Wien

eingereicht bei

1. Beurteilerin/1. Beurteiler: **Univ.-Prof. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M.**

2. Beurteilerin/2. Beurteiler: **Univ.-Prof. Mag. Dr. Martin Winner**

von **Stefan Holzweber, LL.M.,**

Fachgebiet: **Zivil- und Unternehmensrecht**

Wien, im **Februar 2017**

Diese Arbeit wurde durch die Förderaktion Netidee unterstützt

Diese Arbeit ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 3.0 Österreich Lizenz.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung dient der Analyse der Anwendung von kartellrechtlichen Instrumenten auf aktuelle Probleme der Internetökonomie. Sie wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Wirtschaftsuniversität Wien als Dissertation angenommen und erfasst Rechtsprechung und Literatur bis zum 1.1.2017.

An vorderster Stelle möchte ich all jenen danken, die mich bei dem Verfassen der Dissertation unterstützt haben und ohne die diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Danken möchte ich *Prof. Dr. Florian Schuhmacher, LL.M.*, für die Bereitschaft, dieses – zum Zeitpunkt der Konzeption „exotische" – Thema zu betreuen und komplexe Fragestellungen ausführlich mit mir zu diskutieren.

Prof. Dr. Mag. Martin Winner bin ich nicht nur für die Zweitbetreuung der vorliegenden Arbeit zu großem Dank verpflichtet, sondern auch für das in mich gesetzte Vertrauen und die mir gewährte akademische Freiheit während meiner Tätigkeit an der Abteilung für Informations- und Immaterialgüterrecht an der WU Wien.

Ein besonderer Dank gilt meiner Lebensgefährtin *Leonie Maier* für ihr Verständnis und die emotionale Unterstützung in intellektuell beanspruchten Zeiten sowie den kritischen Blick einer Natur- und Sozialwissenschaftlerin, der mir zuweilen die Grenzen der juristischen Weltsicht vor Augen führte.

Meinen Eltern *Ernst* und *Gabriele Holzweber* danke ich, dass sie mir die Wichtigkeit von Fleiß und Wissenserwerb schon früh vermittelt haben und mich auf meinem Weg stets tatkräftig unterstützt haben. Ganz besonders möchte ich mich an dieser Stelle bei meiner Mutter für die vielen Stunden des Korrekturlesens bedanken.

Danken möchte ich auch meiner Kollegin *Veronika Treitl, LL.M.*, für ihre Hinweise zur formalen Richtigkeit der Arbeit.

Darüber hinaus gebührt – last but not least – mein Dank der Förderaktion *Netidee* und der *Heinrich Graf Hardegg'schen Stiftung*, die mich für das Verfassen der vorliegenden Dissertation großzügig finanziell unterstützt haben.

Stefan Holzweber,

Wien, 7.2.2017

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung ... 1
   1.1. Einführung ... 1
   1.2. Forschungsfragen ... 3
   1.3. Gang der Untersuchung ... 3
2. Begriffsklärung ... 4
   2.1. Digitale Güter ... 4
      2.1.1. Technisch-ökonomische Begriffsklärung ... 4
      2.1.2. Juristische Einordnung ... 7
      2.1.3. Ökonomische Eigenschaften von DG ... 10
      2.1.4. Synthese der Charakteristika von DG ... 19
   2.2. Plattformen ... 21
      2.2.1. Mehrseitige Märkte ... 22
      2.2.2. Typologie von mehrseitigen Plattformen ... 30
3. Marktabgrenzung ... 35
   3.1. Grundlegung ... 35
      3.1.1. Ökonomische Einordnung ... 35
      3.1.2. Juristische Einordnung ... 37
      3.1.3. Ökonomische Methoden der Marktabgrenzung ... 40
   3.2. Digitale Märkte ... 44
      3.2.1. Besonderheiten bei der Abgrenzung von digitalen Märkten ... 44
      3.2.2. Ausgewählte Marktabgrenzungen im digitalen Kontext ... 50
   3.3. Mehrseitige Märkte ... 56
      3.3.1. Anzahl der relevanten Märkte ... 56
      3.3.2. Abgrenzung von Märkten ohne Leistungsaustausch ... 76
      3.3.3. Exkurs: Ökonomische Methoden zur Abgrenzung von mehrseitigen Märkten ... 82

4. Marktbeherrschende Stellung ... 84
4.1. Grundlegung ... 84
4.1.1. Marktmacht im Kartellrecht ... 84
4.1.2. Marktmacht und Marktmachtmissbrauch ... 86
4.1.3. Indikatoren für Marktmacht ... 89
4.2. Digitale Märkte ... 97
4.2.1. Marktanteile ... 98
4.2.2. Marktzutrittsschranken ... 102
4.2.3. Preis ... 112
4.3. Mehrseitige Märkte ... 113
4.3.1. Marktanteile ... 115
4.3.2. Marktzutrittsschranken ... 116
4.3.3. Preis ... 118
5. Marktmachttransfer ... 121
5.1. Grundlegung ... 121
5.2. Rechtliche Einordnung ... 123
5.2.1. Marktmachtmissbräuchliche Praktik ... 123
5.2.2. Verhältnis Marktbeherrschung – missbräuchliche Praktik ... 124
5.2.3. Reichweite des Verbots ... 130
5.2.4. Verhältnis der Fallgruppen zueinander ... 137
5.3. Ökonomische Einordnung ... 139
5.3.1. Klassische ökonomische Theorie ... 139
5.3.2. Chicago-School ... 140
5.3.3. Post Chicago-School ... 141
5.4. Zwischenfazit ... 143
6. Koppelung und Bündelung zweier Produkte ... 145
6.1. Begriffsbestimmung ... 146

6.2. Unterschiedliche Produkte ... 147
6.2.1. Grundthese: separate Produkte als Mehrmarktkriterium ... 148
6.2.2. Einschränkung 1: mehrere Märkte, keine separaten Produkte ... 151
6.2.3. Einschränkung 2: mehrseitige Märkte ... 155
6.2.4. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ... 156
6.3. Zwang zur gemeinsamen Abnahme der Produkte ... 158
6.3.1. Produktintegration ... 160
6.3.2. Bevorzugte Platzierung der eigenen Produkte ... 162
6.4. Marktverschließung ... 166
6.4.1. Rechtliche Anforderungen ... 167
6.4.2. Wettbewerbliche Effekte bei digitalen Plattformen ... 169
6.5. Objektive Rechtfertigungsgründe ... 177
6.5.1. Allgemeine Voraussetzungen der objektiven Rechtfertigung ... 177
6.5.2. Handelsbrauch ... 179
6.5.3. Effizienzvorteile ... 179
6.5.4. Qualitätssicherung ... 185
7. Geschäftsverweigerung ... 187
7.1. Ökonomische Einordnung ... 188
7.2. Vertragsverweigerung ... 190
7.2.1. Fehlende explizite Ablehnung ... 190
7.2.2. Angebot zu inakzeptablen Konditionen ... 190
7.2.3. Vertragsauflösung ... 192
7.3. Ausschluss des Wettbewerbs ... 193
7.3.1. Bedeutung des Kriteriums ... 193
7.3.2. Ursachen des Ausschlusses des Wettbewerbs ... 194
7.4. Abgeleiteter Markt ... 196
7.4.1. Hypothetische Märkte ... 197
7.4.2. Mehrseitige Märkte ... 199

7.5. Vorprodukt ... 202
7.5.1. Unentbehrlichkeit ... 202
7.5.2. Immaterialgüterrechte ... 206
7.5.3. Schnittstelleninformation ... 213
7.5.4. Zugang zu Plattformen ... 216
7.5.5. Daten ... 219
7.6. Objektive Rechtfertigungsgründe ... 221
7.6.1. Geschäftsabschluss zu Lasten des Inhabers ... 221
7.6.2. Person des Vertragssuchers ... 222
7.6.3. Effizienzvorteile ... 223
8. Zusammenfassende Abschlussthesen ... 226
9. Literaturverzeichnis ... 233
10. Judikaturverzeichnis ... 244
11. Abstract (deutsch) ... 248
12. Abstract (english) ... 248

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AFA	Anti-Fragmentation Agreement
API	Application programming interface
Art	Artikel
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
bspw	beispielsweise
bzw	Beziehungsweise
CD	Compact Disc
dh	das heißt
DG	digitales Gut
DVD	Digital Versatile Disc
ed(s)	Editor(s) (Herausgeber)
EFD	Essential facilites doctrine
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EK	Europäische Kommission
engl	englisch
et al.	Et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
europ	europäisch
EUV	Vertrag über die Europäische Union
Erk	Erkenntnis
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F & E	Forschung & Entwicklung
ff	fortfolgende
FTC	Federal Trade Commission (USA)
FKVO	Verordnung (EG) 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
FRAND	Fair, Reasonable and Non-Discrimatory Licensing Practices
GA	Generalanwalt (beim EuGH)

GDS	Global Distribution System
Grdstzl	Grundsätzlich
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Deutschland)
hA	herrschende Ansicht
HHI	Herfindahl-Hirschman Index
hM	herrschende Meinung
HM-Test	Hypothetical Monopolist test
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iW	im Wesentlichen
iZm	im Zusammenhang mit
Jud	Judikatur
KartG	Kartellgesetz (Österreich)
Kfz	Kraftfahrzeug
KOG	Kartellobergericht (Österreich)
L	Lehre
leg cit	legis citae (der zitierten Vorschrift)
Lit	Literatur
MADA	Mobile Application Distribitution Agreement
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
Mrd	Milliarden
MS	Mitgliedsstaaten der Europäischen Union
MSchG	Markenschutzgesetz
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberste Gerichtshof (Österreich)
PC	Personal Computer
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
s	siehe

S	Seite
SCP	Structure-Conduct-Performance
SMS	Short Message Service
sog	sogenannt
SSNIP	small but significant non-transitory increase in price
Str	strittig
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TV	Television
tw	teilweise
ua	unter anderem
unstr	unstrittig
USD	US-Dollar
uU	unter Umständen
va	vor allem
VHS	Video Home System
VO	Verordnung
WIPO	World Intellecutal Property Organization
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

1. Einleitung

1.1. Einführung

„It is not far-fetched to view antitrust as a microorganism in which larger movements of our society are reflected and perhaps, in some small but significant way, reinforced or generated"[1]

Folgt man *Robert Bork* mit seinem legendären Werk „*The antitrust paradox*", spiegelt die normative Welt des Kartellrechts die Konflikte in einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft wider. Neue gesellschaftliche Konflikte finden sich oft frühzeitig in kartellrechtlichen Fallgestaltungen wieder. Dabei ist die normative Welt des Kartellrechts nicht von der Realität isoliert; kartellrechtliche Entscheidungen vermögen vielmehr gesellschaftliche Entwicklungen zu verhindern, zu verstärken oder gerade erst möglich zu machen.

Nichts hat wohl die westliche Gesellschaft der letzten Jahrzehnte so stark beeinflusst wie der Übergang vom Industriezeitalter zum Computerzeitalter, auch Informationszeitalter genannt. Der Begriff der Information hat einen solchen Stellenwert erreicht, dass Begriffe wie Informationsgesellschaft und Informationsökonomie geprägt wurden, um die ersten beiden Jahrzehnte des neuen Jahrtausends zu beschreiben. Die mit diesem gesellschaftlichen Wandel einhergehenden Konflikte finden sich in kartellrechtlichen Fallgestaltungen wieder.

Das Computerzeitalter, wie wir es heute kennen, wurde wesentlich durch kartellrechtliche Interventionen geprägt. So kam es bereits im Jahr 1956 zu einer kartellrechtlichen Überprüfung der Geschäftspraktiken von *AT&T*,[2] bei der dem ehemaligen US-amerikanischen Telefonmonopolisten der Eintritt in den Markt für Computer untersagt wurde. Darüber hinaus wurde *AT&T* verpflichtet, Patente betreffend die Erfindung von Transistoren (welche grundlegend für Computerprozessoren sind) gegen ein angemessenes Entgelt an Wettbewerber zu lizenzieren. Dies ermöglichte erst den Wettbewerb in einem Markt für Computer. Im Jahr 1969 verfügten die US-amerikanischen Kartellbehörden gegen den damaligen quasi Monopolisten *IBM* ein *Unbundling* von Hardware und Software.[3] Dadurch wurde erst ein Markt für Software denkbar. Die unterschiedlichen Verfahren der Europäischen Kommission gegen *Microsoft*, den beherrschenden Anbieter für Betriebssysteme, zeitigten weitgehende Auswirkungen auf das Design von Software.[4] Betriebssysteme dürfen nicht derart gestaltet werden, dass der Wettbewerb auf Märkten für Anwendungssoftware gestört wird. Gemeinsam war diesen gesellschaftlichen und kartellrechtlichen Problemen die Sorge, dass ein

[1] *Bork*, The antitrust paradox: a policy at war with itself (1978) 10.
[2] *US v. Western Elec. Co,* Civil No. 17-49 (eingebracht im Jahr 1949!).
[3] *US v. IBM Corp,* No 69. Civ. 200.
[4] S dazu ausführlich Punkt 6.

marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht dazu nützen könnte, neue Märkte zu monopolisieren. Durch gezielte Praktiken könnten Unternehmen ihre Marktmacht – so die Befürchtung – vom beherrschten Markt auf andere Märkte ausdehnen und somit verdoppeln – und in den Augen mancher *zu* mächtig werden. Die beschriebenen kartellrechtlichen Interventionen waren daher gegen diesen Marktmachttransfer gerichtet; das Ziel war, den Wettbewerb in neu entstehenden Märkten zu schützen.

Durch die fortlaufende technische Entwicklung und die weitgehende Vernetzung der Welt sind neue Geschäftsfelder entstanden: Plattformen, welche vollkommen von der physischen Welt entkoppelt sind. Durch sie können Gruppen von Nutzern verbunden werden – seien es Käufer und Verkäufer, *Friends* auf *Facebook* oder Sucher und Anbieter von Content. Digitale Plattformen beschäftigen die Kartellrechtsbehörden auf beiden Seiten des Atlantiks, allen voran Unternehmen wie *Facebook* oder *Google.* Der Vorwurf lautet, dass diese ihre Marktmacht ausnützen, um den Wettbewerb zu schädigen.

In der vorliegenden Dissertation soll untersucht werden, inwiefern gesellschaftliche Konflikte iZm digitalen Plattformen durch bestehende kartellrechtliche Regelungen einer Lösung zugeführt werden können. Dabei wird versucht, die Anwendung von kartellrechtlichen Rechtssätzen auf diese neuen Geschäftsfelder zu beleuchten. Den rechtlichen Rahmen bietet hierbei das Verbot von marktmachtmissbräuchlichen, einseitigen Unternehmenspraktiken, wie es in Art 102 AEUV verwirklicht ist. Im Fokus steht dabei die Fallgruppe des Marktmachttransfers, welche in diesem Kontext wie gezeigt von besonderer Bedeutung ist.

1.2. Forschungsfragen

Die Leitfrage der vorliegenden Dissertation lautet:

Welche Besonderheiten bestehen bei der kartellrechtlichen Behandlung von Konstellationen des Marktmachttransfers bei digitalen Plattformen?

Daraus lassen sich zwei nachgeordnete Forschungsfragen ableiten, welche sich nach der Struktur von Art 102 AEUV orientieren:

Voraussetzung für eine kartellrechtliche Intervention ist die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens. Wann ist dieses Tatbestandsmerkmal bei Konstellationen mit digitalen Plattformen gegeben?

Inwiefern fallen Geschäftspraktiken, bei denen Marktmacht auf einen anderen Markt transferiert wird, im Kontext von digitalen Plattformen unter das Verbot des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV?

1.3. Gang der Untersuchung

Den ersten Schritt der vorliegenden juristischen Analyse ist der Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands gewidmet. Daher soll zuerst der Begriff der digitalen Plattform geklärt werden. Dem folgt eine kartellrechtliche Untersuchung von Märkten, auf denen digitale Plattformen agieren. Dabei orientiert sich die Abhandlung an der Struktur von Art 102 AEUV; zuerst muss somit die Marktabgrenzung und das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung analysiert werden, bevor konkret auf die marktmachtmissbräuchliche Praktik eingegangen wird. Die vorliegende Dissertation schließt mit zusammenfassenden Thesen, welche die aufgeworfenen Forschungsfragen beantworten sollen.

2. Begriffsklärung

Für den Zweck der vorliegenden Dissertation sollen digitale Plattformen als Plattformen verstanden werden, deren Geschäftsinhalt digitale Güter sind. Es soll daher zuerst geklärt werden, was unter dem Begriff des digitalen Guts verstanden werden kann. Darauf folgend wird der Begriff der Plattform beleuchtet.

2.1. Digitale Güter

Was sich hinter dem Begriff „digital" verbirgt, ist im Zeitalter der Informationsgesellschaft intuitiv begreiflich: alles, was sich hinter einem Bildschirm abspielt. In der vorliegenden Analyse soll durch die weitergehende Klärung des Begriffs des digitalen Guts einerseits der Fokus auf die interessierenden Sachverhalte geschärft werden. Andererseits soll durch die Identifikation der ökonomischen Charakteristika von digitalen Gütern ein erster Schritt für die kartellrechtliche Analyse gesetzt werden.

Eine Präzisierung des Begriffs des digitalen Guts (im Folgenden DG) soll in zwei Teilen erfolgen: Zuerst soll dieser Begriff einer technisch-ökonomischen Analyse unterzogen werden. Danach werden DG juristisch eingeordnet.

2.1.1. Technisch-ökonomische Begriffsklärung

In der ökonomischen Lit werden DG nach *Stelzer* als „*immaterielle Güter zur Bedürfnisbefriedigung, die sich mit Hilfe von Informationssystemen entwickeln, vertreiben und anwenden lassen*"[5] definiert.

Die Bedeutung des Terminus digitales Gut konstituiert sich durch die Summe der Eigenschaften der Begriffe digital und Gut. Diese sollen daher eigens analysiert werden.

2.1.1.1. Digital

In der vorliegenden Arbeit sollen nur rein digitale Güter behandelt werden. Das sind Güter, die elektronisch produziert und vertrieben werden können. Nicht thematisiert werden daher physische Güter, die auf elektronischen Märkten gehandelt werden (semi-physische Güter) oder Dienstleistungen iZm digitalen Gütern (semi-digitale Güter).[6]

DG bestehen jedoch stets iZm einem Trägermedium, auf dem die physische Archivierung des Binärcodes erfolgt – wie etwa Server, Blue-Ray-Disks, Festplatten etc. Für die Dekodierung dieser Trägermedien wird ein für das Trägermedium spezifisches Endgerät wie etwa PCs oder Blue-Ray

[5] *Stelzer*, Produktion digitaler Güter, in *Braßler/Corsten* (Hg), Entwicklungen im Produktionsmanagement (2004) 233 (233).
[6] *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie (2013) 46.

Player benötigt. Generell ist es jedoch technisch möglich, das DG vom Trägermedium zu trennen und auf ein anderes Trägermedium zu transferieren, beispielsweise durch den Download von Bildern vom Server auf die Festplatte eines PCs.[7]

Dieser duale Charakter von DG spiegelt sich in der rechtlichen Beurteilung wider: Während der Enduser häufig Eigentum an einem Trägermedium erwerben kann, erwirbt er am digitalen Inhalt nur ein Nutzungsrecht. Trägermedium und digitaler Inhalt sind unabhängig voneinander zu beurteilen.

Der Inhalt der vorliegenden Untersuchung ist daher – illustriert an einem Beispiel – die in Maschinensprache codierte Musik auf dem Trägermedium CD. So keine Schutzmaßnahmen bestehen, kann diese auf eine Festplatte transferiert werden, ohne das ursprüngliche DG zu verändern.

2.1.1.2. Gut

Aus ökonomischer Perspektive ist der Begriff des Guts dadurch charakterisiert, dass Güter Nutzen stiften.[8] Man könnte daher *Linde/Stock* folgen, nach denen für die Definition als Gut die Zahlungsbereitschaft eines Abnehmers für die Nutzung des Gutes vonnöten ist.[9] Unerwünschte Emailwerbung (Spam) wäre demnach beispielsweise nicht als DG zu qualifizieren, obwohl diese digital ist.

In der Ökonomie wird zwischen verschiedenen Güterarten unterschieden, im gewählten Zusammenhang ist hier insb die Differenzierung zwischen Gebrauchsgut und Verbrauchsgut von Bedeutung. Der Unterschied besteht darin, dass Gebrauchsgüter einem längerfristigen Gebrauch dienen, währenddessen Verbrauchsgüter nur zeitlich begrenzt nutzbar sind. Zwar können DG nicht verbraucht werden, sie können jedoch nach dem Konsum an Nutzen verlieren.[10] Als Maß für den Wertverlust von DG bei dem Konsum wurde der Begriff der Zeitelastizität geprägt.[11] Je zeitelastischer ein DG, desto weniger Nutzen besteht in einem wiederholten Konsum und desto eher kann von einem Verbrauchsgut ausgegangen werden. So nimmt etwa die Nutzung einer (digitalen) Sportübertragung nach dem ersten Konsum stark ab, der Nutzen von Anwendungssoftware (etwa Software zum Abspielen von Filmen) hingegen nicht. Eine Sportübertragung kann daher als digitales Verbrauchsgut, Software als digitales Gebrauchsgut qualifiziert werden.

---

[7] *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie (2013) 46.
[8] *Linde/Stock*, Informationsmarkt: Informationen im I-Commerce anbieten und nachfragen (2011) 21.
[9] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 22.
[10] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 25.
[11] *Sjurts*, Strategien in der Medienbranche: Grundlagen und Fallbeispiele (2005) 11.

In einer generalisierenden Betrachtung kann nach *Messerschmitt* Content als ein DG mit hoher Zeitelastizität und daher als Verbrauchsgut und Software als DG mit geringer Zeitelastizität und daher als Gebrauchsgut angesehen werden.[12] Diese Unterscheidung birgt kartellrechtliche Relevanz: Steht bei digitalen Verbrauchsgütern va der Zugang zu diesen Gütern im Mittelpunkt[13], unterliegt bei digitalen Gebrauchsgütern auch die konkrete Ausgestaltung der Leistung einer kartellrechtlichen Überprüfung[14]. Im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehen digitale Gebrauchsgüter.[15] Dies ist dem Umstand geschuldet, dass der *ex-post* Marktmissbrauchskontrolle bei digitalen Verbrauchsgütern eine nur beiläufige Rolle zukommt, ist doch ein DG angesichts der Vielfalt von Informationsangeboten im Internets selten marktbeherrschend.

Der ökonomische Begriff des Guts umfasst sowohl Dienstleistungen als auch Produkte. Unterscheidendes Kriterium zwischen diesen Kategorien stellt der Umstand dar, dass Dienstleistungen anders als Produkte stets einen externen Faktor für den Output benötigen. [16] Diese Terminologie soll beibehalten werden: Ein digitales Gut umfasst sowohl Produkte, für deren Herstellung der Leistungsnehmer keinen externen Faktor darstellt (wie zB Software)[17], als auch Outputs, die einen Input des Leistungsnehmers (wie etwa Suchmaschinen) erfordern.

[12] *Messerschmitt*, Networked applications: a guide to the new computing infrastructure (1999) 159.
[13] S dazu exemplarisch der bei analogen Informationsgütern häufig diskutierte Kontrahierungszwang bei Anzeigenbestellung bei marktbeherrschenden Zeitschriften.
[14] Man denke hier an die feste Integration des *Microsoft* Media-Player in das Betriebssystem Windows, welche als kartellrechtswidrig erkannt wurde.
[15] *Kundan,* Kartellrecht und Medien, in *Depprich* (Hg), Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht (2011) 335.
[16] *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie (2013) 52.
[17] *Bode*, Der Informationsbegriff in der Betriebswirtschaftslehre, zfbf 1997, 449 (463).

2.1.2. Juristische Einordnung

Der Begriff des DG ist nicht juristischer Herkunft, sondern ökonomischer. Es überrascht daher nicht, dass dieser Begriff weder in europäischem noch in nationalem Normenmaterial Erwähnung findet.[18] Vielmehr ist der Terminus des DG ein Oberbegriff für eine Vielheit von Rechtsobjekten. Für die juristische Einordnung ist daher eine Zuordnung von juristischen Kategorien zum ökonomischen Konzept des DG notwendig. Diese kann nicht abschließend sein, sondern umfasst nur die häufigsten Formen von DG, die einen eigenständigen rechtlichen Schutz aufweisen.

Grundsätzlich lässt sich aus der bisherigen Definition problemlos folgern, dass DG als unkörperliche Sache anzusehen sind, da sie mit Sinnen nicht wahrnehmbar sind. Der Schutz von DG wird daher va durch immaterialgüterrechtliche Regelungssysteme erfolgen.

Ein immaterialgüterrechtliches Ausschließlichkeitsrecht an einem DG ist wohl in der überwiegenden Anzahl der Fälle Voraussetzung für eine marktmachtmissbräuchliche Handlung. Besteht ein solches nicht, kann der Marktmachtmissbrauch erfolgen, wenn eine effektive technische Schutzmaßnahme vorhanden ist. Hat der Verbraucher ein Vervielfältigungsrecht am DG, wird die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nur durch effektive technische Schutzmaßnahmen zu verwirklichen sein. Inwieweit DG, denen kein immaterialgüterrechtlicher Schutz zukommt, zum Marktmachtmissbrauch geeignet sind, wird insb iZm *Software Interfaces* diskutiert[19] und soll in Punkt 7.5.3. näher betrachtet werden.

Im Folgenden sollen zwei verschiedene Schutzregimes betrachtet werden: der eigenständige Softwareschutz sowie das Urheberrecht, unter die wohl ein Gutteil der DG subsumiert werden können. Nicht weiter behandelt wird die Frage, inwiefern DG durch gewerbliche Schutzrechte (Patentrecht, Markenrecht usw) bzw durch das Datenschutzregime geschützt werden können.

2.1.2.1. Softwareschutz

Wie bereits erwähnt, ist Software jedenfalls als DG zu qualifizieren. 1991 verabschiedete der Rat der EG erstmals eine Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen[20]. Durch diese verpflichten sich die MS, Computerprogramme als Sprachwerk iSd Berner Übereinkunft zu schützen (Art 1), es bestehen jedoch im Detail von Sprachwerken divergierende Regelungen.[21] Nach *Blocher* ist diese Lösung darauf zurückzuführen, dass ein maßgeschneiderter Sonderschutz für Software mit einer Neuverhandlung der relevanten Urheberrechtskonventionen einhergegangen

[18] RIS & EUR-Lex Abfrage vom 1.10.2014.
[19] *Weston*, Software Interfaces – Stuck in the Middle: The Relationship Between the Law and Software Interfaces in Regulating and Encouraging Interoperability, IIC 2012, 427.
[20] RL 91/250/EWG.
[21] S zB das Recht zur Dekompilierung von Software (= Rückübersetzung von Maschinencode in Object Code), welches nach Art 6 der aktuellen Software RL 2009/24/EG besteht.

wäre, welche politisch nur schwer durchsetzbar war.[22] Dieselbe Lösung wurde 1994 im TRIPS-Abkommen sowie 1996 im WIPO Copyright Treaty völkerrechtlich verankert.[23]

Weder in der Richtlinie noch in der Umsetzung in Österreich[24], Deutschland[25] und im Vereinigten Königreich[26] besteht eine Legaldefinition des Begriffs Software – was von *Marly* „*geradezu als Geburtsfehler*" bezeichnet wird.[27] Die *verba legalia* machen nur deutlich, dass alle Ausdrucksformen (also auch der Maschinencode) und das Material zur Vorbereitung der Programmierung bereits vom Softwareschutz umfasst sind. Ausdrücklich nicht umfasst vom Schutzbereich der Software sind dahingegen Ideen, Funktionen[28], Schnittstellen (dazu weiterführend Punkt 7.5.3.1.) und Algorithmen[29]. Das Arbeitsergebnis, das von einer Software hervorgebracht wird, fällt ebenfalls nicht unter den Softwareschutz[30]. Insbesondere nicht vom Softwareschutz umfasst ist nach Rsp des EuGH[31] die Benutzeroberfläche der Software.[32]

Eine Definition des Begriffs der Computersoftware findet sich jedoch in § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO. Demzufolge kann Software als eine „*Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt*" definiert werden. Dieser Auffassung folgten die legislativen Ausgestaltungen in zahlreichen Staaten (wie etwa der USA, China, England, Frankreich), aber auch Höchstgerichte wie etwa der BGH[33].[34]

Im kartellrechtlichen Kontext ging die EK im Missbrauchsverfahren gegen *Microsoft* genauer auf ihr Verständnis des Begriffs Software ein. *Microsofts* Computer Dictionary zitierend definierte die EK Software als „*Instructions that direct the hardware operations, also designated as computer programs*", welche in Maschinensprache vorliegen müssen.[35]

---

[22] *Blocher,* Gewerblicher Schutz und Urheberrecht, in *Jahnel* (Hg), IT-Recht (2012) 226.
[23] *Lim/Longdin*, Fresh Lessons for First Movers in Software Copyright Disputes – A Cross-Jurisdictional Convergence, IIC 2009, 374 (376).
[24] § 2 Z 1 UrhG, § 40a UrhG.
[25] § 69a dUrhG.
[26] Copyright, Designs and Patents Act 1988, Sec 3 Abs 1 lit c.
[27] *Marly*, Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen; zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung „BSA/Kulturministerium", GRUR 2011, 204 (205).
[28] Dazu eingehend EuGH 2.5.2012, C-406/10, *SAS Institute*. Der EuGH verneinte herbei den Schutz der Funktionalität, der Programmiersprache sowie des Dateiformats als Software.
[29] Weiterführend zu der Diskussion über die Abgrenzung zwischen Software und Algorithmus s *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht[5] (2009) 12.
[30] *Walter*, Softwareschutz, M&R 2005, 378.
[31] EuGH 22.12.2010, C-393/09, *Bezpečnostní softwarová*.
[32] *Thiele/Staudegger*, EuGH: Zum urheberrechtlichen Schutz grafischer Benutzeroberflächen, jusIT 2011, 45.
[33] BGH 9.5.1985, I ZR 52/83.
[34] MwN *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht[5] (2009) 5.
[35] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 21ff.

Die Voraussetzungen für den urheberrechtlichen Schutz von Software sind sehr niedrig:[36] Nach höchstgerichtlicher Judikatur in Österreich und Deutschland ist klar, dass für die Schutzfähigkeit von Software keine besondere Gestaltungshöhe vonnöten ist. Die Höchstgerichte sehen bei komplexen Programmen eine Vermutung der Werkeigenschaft,[37] komplex ist ein Programm dann, wenn genügend gedanklicher Spielraum für die Entwicklung individueller Merkmale vorhanden ist.[38]

2.1.2.2. Urheberrecht

Aus dem begrenzten Anwendungsbereich des Softwareschutzes geht hervor, dass eine Vielzahl von DG denkbar ist, die nicht als Software zu qualifizieren sind. Diese gelten als reine Daten, denen keine Steuerungsfunktion zukommt und die alleine ein Bezugsobjekt der Datenverarbeitung sind.[39]

Deren Schutz befindet sich im Kern der RL 2001/29/EG, mit dem (passenden) Kurztitel „Copyright in the information society". Demnach wird auch für diese Kategorie von DG ein urheberrechtliches Ausschließlichkeitsrecht statuiert, welches aber im Schutzumfang vom Softwareschutz abweicht[40]. Die Voraussetzungen für den Schutz ergeben sich aus den jeweiligen nationalen Urheberrechtsordnungen; ein harmonisierter Werkbegriff existiert nur für Computerprogramme[41], Datenbankwerke[42] und Fotografien[43].[44] Als ein generelles Erfordernis für den urheberrechtlichen Schutz wird sich wohl ein gewisses Maß an Originalität, mit welchem der Urheber seinem Werk eine persönliche Note verleiht, identifizieren lassen.

DG können daher dann geschützt werden, wenn sie auf Grund ihrer originellen Erscheinungsform als eigenes Werk einer Werkart zugeordnet werden können. Dies ist etwa für Websites mit vorwiegend grafischen Darstellungselementen oder Computerspiele möglich.[45]

Dem Urheber werden der Infosoc RL zu Folge weitgehende Ausschließlichkeitsrechte an seinem Werk eingeräumt: Ihm kommt das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung, zur öffentlichen Wiedergabe bzw öffentlichen Zugänglichmachung und zur Verbreitung seines Werks zu.[46] Dieses

---

[36] MwN und ausführlich zum Problemfeld Urheberrecht – Softwareschutz *Sonntag*, Die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Computerprogrammen, JusIT 2009, 126.
[37] BGH 03.03.2005, I ZR 111/02.
[38] OGH 07.12.2005, 4 Ob 45/05d.
[39] *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht[5] (2009) 10.
[40] So existiert zB das in Fn 21 erwähnte Recht zur Dekompilierung nicht.
[41] Die bereits erwähnte RL 2009/24/EG.
[42] DatenbankRL 96/9/EG.
[43] SchutzdauerRL 2006/116/EG.
[44] Auch sonst eine Tendenz zur Konvergenz der Werkbegriffe erkennend *Handig*, Erste Umrisse eines europäischen Werkbegriffs, wbl 2012, 191 (191).
[45] *Harte-Bavendamm/Wiebe*, Urheberrecht, in *Kilian/Heussen* (Hg), Computerrechts-Handbuch: Computertechnologie in der Rechts - und Wirtschaftspraxis (2013) Teil 5, A, Rz 32ff.
[46] Art 2 – 4 RL 2001/29/EG.

Ausschließlichkeitsrecht ist jedoch beschränkt. Eine vorübergehende, flüchtige oder begleitende Vervielfältigungshandlung ist nicht dem Urheber vorbehalten, wenn sie eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder eine rechtmäßige Nutzung ermöglicht, sofern sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat.[47] Zudem stellt es Art 5 der RL den MS frei, taxativ aufgezählte Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts vorzusehen.

In Art 6 der RL verpflichten sich die MS, einen angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen vorzusehen. Dies ist – wie sich zeigen wird – der Nichtrivalität von geschuldet; eine Ausschließbarkeit bei DG kann nur von Rechts wegen oder durch technische Schutzmaßnahmen erfolgen. Durch diese Bestimmung wird daher die Ausschließbarkeit von Urheberrechten gestärkt: Immer dann, wenn eine technische Schutzmaßnahme vorhanden ist, besteht auch ein rechtlicher Schutz.

2.1.3. Ökonomische Eigenschaften von DG

Einem *more economic approach* folgend können DG eine von analogen Gütern abweichende kartellrechtliche Behandlung va dann erfahren, wenn sich diese aus ökonomischer Perspektive unterscheiden. Hierbei ist auffällig, dass DG potentiell Träger von Eigenschaften sind, die von der Ökonomie als von der Norm abweichende Sonderfälle behandelt werden. Als primärer Bezugspunkt für die ökonomische Betrachtung gilt das Modell des vollkommenen Marktes, der ua durch gleichartige Güter und vollkommene Information aller Marktbeteiligten charakterisiert ist. DG weichen in besonderer Art und Weise von diesem Grundmodell ab, weshalb sie einer eigenständigen Beurteilung bedürfen.

Es soll nun auf drei dieser Gemeinsamkeiten eingegangen werden, die in der ökonomischen Behandlung besonders gewichtig sind. Während die erste eine Aussage über die inhärente Natur von DG darstellt, betreffen die restlichen den erwarteten Nutzen durch das Gut.

[47] Art 4 leg cit.

2.1.3.1. Öffentliches Gut

In der Lit wird diskutiert, ob DG als öffentliche Güter qualifiziert werden können.[48] Ein öffentliches Gut ist dadurch gekennzeichnet, dass es nicht-rivalisierend im Konsum und nicht-ausschließbar ist.[49] Dies ist für den gewählten Fokus von Bedeutung, da man aus ökonomischer Perspektive davon ausgeht, dass für öffentliche Güter kein Markt besteht und daher keine kartellrechtlichen Interventionen notwendig sind.[50] Aus diesem Grund muss der Frage nachgegangen werden, inwiefern DG die Voraussetzungen für öffentliche Güter erfüllen.

2.1.3.1.1. Nichtrivalität

Für den Begriff der Nichtrivalität bestehen in der informationsökonomischen Lit geringfügig divergierende Definitionen. Einerseits wird unter diesem Begriff das Faktum verstanden, dass der Konsum einer Person durch den Konsum einer anderer Personen nicht einschränkt wird.[51] Andererseits wird damit der Umstand gleichgesetzt, dass die Wertschätzung eines Gutes nicht „*von dessen exklusiver Nutzung abhängt*".[52] DG erfüllen wohl beide Definitionen problemlos: Sie können ohne Qualitätsverlust vervielfältigt werden und die Reproduktionskosten sind vernachlässigbar.[53] Durch den Konsum eines DG wird daher weder die Konsummöglichkeit anderer Personen vereitelt, noch sinkt deren Nutzen. An Hand eines Beispiels wird dies klar: Es ist in Abwesenheit von technischen Schutzmaßnahmen und Regulierungen problemlos möglich, ein DG wie etwa Software zu vervielfältigen. Durch die Verwendung des vervielfältigten DG wird weder der Konsum des Ursprungsprodukts eingeschränkt, noch sinkt dessen Nutzen.

Nach *Quah* können DG darüber hinaus als eine besondere Form von nicht-rivalisierenden Gütern beschrieben werden: als unendlich erweiterbare Güter. Unendlich erweiterbare Güter sind dadurch charakterisiert, dass die Quantität des Gutes ohne Kosten unendlich gesteigert werden kann. *Quah* leitet für diese Kategorie von Gütern her, dass der wohlfahrtsoptimierende Preis (*Pareto-Optimum*) bei 0 liegt[54].[55]

Aus dem Gesagten kann für die weitere Behandlung zweierlei geschlossen werden. Einerseits ist, wenn man ihre Nichtrivalität isoliert betrachtet, der Marktmachtmissbrauch bei DG dem Grunde nach unmöglich: Für nicht-rivalisierende und nicht-ausschließliche Güter ist der erzielbare Preis für

---

[48] *Rayna*, Understanding the challenges of the digital economy: The nature of digital goods, Comstrat 2008, 13 (18).
[49] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 64.
[50] *Knieps*, Wettbewerbsökonomie Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik (2008) 4.
[51] *Heinrich*, Medienökonomie I (2010) 71.
[52] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 64.
[53] *Rayna*, Comstrat 2008, 17.
[54] Dafür werden die Annahmen des *Arrow-Debreu* Modells vorausgesetzt, insb vollständige, reflexive und transitive Präferenzen bei Konsumenten.
[55] *Quah*, Digital goods and the new economy, in *Jones* (Hg), New Economy Handbook (2003) 289 (317).

DG jedenfalls geringer als die Kosten für die Produktion. Es wäre daher, wenn zur Nichtrivalität von DG die Nichtausschließbarkeit hinzukommt, ökonomisch nicht sinnvoll, DG gegen Entgelt anzubieten, weshalb kein Markt für DG bestünde. Demnach wäre ein Marktmachtmissbrauch allein begrifflich nicht möglich. Damit ein Markt für DG bestehen kann, muss daher zumindest die Ausschließbarkeit von DG gegeben sein.

Andererseits ist auf Grund der Nichtrivalität von DG deren Produktion in einem hohen Maß durch die sog Stückkostendegression geprägt.[56] Dies folgt daraus, dass die Fixkosten für die Entwicklung der Urkopie (sog *First-copy-costs*) im Vergleich zu den variablen Kosten (welche bei DG bei 0 liegen) hoch sind. Je mehr Produkte daher abgesetzt werden, desto geringer sind die durchschnittlichen Kosten pro abgesetzter Einheit.[57]

2.1.3.1.2. Nichtausschließbarkeit

Ein Gut ist dann nicht-ausschließbar oder nicht-exklusiv, wenn es unmöglich ist, potentielle Konsumenten am Konsum des Gutes zu hindern.[58] Die Ausschließbarkeit eines Gutes kann entweder in der Natur des Gutes liegen oder durch ein gesetzliches Ausschließlichkeitsrecht gewährleistet werden. *Varian/Ginko* illustrieren dies an Hand eines PKWs, welcher entweder durch eine intrinsische Eigenschaft (Versperrbarkeit) oder durch das Eigentumsrecht als ausschließliches Gut angesehen werden kann.[59] Die Ausschließbarkeit ist bei DG eine ökonomische Notwendigkeit: Da die Grenzkosten der Erstellung von DG bei 0 liegen, kann bei vollkommenem Wettbewerb nur ebenso ein Preis von 0 bestehen, weswegen keine Produktion von DG stattfinden würde. Die Ausschließbarkeit von DG kann einerseits durch technische Maßnahmen (etwa Kopierschutz), andererseits durch ein Ausschließlichkeitsrecht – in diesem Zusammenhang durch verschiedene Immaterialgüterrechte – gewährleistet werden.

Um Innovationen zu fördern und um die Konstituierung von Märkten für DG zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber früh eingegriffen und weitreichende Ausschließlichkeitsrechte statuiert (s Punkt 1.2.2.). Insoweit die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten jedoch mit einer Hemmung von Innovationen einhergehen könnte, wird kein gesetzliches Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt. IZm DG sind hierbei insb Programmschnittstellen zu nennen, die als Katalysator von Innovation gelten und daher nicht vom Softwareschutz umfasst sind.[60] Diese sind jedoch regelmäßig durch technische Schutzmaßnahmen geschützt.

---

[56] *Beyer/Carl*, Einführung in die Medienökonomie (2012) 15.
[57] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 36.
[58] *Heinrich*, Medienökonomie, 71.
[59] *Varian/Ginkō*, Markets for information goods (1999) 4.
[60] *Lemley*, Antitrust and the Internet Standardization Problem, Conn. Law Rev. 1996, 1041 (1058).

2.1.3.2. Erfahrungs- und Vertrauensgut

Ein weiteres wesentliches Charakteristikum von DG ist auf der Nachfrageseite zu verorten: Es ist dem Konsumenten nur schwerlich möglich, die Qualität eines Gutes vor dem Kauf zu beurteilen. Die Gründe dafür sind zweierlei: Einerseits ist der Nutzen, der durch ein DG vermittelt wird, häufig so subjektiv, dass es für Konsumenten generell unmöglich ist, diesen vor dem Kauf zu beurteilen. Man denke hierbei insb an Kulturgüter wie digitale Multimediaprodukte. Andererseits geht die Informationsbeschaffung für DG regelmäßig mit erhöhten Suchkosten einher.[61]

In der Ökonomie wird idZ zwischen dem Begriff der Such-, Erfahrungs- und Vertrauenseigenschaft unterschieden. Gütereigenschaften, deren Nutzen durch den Konsumenten problemlos *ex ante* überprüft werden können, firmieren hierbei unter dem Begriff der Sucheigenschaft. Ist eine *ex-ante* Beurteilung der fraglichen Eigenschaft nicht möglich, liegt entweder ein Fall der Erfahrungs- oder der Vertrauenseigenschaft vor. Kommt es zu einem Überwiegen einer Eigenschaft, so spricht man von einem Such-, Erfahrungs- oder Vertrauensgut.[62]

Aus dieser Betrachtung lässt sich schließen, dass DG nur schwach ausgeprägte Sucheigenschaften aufweisen. Zwar ist es durchaus möglich, Metadaten über DG (Erscheinungsdatum, Autor, Dateiformat usw) zu erhalten, diese erlauben jedoch nur eingeschränkt Rückschlüsse auf die Qualität des Gutes. Deswegen werden DG wie Informationsgüter vielerorts als Erfahrungsgüter charakterisiert.[63] Daraus folgt, dass direkte oder indirekte Erfahrungen mit dem Produkt wesentlich für die Konsumentscheidung sind. Dies äußert sich ua im Bemühen, unentgeltliche Probeversionen des Produkts anzubieten, die genau diese gewährleisten sollen.[64]

Erfahrungseigenschaften sind dadurch charakterisiert, dass diese vor dem Konsum nur erschwert beurteilt werden können,[65] dies jedoch nach dem Konsum möglich ist.[66] Hierbei weist *Nelson* nach, dass ein Markt für Erfahrungsgüter zu einer stärkeren Konzentration führt als Suchgüter, insb in Konstellationen, wo Erfahrungsgüter Gebrauchsgüter darstellen.[67] Darüber hinaus steigt bei Erfahrungsgütern die Bedeutung von Empfehlungen, Bewertungssystemen und Werbung.[68]

---

[61] *Rayna*, Comstrat 2008, 30.
[62] *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie (2013) 217.
[63] *Shapiro*, Information rules: a strategic guide to the network economy (1999) 5.
[64] *Shapiro*, Information rules (1999) 22.
[65] *Nelson*, Advertising as Information, JPE 1974, 729 (730).
[66] Nach Nelson (s Fn 65) kann dies formalisiert dadurch ausgedrückt werden, dass die Grenzkosten für die Informationssuche höher sind als der erwartete Grenzertrag der Suche. Dies trifft aber jedenfalls zu, wenn die Informationsbeschaffung vor dem Konsum generell nicht möglich ist.
[67] *Nelson,* Information and Consumer Behavior, JPE 1970, 311 (327).
[68] *Klein*, Evaluating the Potential of Interactive Media through a New Lens: Search versus Experience Goods, JBR 1998, 195 (196).

Darby/Karni identifizieren eine weitere Kategorie von Produkteigenschaften, die für DG von Bedeutung sind: Vertrauenseigenschaften. Diese können weder *ex-ante* noch *ex-post* vom Konsumenten evaluiert werden, da die Informationskosten höher als der erwartete Gewinn durch die Information sind. Dies wird einerseits durch die hohe Komplexität des Produkts, andererseits durch die Verbindung des Produkts mit anderen Produkten, deren Eigenschaften bzw deren Zusammenwirken unbekannt sind, bewirkt.[69]

Ob für ein DG die Erfahrungseigenschaften oder die Vertrauenseigenschaften überwiegen, kann nicht *in abstracto* geklärt werden, stets kommt es auf die Person des Konsumenten sowie auf das DG selbst an.[70] Es kann aber wohl als Charakteristikum festgehalten werden, dass Sucheigenschaften bei DG eine nur sehr untergeordnete Rolle spielen.

2.1.3.3. Netzwerkgut

Als Netzeffekt- oder Netzwerkgüter werden Güter bezeichnet, deren Nutzen sich nicht nur originär aus dem Produkt selbst ergibt, sondern (auch) durch die Gesamtzahl der Nutzer bestimmt wird.[71] Ein häufig zitiertes Beispiel hierfür sind etwa Telekommunikationssysteme: Je mehr User eine bestimmte Technik zur Telekommunikation verwenden, desto höher wird der Wert für gegenwärtige und potentielle Nutzer, da die Anwendungsmöglichkeiten dieser Technik steigen. In der ökonomischen Lit wird dieser Effekt unter dem Begriff der positiven Netzwerkexternalität bzw des positiven Netzwerkeffekts diskutiert. Dieser wird gemeinhin dadurch definiert, dass es durch die vermehrte Teilnahme an einem Netzwerk zu Nutzenzuwächsen für die Nutzer dieses Netzwerkes kommt, diese aber nicht über den Markt (etwa durch erhöhte Preise) ausgeglichen werden können. [72]

Je stärker diese Externalitäten, desto weniger wichtig sind die qualitativen Eigenschaften des Produkts selbst. So birgt selbst ein qualitativ hochwertiges Telekommunikationssystem wenig Nutzen für den Anwender, wenn nur eine ungenügende Anzahl von Teilnehmern verbunden wird. In einer formalen Betrachtungsweise gelten Netzwerkeffekte dann als stark, wenn diese gewichtiger als die jeweiligen Produktpräferenzen sind.[73]

Betreiber eines Netzwerks sind daher mit einem intertemporalen Problem konfrontiert: Sie müssen genügend Konsumenten von einem Produkt überzeugen, um ausreichende Netzwerkeffekte zu

---

[69] *Darby/Karni*, Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, J. Law Econ. 1973, 67 (69).
[70] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 45.
[71] Diese Definition lässt sich auf *Katz/Shapiro*, Network Externaltities, Competition and Compatibility, AER 1985, 424 (424) zurückführen.
[72] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 61.
[73] *Farrell/Klemperer*, Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects, in *Armstrong/Porter* (Hg), Handbook of Industrial Organization (2007) 1967 (2018).

generieren. [74] Wenn eine kritische Masse an Nutzern erreicht ist, steigt der Nutzen der User exponentiell an.

Ein Netzwerk kann grdstzl als die Verbindung zwischen verschiedenen Knotenpunkten aufgefasst werden.[75] Unterschieden wird hierbei zwischen realen Netzwerken und virtuellen Netzwerken: Bei realen Netzwerken – wie etwa den eingangs erwähnten Telekommunikationssystemen – besteht eine physische Verbindung zwischen den einzelnen Nutzern des Netzwerkes, bei virtuellen Netzwerken ist diese Verbindung nur virtuell.[76] Wenn daher bei der Nutzung eines Gutes Netzwerkeffekte auftreten, obwohl durch das Gut keine physische Verbindung zu anderen Netzwerkteilnehmern geschaffen wird, spricht man von einem virtuellen Netzwerk. Dieses kann maW als abstrahiertes Prinzip von Netzwerken aufgefasst werden. Die im Fokus stehenden Netzwerke iZm DG sind *per definitionem* als virtuell zu qualifizieren.

Der Umfang eines Netzwerks, für das positive Externalitäten bestehen, obliegt in einem gewissen Maße den Anbietern – durch die Entscheidung, ob ein Produkt mit dem Netzwerk kompatibel sein soll oder nicht. Generell könnte ein Netzwerk aus genau einem Produkt, aus allen Produkten eines Unternehmers oder aus allen Produkten einer Gattung bestehen.[77] Inwieweit Kompatibilitäten bzw absichtlich konstruierte Inkompatibilitäten zwischen diesen Netzwerken zur Gewinnmaximierung beitragen, ist eine unternehmerische Entscheidung, die Inhalt zahlreicher ökonomischer Analysen ist.[78]

Ob Güter Netzwerkexternalitäten aufweisen, ist einem empirischen Beweis nur schwerlich zugänglich. Kritiker weisen deshalb darauf hin, dass es sich um bloße theoretische Zusammenhänge handle, deren Nachweis schlechterdings nicht möglich sei.[79] Dem kann entgegen gehalten werden, dass trotz des hohen Abstraktionsgrades Netzwerkeffekte bei der kartellrechtlichen Beurteilung sehr wohl Anerkennung finden und in die juristische Beurteilung eingehen.[80]

Generell kann zwischen Netzwerkeffekten unterschieden werden, die direkt auf Grund der Interaktionsmöglichkeiten zwischen den Netzwerkteilnehmern generiert werden (direkte Netzwerkeffekte), und jenen, die durch ein verändertes Verhalten von Anbietern entstehen (indirekte Netzwerkeffekte).[81]

---

[74] *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte: Eine wettbewerbsökonomische Betrachtung aus Sicht der Theorie der zweiseitigen Märkte (2015) 27.
[75] *Economides*, The Economics of networks, IJIO 1996, 673 (674).
[76] *Shapiro*, Information rules (1999) 174.
[77] *Katz/Shapiro*, AER 1985, 424 (424).
[78] MwN *Farrell/Klemperer* in Handbook of Industrial Organization, 2049.
[79] MwN *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie (2013) 133.
[80] EuG 11.12.2013, T-79/12, *Cisco*, Rz 76ff.
[81] *Economides*, IJIO 1996, 679.

2.1.3.3.1. Direkte Netzwerkeffekte

Als direkter Netzwerkeffekt kann die Tatsache verstanden werden, dass der Wert eines Guts für einen Abnehmer durch eine große Zahl von Nutzern erhöht wird, da es dadurch zu einer Erweiterung der Verwendungsmöglichkeiten kommt. Ein weiterer Nutzer einer Telekommunikationstechnologie ermöglicht bspw eine weitere Verbindung für alle anderen Verwender dieser Technologie. Der Wert des Netzwerks wird daher für alle bisherigen und künftigen Teilnehmer erhöht, er entspricht der erweiterten Möglichkeit der Nutzung der Technologie (*total effect*). Es steigt jedoch zugleich der Anreiz von etwaigen künftigen Nutzern, dem Netzwerk beizutreten (*marginal effect*).[82] Dies geschieht direkt durch die Vergrößerung des Netzwerks, das Zwischentreten eines Dritten ist nicht vonnöten.

Spezifisch für Netzwerke für DG ist, dass diese als *Many-to-Many Netzwerke* beschrieben werden können. Es ist daher jedem Teilnehmer möglich, mit anderen Teilnehmern in Verbindung zu treten (anders als etwa im klassischen Fernsehnetzwerk, in dem die Kommunikation nur einseitig erfolgt).[83] Der Nutzen durch neue Netzwerkteilnehmer steigt daher überproportional.[84]

Direkte Netzwerkeffekte spielen bei DG in zweierlei Hinsicht eine wichtige Rolle: Einerseits liegt es in der Natur einer Subkategorie von DG, Verbindungen zu Inhalten (Content) oder Personen herzustellen. Besonders illustrativ dafür sind soziale Netzwerke, Kommunikationsplattformen aber auch Suchmaschinen.[85] Andererseits spielen direkte Netzwerkeffekte auch bei DG, die keine genuine Netzwerkfunktion aufweisen (wie etwa Anwendungssoftware, die ausschließlich zum Gebrauch auf einem Endgerät verwendet wird) eine wichtige Rolle, da sie zur Bildung von Standards beitragen. Je mehr Nutzer eine spezifische Software verwenden, desto geringer sind Kosten für den Datenaustausch zwischen diesen. Auch sinken Fortbildungskosten, da die Umstellung auf Software mit großem Anwenderkreis mit geringeren Adaptionskosten einhergeht.[86]

Bei DG besteht zudem die Möglichkeit, direkte Netzwerkeffekte durch die gezielte technische Ausgestaltung bzw durch die Preisgestaltung zu implementieren bzw zu stärken. Beispiel hierfür sind Mulitplayer-Modi bei Computerspielen, durch die eine Verbindung von sonst alleine spielenden Nutzern geschaffen wird, die zu direkten Netzwerkeffekten führt. Je mehr Spieler im Multiplayer-Modus, desto höher der Nutzen für den einzelnen Spieler.[87]

---

[82] *Farrell/Klemperer* in Handbook of Industrial Organization, 2019.
[83] *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie (2013) 131.
[84] Die genaue Bemessung des Werts für diese Netzwerke ist jedoch str. So wächst nach dem Gesetz von *Metcalfe* der Nutzen mit dem Quadrat der Teilnehmer, nach dem Gesetz von *Reed* steigt dieser exponentiell.
[85] Ausführlich *Holzweber*, Google im Fokus des Kartellrechts: Anmerkungen zum Settlement zwischen der EK und Google, ÖZK 2014, 123.
[86] MwN zur betriebswirtschaftlichen Bedeutung von Standardsoftware *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 57.
[87] *Ayal*, Monopolization via Voluntary Network Effects, Antitrust Law J. 2010, 799 (801).

2.1.3.3.2. Indirekte Netzwerkeffekte

Als indirekte Netzwerkeffekte wird der Nutzenzuwachs durch weitere Teilnehmer am Netzwerk beschrieben, der in einer verbesserten Interaktionsmöglichkeit mit der Marktgegenseite besteht.[88] Dies ergibt sich daraus, dass durch den Kauf eines Produkts der Anreiz zur Produktentwicklung von Komplementärprodukten steigt, was wiederum den Nutzen des Basisprodukts erhöht. Für die Qualifikation als Externalität ist jedoch von Bedeutung, dass dieser Vorgang nicht zu einer Veränderung des Marktpreises führt.

Illustriert werden können indirekte Netzwerkeffekte durch das *Software/Hardware Paradigma*: Konsumenten erwerben Hardware mit der Erwartung, daraus Nutzen durch den Gebrauch von Software zu ziehen. Dadurch steigt der Anreiz von Softwareentwicklern, mit genau dieser Hardware kompatible Software anzubieten. Dies wiederum steigert den Nutzen aller gegenwärtigen und künftigen User der Hardwareplattform.[89] Dieses Paradigma lässt sich auf eine Vielzahl anderer Güter anwenden, namensgebend war jedoch die Beziehung zwischen Endgerät und DG. Diese war vielfach Gegenstand ökonomischer Analysen, wie etwa im Fall von Audio CDs[90], VHS-Videokassetten[91] oder DVDs[92].

Besonders illustrativ ist in diesem Zusammenhang das Beispiel des Formatkonflikts zwischen Betamax und VHS. Hierbei wird häufig vorgebracht, dass Betamax das technisch überlegene Format sei, VHS konnte sich – zumindest der Anekdote nach – jedoch durchsetzen, da Filmverleiher eher VHS Videos anboten.[93] Es kam daher zu einer positiven Rückkoppelung von Filmverleih zum Videoformat, der Nutzen, der durch das vermehrte Angebot an Leihvideos entstand, überwog die Produktnachteile des Formats.

Auch alleine zwischen DG können indirekte Netzwerkeffekte entstehen; im Zentrum ist hierbei die Beziehung zwischen DG mit höherer Zeitelastizität (etwa Anwendungssoftware) und DG mit geringerer Zeitelastizität (etwa Betriebssysteme).[94] So ist es denkbar, dass zwischen Anwendungssoftware und Betriebssystemen die beschriebenen positiven Feedbackprozesse vorzufinden sind.

---

[88] *Farrell/Klemperer* in Handbook of Industrial Organization, 1974.
[89] *Katz/Shapiro*, AER 1985, 425.
[90] *Farrell/Shapiro/Nelson/Noll*, Standard setting in high-definition television, Brook. Pap. Econ. Act. Microecon. 1992, 1 (74).
[91] *Cusumano/Mylonadis/Rosenbloom*, Strategic Maneuvering and Mass-Market Dynamics: The Triumph of VHS over Beta, Bus. Hist. Rev. 1992, 51.
[92] *Dranove/Gandal*, The Dvd-vs.-Divx Standard War: Empirical Evidence of Network Effects and Preannouncement Effects, J. Econ. & Manag. Strategy 2003, 363.
[93] *Farrell/Klemperer* in Handbook of Industrial Organization, 2014.
[94] *Linde/Stock*, Informationsmarkt (2011) 60.

Indirekte Netzwerkeffekte sind eng verbunden mit dem Konzept von mehrseitigen Märkten (s Punkt 2.2.1.). Der Zusammenhang kann folgendermaßen beschrieben werden: Bestehen zwischen Produkt A und B indirekte Netzwerkeffekte, hängt der Nutzen von Produkt A von der Anzahl der Nutzer von Produkt B ab (und *vice-versa*). Dieser Nutzenzuwachs kann nicht am Markt verwertet werden. Sind diese Netzwerkeffekte stark genug, kann uU ein Intermediär zwischen den Nutzern von Produkt A und Produkt B auftreten. Dieser sorgt dafür, dass der Nutzen für beide Gruppen (Nutzer von Produkt A sowie B) maximiert wird. Der Markt für diese Intermediäre ist daher mehrseitig: Es müssen beide Gruppen (Nutzer von Produkt A und Produkt B) gleichzeitig zufrieden gestellt werden, um den Nutzen der Teilnehmer zu maximieren.[95] Dies geschieht gegen Entgelt, die positiven Externalitäten werden dadurch durch den Intermediär internalisiert.[96]

Dieser enge Zusammenhang wird auch in der ökonomischen Lit konstatiert; in einer Metabetrachtung können nach *Rysman* Beiträge zu mehrseitigen Märkten als Teilmenge von der Literatur zu (indirekten) Netzwerkeffekten aufgefasst werden, die sich insb auf das Verhalten des Intermediärs konzentriert.[97] Indirekte Netzwerkeffekte werden zudem vielfach als Voraussetzung für das Bestehen von mehrseitigen Märkten genannt.[98]

[95] *Evans*, Competition and Regulatory Policy for Multi-Sided Platforms with Applications to the Web Economy, SSRN-Paper 2008, 9.
[96] *Armstrong*, Competition in two-sided markets, RAND J. Econ. 2006, 668 (686).
[97] *Rysman*, The Economics of Two-Sided Markets, J. Econ. Perspect. 2009, 125 (127).
[98] *Evans*, Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, JREG 2003, 325 (332).

2.1.4. Synthese der Charakteristika von DG

Diese ausgewählten, hier besprochenen Eigenschaften von DG haben eine Gemeinsamkeit: Sie stellen positive sich gegenseitig verstärkende Feedbackschleifen dar.[99] Je mehr Abnehmer ein DG hat, desto eher bestehen Erfahrungswerte, die für den weiteren Absatz des Gutes von besonderer Wichtigkeit sind. Auf Grund von Netzwerkeffekten steigt die Attraktivität von DG mit der Anzahl der Nutzer. Hinzu kommt, dass die Profitabilität mit zunehmender Verbreitung eines DG steigt, da die variablen Kosten nur einen geringen Anteil in der Kostenstruktur ausmachen.

Aus diesem Grund ist mE die konkrete Stärke der einzelnen Charakteristika bei einem DG nicht wesentlich, vielmehr muss für die kartellrechtliche Betrachtung die Gesamtheit dieser Eigenschaften im Blick stehen. Entscheidend ist, ob die beschriebene Wirkung der gegenseitigen Verstärkung stattfindet.

Man könnte bei Märkten für DG von einem Anwendungsfall des Matthäus-Effekts[100] sprechen, da eine besondere Ungleichverteilung von Marktanteilen und Profiten unter den Marktteilnehmern besteht.[101] Der Marktanteil des marktführenden Unternehmens kann ein Mehrfaches des nachfolgenden Wettbewerbers betragen. Dies lässt sich etwa an Hand von Konstellationen illustrieren, in denen es zu einer Untersuchung durch die Kartellbehörden gekommen ist: So war *Microsoft* während der kartellrechtlichen Untersuchung mit einem Marktanteil von mehr als 90 % bei PC – Betriebssystemen[102] und min 50 % bei Betriebssystemen für Server[103] klarer Marktführer, dasselbe traf auf *Google Search* mit mehr als 90 % der Marktanteile in vielen MS zu.[104]

In der ökonomischen Lit wird dieses Phänomen mit dem Begriff des temporären Monopols bezeichnet.[105] Dieser Begriff beschreibt die zwei Charakteristika, die für Märkte für DG typisch sind: Marktführer haben darin einerseits regelmäßig weit höhere Marktanteile als ihre Mitbewerber. Zurückzuführen ist dies auf Situationen, in denen die Existenz zweier (nicht kompatibler) Produkte ökonomisch nicht tragbar ist und der Markt daher zu Gunsten eines Anbieters kippt.[106] Man kann daher digitale Märkte anschaulich mit dem Begriff *Winner-takes-it-all-markets* beschreiben.[107]

---

[99] *Zimmerlich*, Marktmacht in dynamischen Märkten: die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in Märkten der Internetökonomie (2007) 88.
[100] Nach Mt 25, 29 „Denn wer da hat, dem wird gegeben, dass er die Fülle habe; wer aber nicht hat, dem wird auch das genommen, was er hat“:
[101] *Economides*, Public policy in network industries, NetInst, 13.
[102] EK 21.04.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 431.
[103] EK 21.04.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 514.
[104] EK 25.4.2013, MEMO/13/383.
[105] *Shapiro*, Information rules (1999) 173.
[106] Der Begriff des Kipppunkts (engl tipping point) wird auch außerhalb der rechtlichen Lit häufig verwendet. So wurde dieser Begriff auch für soziologische Veränderungen im populärwissenschaftlichen Werk von *Gladwell*, The tipping point (2000) analysiert.
[107] *Shapiro*, Information rules (1999) 177.

Andererseits ist die Marktmacht in digitalen Märkten regelmäßig nicht stabil.[108] Dies ist auf Innovationen zurückzuführen, welche nach *Körber* der wichtigste Wettbewerbsfaktor in digitalen Märkten sind.[109] Durch die überaus kurzen Innovationszyklen kommt es zu einer ständigen Produktrevolution: Ein altes marktbeherrschendes Produkt kann auf Grund von Neuentwicklungen obsolet werden; zudem kommt es durch Produktinnovationen regelmäßig zum Entstehen neuer Märkte. Der Marktbeherrscher von heute kann dabei morgen nur ein unbedeutender Player sein.

[108] Überzeugend dazu *Zimmerlich*, Marktmacht in dynamischen Märkten (2007) 34.
[109] *Körber*, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW 2015, 120 (124).

2.2. Plattformen

Als Plattformen können Unternehmen bezeichnet werden, die bei einer Transaktion zwischen die Transaktionspartner geschaltet sind und als Intermediär zwischen Angebot und Nachfrage fungieren.[110] Plattformen erleichtern die Interaktion zwischen den Anbietern und Abnehmern und ermöglichen in vielen Fällen die Interaktion zwischen diesen.

Der Nutzen einer Plattform für Anwender besteht darin, mit anderen Plattformnutzern in Verbindung zu treten. Aus dem folgt, dass teilnehmerreiche Plattformen durch Netzwerkeffekte Wettbewerbsvorteile genießen. Agiert auf einer Plattform eine homogene Gruppe von Nutzern, entstehen direkte Netzwerkeffekte. Als Beispiel hierfür können Kommunikationsnetzwerke genannt werden: Diese ermöglichen die Interaktionen einer homogenen Gruppe von Plattformteilnehmern; der Nutzen der Teilnehmer steigt mit der Anzahl der Anwender. Diese Art von Plattform wird als einseitige Plattform bezeichnet.[111] Daneben bestehen auch mehrseitige Plattformen, bei denen mehrere heterogene Gruppen von Nutzern, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, miteinander interagieren. Als Beispiel hierfür könnte eine Spielkonsole genannt werden, durch welche Spieleentwickler und Spieler interagieren können. Abstrakt beschrieben: Plattformen, die positive Externalitäten, die die Präsenz einer Gruppe für die andere Gruppe darstellen, zu internalisieren vermögen, werden als mehrseitig bezeichnet.

Bei digitalen Plattformen ist der Typus der mehrseitigen Plattform vorherrschend. Ein Grund dafür kann einerseits in der großen Wichtigkeit der Werbefinanzierung für Geschäftsmodelle in der Internetökonomie gefunden werden. Wird die Leistung eines DG durch Werbung finanziert, liegt stets eine Mehrseitigkeit vor, da die Plattform als Intermediär zwischen zwei verschiedenen Gruppen fungiert: Werbeträger und Internetuser. Andererseits vermitteln digitale Plattformen häufig zwischen Entwicklern von Drittsoftware, welche mit der Plattform kompatibel ist (zB Spiele für *Facebook*) und Endabnehmern.

Die Auffassung, dass Plattformen mit mehr als einer homogenen Abnehmergruppe besondere ökonomische Charakteristika aufweisen, ist maßgeblich auf *Rochet/Tirole* zurückzuführen, welche für Konstellationen mit zwei verschiedenen Abnehmergruppen den Begriff des zweiseitigen Marktes geprägt haben.[112] Obwohl manche Kommentatoren ihre Analysen auf den Begriff des zweiseitigen Markts stützen,[113] soll in der vorliegenden Betrachtung alleine das Vorhandensein von

[110] *Weck*, Fusionskontrolle in der digitalen Welt, NZKart 2015, 290 (291).
[111] *Weck*, NZKart 2015, 291.
[112] *Rochet/Tirole*, Platform Competition in Two-Sided Markets, J Eur Econ Assoc 2003, 990.
[113] Etwa *Luchetta*, Is the Google Platform a Two-Sided Market?, Jcle 2014, 185.

mehreren Abnehmergruppen von Belang sein; es werden daher auch Konstellationen betrachtet, in denen mehr als zwei Gruppen miteinander interagieren.

Um sich dem Phänomen von mehrseitigen Plattformen zu nähern, soll nun zuerst der Begriff des mehrseitigen Marktes, wie er in der ökonomischen Lit verwendet wird, beleuchtet werden, bevor in einer typologischen Betrachtung unterschiedliche Formen von mehrseitigen Plattformen beschrieben werden.

2.2.1. Mehrseitige Märkte

Als mehrseitige Märkte werden Märkte verstanden, auf welchen mehrseitige Plattformen agieren. Das auf diesen Märkten gehandelte Gut ist daher eine Intermediationsleistung zwischen verschiedenen Gruppen.

Allem voran in der ökonomischen Lit hat der Begriff des mehrseitigen Marktes größere Bedeutung erlangt als derjenige der mehrseitigen Plattform. Dies kann mit *Schuhmacher* wohl damit erklärt werden, dass ökonomische Aussagen „*Hypothesen über das Wettbewerbsgeschehen selbst*" beinhalten.[114] Das ökonomische Erkenntnisinteresse bei der Erforschung von mehrseitigen Plattformen besteht folglich darin, Hypothesen darüber zu formulieren, wie der Wettbewerb in diesem Kontext ausgestaltet ist. Dabei ist der Markt als Raum des Wettbewerbsgeschehens wohl ein besserer Anknüpfungspunkt als ein einzelnes Unternehmen. Für die kartellrechtliche Analyse können mehrseitige Plattformen nicht getrennt von mehrseitigen Märkten betrachtet werden. Für die Marktabgrenzung und für die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung aber auch für die Beurteilung der Wettbewerbspraktik ist ein direkter Rückgriff auf ökonomische Aussagen über das Wettbewerbsgeschehen notwendig. Diese normativen Konzepte setzen die Feststellung des tatsächlichen Wettbewerbs voraus und erfordern daher den Rückgriff auf abstrakte ökonomische Aussagen.[115]

Obwohl mehrseitige Märkte in den letzten Jahren in einem verstärkten Ausmaß Gegenstand des ökonomischen Diskurses waren,[116] existiert für dieses Konzept keine einheitliche Definition. Vielfach wurde in der ökonomischen Lit daher eine approximative Herangehensweise gewählt („*you know a two-sided market when you see it*").[117]

---

[114] *F. Schuhmacher*, Die Übertragung ökonomischer Erkenntnisse in die Rechtsanwendung, in *Schuhmacher/Gugler* (Hg), Schadenersatz bei Kartellverstößen (2015) 42.
[115] S dazu weiterführend *F. Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb: ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht (2011) 296.
[116] So wurden im Zeitraum zwischen 2007 und 2013 mehr als 200 Fachpublikationen zu diesem Thema registriert. S *Evans/Schmalensee*, The antitrust analysis of multi-sided platform businesses (2013) 3.
[117] *Rochet/Tirole*, Two-sided markets: A progress report, RJE 2006, 645 (645).

Gemeinsam ist den vorgeschlagenen Definitionen, dass mehrseitige Märkte auftreten, wenn mindestens zwei Abnehmergruppen ein voneinander abhängiges Nachfrageverhalten aufweisen, dh dass die Nachfrage einer Abnehmergruppe mit der Nachfrage der anderen Abnehmergruppe in einem Zusammenhang steht.[118] Welche Qualität dieser Zusammenhang aufweisen muss, wird von der Lit unterschiedlich beurteilt. Im Folgenden sollen zwei unterschiedliche Ansätze zur Definition von mehrseitigen Märkten diskutiert werden: ein auf dem Preis basierender und einer auf Netzwerkeffekten basierender Ansatz.

2.2.1.1. Preisbezogener Ansatz

Rochet/Tirole definieren mehrseitige Märkte an Hand eines Preismerkmals.[119] Demnach kann ein Markt dann als mehrseitig qualifiziert werden, wenn das Transaktionsvolumen nicht nur durch die Höhe des Preises (Preislevel), sondern auch durch die Preisstruktur beeinflusst werden kann. Dies bedeutet, dass es zu einer Schwankung der Nachfrage kommt, wenn bei einem insgesamt stabilen Preisniveau die Preisbelastung der einzelnen Abnehmergruppen variiert. Formalisiert kann dies wie folgt ausgedrückt werden: Ein zweiseitiger Markt liegt vor, wenn das Transaktionsvolumen variiert, wenn aW verändert wird, obwohl die Gesamtkosten A konstant bleiben.

$$A = aM + aW$$

aM = Kosten per Transaktion für Abnehmer 1

aW = Kosten per Transaktion für Abnehmer 2

Illustriert kann dies an Hand einer Ladies' Night werden: Idealtypisch können Lokale, die von Männern (aM) und Frauen (aW) denselben Eintrittspreis (zB jeweils 10 €) verlangen, die Nachfrage steigern, wenn der Preis für Frauen gesenkt (etwa freier Eintritt), derjenige für Männer hingegen erhöht wird (auf 20 €). Wenn die Nachfrage jedoch nur vom Preislevel abhängt, diese daher trotz der Preisänderung konstant bleibt, kann nach *Rochet/Tirole* von einem einseitigen Markt ausgegangen werden.

Ein mehrseitiger Markt setzt nach *Rochet/Tirole* voraus, dass die Voraussetzungen des *Coase Theorems* nicht erfüllt sind.[120] Dieses besagt, dass ein Pareto-effizienter Zustand selbst bei Vorhandensein von Externalitäten erreicht werden kann, wenn eine vollständige Allokation der Ressourcen und deren freie Handelbarkeit gewährleistet sind. Unter diesen Voraussetzungen könnte die stärker belastete Abnehmergruppe ihren Nachteil auf die weniger belastete Abnehmergruppe überwälzen, um das Gesamtergebnis der beiden Abnehmergruppen zu optimieren. Wenn bei einer

[118] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law: concepts, application and measurement (2010) 93.
[119] *Rochet/Tirole*, RJE 2006, 648.
[120] *Rochet/Tirole*, RJE 2006, 649.

Ladies' Night Getränke für Frauen etwa günstiger als für Männer wären, würde die Möglichkeit der freien Absprache zwischen Männern und Frauen bei rationalen Besuchern darin resultieren, dass Frauen für alle Barbesucher Getränkte bestellten. Dies würde das Geschäftsmodell einer Ladies' Night verunmöglichen. Bei mehrseitigen Märkten darf daher keine freie Übereinkunft zwischen den beiden Abnehmergruppen möglich sein, ansonsten wäre der Anbieter nur mit einer einzigen Abnehmergruppe mit homogenen Interessen konfrontiert.[121] Es könnten daher maW die positiven Externalitäten von den Abnehmern internalisiert werden – dh die Externalitäten würden durch den Markt eingepreist. Diese Internalisierung wird va durch Transaktionskosten, transaktionsunabhängige Fixkosten für die Abnehmergruppen und Restriktionen durch den Anbieter unterbunden.[122]

Der preisbezogene Ansatz wird in der Lit tw abgelehnt. So merkt etwa *Kehder* an, dass es zu keiner Berücksichtigung von direkten Netzwerkeffekten kommt.[123] Dies ist mE für die Definition von mehrseitigen Märkten jedoch nicht notwendig, da bei direkten Netzwerkeffekten nur positive Externalitäten innerhalb einer Abnehmergruppe umfasst sind; die Wechselwirkung zwischen zwei verschiedenen Abnehmergruppen bezeichnet man als indirekte Netzwerkeffekte. Da bei der Definition von mehrseitigen Märkten nur auf das Wechselspiel zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen abzustellen ist, können direkte Netzwerkeffekte mE zu Recht unberücksichtigt bleiben.

Von mehreren Autoren wird die alleinige Bezugnahme auf die Preisstruktur kritisiert. Bei dem von *Rochet/Tirole* vorgeschlagenen Ansatz muss sich der von den Abnehmern verlangte Preis auf dieselbe Transaktionseinheit beziehen.[124] Es können daher durch diese Definition nur Märkte erfasst werden, bei denen eine Transaktion zwischen den Abnehmern vorgenommen wird; diese muss sich auf dieselbe bepreisbare Interaktion beziehen.[125] Umfasst von dieser Definition sind demnach etwa Kreditkartenmärkte, in denen eine einzige Interaktion zwischen Kreditkarteninhabern und Kreditkartenterminalinhabern besteht. Zeitungsmärkte, in denen es zu keiner Transaktion zwischen Zeitungskäufern und Werbeträger kommt, würden danach nur unter Schwierigkeiten als mehrseitiger Markt qualifiziert werden können (s zu der Unterscheidung zwischen mehrseitigen Transaktionsmärkten und mehrseitigen Nichttransaktionsmärkten 3.3.1.).

Luchetta hält die preisbezogene Definition für zu weit („*overinclusive*“): Grdstzl könnte jedes Unternehmen als mehrseitiger Markt aufgefasst werden, da eine Vermittlungsleistung zwischen

[121] *Rochet/Tirole*, J. Eur. Econ. Assoc. 2003, 1017ff.
[122] *Rochet/Tirole*, J. Eur. Econ. Assoc. 2003, 1019.
[123] *Kehder*, Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte (2013) 49.
[124] *Luchetta*, Jcle 2014, 189.
[125] *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, Identifying Two-Sided Markets, WoCo 2013, 33 (41).

Dienstnehmern und Abnehmern erfolgt.[126] Dem zustimmend zeigt sich *Rysman*, der sich jedoch nicht an der weiten Definition von mehrseitigen Märkten stößt, da alleine auf die Rechtsfolgen der Subsumption unter den Begriff des mehrseitigen Marktes abzustellen sei.[127] Dem ist, wie in Punkt 3.3.1.2.3. ausgeführt wird, zuzustimmen.

2.2.1.2. Netzwerkeffektsbezogener Ansatz

Der Ansatz, mehrseitige Märkte durch die Existenz von indirekten Netzwerkeffekten zu definieren, geht auf eine frühe Arbeit von *Evans* zurück.[128] Anders als *Rochet/Tirole* analysiert er nicht mehrseitige Märkte an sich, sondern Märkte mit mehrseitigen Plattformen (*Multi-sided-Platforms*). Im Fokus stehen dabei Unternehmen, deren Geschäftsmodell es ist, mehrere Abnehmergruppen zu verbinden, nicht etwa der gesamte Markt für Vermittlungsleistungen.

Diese Unterscheidung ist *prima vista* formalistisch, hat jedoch – wie sich in der weiteren Abhandlung zeigen wird – weitgehende Konsequenzen Der Begriff des mehrseitigen Marktes suggeriert, dass die darin tätigen Unternehmen allesamt mehrseitige Plattformen sind. Ein Wettbewerbsverhältnis bestünde demnach nur unter Unternehmen, die mehrere Absatzgruppen verbinden. Dies könnte an Hand eines Beispiels so verstanden werden, dass Zeitschriften, die Werbungen abdrucken, einen eigenen Markt bilden, da verschiedene Abnehmergruppen vorhanden sind (Leser und Werbeträger); Zeitschriften ohne Werbung könnten nicht in diesen Markt einbezogen werden und würden daher nicht als Mitbewerber von werbefinanzierten Medien gelten.

Nach *Evans* müssen kumulativ drei Voraussetzungen gegeben sein, damit ein Unternehmen als mehrseitige Plattform agieren kann: Es müssen (i) zwei oder mehr verschiedene Abnehmergruppen in einem Markt vorhanden sein, (ii) positive Externalitäten dadurch auftreten, dass diese beiden Gruppen interagieren können und (iii) ein Intermediär diese positiven Externalitäten internalisieren können.[129]

Der Ansatz, mehrseitige Märkte durch das Vorhandensein von Netzwerkeffekten zu definieren, findet in der Lit breite Zustimmung. So legen etwa *Kehder* und *Dewenter/Rösch* die Definition von *Evans* ihren Monographien zu Grunde.[130] *Rochet/Tirole* sehen die vorgeschlagene Definition hingegen als zu eng an.[131]

---

[126] *Luchetta*, Jcle 2014, 189.
[127] *Rysman*, J. Econ. Perspect. 2009, 127.
[128] *Evans*, Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, Yale J. REG 2003, 325 (334).
[129] *Evans*, Yale J Reg 2003, 331.
[130] *Kehder*, Konzepte und Methoden, 50; *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 134.
[131] *Rochet/Tirole*, RAND J. Econ. 2006, 657.

Im Folgenden soll nun gesondert auf die letzten beiden Voraussetzungen eingegangen werden, da die Notwendigkeit von mehreren Abnehmergruppen als Voraussetzung für die Qualifikation als mehrseitiger Markt unstrittig ist.

2.2.1.2.1. Externalitäten

Als Externalität wird ein Umstand bezeichnet, der Produzenten oder Konsumenten in ihren Entscheidungen beeinflusst, aber keinen Widerhall im Marktpreis findet.[132] IZm mehrseitigen Märkten sind hiermit insb indirekte Netzwerkeffekte gemeint. Hierunter sind Nutzenzuwächse zu verstehen, die darin bestehen, dass Abnehmern durch weitere Teilnehmer am Netzwerk verbesserte Interaktionsmöglichkeiten mit anderen Abnehmergruppen offen stehen.[133] Dieser Zusammenhang kann formalisiert dargestellt werden, indem der Nutzen (U) auf der Marktseite i durch die Anzahl der Abnehmer N^j auf der Marktseite j steigt. Es gilt daher

$$dU^i / dN^j > 0$$
$$dU^j / dN^i > 0$$

Während nach klassischer ökonomischer Theorie bei einseitigen Märkten die Nachfrage nach einem Produkt bloß vom Preis des Produkts, der Komplementärprodukte und der Substitute des Produkts abhängt, sind bei Vorhandensein von indirekten Netzwerkeffekten auch die Interaktionsmöglichkeiten mit der Marktgegenseite bzw andereren Abnehmergruppen zu beachten.[134]

Es können nach *Rochet/Tirole* zwei unterschiedliche Formen von indirekten Netzwerkeffekten bei mehrseitigen Märkten differenziert werden:[135] einerseits verwendungsabhängige Externalitäten (engl *usage externality*), andererseits mitgliedschaftsabhängige Externalitäten (engl *membership externality*).[136]

Usage externalities treten auf, wenn zwei Abnehmergruppen aktiv durch den Intermediär zusammenwirken müssen, um einen positiven Effekt zu generieren. Als Illustration könnte das Beispiel des Free-TVs gelten: Je mehr Personen die Inhalte eines Free-TV Kanals konsumieren, desto wertvoller die Möglichkeit, dort Werbungen zu schalten.

Wie aus diesem Beispiel ersichtlich, müssen *usage externalities* nicht für beide Abnehmergruppen positiv sein. Generell sind Fernsehzuschauer wenig an der Unterbrechung des Programms durch

---

[132] *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie (2009) 836.
[133] *Farrell/Klemperer* in Handbook of Industrial Organization, 1974.
[134] *Rysman*, J. Econ. Perspect. 2009, 129.
[135] *Rochet/Tirole*, RAND J. Econ. 2006, 650.
[136] Auf Grund der in der Lit geläufigen englischsprachigen Bezeichnungen werden diese im weiteren Verlauf verwendet.

Werbung interessiert; je mehr Werbung eingeblendet wird, desto weniger attraktiv daher ein Free - TV Kanal.[137] Voraussetzung für einen mehrseitigen Markt ist daher nur, dass die Summe der Externalitäten positiv ist.

Bei *membership externalities* steigt der Nutzen der Abnehmer bereits durch die bloße Teilnehmeranzahl auf der anderen Marktseite. Als Beispiel dafür könnte wieder die Ladies' Night dienen: Der Wert dieser Plattform für männliche Besucher steigt mit der bloßen Anzahl der weiblichen Besucher.

2.2.1.2.2. Intermediär

Die Aufgabe von Intermediären bei mehrseitigen Märkten ist die Reduktion der Transaktionskosten, die von den beiden Abnehmergruppen aufgebracht werden müssen, um miteinander zu interagieren. In vielen Fällen wird dabei das Zusammenwirken dieser Gruppen erst ermöglicht.[138] Ein Intermediär kann daher positive Externalitäten internalisieren, die in der Interaktion einer Abnehmergruppe mit der anderen bestehen.[139]

Die Rolle von Intermediären wurde in der Ökonomie schon länger untersucht. Als Intermediäre im herkömmlichen Sinn können nach *Biglaiser* Subjekte verstanden werden, die mit einem Gut handeln, das ursprünglich nicht in ihrem Eigentum stand, und die weder das Gut physisch verändern noch einen Vorteil aus der Innehabung des Guts ziehen können.[140] Intermediäre in einseitigen Märkten agieren als Mittler zwischen Produzent und Endabnehmer. Sie kaufen direkt vom Produzenten und verkaufen danach an die Abnehmer. Durch Anpassung des Preises kann die Nachfrage an das vorhandene Angebot angepasst werden, dadurch sinken die Transaktionskosten für beide Seiten.[141]

Die Rolle von Intermediären bei mehrseitigen Märkten ist eine grundlegend andere: Anstatt ein Gut selbst zu kaufen und danach wieder zu verkaufen, wird direkt eine Verbindung zwischen Käufer und Verkäufer hergestellt, wodurch eine Transaktion ermöglicht wird. Der Intermediär in mehrseitigen Märkten hat keine Kontrolle mehr über das Gut, er regelt nur den Zugang von Käufer und Verkäufer zu der Plattform, die als Handelsplatz fungiert.[142]

Es stellt eine unternehmerische Entscheidung für einen Intermediär dar, ob er als Absatzmittler in einem einseitigen Markt (engl *merchant*) oder als Absatzhelfer in einem mehrseitigen Markt (engl

---

[137] *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 119.
[138] *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 121.
[139] *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, WoCo 2013, 296.
[140] *Biglaiser*, Middlemen as experts, RAND J. Econ. 1993, 212 (212).
[141] *Spulber*, Market microstructure and intermediation, J. Econ. Perspect. 1996, 135 (136).
[142] *Hagiu*, Merchant or Two-Sided Platform?, RNetEcon 2007, 115 (117).

match-maker) tätig werden will.[143] Ein Wirken als mehrseitige Plattform ist nur dann ökonomisch sinnvoll, wenn indirekte Netzwerkeffekte bestehen und eine der Abnehmergruppen der Plattform eine gewisse Mindestgröße erreicht hat.[144]

Es sind jedoch auch Mischformen zwischen diesen beiden Extremformen der Funktionsweise eines Intermediärs denkbar. So kann sich etwa ein Intermediär als Zwischenhändler vertraglich mit dem Produzenten ein Wiederverkaufsrecht für unverkaufte Güter ausbedingen.[145] In diesem Fall trägt der Produzent ein gewisses Risiko, das er durch die Wahl eines möglichst gut frequentierten Intermediärs zu minimieren sucht. Die Anzahl der Endabnehmer stellt dann eine indirekte Netzwerkexternalität für den Produzenten dar. In dieser Konstellation können Elemente der Theorie der mehrseitigen Märkte zum Tragen kommen.

Das Geschäftsmodell eines Intermediärs, der als Absatzhelfer tätig wird, besteht in der Internalisierung der beschriebenen Externalitäten. Es wird durch die Vermittlungsleistung für zumindest eine der Marktseiten Nutzen geschaffen, wofür idR ein Entgelt verlangt wird. Dieses Entgelt kann entweder in einer Nutzungsgebühr (*usage fee*) oder in einer Teilnahmegebühr (*membership fee*) bestehen.[146]

Die optimale Internalisierung von Netzwerkexternalitäten ist Gegenstand vielfältiger ökonomischer Analysen,[147] deren tiefgehende Thematisierung den vorliegenden Rahmen sprengen würde. Es soll nur auf einen Zusammenhang, der für die weitere Behandlung von Bedeutung ist, eingegangen werden: die ambivalente Rolle des Preises bei mehrseitigen Märkten.[148] Generell hängt die Höhe des Preises, welcher von einer Marktseite verlangt wird, von den Grenzkosten und der Nachfrageelastizität auf dieser Marktseite ab. Je höher die Preiselastizität (zum Begriff der Preiselastizität s ausführlich Punkt 3.1.3.2.) der Nachfrage, desto niedriger ist typischerweise das Preisniveau. Wenn durch ein niedriges Preisniveau auf einer Marktseite weitere Teilnehmer angezogen werden, steigt die Attraktivität der Plattform für die andere Marktseite, weswegen es dort zu Preisanstiegen kommt. Es sind in mehrseitigen Märkten daher tw Preisanomalien beobachtbar, dh dass von einer der Marktseiten, die eine besonders hohe Preiselastizität aufweist, Preise verlangt werden, welche geringer als die Grenzkosten sind. Im Extremfall wird auf das

---

[143] Zu den wesentlichen Parametern dieser Entscheidung s ausführlich *Hagiu*, Rev. Netw. Econ. 2007, 129.
[144] Zu der daraus folgenden optimalen Strategie für Plattformen, um das sg Chicken-Egg Problem zu lösen s *Jullien*, Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer, AEJ 2011, 186.
[145] *Hagiu*, Rev. Netw. Econ. 2007, 127.
[146] Zu der optimalen Aufteilung zwischen usage fee und membership fee s *Rochet/Tirole*, RAND J. Econ. 2006, 651.
[147] S nur *Weyl*, A Price Theory of Multi-Sided Platforms, Am. Econ. Rev. 2010, 1642; *Evans/Schmalensee*, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, CPI 2007, 151; *Hagiu*, Two-Sided Platforms: Product Variety and Pricing Structures, J. Econ. Manag. Strategy 2009, 1011.
[148] *Rysman*, J. Econ. Perspect. 2009, 129.

Entgelt einer Marktseite verzichtet; diese Marktseite wird folglich durch die anderen Marktseiten subventioniert.

Wenn man davon ausgeht, dass bei der eingangs erwähnten Ladies' Night ein Profit nicht ohne die Zahlung einer Teilnahmegebühr (Eintrittspreis) möglich ist, könnte beispielsweise eine solche Preisanomalie identifiziert werden, wenn Frauen freien Eintritt haben, Männer jedoch ein erhöhtes Eintrittsentgelt zu entrichten haben.

2.2.1.3. Stellungnahme

ME sind die vorgestellten Definitionen von mehrseitigen Märkten in einem geringeren Maße widersprüchlich als es *prima vista* erscheinen mag. Sie haben jedoch grdstzl verschiedene Konstellationen von mehrseitigen Märkten im Blick[149]: Während der preisbezogene Ansatz von *Rochet/Tirole* passend für Märkte ist, in denen eine Transaktion zwischen den einzelnen Abnehmergruppen besteht, kann die Herangehensweise von *Evans* für Konstellationen, in denen keine Transaktion vorgenommen wird, als geeignet erachtet werden.[150] Ein Widerspruch zwischen diesen Ansätzen ergibt sich nur dann, wenn eine dieser Theorien Deutungshoheit für alle Formen von mehrseitigen Märkte beansprucht.[151]

Die Unterschiede in der ökonomischen Definition von mehrseitigen Märkten sind daher für die juristische Behandlung von geringerer Bedeutung. Wichtiger ist jedoch mE die Frage, welche Folgen es für die kartellrechtliche Betrachtung eines Marktes hat, wenn dieser einer der vorgestellten Theorien entsprechend als mehrseitiger Markt qualifiziert wird. Unzweifelhaft wird dann eine genaue Analyse der wirtschaftlichen Verfassung dieser Märkte vorzunehmen sein. Dabei ist va der Einsatz von ökonomischen Methoden zu überdenken, da insb das Abstellen auf Preise für die Marktabgrenzung bzw für die Ermittlung von Marktdominanz bei mehrseitigen Märkten problematisch sein kann.

Bei der juristischen Umsetzung der Theorien zu mehrseitigen Märkten darf mE nicht außer Acht gelassen werden, dass die vorgestellten Theorien auf einem idealisierten Marktmodell basieren, welches als ein Gegenentwurf zum Modell des einseitigen Marktes entworfen wurde. Nun wäre es ein Fehlschluss, nur zwischen reinen einseitigen und reinen mehrseitigen Märkten zu unterscheiden. Diese binäre Sichtweise, die für die ökonomische Untersuchung der Marktgegebenheiten notwendig ist, greift zu kurz, wenn damit Eingriffe in real existierende Märkte legitimiert werden

---

[149] Generell zum Verhältnis verschiedener Wettbewerbsmodelle *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 138, der konstatiert, dass „*verschiedene Wettbewerbsmodelle* (...) *nebeneinander stehen, ohne sich gegenseitig in einem strengen Sinn auszuschließen*".

[150] *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, WoCo 2013, 41.

[151] So auch *Auer/Petit*, Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into competition policy, SSRN-Paper 2015, 15, die die Diskussion über mehrseitige Märkte für eine Blase halten.

sollen. Vielmehr sind diese Marktmodelle jeweils die Extreme eines Kontinuums, in dem eine Vielzahl von Marktkonstellationen denkbar ist. Jede dieser Marktkonstellationen verbindet Elemente von einseitigen Märkten und mehrseitigen Märkten. Dies lässt sich wie in Punkt 2.2.1.2.2. dadurch anschaulich illustrieren, dass ein typischer einseitiger Markt durch die Aufnahme eines Wiederverkaufsrechts Elemente eines mehrseitigen Marktes aufweisen kann.

Hieraus folgt, dass es bei der rechtlichen Behandlung von mehrseitigen Märkten nicht zu einer uniformen Herangehensweise kommen kann, bei der für alle mehrseitigen Märkte die gleiche rechtliche Behandlung folgt. Vielmehr muss es für die Fallpraxis zu einer Bildung von Fallgruppen kommen, die jeweils eine konkrete Kombination im Kontinuum einseitiger Markt – mehrseitiger Markt darstellen. Im Einzelfall kann dabei vorgebracht werden, dass der Sachverhalt von den entwickelten Rechtssätzen für eine Fallgruppe abweicht und daher eigenständig zu beurteilen ist.

2.2.2. Typologie von mehrseitigen Plattformen

Mehrseitige Plattformen treten in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen auf und funktionieren auf unterschiedliche Art und Weise. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass mit den unterschiedlichen Funktionsweisen den Marktgegebenheiten in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen Rechnung getragen wird; gewisse Funktionsweisen von mehrseitigen Märkten treten daher gehäuft in manchen Wirtschaftszweigen auf. Für die Entwicklung von Fallgruppen ist es daher ratsam, eine Typologie von mehrseitigen Plattformen auf Basis der unterschiedlichen Funktionsweisen zu erstellen. Dies bietet einerseits eine Illustration der Vielfalt der Märkte, die als zweiseitig angesehen werden. Andererseits kann die widerlegliche Vermutung aufgestellt werden, dass Plattformen desselben Typus eine gewissermaßen gleichförmige kartellrechtliche Behandlung zukommen soll. Dies ist jedenfalls Voraussetzung für die Bildung von Fallgruppen.

Es sollen daher idealtypisch verschiedene Typen von mehrseitigen Plattformen identifiziert und deren Funktionsweise kurz umschrieben werden. Danach ist in einem späteren Abschnitt zu fragen, ob diese von der Rsp einheitlich behandelt werden.

In der Lit zu mehrseitigen Plattformen werden meist vier Typen diskutiert, welche unterschiedliche Geschäftstätigkeiten umfassen.[152] Diese sollen hier beschrieben werden.

[152] *Evans/Noel*, Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms, Colum. Bus. L. Rev. 2005, 101 (108).

2.2.2.1. Börsen

Eine Plattform des Typus der Börse (engl *exchange*) reduziert die Transaktionskosten für Käufer und Verkäufer. Zwischen den beiden Abnehmergruppen kommt es zu einer Interaktion, welche meist auf einer zentralisierten Plattform stattfindet und durch welche va Suchkosten reduziert werden, die beim Auffinden eines geeigneten Geschäftspartners anfallen. Zudem bieten Börsen häufig eine gewisse Formalisierung von transaktionsnotwendigen Informationen, welche die Informationsasymmetrie zwischen den involvierten Abnehmern verringern kann.[153] Dieser Typus des Intermediärs bietet dabei allen Abnehmergruppen grstzl dieselbe Leistung an:[154] den Zutritt zu einer Plattform, bei der es zu einer Transaktion kommen kann; und dies unabhängig davon, ob gekauft oder verkauft wird.

Börsen weisen indirekte Netzwerkeffekte auf: Je mehr Teilnehmer auf einer Abnehmerseite, desto wahrscheinlicher ist, dass ein Transaktionspartner gefunden wird. Es treten sowohl *usage externalities* als auch *membership externalities* auf, da bereits die bloße Anzahl an Abnehmern und die Anzahl der Transaktionen die Wahrscheinlichkeit eines Geschäftsabschlusses erhöht.

Der Begriff der Börse umfasst Wertpapierbörsen, beschränkt sich jedoch nicht auf diese. So können Intermediäre in gänzlich unterschiedlichen Wirtschaftsbereichen zu diesem Typus gezählt werden – etwa Auktionshäuser wie eBay, Personalvermittlungsunternehmen, Ladies' Nights, aber auch vielfältige Formen von Makler-Dienstleistungen.

Charakteristisch für diesen Typ der mehrseitigen Plattform ist, dass eine Transaktionsbeziehung zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen zwingend notwendig ist. Eine Transaktion wäre auch dezentral ohne eine Börse als Intermediär möglich, diese würde jedoch höhere Transaktionskosten aufweisen. In den meisten Fällen werden von beiden Marktseiten Gebühren verlangt, was darauf hinweist, dass bei den involvierten Abnehmergruppen die Nachfrageelastizität ähnlich ist.[155]

---

[153] *Spulber*, J. Econ. Perspect. 1996, 146.

[154] Daher ist mE *Filistrucchi et al.* zu widersprechen, die davon ausgehen, dass es bei mehrseitigen Märkten zwingend mehr als ein Produkt geben muss, das den verschiedenen Marktseiten angeboten wird. S *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Market definition in two-sided markets: Theory and practice, Jcle 2014, 293 (298).

[155] *Evans/Schmalensee*, CPI 2007, 155.

2.2.2.2. Softwareplattformen

Softwareplattformen sind Mittler zwischen Softwareentwicklern und Softwarenutzern. Sie bieten Entwicklern die notwendigen Rahmenbedingungen, um Software zu entwickeln, und Endnutzern die Möglichkeit, diese zu nutzen.

Diese Rahmenbedingungen können einerseits durch Software hergestellt werden, die eine Programmierschnittstelle (engl *API*) beinhaltet, durch die Software von Drittanbietern gemeinsam mit der Basissoftware genützt werden können.[156] Bekannte Beispiele hierfür sind etwa PC-Betriebssysteme wie *Microsoft Windows* oder Linux, aber auch mobile Betriebssysteme wie Android, IOS oder Windows Phone. Dabei besteht die Preisstrategie meist darin, ein erhöhtes Entgelt von Endabnehmern zu verlangen, während Softwareentwickler kein oder nur ein geringes Entgelt zu entrichten haben.[157]

Es kann andererseits aber auch durch Hardware eine Verbindung zwischen Softwarenutzern und Softwareentwicklern hergestellt werden. Als typisches Beispiel werden dafür in der Lit Spielkonsolen genannt.[158] Hierbei werden meist Entwickler und Endabnehmer zu gleichen Teilen belastet, um den Preis der Hardware möglichst gering zu halten.[159]

Typischerweise treten bei Softwareplattformen sowohl *membership externalities* als auch *usage externalities* auf; das Entgelt wird jedoch meist durch *membership fees* (Preis für den Kauf der Software) eingehoben. Dies kann ua darauf zurückgeführt werden, dass für die Entwicklung von Softwareplattformen hohe Fixkosten auftreten, welche durch Teilnahmegebühren effizient auf die Abnehmer abgewälzt werden können.[160]

Softwareplattformen können als Sonderform von Börsen aufgefasst werden: Da wie dort wird durch eine Plattform eine Transaktion zwischen den beteiligten Abnehmergruppen ermöglicht. Im Unterschied zum Typus der Börse sind die Abnehmergruppen meist höchst heterogen: Eine Vielzahl von potentiellen Endnutzern trifft auf eine geringe Zahl an Entwicklern (Oligopol).[161] Zudem sind Softwareplattformen anders als Börsen unabdingbar für die Interaktion zwischen den involvierten Abnehmergruppen. Die zu internalisierenden Externalitäten sind daher besonders bedeutend.

---

[156] *Hagiu*, Software Platforms, in *Peitz/Waldfogel* (Hg), The Oxford handbook of the digital economy (2012) 59 (60).
[157] *Evans/Noel*, Colum. Bus. L. Rev. 2005, 112.
[158] S etwa *O'Donoghue*, The law and economics of Article 102 TFEU^2 (2013) 139.
[159] *Evans/Noel*, Colum. Bus. L. Rev. 2005, 113.
[160] *Rochet/Tirole*, RAND J. Econ. 2006, 652.
[161] *Lee*, Home Videogame Platforms, in *Peitz/Waldfogel* (Hg), The Oxford handbook of the digital economy (2012) 83 (84).

2.2.2.3. Dienste mit Werbefinanzierung

Beim Typus des werbefinanzierten Dienstes wirken Plattformen als Intermediäre zwischen Werbeträgern und den Nutzern eines Dienstes. Durch die Erbringung von Diensten werden Nutzer angezogen, deren Aufmerksamkeit während des Konsums zumindest teilweise auf die Plattform konzentriert ist. Diese fokussierte Aufmerksamkeit weist einen ökonomischen Wert auf, da Konsumenten durch die Lancierung von Werbung zum Kauf von Produkten bzw der Inanspruchnahme von Dienstleistungen bewogen werden können. Intermediäre dieses Typus wirken daher als *Audience-maker,*[162] durch die Aufmerksamkeit fokussiert und verwertet werden kann. Um genügend Aufmerksamkeit zu erregen, werden Dienste unentgeltlich oder zu einem verringerten Entgelt angeboten; ein besonders typisches und häufig genanntes Beispiel sind dabei Medien mit Werbefinanzierung. Hierbei können zwei grundsätzlich verschiedene Leistungen identifiziert werden: Einerseits gibt es eine Nachfrage nach der Aufmerksamkeit einer gewissen Zielgruppe durch Werbeträger, andererseits sind Mediennutzer an gewissen Inhalten interessiert. Der Intermediär wird dadurch tätig, dass er die Aufmerksamkeit von Medienkonsumenten durch das Offerieren von Inhalten bündelt und Werbeträgern eine Lancierung von Werbung ermöglicht. Die Transaktionskosten für Werbeträger, die die Aufmerksamkeit einer gewissen Zielgruppe erregen will, sinken daher.

Je mehr Nutzer ein Medium anziehen kann, desto höher der Wert für Werbeträger. Umgekehrt verringert jedoch die erhöhte Werbepräsenz den Wert für Medienkonsumenten. Insgesamt müssen jedoch die positiven Externalitäten überwiegen.

Als typische Beispiele für diesen Typ der mehrseitigen Plattform gelten Medienunternehmen mit Mischfinanzierung oder reiner Werbefinanzierung[163], Free-TV Kanäle, Content-Provider, aber *prima vista* auch Internetdienste wie *Google* oder *Facebook*.[164]

Charakteristisch für diesen Typus der mehrseitigen Plattform ist, dass keine Transaktionsbeziehung zwischen den Abnehmergruppen besteht. Es gibt daher keine *usage externalities,* sondern einzig *membership externalities*. Häufig übernehmen Werbeträger einen Großteil der Kosten, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass in der heutigen Welt des medialen Überangebots die Nachfrageelastizität für den Medienkonsum extrem hoch ist.

---

[162] *Evans*, Yale J Reg 2003, 335.
[163] *Dewenter/Rösch*, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 203.
[164] *Evans/Schmalensee*, CPI 2007, 156.

2.2.2.4. Transaktionssysteme

Durch Transaktionssysteme kann die Bezahlung einer Leistung oder eines Guts abgewickelt werden, Transaktionssysteme sind daher Intermediäre zwischen Verkäufer und Käufer, eine Transaktion zwischen diesen ist – wie der Begriff bereits suggeriert – jedenfalls notwendig. Je größer die Anzahl einer Abnehmergruppe, die ein gewisses Transaktionssystem verwendet, desto höher der Wert dieses Systems für die andere Abnehmergruppe.

Die mit Abstand häufigste Erscheinungsform von Transaktionssystemen sind Kreditkarten, weniger verbreitet sind digitale Zahlungssysteme wie etwa Bitcoins. Durch Transaktionssysteme können Transaktionskosten, die bei der Verwendung von anderen Zahlungsmitteln anfallen, verringert werden. Dafür bieten Intermediäre aktiv Leistungen für die Abnehmergruppen wie etwa gewisse Finanzierungsleistungen oder Abrechnungsinformationen an.[165]

Bei Transaktionssystemen bestehen sowohl *membership externalities* als auch *usage externalities*; von Verkäufern werden meist *usage fees* eingehoben, von Käufern jedoch nur *membership fees*. Der Gutteil der Einkünfte wird durch die Beiträge der Verkäufer beigesteuert, der Beitrag der Käufer deckt meist die Grenzkosten nicht ab.[166]

2.2.2.5. Stellungnahme

Die vier identifizierten Typen von Intermediären auf mehrseitigen Märkten unterscheiden sich in dreierlei Hinsicht. *Erstens* im Vorhandensein einer Transaktion zwischen den Abnehmergruppen und damit einhergehend in der Existenz von *usage externalities*. *Zweitens* in der Natur der angebotenen Dienstleistung: Diese unterscheidet sich insofern, als dass sie entweder Transaktionskosten, die im Finden eines Transaktionspartners bestehen, oder Transaktionskosten, die anlässlich einer Transaktion anfallen, senken. *Drittens* darin, ob eine Transaktion ohne Plattform möglich ist oder nicht.

Es soll in weiterer Folge untersucht werden, inwieweit sich diese Unterschiede in der Marktabgrenzung von zweiseitigen Märkten bzw bei der Beurteilung der Marktmacht auf diesen Märkten auswirkt. Für die weitere Behandlung kann festgehalten werden, dass grdstzl bei allen vorgestellten Formen von mehrseitigen Plattformen der Handel mit digitalen Gütern denkbar ist. Die größte ökonomische Bedeutung kommt aktuell mehrseitigen Plattformen des Typus der Softwareplattform und des Dienstes mit Werbefinanzierung zu. Diese sollen sich daher in der folgenden Untersuchung im Fokus befinden.

---

[165] *Evans*, Yale J Reg 2003, 336.
[166] *Evans/Schmalensee*, CPI 2007, 157.

3. Marktabgrenzung

An erster Stelle einer kartellrechtlichen Analyse von marktmachtmissbräuchlichen Praktiken steht die Abgrenzung des relevanten Marktes. Sie ist – wie sich zeigen wird – der Prüfung der Marktbeherrschung bzw der konkreten missbräuchlichen Praktik des Unternehmens logisch vorgelagert. Um die erste Forschungsfrage, die die Umstände der Marktbeherrschung bei digitalen Plattformen zum Inhalt hat, zu erörtern, ist daher zuerst auf die Besonderheiten der Marktabgrenzung in diesem Kontext einzugehen. Dafür werden zuerst die rechtlichen und ökonomischen Grundlagen der Marktabgrenzung behandelt; es folgt eine Analyse inwiefern und warum im untersuchten Kontext von diesen generellen Wertungen abzugehen ist. Hierfür sollen zuerst Märkte, deren Güter durch die in Punkt 2.1. erläuterten Eigenschaften charakterisiert sind, beschrieben werden, bevor mehrseitige Märkte eine nähere Betrachtung erfahren.

Im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehen Unternehmungen, die zumeist global agieren.[167] Aus diesem Grund begrenzt sich die vorzunehmende Analyse alleine auf die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Für die geographische Abgrenzung des Marktes wird auf die einschlägige Lit verwiesen.[168]

3.1. Grundlegung

Die Abgrenzung des relevanten Marktes spielt eine zentrale Rolle in sämtlichen Kartellrechtsordnungen;[169] ihre praktische Bedeutung kann nach einigen Kommentatoren kaum überschätzt werden.[170] An dieser Stelle soll daher kurz gefasst das Konzept der Marktabgrenzung aus ökonomischen Überlegungen abgeleitet und im europäischen Kartellrecht verortet werden, um die Vorgangsweise bei der Identifikation des relevanten Marktes zu beschreiben.

3.1.1. Ökonomische Einordnung

Die Beschäftigung mit Märkten und Marktmechanismen ist der Ökonomie inhärent. So wird der Markt von *Cournot*, einem der Gründerväter der mathematischen Ökonomie, als ein Gebiet verstanden, in dem durch freien Informationsfluss ein Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage ermöglicht wird, das zu einer Bildung eines einheitlichen Preises führt.[171] Die Abgrenzung von

---

[167] So auch *Früh*, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt (2012) 305.

[168] S dafür etwa *Ahlenstiel*, Marktabgrenzung in der Internetökonomie: die Geltung der Wettbewerbsregeln des Artikels 82 EGV im Falle der Marktdivergenz (2008) 255ff.

[169] *Füller* in *Bornkamm/Montag/Säcker* (Hg), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht[2] (2015) Marktabgrenzung Rz 1033.

[170] So *Baker*, Market definition: An analytical overview, Antitrust Law J. 2007, 129: *The outcome of more cases has surely turned on market definition than on any other substantive issue*"; *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 107; *Bulst* in *Langen/Bunte* (Hg), Kartellrecht[12] (2014) Art 102 AEUV Rz 37.

[171] *„Les économistes entendent par marché, non pas un lieu déterminé où se consomment les achats et les ventes, mais un territoire dont les parties sont unies par des rapports de libre commerce, en sorte que les prix s'y nivellent avec facilité et promtitude*". *Cournot*, Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses (1838) 55.

Märkten ist ein Gebiet, mit dem sich viele Wirtschaftswissenschaftler beschäftigen,[172] dennoch scheint die Marktabgrenzung insb in der Industrieökonomie ein Schattendasein zu führen.[173] Ein Grund dafür mag sein, dass Marktgrenzen keine generelle Eigenschaften ökonomischen Verhaltens sind und daher weder naturgegeben noch unumstößlich; sie dienen vielmehr als Konzeptualisierungswerkzeug.[174] Dies meint auch *Füller*, wenn er schreibt, dass sich die Marktabgrenzung einer ontologischen Entität entzieht.[175]

Daraus ergibt sich, dass Marktgrenzen je nach Betrachtungsweise variieren können. Die Sicht von Unternehmen auf Marktgrenzen ist dabei für die kartellrechtliche Analyse nur bedingt nutzbringend.[176] Aus Unternehmensperspektive werden va Marktabgrenzungen aus Überlegungen zur Preisgestaltung durchgeführt; Märkte werden abgegrenzt, um die Möglichkeiten von Preisdiskriminierungen auszuloten.[177]

Aus der Sicht des Kartellrechts ist die Marktabgrenzung ein normativer Zweckbegriff, der im Dienst der wettbewerbsrechtlichen Tatbestände steht.[178] Dementsprechend ist die Marktabgrenzung mit Blick auf die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung vorzunehmen.[179] Ohne einer Erörterung des Begriffs der Marktmacht vorzugreifen (s dazu Punkt 4), kann eine marktbeherrschende Stellung dann als gegeben angenommen werden, wenn sich ein Unternehmen außerhalb von disziplinierenden Marktgesetzen bewegen und sich daher am Markt anders verhalten kann, als funktionierende Marktmechanismen erforderten. Dies hat aus theoretischer Sicht in zweierlei Hinsicht Auswirkungen auf die Marktabgrenzung: Einerseits sind die Grenzen eines Marktes so weit zu setzen, dass alle Akteure und Güter, die das Verhalten der untersuchten Marktteilnehmer beeinflussen können, umfasst sind. Im Umkehrschluss dürfen Marktpraktiken, die außerhalb dieses abgegrenzten Marktes gesetzt wurden, das Verhalten der Marktteilnehmer nicht beeinflussen.[180]

---

[172] *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie (2009) 32.
[173] Etwa *Geroski*, Thinking creatively about markets, ITJO 1998, 677 (678) "*Identifying market boundaries is widely regarded by Industrial Economics as a worthy but dull chore*".
[174] *Geroski*, ITJO 1998, 689: „*Market boundaries are (...) something which we use to classify that activity in our minds*".
[175] *Füller* in Münchener Kommentar, Marktabgrenzung Rz 1033.
[176] *Peeperkorn/Verouden,* The Economics of Competition, in *Faull/Nikpay/Taylor* (Hg), The EU law of competition[3] (2014) Rz 1.135.
[177] *Geroski*, ITJO 1998, 680.
[178] *Füller* in Münchener Kommentar, Marktabgrenzung Rz 1033.
[179] Krit dazu *Podszun/Franz*, Was ist ein Markt? – Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht, NZKart 2015, 121 (126).
[180] *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt (2009) 60.

3.1.2. Juristische Einordnung

Das Konzept der Marktabgrenzung wurde 1956 durch den US-amerikanischen *Supreme Court* entwickelt[181] und hat an verschiedenen Stellen Eingang in das europäische Kartellrecht gefunden.[182] Nun soll die Marktabgrenzung im europäischen Wettbewerbsrecht verortet und durch diese Kontextualisierung Rückschlüsse auf die tatsächliche Bedeutung des Begriffs der Marktabgrenzung gewonnen werden.

3.1.2.1. AEUV

Die Marktabgrenzung lässt sich in sämtlichen Tatbeständen des europäischen Kartellrechts ieS – dh dem Verbot von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach Art 101 AEUV, der Untersagung von marktmachtmissbräuchlichen Praktiken nach Art 102 AEUV sowie in der Fusionskontrolle – verorten.

Am direktesten ist der Zusammenhang bei Art 102 AEUV und bei der Fusionskontrolle. Art 102 AEUV untersagt die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben, Art 2 FKVO Unternehmenszusammenschlüsse, die den wirksamen Wettbewerb am Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben behindern, insb dadurch, dass eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. In beiden Tatbeständen wird direkt auf eine marktbeherrschende Stellung verwiesen; diese ist Voraussetzung für einen kartellrechtlichen Eingriff.

Nach Jud der europäischen Gerichte[183] hat sich die Prüfung des Tatbestandsmerkmals der marktbeherrschenden Stellung dabei stets auf einen bestimmten Markt zu beziehen, die absolute Größe eines Unternehmens alleine begründet noch keine marktbeherrschende Stellung (sog *Marktmachtkonzept*[184]).

Der Wortlaut des Verbots von wettbewerbsbeschränkenden Kooperationen nach Art 101 AEUV knüpft nicht direkt an den Begriff des Marktes oder der Marktmacht an. Dennoch ist die Marktabgrenzung denknotwendig für die Anwendung dieser Norm, kann man doch nur nach einer Abgrenzung der relevanten Märkte feststellen, ob eine horizontale oder eine uU freigestellte vertikale Absprache vorliegt oder ob die Absprache mangels Spürbarkeit nicht wettbewerbsschädigend ist.

---

[181] US Supreme Court, 11.6.1956, 351 U.S. 377.
[182] *Füller* in Münchener Kommentar, Marktabgrenzung Rz 1033.
[183] Etwa EuG 17.12.2003, T-219/99, *British Airways,* Rz 91; EuG 30.3.2000, T-65/96, *Kish Glass*, Rz 62; EuGH 9.11.1983, 322/81, *Michelin*, Rz 37.
[184] *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hg), Das Recht der EU (2015) Art 102 AEUV Rz 33.

Unschwer kann daher festgestellt werden, dass aus sämtlichen kartellrechtlichen Tatbeständen das Gebot zur Marktabgrenzung folgt. Eine Legaldefinition des Begriffes des Marktes oder der Marktabgrenzung liegt hingegen nicht vor. Eine Klärung erfolgte beginnend mit der Rs *Continental Can*[185] durch die europäische Gerichtsbarkeit. Durch die Abgrenzung der betroffenen Märkte sollen „*die Wettbewerbsmöglichkeiten nur nach Maßgabe derjenigen Merkmale der fraglichen Erzeugnisse* [beurteilt werden], *die* (…) *zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders geeignet und mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar* [sind].“[186] Später präzisierte der EuGH, dass „*der Begriff des relevanten Marktes* (…) *die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs* [voraussetzt], *so dass ein hinreichender Grad von Austauschbarkeit zwischen allen zum gleichen Markt gehörenden Erzeugnissen im Hinblick auf die gleiche Verwendung erforderlich ist*“.[187]

Diese Hinwendung auf die Bedürfnisse der Marktgegenseite wird von der deutschsprachigen Lit mit dem Schlagwort des Bedarfsmarktkonzepts umschrieben.[188] Es handelt sich um eine Wertungsfrage, wann ein hinreichender Grad an Austauschbarkeit zwischen Gütern gegeben ist, zumal die europäische Gerichtsbarkeit in mehreren Fällen eine nur begrenzte Austauschbarkeit zwischen den involvierten Erzeugnissen als nicht hinreichend für die Abgrenzung eines gemeinsamen Markts erachtet hat.[189]

Darüber hinaus begrenzt die Gerichtsbarkeit die EK bei der Durchführung der Marktabgrenzung nur unwesentlich. Dies rührt daher, dass das EuG nur eine beschränkte Kontrolle der Marktabgrenzung vornimmt und sich auf die Geltendmachung von unzutreffenden Tatsachenfeststellungen, Rechtsfehlern, offensichtlichen Beurteilungsfehlern und Ermessensmissbräuchen beschränkt.[190]

---

[185] EuGH 21.2.1973, 6/72, *Continental Can*.
[186] EuGH 21.2.1973, 6/72, *Continental Can,* Rz 32.
[187] EuGH 13.2.1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rz 28.
[188] *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker* (Hg), EU-Wettbewerbsrecht[5] (2012) II. Abschnitt, Art 102 AEUV Rz 48; *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 3; Ausführlich *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, 185ff.
[189] Etwa EuG 30.1.2007, T-340/03, *France Télécom*, Rz 88; EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak II,* Rz 65ff.
[190] Etwa EuG 14.2.2001, T-115/99, *SEP*, Rz 42.

3.1.2.2. Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes

Im Jahr 1997 beschrieb die EK ihre Vorgangsweise bei der Marktabgrenzung in einer Bekanntmachung[191] über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union. Während die EK sich zur Einhaltung dieser Grundsätze ausdrücklich verpflichtet,[192] entfaltet diese Bekanntmachung keinerlei Rechtswirkungen auf die europäische Gerichtsbarkeit.[193] Für die Abgrenzung des Produktmarktes beachtet sie va zwei Wettbewerbskräfte: die Nachfragesubstituierbarkeit und die Angebotssubstituierbarkeit.

3.1.2.2.1. Nachfragesubstituierbarkeit

An erster Stelle nennt die EK die Substituierbarkeit der Nachfrage, dh die Bestimmung derjenigen Produkte, die durch die Abnehmer für austauschbar gehalten werden.[194] Die Nachfragesubstituierbarkeit ist nach Ansinnen der EK die wirksamste und unmittelbarste Kraft des Wettbewerbs.[195] Dem ist jedenfalls zuzustimmen, da die Möglichkeit von Abnehmern, einen anderen Anbieter zu wählen, wohl die stärkste Triebfeder für den Wettbewerbsprozess ist. Ausschlaggebend ist daher die Sicht der Marktgegenseite; werden mehrere Abnehmer bedient, so werden tw verschiedene Teilmärkte abgegrenzt (s zu dieser Problematik ausführlich Punkt 3.3.1.).

Mit der Prüfung der Nachfragesubstituierbarkeit nimmt die EK direkt Bezug auf das Diktum der europäischen Gerichtsbarkeit, in dem eine Prüfung der ausreichenden Austauschbarkeit eines Produkts gefordert wird. Als Beispiel könnte gefragt werden, ob aus der Sicht des Abnehmers mit dem Kauf eines Tablets derselbe Bedarf gedeckt werden kann wie durch den Kauf eines Notebooks.

Die EK nimmt auch zur Frage Stellung, wie die Austauschbarkeit eines Erzeugnisses ermittelt werden kann. Dafür kommen ökonomische Methoden, die sich auf die Änderung der Nachfrage bei einer Steigerung des Preises des untersuchten Produktes beziehen, in Frage; diese werden gesondert in Punkt 3.1.3. thematisiert. Zudem können auch die objektiven Eigenschaften des Guts ein Indiz für die Austauschbarkeit von Produkten sein, da diese insb bei homogenen Massegütern den Verwendungszweck und somit die Substituierbarkeit eines Produkts bestimmen.[196] Daneben können Verbraucherbefragungen[197], Marketing-Studien, interne Dokumente von Unternehmen[198], aber auch das generelle Preisniveau Hinweise für das Verbraucherverhalten geben.[199]

---

[191] Abl 1997, 97/C 372/03.
[192] EK, 97/C 372/03 (Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes) Rz 9.
[193] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 6.
[194] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 15.
[195] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 13.
[196] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 36.
[197] Wie etwa durchgeführt in EK, 17.12.2008, COMP/M.5141, *KLM/Martinair*.
[198] *Bardong* in *Langen/Bunte* (Hg), Kartellrecht[12] (2014) Art 2 FKVO Rz 55.
[199] Etwa dann, wenn der Preis doppelt so hoch ist wie ein anderes technisch äquivalentes Produkt, s EK 5.7.2005, COMP/M.3836, *Goldman Sachs/Pirelli Cavi*.

3.1.2.2.2. Angebotssubstituierbarkeit

Prima vista mag es angesichts der Formulierung des Bedarfsmarktkonzepts überraschen, dass die EK die Austauschbarkeit eines Gutes auch vom Blickwinkel der Produzenten prüft. Tatsächlich geht dies auf ein Erk des EuGH[200] zurück, in dem die bloße Betrachtung der Nachfrageseite als unzureichend verworfen wurde. Die EK bezieht die Angebotssubstituierbarkeit nicht generell in die Marktabgrenzung mit ein; Voraussetzung ist, dass diese im konkreten Fall „*genauso wirksam und unmittelbar wie die Nachfragesubstituierbarkeit*" wirkt.[201] Die Einbeziehung der Angebotssubstituierbarkeit hat grdstzl die Abgrenzung eines weiteren Markts zur Folge.

Im Kern wird bei der Prüfung der Angebotssubstituierbarkeit der Frage nachgegangen, ob für Anbieter von ähnlichen Produkten eine Umstellung der Produktion möglich ist, um in einen neuen Markt einzutreten. Es könnte daher bspw geprüft werden, ob ein Produzent von TV-Geräten kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken in den Markt für PC-Bildschirme eintreten könnte.[202] Dies ist regelmäßig gegeben, wenn ein Unternehmen verschiedene Sorten oder Qualitäten eines Produkts absetzt, auch wenn diese für die Abnehmergruppen nicht austauschbar sind.[203]

Nach der Kommissionspraxis ist eine Produktionsumstellung als kurzfristig möglich zu qualifizieren, wenn sie innerhalb eines Jahres erfolgen kann;[204] die Möglichkeit einer Umstellung binnen zweier Jahre wird wohl nicht mehr als kurzfristig anerkannt.[205]

Bestehen besondere Produktionsmerkmale, die eine erhebliche Anpassung der vorhandenen Sachanlagen, immateriellen Aktiva oder Investitionen nach sich zögen, wird die Angebotssubstituierbarkeit nicht berücksichtigt.[206] Aus diesem Grund verwarf die europ Gerichtsbarkeit wiederholt die Marktabgrenzung der EK als zu eng.[207]

3.1.3. Ökonomische Methoden der Marktabgrenzung

Da wie beschrieben aus den rechtlichen Vorgaben bzgl der Marktabgrenzung ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Abgrenzung der relevanten Märkte bestehen bleibt, werden in der Praxis häufig ökonomische Methoden für die Marktabgrenzung verwendet. Durch diese soll ermittelt werden, inwiefern durch eine Variation des Preises das Marktverhalten verändert wird,

---

[200] EuGH 21.2.1973, 6/72, *Continental Can,* Rz 33.
[201] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 20.
[202] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 20.
[203] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 21.
[204] EK 9.12.1991, Comp/M.149, *Lucas/Eaton*, Rz 21.
[205] *Bardong* in *Langen/Bunte* (Hg), Art 2 FKVO Rz 63.
[206] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 23.
[207] In EuGH 9.11.1983, 322/81, *Michelin*, Rz 44 wurde die Umstellung der Produktion von Reifen für schwere Fahrzeuge auf die Produktion von Reifen für leichte Fahrzeuge verneint; bzgl der Substituierbarkeit von Konserven s EuGH 21.2.1973, 6/72, *Continental Can,* Rz 33.

wodurch eine fundierte und nachprüfbare Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgen soll. Fehlt ein methodisch einwandfreier Nachweis für die Marktabgrenzung, sieht der EuG uU die Darlegungslast der EK als nicht erfüllt an.[208]

Welche Stellung ökonomische Methoden konkret bei der Marktabgrenzung einnehmen, ist str; die Meinungen scheiden sich entlang der Grenzen der Disziplinen. Während aus ökonomischer Sicht eine Marktabgrenzung grdstzl durch ökonomische Methoden zu erfolgen hat,[209] betonen juristische Kommentatoren die Grenzen von ökonomischen Methoden.[210] Hier kann die Stellung von ökonomischen Methoden für die Marktabgrenzung offen bleiben; an anderer Stelle wird auf die Diskussion für deren Anwendbarkeit auf mehrseitige Märkte analysiert (s Punkt 3.3.3.).

Aufgabe dieses Abschnitts ist es, einen Überblick über die angewandten ökonomischen Methoden der Marktabgrenzung zu bieten, damit diese im Kontext von mehrseitigen Märkten für digitale Güter diskutiert werden können. Aus der Vielzahl der möglichen Methoden sollen zwei ausgewählt werden, deren praktische Relevanz am höchsten ist: der hypothetische Monopoltest und die Elastizitätsanalyse.

Hinzuzufügen sei noch ein methodischer Hinweis, der aus juristischer Sicht ungewohnt scheint: Im Blickpunkt der ökonomischen Methoden ist nicht der Durchschnittsverbraucher, sondern der marginale Verbraucher. Das ist derjenige Abnehmer, der zum angebotenen Preis gerade noch bereit ist, ein Produkt zu erwerben; steigt der Preis, tätigt er den Kauf nicht oder weicht auf andere Anbieter aus.

3.1.3.1. Hypothetischer Monopoltest

Der hypothetische Monopoltest, auch SSNIP-Test[211] genannt (folgend HM-Test), basiert auf einem Gedankenexperiment: Angenommen das untersuchte Unternehmen wäre ein Monopolist; könnte es seinen Profit steigern, indem es den Preis für seine Güter erhöht? Wird diese Frage verneint, da die Abnehmer unter den veränderten Umständen entweder eine andere oder gar keine Konsumentscheidung wählen, so ist der Markt zu eng definiert; selbst einem Monopolisten käme darauf keine Marktmacht zu. Es ist in einem iterativen Verfahren der kleinstmögliche Markt zu ermitteln, in dem ein hypothetischer Monopolist seinen Profit durch eine Preiserhöhung steigern kann.

---

[208] So etwa bei Sekundärmärkten in EuG 15.12.2010, T-427/08, *CEAHR*.
[209] *Peeperkorn/Verouden*, The Economics of Competition, in The EU law of competition, Rz 1.146; Eindeutig *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 133 „*In short, we do not believe that an alternative sensible methodology* (...) *exists*".
[210] *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 50; *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 39; *Füller* in Münchener Kommentar, Marktabgrenzung Rz 1048.
[211] Zur ausführlichen Klärung der Begrifflichkeiten *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, 199ff.

Der HM-Test wird von der EK in der Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes explizit anerkannt[212] und regelmäßig[213] in Entscheidungen verwendet. Durch diesen Test lassen sich sowohl Nachfrage- als auch Angebotssubstituierbarkeit überprüfen.

Die Funktionsweise des HM-Tests wird durch die Abkürzung SSNIP (**s**mall but **s**ignificant **n**on-transitory **i**ncrease in **p**rice) verdeutlicht:[214] Das Produkt des betreffenden Unternehmens wird in einem hypothetisch angenommenen Markt (Kandidatenmarkt) situiert. Danach wird überprüft, in welchem Ausmaß eine dauerhafte Erhöhung des Preises um 5-10% *ceteris paribus* (dh unter der Annahme, dass alle anderen Preise unverändert bleiben) für das Unternehmen profitabel ist. Ist die Preiserhöhung unprofitabel, wird der Kandidatenmarkt erweitert und der Test wiederholt; ist die Preiserhöhung profitabel, wird der Kandidatenmarkt verkleinert. Ziel ist es, den kleinstmöglichen Markt zu ermitteln, in dem eine Preiserhöhung lukrativ ist.

Problematisch ist uU das Datenerfordernis für die Durchführung dieses Tests. Mangels ausreichender Datenlage war die EK bereits gezwungen, von der Durchführung des HM-Tests abzusehen.[215] Aus diesem Grund wird der HM-Test idR nicht als empirischer Tests durchgeführt.[216]

Darüber hinaus bestehen weitreichende Vorbehalte gegen den HM-Test. So wird vorgebracht, dass für die Auswahl des zu testenden Marktes bereits eine Wertungsentscheidung vonnöten ist und daher die Gefahr eines Zirkelschlusses gegeben ist.[217] Zudem sei die Aussagekraft dieses Tests beschränkt, wenn der Preis für die Nachfrager nur einen Faktor unter vielen darstellt.[218] Dazu kommt, dass die Bedeutung des HM-Tests für die Analyse von marktmachtmissbräuchlichen Praktiken nur eingeschränkt von Nutzen ist, da in diesen das untersuchte, marktmächtige Unternehmen den Preis bereits vor der Durchführung des Tests häufig auf ein suprakompetitives Niveau angehoben hat, was bei Anwendung des HM-Tests zu einer zu weiten Marktabgrenzung führt. Dieser Umstand wird in der Lit nach einem bekannt gewordenen Urteil des US-Supreme Court unter der Bezeichnung *cellophane fallacy* diskutiert.[219]

---

[212] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 15.
[213] In einer 604 Entscheidungen umfassenden Stichprobe, in der alle Entscheidungen der EK zu Unternehmenszusammenschlüssen vom 8.11.2001 bis zum 20.9.2003 analysiert wurden, wurde der Begriff „Hypothetical Monopolist" in 6 Entscheidungen gefunden, „SSNIP" in 7 Entscheidungen.
[214] S dazu ausführlich *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 111ff; *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics (2012) 4.31ff; *Peeperkorn/Verouden*, The Economics of Competition, in The EU law of competition, Rz 1.146ff.
[215] S etwa EK 24.7.2002, COMP/M.2706, *Carnival Corporation/P&O Princess*, Rz 31, Fn 10.
[216] *Bardong* in *Langen/Bunte* (Hg), (2014) Art 2 FKVO Rz 36.
[217] *Füller* in Münchener Kommentar, Marktabgrenzung Rz 1047; *Bardong* in *Langen/Bunte*, Art 2 FKVO Rz 35.
[218] So *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 51; aA *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 114.
[219] Dazu ausführlich *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, 226ff.

3.1.3.2. Elastizitätsanalysen

In ihrer Bekanntmachung erkennt die EK ausdrücklich eine Reihe von quantitativen Tests für die Marktabgrenzung an, allem voran die Schätzung der Elastizitäten und der Kreuzpreiselastizitäten.[220]

Die Eigenelastizität beschreibt die Auswirkung einer Preiserhöhung auf die Produktnachfrage. Je stärker die Nachfrage auf eine Preiserhöhung reagiert, desto elastischer ist die Nachfrage. Eine unelastische Nachfrage besteht dann, wenn ein Produkt nur schwerlich austauschbar ist. Die EK verwendet Elastizitätsanalysen, um zu prüfen, ob der Markt richtig abgegrenzt wurde. Besteht in einem Markt nur eine sehr niedrige Eigenpreiselastizität, ist dies ein Indiz dafür, dass der Markt zu weit abgegrenzt wurde.[221] Da die Analyse der Eigenelastizität insb eine Methode zur Durchführung des HM-Tests bildet,[222] kann für eine Kritik dieser Methode auf Punkt 3.1.3.1. verwiesen werden.

Die Kreuzpreiselastizität misst, inwiefern sich die Nachfrage für ein Produkt ändert, wenn der Preis für ein anderes Produkt verändert wird. Die Kreuzpreiselastizität ist der Quotient der relativen Nachfrageänderung des Produkts A und der relativen Preisänderung des Produkts.[223] Somit werden die Substitutionsbeziehungen zwischen zwei Produkten ermittelt. Je höher die Nachfrage für ein Produkt auf Grund der Preissteigerung eines anderen Produkts steigt, desto elastischer ist die Nachfrage; eine hohe Kreuzpreiselastizität ist ein Indiz dafür, dass sich die beiden untersuchten Produkte in einem gemeinsamen Markt befinden.[224]

Die Validität der Analyse der Kreuzpreiselastizität ist in Bezug auf die Marktabgrenzung str. Gegen diese Methode wird vorgebracht, dass sie nur Aussagen über den Grad der Substituierbarkeit treffe, nicht aber über die Möglichkeit einer Substitution.[225] Es kann durch diese Methode daher nur das Verhältnis zweier Produkte untersucht werden; wie sich die Preisänderung auf andere Produkte auswirkt, bleibt unbeleuchtet.

---

[220] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 15.
[221] Bspw EK, 24.4.1996, M.619, *Gencor/Lonrho*, in dem ein eigener Markt für das Metall Platin abgegrenzt wurde, da ein Markt für die gesamte Platin-Gruppe eine sehr unelastische Eigenpreiselastizität aufwies; EK 9.3.1999, M.1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier,* in dem auf Grund mangelnder Preiselastizität ein eigener Markt für Rind- Schweine und Geflügelfleisch definiert wurde.
[222] *Peeperkorn/Verouden,* The Economics of Competition, in The EU law of competition Rz 1.159.
[223] *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, 267.
[224] EK 17.10.2001, M.2416, *CVC/Lenzing,* bei dem eine Kreuzpreiselastizität von weniger als +1 als ein Hinweis darauf gesehen wurde, dass zwei Produkte keine geeigneten Substitute darstellen.
[225] *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, 271.

3.2. Digitale Märkte

Inhalt des folgenden Abschnitts ist die Abgrenzung von Märkten für DG. Dabei soll beleuchtet werden, inwiefern die oben beschriebenen Grundsätze der Marktabgrenzung bei digitalen Märkten modifiziert werden müssen. An dieser Stelle kann auf Grund der vielfältigen möglichen Marktkonstellationen im Kontext von digitalen Märkten keine sämtliche ergangene Fälle umfassende Analyse der diesbezüglichen Rechtsprechungspraxis der EK vorgenommen werden;[226] das Erkenntnisinteresse eines solchen Unterfangens ist auf Grund der teils fehlenden, teils einzelfallspezifischen Begründungen ebenso zweifelhaft.[227] Daher soll zuerst aus grundsätzlichen Überlegungen zu den Charakteristika von digitalen Märkten auf Besonderheiten bei der Marktabgrenzung geschlossen werden und damit das Vorgehen der Rsp an Hand von ausgewählten Fällen[228] bewertet werden.

3.2.1. Besonderheiten bei der Abgrenzung von digitalen Märkten

Wie bereits in Punkt 2.1.3. ausgeführt, sind DG geprägt von besonderen ökonomischen Charakteristika, die Auswirkungen auf den Wettbewerb in Märkten, bei denen mit digitalen Gütern gehandelt wird (kurz digitalen Märkten) zeitigen. Auf Grund der besonderen Kostenstruktur von DG und Netzwerkeffekten sind diese Märkte idR dynamisch; Innovation spielt im Wettbewerb eine besonders prononcierte Rolle.[229]

Mit Hinweis auf diese besonderen ökonomischen Charakteristika wird in der Lit eine modifizierte Herangehensweise bei der Marktabgrenzung von digitalen Märten gefordert. Eine unadaptierte Beibehaltung der Vorgangsweise der Marktabgrenzung würde bei digitalen Märkten generell zu der Definition eines zu engen Marktes – und damit zu einem *over-enforcement* führen.[230]

Im Folgenden soll daher zuerst darauf eingegangen werden, inwiefern die relevanten Wettbewerbskräfte – die Nachfragesubstituierbarkeit, die Angebotssubstituierbarkeit und auch der potentielle Wettbewerb – im Kontext von digitalen Märkten besonders beurteilt werden müssen. Danach werden die Methoden der Marktabgrenzung bei digitalen Märkten untersucht.

---

[226] S für eine solche sei verwiesen auf *Ahlenstiel*, Marktabgrenzung in der Internetökonomie, 107ff; *Zimmerlich*, Marktmacht in dynamischen Märkten: die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in Märkten der Internetökonomie (2007) 165ff.

[227] So zumindest *Zimmerlich*, Marktmacht in dynamischen Märkten, 175.

[228] Untersucht werden sollen die Thesen an Hand von 7 Entscheidungen: EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*; EK 26.10.2004, COMP/M.3216, *Oracle/Peoplesoft*; EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*; EK 21.1.2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun*; EK 18.2.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!;* EK 7.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype* und EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

[229] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in Faull/Nikpay/Taylor (Hg), The EU law of competition[3] (2014) Art 102 Rz 4.249.

[230] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.251; *Pleatsikas/Teece*, The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation, IJIO 2001, 665 (687).

3.2.1.1. Nachfragesubstituierbarkeit

Wie bereits erwähnt, gilt die Nachfragesubstituierbarkeit als die unmittelbarste Wettbewerbskraft, welche für die Marktabgrenzung regelmäßig ausschlaggebend ist. Im Kontext von digitalen Märkten wird die Aussagekraft der Nachfragesubstituierbarkeit jedoch in Zweifel gezogen; dies wird damit begründet, dass bei dynamischen Märkten der Marktgegenseite häufig die notwendigen Erfahrungswerte fehlen, um künftige Marktentwicklungen abschätzen zu können. Daher können die Substitutionsbeziehungen aus der Nachfragesicht nur erschwert festgestellt werden; diese beinhalten regelmäßig nicht alle denkbaren Substitutionsprodukte.[231] Anderes gilt wohl, wenn das untersuchte Produkt von gewerblichen Abnehmern nachgefragt wird; diese sind eher in der Lage, künftige Produktentwicklungen abzuschätzen.[232] Bei dynamischen digitalen Märkten ist die Aussagekraft der Nachfragesubstituierbarkeit daher stark vom Professionalitätsgrad der Abnehmer abhängig.

Bei den untersuchten Markabgrenzungen der EK spielt die Nachfragesubstituierbarkeit eine wesentliche Rolle. Häufig wird jedoch auf die generellen Charakteristika der Produkte eingegangen und davon auf die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite geschlossen. So sind nach Ansicht der EK etwa SMS und Kommunikationsdienste wie *WhatsApp* nicht austauschbar, da letztere regelmäßig unentgeltlich angeboten würden;[233] soziale Netzwerke sind nicht am selben Markt wie Kommunikationsdienste wie *WhatsApp,* da sie eine tiefergehende soziale Erfahrung[234] ermöglichen und anders als bei Kommunikationsdiensten keine sofortige Antwort zu erwarten ist. Durch eine stärkere Berücksichtigung von generellen Charakteristika können mE etwaige Mängel im Erwartungshorizont der Abnehmer ausgeglichen werden.

3.2.1.2. Angebotssubstituierbarkeit

Im Kontext von digitalen Märkten sah die EK in einem früheren Erk die Angebotssubstituierbarkeit als besonders relevante Wettbewerbskraft.[235] So sei die Marktabgrenzung in diesem Kontext schwierig, da die Grenzen zwischen den Dienstleistungen nur schwer zu bestimmen seien und auch die Fähigkeiten zur Erbringung solcher Dienstleistungen ähnlich seien. Zwischenzeitlich haben sich die Produkte in digitalen Märkten jedoch erheblich voneinander differenziert, sodass nunmehr die mühelose Umstellung der Produktion nur mehr eingeschränkt möglich ist.[236]

---

[231] *Zimmerlich*, Marktmacht in dynamischen Märkten, 180.
[232] *Gauß*, Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) in innovativen Märkten (2010) 74.
[233] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 31.
[234] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 54: "*social networking services tend to offer a richer social experience compared to consumer communications apps*".
[235] EK 17.7.1991, IV/M.112 – *EDS/SD Scicon*.
[236] Für den Suchmaschinenmarkt s *Erhard*, Marktmachtverlagerung durch Suchmaschinenbetreiber: Suchmaschinenneutralität im europäischen, deutschen und US-amerikanischen Kartellrecht (2014) 66.

Wie bereits ausgeführt, bezieht die EK die Angebotssubstituierbarkeit nur dann in die Marktabgrenzung mit ein, wenn diese genauso wirksam und unmittelbar wie die Nachfragesubstituierbarkeit wirkt. Daraus folgt ein grundsätzliches Primat der Nachfragesubstituierbarkeit, welches allenfalls durch die Angebotssubstituierbarkeit komplementiert wird. Im Kontext von dynamischen, digitalen Märkten zieht va *Zimmerlich* diese Hierarchisierung in Zweifel: Gerade die Existenz von Unternehmen, welche durch innovative Produkte in den Markt einsteigen könnten, stellt dieser Ansicht nach die wesentliche Wettbewerbskraft dar.[237] Den Grund dafür erblickt sie darin, dass bei dynamischen Märkten durch innovative Produkte erst die Nachfrage geschaffen wird; die Angebotssubstituierbarkeit geht der Nachfragesubstituierbarkeit daher zeitlich vor.

Problematisch bei diesem Ansatz ist jedoch die konkrete Ermittlung der Angebotssubstituierbarkeit: Diese muss durch Umfragen bei Unternehmen ermittelt werden, welche nur schwer nachvollziehbar sind.[238] So kann es durchaus im Interesse von Wettbewerbern liegen, die vorhandenen Möglichkeiten eines Marktzutritts zu verschweigen, um dadurch die Abgrenzung eines engeren Marktes – und damit einhergehend die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer kartellrechtlichen Intervention bei einem Mitbewerber– zu bewirken.

Bei den untersuchten Erk wurde nur in einem Fall näher auf die Angebotssubstituierbarkeit eingegangen: bei der Untersuchung der missbräuchlichen Praktiken von *Microsoft*.[239] Dabei war insb strittig, inwiefern Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver mit anderen Server-Betriebssystemen austauschbar wären; fraglich war dabei, ob Hersteller von UNIX Betriebssystemen für Server in den Markt für Arbeitsgruppenserver einsteigen könnten. Dies wurde verneint, da die Entwicklung eines Betriebssystems für Arbeitsgruppenserver ausgehend von einem Serverbetriebssystem zu viel Zeit in Anspruch nähme, um als direkte Konkurrenz zu gelten.[240]

[237] *Zimmerlich*, Marktmacht in dynamischen Märkten, 200ff.
[238] *Gauß*, Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots in innovativen Märkten, 78.
[239] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 334ff sowie Rz 388ff.
[240] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 398.

3.2.1.3. Potentieller Wettbewerb

Die EK sieht im potentiellen Wettbewerb neben der Nachfragesubstituierbarkeit und Angebotssubstituierbarkeit eine dritte Wettbewerbskraft, welche bei der wettbewerblichen Prüfung berücksichtigt werden muss.[241] Dabei zieht die EK den potentiellen Wettbewerb nicht bei der Marktabgrenzung, sondern erst auf einer späteren Stufe in die Analyse mit ein, da „*die Voraussetzungen, unter denen potentieller Wettbewerb eine wirksame Wettbewerbskraft darstellt, von bestimmten Faktoren und Umständen im Zusammenhang mit den Markteintrittsbedingungen abhängt* [sic]"[242].

Potentieller Wettbewerb kann an Hand dreier Charakteristika von der Angebotssubstituierbarkeit unterschieden werden:[243] *erstens* der Zeithorizont, in dem die Wettbewerbskraft wirken kann. Während für die Angebotssubstituierbarkeit geprüft wird, inwiefern bei einer Preiserhöhung unmittelbar (dh innerhalb eines Jahres) ein zusätzlicher Wettbewerb auftreten kann, ist diese Zeitspanne – in Abhängigkeit von den vorhandenen Marktzutrittsschranken[244] – länger. *Zweitens* müssen beim potentiellen Wettbewerb – anders als bei der Angebotssubstituierbarkeit – substantielle versunkene Kosten getragen werden.[245] *Drittens* beeinflusst potentieller Wettbewerb den Wettbewerbspreis erst nach dem Markteintritt, währenddessen durch die Angebotssubstituierbarkeit auch der Wettbewerbspreis vor einem Markteintritt gesenkt wird. Dies führt dazu, dass die Wettbewerbskraft des potentiellen Wettbewerbs mittelbarer wirkt als jene der Angebotssubstituierbarkeit; die EK prüft sie regelmäßig im Rahmen der Markbeherrschung und nicht bei der Marktabgrenzung.[246]

In der Lit wird im Kontext von dynamischen Märkten eine Einbeziehung des potentiellen Wettbewerbs bei der Marktabgrenzung gefordert. So plädiert etwa *Dreher* für eine Hinzunahme von prognostischen Elementen in die Marktabgrenzung; dies soll durch die Berücksichtigung von marktreifen Produkten in die Marktabgrenzung erfolgen.[247] Ab wann ein Produkt als marktreif gilt, muss dabei in einer Einzelfallbetrachtung – insb durch Marktumfragen[248] – ermittelt werden. Auch *Dietrich* plädiert bei dynamischen Märkten für eine verstärkte Einbeziehung von potentiellem

---

[241] EK, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 14.
[242] EK, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 24.
[243] *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, Rz 4.22; *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 104.
[244] *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, Rz 4.22.
[245] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 104 sprechen idZ von einem „committed entry", welchen potentielle Wettbewerber durchführen müssen.
[246] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 16.
[247] *Dreher*, Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, ZWeR 2009, 149 (166f).
[248] *Dreher*, ZWeR 2009, 165f.

Wettbewerb, da die kurzfristige Austauschbarkeit aus der Sicht der Nachfrage nicht den Marktumständen entspräche.[249]

ME ist bei dem Vorschlag, den potentiellen Wettbewerb in die Marktabgrenzung bei dynamischen Märkten einzubeziehen, Vorsicht geboten. Eine Einbeziehung von prognostischen Elementen ist mE soweit legitim, als dass sie zu einem besseren Erfassen der Marktrealitäten führt. Jede Prognose enthält eine Aussage über die Zukunft und ist mit einem Unsicherheitsfaktor behaftet. Nun ist die Unsicherheit im Kontext von dynamischen Märkten tendenziell höher als bei weniger schnelllebigen Märkten; nur schwerlich vorhersehbare Produktinnovationen können die Marktrealitäten vollständig verändern. Daraus folgt eine erhöhte Fehleranfälligkeit von Prognosen in diesem Kontext.[250] Hinter der Einbeziehung von potentiellem Wettbewerb in die Marktabgrenzung steht daher eine Wertungsentscheidung: Ist die Fehleranfälligkeit von Prognosen zum künftigen Wettbewerb oder eine Einschätzung des Wettbewerbs, die zukünftige Entwicklungen außer Acht lässt, fehleranfälliger?

Eine allgemeingültige Antwort auf diese Wertungsentscheidung ist in diesem Kontext mE nicht notwendig, wenn die bisherige Praxis der EK weitergedacht wird. Bei der abstrakten Wettbewerbsanalyse, welche bei der Marktabgrenzung vorgenommen werden muss, ist nach der Praxis der EK der potentielle Wettbewerb nicht einzubeziehen, sehr wohl aber bei der konkreten Wettbewerbsanalyse im Zuge der Prüfung der Marktbeherrschung. Dieser Wertung liegt mE eine Überlegung zum Fehlerkalkül zu Grunde: Wird ein Markt – auf Grund der fehlenden Beachtung des potentiellen Wettbewerbs – zu eng abgegrenzt, können etwaige Mängel bei der Beurteilung der Marktbeherrschung saniert werden. Wird ein Markt jedoch auf Grund einer fehlerhaften Prognose zu weit abgegrenzt, kann keine spätere Sanierung mehr erfolgen. Diese Wertung ist mE auch auf dynamische Märkte zu übertragen, solange kein Indiz dafür gefunden werden kann, dass durch die Außerachtlassung von potentiellem Wettbewerb bei der Marktabgrenzung eine fehlerhafte Erfassung des Wettbewerbsgeschehens nicht mehr berichtigt werden kann.

Bei der Rechtsprechungsanalyse zeigt sich, dass in den untersuchten Fällen der potentielle Wettbewerb nicht in die Marktabgrenzung einbezogen wurde.

---

[249] *Dietrich*, Wettbewerb in Gegenwart von Netzwerkeffekten: eine kartellrechtliche Untersuchung des Wettbewerbs zwischen inkompatiblen proprietären Systemen (2006) 115ff.
[250] So auch *Gauß*, Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots in innovativen Märkten, 81.

3.2.1.4. SSNIP-Test

Die Anwendung des SSNIP-Tests wird im Kontext von digitalen Märkten in der Lit kritisiert. Die hauptsächlichen Kritikpunkte betreffen – neben der Schwierigkeit, die relevanten Daten für die Durchführung des Tests zu sammeln – va die Rolle des Preises bei der Abnahmeentscheidung bei digitalen Märkten.

Die Verbraucherentscheidung basiert in digitalen Märkten weniger stark auf dem Preis eines einzelnen Guts als bei anderen Märkten. Dies kann etwa auf Netzwerkeffekte zurückgeführt werden, da diese – so sie hinreichend stark sind – Verbraucher weniger preissensibel machen.[251] Andererseits ermöglichen Netzwerkeffekte auch alternative Preisstrategien: So können zur Markteinführung sehr günstige Preise gewährt werden, welche später, wenn das Produkt etabliert ist, deutlich erhöht werden. Dies kann zu einem umgekehrten *Cellophane Fallacy* und somit einer zu engen Marktabgrenzung führen.[252]

Darüber hinaus erfolgt die Verbraucherentscheidung bei DG idR mit erheblichen Pfadabhängigkeiten: So müssen Verbraucher bei der Entscheidung einerseits die Kompatibilität mit der vorhandenen Hardware beachten.[253] Andererseits werden DG selten isoliert gebraucht; meistens muss sich das erworbene DG in ein vorhandenes Softwareökosystem einfügen. Daraus resultiert, dass häufig ein Lock-In der Verbraucher vorliegt, der die Preissensibilität – und somit die Aussagekraft des SSNIP-Tests – herabsetzt.[254]

Als generelle Einschränkung der Aussagekraft des SSNIP-Tests wird der generelle Mangel an aussagekräftigem Datenmaterial im Kontext von dynamischen digitalen Märkten gesehen; die vorhandenen Daten seien nach *Crocioni* häufig nicht belastbar und hätten daher nur geringe Beweiskraft.[255] Dies sei darauf zurückzuführen, dass das Nachfrageverhalten bei einer Preisveränderung durch Befragung von Kunden des untersuchten Produkts erhoben wird; hierbei bestehe in dynamischen Märkten eine verstärkte Gefahr von verzerrten Angaben. Der Grund dafür liegt wohl wiederum darin, dass die Verbraucherentscheidung von vielfältigen Pfadabhängigkeiten beeinflusst ist und nur selten auf einer rationalen Abwägung des einen Produkts gegen ein anderes beruht.

Diese Kritik am SSNIP-Test spiegelt sich auch in der Rechtsprechungspraxis wider: Von den untersuchten sieben Marktabgrenzungen im digitalen Kontext wurde nur in einem Fall ein SSNIP-

---

[251] *Crocioni*, Leveraging of market power in emerging markets: A review of cases, literature and a suggested framework, Jcle 2007, 449 (516f).
[252] *Crocioni*, Jcle 2007, 516.
[253] *Zimmerlich*, Marktmacht in dynamischen Märkten, 222.
[254] So auch *Gauß*, Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots in innovativen Märkten, 75.
[255] *Crocioni*, Jcle 2007, 516; aber auch *Dreher*, ZWeR 2009, 157f .

Test durchgeführt: im Zusammenschluss zwischen *Oracle* und *Peoplesoft*[256]. Hierbei replizierte die EK jedoch direkt auf das Vorbringen der Anmelder, welche basierend auf einem SSNIP-Test eine andere Marktabgrenzung begehrten.

3.2.2. Ausgewählte Marktabgrenzungen im digitalen Kontext

Im Folgenden soll an Hand ausgewählter Beispiele auf typische Problemlagen bei der Abgrenzung von digitalen Märkten eingegangen werden. Zwei Fragen treten dabei regelmäßig auf: Die erste betrifft das Verhältnis von digitalen Märkten zu analogen Märkten, wenn die gehandelten Güter vergleichbar sind. Hier stellt sich die Frage, inwiefern ein eigener, von analogen Märkten zu unterscheidender digitaler Markt abgegrenzt werden muss oder ob analoge und digitale Güter gemeinsam am selben Markt situiert werden müssen. Die andere Frage betrifft das Verhältnis von digitalen Märkten zur eingesetzten Hardware: Müssen unterschiedliche Märkte abgegrenzt werden, wenn ein digitales Angebot von unterschiedlichen Gerätetypen verwendet werden?

Diese Fragen sollen mit Blick auf typische Marktabgrenzungen im digitalen Kontext behandelt werden.

3.2.2.1. Werbemärkte

Wie an anderer Stelle ausführlich beschrieben (s Punkt 2.2.2.3.), sind Werbemärkte im digitalen Kontext häufig anzutreffen. Insb bei digitalen Plattformen besteht in der Regel eine Werbefinanzierung.

Es ist ständige Rsp der EK, dass zwischen online und offline Werbemärkten unterschieden werden muss.[257] Dies wird damit begründet, dass durch online Werbung eine stärkere Fokussierung auf eine Zielgruppe möglich ist als bei offline Werbung.[258] Darüber erfolgt die Berechnung des Entgelts bei digitaler Werbung anders als bei analoger Werbung: Während bei online Werbung ein Entgelt entweder für einen Klick auf ein Werbebanner[259] oder für tausend Anzeigen[260] anfällt, ist eine solche Preisberechnung bei analogen Werbungen nicht möglich. Dies erlaubt es Werbeträgern, bei online Werbung die Kosten für Werbemaßnahmen besser im Blick zu behalten und somit die Werbetätigkeit zu optimieren.[261]

Darüber hinaus diskutiert die EK eine weitere Segmentierung des online Werbemarkts in suchbasierte Werbung und nicht-suchbasierte Werbung. Hierbei wird gefragt, ob Werbung, welche

---

[256] EK 26.10.2004, COMP/M.3216, *Oracle/Peoplesoft,* Rz 86ff.
[257] EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 10ff; EK 18.2.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!*, Rz 61ff; EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 73ff.
[258] EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 45.
[259] Das sog „Cost-per-Click“ Verfahren.
[260] Das sog “Cost-per-Mille” oder “Cost-per-View” Verfahren.
[261] EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 46.

bei Suchmaschinen in Abhängigkeit des Suchbegriffs angezeigt wird, mit Werbung auf sonstigen Websites austauschbar ist. Durch die zunehmend verbesserten Möglichkeiten, die Werbung auch auf Webseiten auf den einzelnen User anzupassen, kommt es nach Ansicht der EK zunehmend zu einer Konvergenz dieser beiden Gruppen von Werbungen; sie ließ jedoch sowohl beim Zusammenschluss von *Google/DoubleClick*[262] als auch bei *Microsoft/Yahoo!*[263] offen, ob ein separater suchbasierter Werbemarkt abgegrenzt werden muss.

Offen ließ die EK auch die Frage, ob ein eigener Markt für Werbung, die für mobile Endgeräte angepasst ist, existiert.[264] Dabei hält sie fest, dass grundsätzlich Werbung für mobile Endgeräte nicht durch andere digitale Werbung substituiert werden kann, da für mobile Endgeräte eine Anpassung der Werbung auf die vorhandene Anzeigefläche notwendig ist.[265] Es wird jedoch davon ausgegangen, dass durch künftige technische Entwicklungen die Unterschiede zwischen mobiler Werbung und herkömmlicher digitaler Werbung geringer werden und es daher zu einer Konvergenz dieser Märkte kommen kann.[266] Aus diesem Grund ist mE der EK zuzustimmen, wenn sie die Frage nach einer Abgrenzung eines separaten Marktes offen lässt.

Das zielgerichtete Anzeigen von online Werbung erfordert weitere Dienstleistungen. So bestehen neben der bloßen Anzeige von Werbung auch Märkte für (i) *Intermediation services* und (ii) *Ad serving tools*.[267] Bei ersterem Markt werden Dienstleistungen iZm der Platzierung von Werbung auf den Websiten Dritter erfasst. Dabei ist entweder ein direkter Verkauf von Anzeigefläche von Websites durch ihre Betreiber oder ein Zwischentreten durch einen Intermediär, welcher Anzeigeflächen gepoolt Werbeträgern anbietet, möglich. Da verschiedene solcher Intermediäre miteinander in Wettbewerb stehen, wird dafür ein eigener Markt abgegrenzt. Vom zweiten Markt werden Programme erfasst, mit denen Werbeträger die online gestellten Werbegrafiken verwalten können und die die wunschgemäße Anzeige von Werbung gewährleisten sollen.[268]

---

[262] EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 56.
[263] EK 18.2.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!*, Rz 75.
[264] EK 18.2.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!*, Rz 76ff; EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 79.
[265] So etwa EK 4.9.2012, COMP/M.6314, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 154.
[266] EK 4.9.2012, COMP/M.6314, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 156ff.
[267] EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 18ff; EK 18.2.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!*, Rz 82f.
[268] EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 26.

3.2.2.2. Kommunikationsmärkte

Kommunikationsdienste sind ein typisches Beispiel für Dienstleistungen, welche zwar grundsätzlich auch in analoger Weise bestehen, durch die Digitalisierung aber eine gänzlich andere Erscheinungsform angenommen haben. Zur Frage, ob analoge Kommunikationsdienste und digitale Kommunikationsdienste am selben Markt situiert werden können, führt die EK aus, dass keine uneingeschränkte Substitutionsmöglichkeit zwischen diesen besteht.[269] Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Kommunikation im digitalen Umfeld mehrere Funktionalitäten vereint und daher reichhaltiger als im analogen Kontext sei.[270] Dazu kommt, dass digitale Kommunikationsdienste für Verbraucher – anders als analoge Kommunikationsdienste – kostenfrei angeboten werden.[271] Man könne daher allenfalls davon ausgehen, dass ein Wettbewerbsdruck von digitalen Kommunikationsdiensten auf analoge Kommunikationsdienste – aber nicht umgekehrt – besteht.

Innerhalb der digitalen Kommunikationsdienstleistungen differenziert die EK zwischen Kommunikationsdienstleistungen für professionelle Abnehmer und Kommunikationsdienstleistungen für Verbraucher. Diese Unterscheidung sei darauf zurückzuführen, dass professionelle Abnehmer stärker auf die Zuverlässigkeit von Kommunikationslösungen Acht gäben und eine höhere Servicequalität verlangten.[272]

Str ist, ob eine weitere Segmentierung der Märkte für digitale Kommunikationsleistungen notwendig ist. Irrelevant ist dabei nach Ansicht der EK, ob die Kommunikationsdienstleistung nur für eine Gerätekategorie (zB Mobiltelefone, PCs) oder aber für mehrere Gerätekategorien erbracht wird und die Kommunikation zwischen den einzelnen Kategorien ermöglicht.[273] Ebenso irrelevant ist, mit welchen Betriebssystemen die Kommunikationsdienstleistung kompatibel ist.[274] Bei digitalen Kommunikationsdienstleistungen ist daher die Marktabgrenzung unabhängig von der Hardware, mit der diese Leistungen genützt werden können.

Ebenso lehnt die EK eine auf der Funktion der Kommunikationsdienstleistung basierende weitere Segmentierung der Marktabgrenzung ab. So sei es für die Marktabgrenzung irrelevant, ob durch ein Produkt Instant Messaging, Videotelefonie und Sprachtelefonie ermöglicht werden oder nur Teile dieser Funktionen abgedeckt werden.[275] Von Kommunikationsdienstleistungen zu unterscheiden seien aber soziale Netzwerke, obwohl diese tw dieselben Funktionalitäten (zB der Austausch von

[269] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 28ff.
[270] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 30.
[271] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 32.
[272] EK 7.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 14.
[273] EK 7.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 30.
[274] EK 7.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 38.
[275] EK 7.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 25.

Nachrichten) hätten.[276] Dies sei auf den unterschiedlichen Gebrauch von sozialen Netzwerken und Kommunikationsdienstleistungen zurückzuführen, da Nachrichten von sozialen Netzwerken regelmäßig weniger rasch beantwortet werden als Nachrichten, welche über Kommunikationsdienstleister versendet werden.[277] Zudem würde bei sozialen Netzwerken regelmäßig mit mehr Personen kommuniziert als bei Kommunikationsdienstleistern.[278]

3.2.2.3. Suchmaschinenmärkte

Grundsätzlich ist noch ungeklärt, ob Suchmaschinenmärkte generell abgegrenzt werden müssen. Noch in keinem Verfahren hat die EK bislang einen solchen Markt definiert; beim Zusammenschluss von *Microsoft* und *Yahoo!* hat sie die Abgrenzung eines Marktes für die Erbringung von Suchmaschinenleistungen zwar angedacht, aber letztlich mangels Entscheidungsrelevanz offen gelassen.[279] Im noch offenen Verfahren gegen *Google* führt die EK aus, dass *Google* auf einem Markt für generelle Suchdienstleistungen[280] marktbeherrschend sei; dementsprechend muss auch ein solcher Markt abgegrenzt werden.[281] Gegen eine Abgrenzung eines derartigen Marktes wird vorgebracht, dass isoliert betrachtet die Erbringung von Suchdienstleistungen nicht profitabel wäre; Suchdienstleistungen seien daher stets im Zusammenhang mit Suchmaschinenwerbung zu betrachten.[282] Wie an späterer Stelle[283] näher ausgeführt, betrifft diese Kritik die Ausgestaltung der Marktabgrenzung bei Plattformen. An dieser Stelle soll unter der Prämisse, dass ein isolierter Markt für Suchmaschinenleistungen abgegrenzt werden muss, auf die mögliche Segmentierung solcher Märkte eingegangen werden.

Internetsuchmaschinen können als Intermediäre zwischen Content-Providern und Internetusern aufgefasst werden.[284] Durch die Internetsuche wird daher ein Internetuser mit einem Anbieter von Informationen verbunden. Als analoges Äquivalent von Suchmaschinen können Telefonbücher angesehen werden: Beide bieten eine Vermittlungsdienstleistung an. Davon unterschieden können Suchservices werden, mit denen die ausschließlich Inhalte eines Anbieters selbst durchsucht werden – wie etwa Rechtsdatenbanken. Diese agieren als Datenbanken – ihr analoges Äquivalent ist eine Enzyklopädie. Wiewohl der Suchvorgang an sich für den Internetuser ähnlich ist, unterscheiden sie sich jedoch einerseits in der Komplexität des notwendigen Suchalgorithmus,[285] aber auch im

---

[276] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 51ff.
[277] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 55.
[278] EK 3.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 56.
[279] EK 18.2.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!*, Rz 85f.
[280] Im Originalwortlaut „*the Commission considers that Google has a dominant position in providing general internet search services*".
[281] EK 14.7.2016, Pressemitteilung, IP/16/2532.
[282] *Ratliff/Rubinfeld*, Is there a market for organic search engine results and can their manipulation give rise to antitrust liablity?, Jcle 2014, 517 (534ff).
[283] S Punkt 3.3.
[284] Näher dazu *Holzweber*, ÖZK 2014, 124f.
[285] So etwa EK 18.2.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!,* Rz 32.

Umfang der vom Internetuser suchbaren Information. Die Intermediärstellung zu einem Dritten ist daher mE notwendige Voraussetzung dafür, am Suchmaschinenmarkt tätig zu sein.

Auch wenn analoge Äquivalente zu Suchmaschinen existieren, ist es mE unzweifelhaft, dass diese in unterschiedlichen Märkten situiert werden müssen. Einerseits ist die Menge an durchsuchbaren Informationen nicht vergleichbar,[286] andererseits wird die durchsuchte Information durch einen komplexen Algorithmus gereiht. Darüber hinaus ist es nur durch digitale Suchmaschinen möglich, digitalen Content zu suchen.

Str ist, inwiefern der Suchmaschinenmarkt je nach den gesuchten Informationen segmentiert werden muss. Eine Extremposition stellt dabei ein Ansatz dar, nach dem auch online Marktplätze wie *Ebay* in den relevanten Suchmaschinenmarkt einbezogen werden müssten, da diese Plattformen für die Suche nach Produkten genützt würden.[287] Die andere Extremposition lautet, für jede Suchkategorie einen eigenen Markt abzugrenzen.[288] Die EK beschreitet zu dieser Frage – soweit bislang erkennbar – einen Mittelweg: Sie definiert einen Markt für allgemeine Suchdienste und Märkte für spezielle Suchdienste.[289] In letzterem seien sog vertikale Suchmaschinen zu situieren, welche Suchdienstleistungen in einem thematisch begrenzten Feld (wie etwa Reisen oder Preisvergleiche) anbieten. Im Unterschied zu allgemeinen Suchdiensten sind die notwendigen Investitionen für spezielle Suchdienste tendenziell geringer, was mit niedrigeren Marktzutrittsschranken einhergeht.[290] Dies hat zum Entstehen einer Vielzahl von Suchmaschinen in gewissen Themengebieten geführt, welche alternativ zu allgemeinen Suchdiensten benützt werden können.

Zu klären ist daher das Verhältnis von allgemeinen Suchservices zu speziellen Suchservices in Bezug auf die Marktabgrenzung. Der kompetitive Druck auf allgemeine Suchdienste ist dabei je nach Suchbegriff unterschiedlich: Bei manchen thematischen Segmenten, in denen eine Vielzahl von vertikalen Suchmaschinen existieren, ist dieser beträchtlich höher als bei anderen. Diese heterogenen Wettbewerbsbedingungen erfordern mE die Abgrenzung von unterschiedlichen Märkten, in denen allgemeine Suchdienste jedoch idR auch präsent sind. Wie *Körber* zu fordern, dass einem Mosaik gleich Märkte für sämtliche Suchkategorien abgegrenzt werden müssen, ist mE jedoch überschießend:[291] Für die überwiegende Mehrzahl an Suchbegriffen, für die keine vertikalen

---

[286] Nach aktuellen Schätzungen sind 45 Milliarden Webpages von *Google* indexiert. S http://www.worldwidewebsize.com/ [3.10.2016].
[287] *Körber*, The Commission's „Next Big Thing"?, NZKart 2015, 415 (417).
[288] *Akman*, The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law, SSRN Paper 2016; *Körber*, NZKart 2015, 417.
[289] EK 18.2.2010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo!*, Rz 31; zustimmend *Erhard*, Marktmachtverlagerung durch Suchmaschinenbetreiber, 79.
[290] MwN *Holzweber*, ÖZK 2014, 130.
[291] *Körber*, NZKart 2015, 417.

Suchdienste bestehen,[292] ist keine separate Marktabgrenzung notwendig, da die wettbewerblichen Umstände weitgehend gleichbleibend sind.

3.2.2.4. Stellungnahme

Aus der Betrachtung ausgewählter Marktabgrenzungen im digitalen Umfeld kann auf generelle Tendenzen bei der Abgrenzung von digitalen Märkten geschlossen werden. Diese Tendenzen betreffen (i) die Segmentierung dieser Märkte nach verschiedenen Plattformen und (ii) das Verhältnis dieser Märkte zu analogen Märkten.

Zuvorderst ist die Praxis der Kommission bei der Marktabgrenzung bei digitalen Sachverhalten jedoch als Ablehnung einer radikalen Konvergenztheorie zu verstehen. Nach dieser können sämtliche werbefinanzierte Internetangebote – ungeachtet ihrer Funktionalität – als Substitute angesehen werden, da sie um die durch Werbung wirtschaftlich verwertbare Aufmerksamkeit von Internetuser konkurrieren.[293] Dies bedeutet, dass ein gesamter Markt für digitale Angebote – welcher Suchmaschinen, Kommunikationsangebote, soziale Netzwerke uvm umfasst – abgegrenzt werden müsste. Vielmehr sind unabhängig vom Internetkontext und der damit häufig einhergehenden Werbefinanzierung bei der Marktabgrenzung von digitalen Märkten dieselben Maßstäbe anzulegen wie bei analogen Märkten. Dies bedeutet insb, dass auf die Austauschbarkeit von DG aus der Sicht der Marktgegenseite abgestellt werden muss. Für Internetuser können DG verschiedenste Funktionen erfüllen; die Wettbewerbsbeziehungen zwischen Internetangeboten sind daher nicht hinreichend homogen, um eine einheitliche Marktabgrenzung notwendig zu machen.

Eine Konvergenz ist jedoch hinsichtlich verschiedenster Hardware- und Softwareplattformen, mit denen die untersuchten Produkte kompatibel sind, zu beobachten. Ist die Nutzung auf verschiedenen Plattformen iW im selben Ausmaß möglich, wird idR ein plattformübergreifender Markt abgegrenzt. Für eine Marktabgrenzung ist es daher nicht schädlich, dass ein DG mit einer gewissen Software- oder Hardwarekombination nicht kompatibel ist.[294]

Die Analyse der Marktabgrenzungen hat zudem ergeben, dass in keiner Marktabgrenzung die Grenze zwischen analog und digital überschritten wurde. Dies ist wohl ein Hinweis für die große Bedeutung, die der Internetökonomie zugemessen wird; die digitale Wirtschaft funktioniert somit weitgehend unbeeinflusst von der analogen.

---

[292] Für Österreich waren im Jahr 2015 bislang die vier häufigsten Suchbegriffe: Donauinselfest, Sonnenfinsternis, iPhone 6S und Wien-Wahl. Für eine vertikale Suche ist wohl nur der Suchbegriff iPhone 6S zugänglich.
[293] MwN zu dieser Auffassung *Graef*, Sneak preview of the future application of European competition law on the Internet? CMLR 2014, 1263 (1271).
[294] Anderes mag jedoch gelten, wenn für eine gewisse Software- oder Hardwarekombination nur wenige ausgewählte Produkte verfügbar sind. Sind mit einem populären Betriebssystem bspw nur eine geringe Anzahl von Kommunikationsapplikationen kompatibel, wird dafür wohl idR ein eigener Markt abzugrenzen sein.

3.3. Mehrseitige Märkte

Das Ziel dieses Abschnitts ist es, die in Punkt 3.1. erarbeiteten Grundsätze der Marktabgrenzung auf mehrseitige Märkte zu beziehen, deren generelle Charakteristika in Punkt 2.2.1. beschrieben wurden.

Wie in Punkt 2.2.2. aufgezeigt, können Unternehmen unterschiedlichster Branchen auf mehrseitigen Märkten operieren. Es ist daher keinesfalls eine abschließende Beschreibung aller in Frage kommenden Marktabgrenzungen möglich. Einer Analyse zugeführt werden kann jedoch ein Charakteristikum, welches sämtlichen mehrseitigen Märkten inhärent ist: Auf ihnen agieren verschiedene Abnehmergruppen, die jeweils eine unterschiedliche Marktseite bilden. Aus diesem Grund soll (i) der Frage nachgegangen werden, ob für jede dieser Marktseiten ein eigener, sachlich relevanter Markt zu definieren ist, oder alle Marktseiten gemeinsam einen gemeinsamen Markt bilden. Danach soll (ii) analysiert werden, ob ein kartellrechtlicher Markt für Märkte zu definieren ist, in denen isoliert betrachtet kein monetärer Leistungsaustausch besteht. Schließlich wird (iii) in einem abschließenden Exkurs auf die Anwendung von ökonomischen Methoden bei der Marktabgrenzung von mehrseitigen Märkten eingegangen.

3.3.1. Anzahl der relevanten Märkte

Die Frage nach der Anzahl der zu definierenden Märkte ist in dieser Form einzigartig für mehrseitige Märkte. Bei herkömmlichen, einseitigen Märkten ergibt sich die Anzahl der abzugrenzenden Märkte aus dem Blickwinkel des untersuchten Guts. Kann ein Gut für unterschiedliche Zwecke verwendet werden oder wird es von unterschiedlichen Abnehmern nachgefragt, kann uU mehr als ein Markt abgrenzt werden.

Bei mehrseitigen Märkten ist das nachgefragte Gut die Vermittlungsleistung zwischen mehreren Marktteilnehmern. Zu fragen ist hierbei, ob diese Vermittlungsleistung für jede der Marktseiten eigenständig beurteilt werden muss oder ob diese in ihrer Gesamtheit betrachtet werden muss. Es sind dabei grdstzl drei unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten denkbar: Man könnte (i) für jede Marktseite einen eigenen Markt definieren, für alle Marktseiten (ii) einen einheitlichen Markt abgrenzen oder (iii) in einem kombinierten Lösungsansatz einen einheitlichen Markt für einige, aber nicht alle Marktseiten definieren. In der vorliegenden Analyse soll zunächst nur den ersten beiden Lösungsvarianten nähere Betrachtung zukommen. Der dritte Lösungsansatz, der nur bei Märkten mit mehr als zwei Seiten denkbar ist, soll anschließend bei den Fallbeispielen diskutiert werden.

Man könnte zur Illustration dieser Problematik an Hand des in Punkt 2.2.1.1. zitierten Beispiels fragen, ob für eine Ladies' Night ein oder zwei verschiedene Märkte definiert werden müssen.

Sind es deren zwei, gäbe es je einen eigenen Markt für Dienstleistungen für Männer und für Frauen. Eine Definition von zwei verschiedenen Märkten bedeutete, dass die Dienstleistung „Abendunterhaltung für Männer“ vollkommen andere Substitutionsbeziehungen aufweist als „Abendunterhaltung für Frauen“. Die Wettbewerbssituation für den Anbieter für Ladies' Nights könnte auf diesen Märkten erheblich divergieren. Es könnte daher etwa ein – um Stereotypen zu bemühen – Boxkampf als ein Wettbewerber für eine Ladies' Night im Markt „Abendunterhaltung für Männer“ angesehen werden, obwohl Frauen diesen nicht als Abendunterhaltung in Betracht ziehen.

Definiert man einen alle Marktseiten umfassenden Markt für eine Ladies' Night, muss zur Marktabgrenzung gefragt werden, ob der Kontakt zwischen diesen Gruppen durch einen anderen Intermediär hergestellt werden kann. Nur dieser könnte als Wettbewerber einer Ladies' Night aufgefasst werden. Dies würde bedeuten, dass das nachgefragte Produkt eine „Abendunterhaltung, bei der mit Personen des anderen Geschlechts Kontakt aufgenommen werden kann“ darstellt. Es müsste demnach ein alle Marktseiten umfassender Markt definiert werden. Der zitierte Boxkampf wäre demnach kein Wettbewerber einer Ladies' Night, da – um wieder das Stereotyp aufzunehmen – dieser nicht beide Marktseiten umfasst.

Es soll nun diskutiert werden, nach welchen Kriterien festgestellt werden kann, ob für eine mehrseitige Plattform ein einheitlicher Markt oder ein Markt pro involvierter Marktseite zu definieren ist. Für die Analyse dieser Problematik wird zuerst Argumenten der ökonomischen Lit nachgegangen, bevor aus einer juristischen Betrachtung generelle Rahmenbedingungen für die Marktdefinition von mehrseitigen Märkten erarbeitet werden. Danach sollen diese unterschiedlichen Ansätze auf die in Punkt 2.2.2. identifizieren Ausprägungsformen angewandt werden, um zu ermitteln, inwiefern die Anwendung der Marktabgrenzungstheorien zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Zuletzt wird durch eine Rechtsprechungsanalyse ermittelt, welche Ansätze die EK bei der Marktabgrenzung anwendet.

3.3.1.1. Ökonomische Analyse

In der ökonomischen Theorie zu mehrseitigen Märkten wird die Anzahl der abzugrenzenden Märkte meist nur peripher thematisiert. *Kehder* hält dabei zutreffend fest, dass bei mehrseitigen Märkten immer unterschiedliche Nachfragegruppen mit typischerweise unterschiedlichen Bedürfnissen aufeinandertreffen, weswegen Unternehmen auf diesen Märkten mehrere verschiedene Leistungen bzw Produkte anbieten.[295] Für diese angebotenen Produkte bestehen unterschiedliche Substitutionsbeziehungen; ein Produkt, das für eine Marktseite ein Substitut darstellt, tut dies meist nicht für die anderen Marktseiten. Aus diesem Grund soll grdstzl ein Markt für jede Marktseite definiert werden. Im Umkehrschluss könnte man jedoch daraus mE schließen, dass dann, wenn die Substitutionsbeziehungen in den betrachteten Marktseiten im Wesentlichen übereinstimmen, ein einheitlicher Markt zu definieren ist.

Es bestehen jedoch auch anders gelagerte Überlegungen, in manchen Konstellationen von mehrseitigen Märkten einen einheitlichen Markt zu definieren. Nach *Wright* soll die Anzahl der zu definierenden Märkte etwa von der Art des Entgelts, das für die Plattform zu entrichten ist, abhängen:[296] Werden von einem Unternehmen in einem mehrseitigen Markt von allen Marktseiten ausschließlich *usage fees* verlangt, solle nur ein Markt definiert werden. Dies könne darauf zurückgeführt werden, dass jede Abnehmerseite die Nutzungsgebühren gleichzeitig bezahlt.

Nach *Filistrucchi* ist diesen Ansatz abwandelnd immer dann ein Markt pro Marktseite zu definieren, wenn ausschließlich *membership fees* verlangt werden. Da dies va bei Medien mit Werbefinanzierung der Fall ist (s Punkt 2.2.2.3.), qualifiziert er diese als eigenständige Form von mehrseitigen Märkten.[297] Entscheidend sei, ob eine Interaktion zwischen den Abnehmergruppen vorhanden ist. Nur wenn keine Interaktion zwischen den Marktseiten vorliegt, könne mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass keine Gebühren für die Nutzung selbst eingehoben werden. Ist eine Interaktion zwischen den Abnehmergruppen hingegen möglich, solle ein alle Marktseiten umfassender Markt definiert werden. Als Beispiel werden werbefinanzierte Zeitschriften genannt, bei denen keine direkte Interaktion zwischen Medienkonsument und Werbeträger besteht. Hier sollten demnach je ein Markt für Werbeträger und ein Markt für Medienkonsumenten definiert werden. Offen bleibt hingegen, wie Werbemärkte zu behandeln sind, in denen es zu einer Interaktion zwischen diesen beiden Abnehmergruppen – wie etwa durch das Klicken auf eine Werbeeinschaltung im Internet – kommt.

---

[295] *Kehder*, Konzepte und Methoden, 68.
[296] *Wright*, One-sided Logic in Two-sided Markets, Rev. Netw. Econ. 2004, 44 (62).
[297] *Filistrucchi*, A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media, SSRN-paper 2008, 10.

An anderer Stelle diskutieren *Filistrucchi et al* eine Differenzierung der Anzahl der abzugrenzenden Märkte an Hand der Frage, ob eine Transaktion zwischen den Abnehmern vorliegt oder nicht.[298] Zwei Märkte müssten demnach dann definiert werden, wenn es zwischen den Abnehmergruppen zu einer Transaktion kommt; ist das nicht der Fall, müssten deren zwei abgegrenzt werden. Dieser Ansatz weicht von *Filistrucchis* vorherigem Vorschlag ab, da statt auf eine Interaktion zwischen beiden Abnehmergruppen auf eine Transaktion abgestellt wird. Dies bedeutet, dass es zwischen den beiden Abnehmergruppen zu einem Leistungsaustausch kommen muss, welcher wiederum mögliche Einkünfte für die Plattform generieren kann (*usage fees*). Bei dieser Abwandlung des auf Interaktionen abstellenden Ansatzes wird daher stärker auf *Wright* Bezug genommen.

3.3.1.2. Juristische Analyse

Ein juristischer Analyseansatz bei der Frage nach der Anzahl der abzugrenzenden Märkte muss auf den Rechtsgrundsätzen zur Marktabgrenzung aufbauen. Ausgehend von der Marktabgrenzung durch die europäische Rsp soll nun Argumentationslinien für die Marktabgrenzung von einseitigen Märkten für die vorzunehmende Analyse fruchtbar gemacht werden. Dabei soll versucht werden, ökonomische Wertungen für einseitige Märkte in einem spezifischen Umfeld entwickelt wurden, das jenem bei mehrseitigen Märkten ähnlich ist, zu identifizieren und danach auf mehrseitige Märkte zu beziehen.

Ausgangspunkt ist das Bedarfsmarktkonzept, welches die Austauschbarkeit des untersuchten Produkts mit anderen Produkten aus der Sicht der Marktgegenseite im Blick hat. Die in Punkt 3.1.2.2.2. beschriebene Angebotssubstitution soll an dieser Stelle nicht weiter verfolgt werden; sie kann aber uU zu einer breiteren Marktabgrenzung führen.

3.3.1.2.1. Teilmärkte

Wenn die Marktabgrenzung stets aus der Perspektive der Markgegenseite erfolgt, stellt sich bei mehrseitigen Märkten die Frage, aus welcher Sicht die Marktabgrenzung vorgenommen werden soll; gibt es doch mehrere Abnehmerseiten, denen jeweils ein anderes Produkt angeboten wird. In mehrseitigen Märkten treten daher mehr als eine Marktgegenseite auf, aus deren Sicht die Marktabgrenzung vorgenommen werden könnte.

Auch bei der Marktabgrenzung von einseitigen Märkten kann das Problem bestehen, dass unterschiedliche Kundengruppen bestehen, aus deren Sicht uU unterschiedliche Märkte abzugrenzen sind.[299] Dies ist etwa der Fall, wenn ein und dasselbe Gut sowohl von Privat- als auch von Geschäftskunden nachgefragt wird. Es ist bei heterogenen Nachfragegruppen ein

[298] *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 302.
[299] EK 9.12.1997, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, 9/C 372/03, Rz 43.

eigenständiger Markt für jede Nachfragegruppe abzugrenzen, wenn (i) zum Zeitpunkt des Verkaufs des relevanten Produkts feststellbar ist, welcher Gruppe der jeweilige Abnehmer angehört und (ii) wenn der Handel zwischen Kunden bzw Arbitrage durch Dritte nicht möglich ist. Voraussetzung ist zudem (iii), dass gegenüber den einzelnen Abnehmergruppen unterschiedliche Absatzstrategien möglich sind.[300] Dabei ist es etwa ständige Kommissionspraxis, eigenständige Märkte für industrielle Abnehmer und Einzelhandel zu definieren.[301]

ME können diese Überlegungen zu der Abgrenzung von Teilmärkten auf mehrseitige Märkte übernommen werden. Da wie dort werden Konstellationen behandelt, in denen ein Unternehmen mit mehreren Abnehmergruppen im Geschäftskontakt steht, die potentiell unterschiedlich behandelt werden können. Bereits aus der Definition von mehrseitigen Märkten ergibt sich, dass auf Grund von Transaktionskosten der Handel bzw Arbitrage zwischen den unterschiedlichen Abnehmergruppen nicht möglich ist bzw feststellbar ist, zu welcher Gruppe ein Abnehmer gehört. Aus dem folgt mE, dass bei mehrseitigen Märkten grdstzl ein eigener Markt pro Marktseite definiert werden sollte. Es besteht jedoch die Möglichkeit des Nachweises, dass gegenüber den einzelnen Abnehmergruppen keine unterschiedlichen Absatzstrategien möglich sind. Das ist der Fall, wenn bei den einzelnen Marktseiten homogene Wettbewerbsbedingungen herrschen.

3.3.1.2.2. Systemmärkte

Der Nachweis, dass in verschiedenen Märkten homogene Marktgegebenheiten vorliegen, ist auch bei einseitigen Märkten kartellrechtlich relevant. Folgt aus den Unterschieden in Eigenschaft, Verwendung oder Preis eines Produkts eine zu enge Marktabgrenzung, die zu einer Atomisierung der Märkte führen könnte, kann nach hL ein einziger, einheitlicher Markt abgegrenzt werden.[302]

Bei der Beurteilung, ob eine zu enge Marktdefinition vorliegt, wird von der Rsp auf die Marktgegebenheiten abgestellt. So prüft die EK etwa, ob Anbieter und Abnehmer der verschiedenen Produkte weitgehend die gleichen sind.[303] Darüber hinaus wird auf Basis der Marktgewohnheiten festgestellt, ob mehrere Produkte als Einheit gesehen werden können.[304]

Ob ein einheitlicher Markt für zwei unterscheidbare Produkte definiert werden kann, wird von der Rsp unter dem Schlagwort „Systemmarkt“ behandelt. Dabei werden Konstellationen diskutiert, in denen zwei unterschiedliche Güter notwendig sind, um ein gewisses Bedürfnis zu befriedigen. Es wird dabei häufig zwischen einem haltbaren Primärprodukt (beispielsweise ein Tintenstrahldrucker) und einem weniger haltbaren Sekundärprodukt (die dazugehörige Tinte)

[300] *Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 2 FKVO Rz 70.
[301] Vgl etwa EK 31.1.2002, M.2609, *HQ/Compaq;* EK 13.3.2001, M.1915, *The Post Office/TGP/SPPL.*
[302] *Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 2 FKVO Rz 62.
[303] KOMM 28.9.1992, M.256, *Fiat/Linde*, KOMM, 12.5.1992 M.210, *Mondi/Frantschach.*
[304] *Bardong* in *Langen/Bunte*, Art 2 FKVO Rz 60.

unterschieden, dessen Nachfrage komplementär zum Primärgut ist. Werden diese beiden Produkte als Einheit aufgefasst, kann ein einheitlicher Systemmarkt definiert werden.[305]

Voraussetzung für die Abgrenzung eines einheitlichen Systemmarkts ist nach der Rsp, „*dass sich genügend Verbraucher den anderen Primärprodukten zuwenden würden, wenn die Preise der Waren oder Dienstleistungen auf den Anschlussmärkten gemäßigt erhöht würden, so dass sich eine solche Erhöhung als nicht gewinnträchtig erwiese*."[306] Es muss dabei nachgewiesen werden, dass die Wahl eines anderen Primärprodukts auf Grund der Wettbewerbsbedingungen auf dem Sekundärmarkt getroffen wird. Wenn sich daher tatsächlich genügend Verbraucher einem anderen Tintenstrahldruckerhersteller zuwenden würden, wenn derselbe Hersteller den Preis für Druckertinte erhöht und ein solches Vorgehen dadurch nicht gewinnträchtig wäre, kann ein einheitlicher Systemmarkt abgegrenzt werden.

Zur Beantwortung der Frage, ob für eine mehrseitige Plattform ein einziger, alle Plattformseiten umfassender Markt oder für die einzelnen Plattformseiten separate Märkte abzugrenzen sind, kann mE auf diese Wertungen zurückgegriffen werden. Die Gemeinsamkeit von mehrseitigen Märkten und Multi-Produktmärkten besteht darin, dass der Bedarf der Marktgegenseite erst durch die Kombination mehrerer Produkte bzw Dienstleistungen gedeckt werden kann. Dies kann an Hand eines Beispiels illustriert werden: Der Bedarf von Besuchern einer Ladies' Night, die Kontakte mit Besuchern des anderen Geschlechts suchen, kann nur durch die Kombination verschiedener Dienstleistungen – einerseits der vergünstigte Zugang für Frauen, andererseits der hochpreisige Zugang für Männer – gedeckt werden. Für Büroanwendungen ist stets die Kombination von Tinte und Tintenstrahldruckern vonnöten. Gemein ist diesen Konstellationen, dass eine Bedarfsdeckung nur durch mehrere Transaktionen möglich ist. Bei beiden Konstellationen besteht die Gefahr, dass die isolierte Betrachtung einer Transaktion zu einer unsachlichen Atomisierung bei der Marktabgrenzung führen könnte.

Durch die gleichgelagerten Problemlagen liegt es nahe, die Lösungsansätze, die die *CEAHR* - Rsp zur Marktabgrenzung bei Systemmärkten entwickelt hat, auf mehrseitige Märkte analog anzuwenden. Bezogen auf mehrseitige Märkte kann diese mE so interpretiert werden, dass ein einheitlicher Markt definiert werden kann, wenn sich die Abnehmer einer Marktseite einer anderen Plattform zuwenden würden, wenn die Preise der Güter auf den anderen Marktseiten erhöht würden. Ein Wechsel der Plattform muss gerade deswegen geschehen, weil auf den anderen Marktseiten schlechtere Wettbewerbsbedingungen herrschen, dh dass dort weniger Abnehmer vorhanden sind.

[305] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 151.
[306] EuG 15.12.2010, T-427/08, *CEAHR,* Rz 105.

Ist dies der Fall, bestehen homogene Wettbewerbsbedingungen bei den einzelnen Abnehmergruppen – es sind daher jedenfalls nicht verschiedene Teilmärkte abzugrenzen.

Ob homogene Wettbewerbsbedingungen vorliegen, hängt im Kontext von mehrseitigen Märkten entscheidend von den involvierten Netzwerkeffekten ab. Starke indirekte Netzwerkeffekte zwischen zwei Marktseiten sind dabei ein Indiz für homogene Wettbewerbsbedingungen, da sie die Möglichkeiten der Plattform für unterschiedliche Absatzstrategien einschränken. Dies ergibt sich daraus, dass durch eine Preiserhöhung für eine der Teilnehmergruppen die Attraktivität der Plattform für andere Teilnehmergruppen herabgesetzt wird. Nach der traditionellen ökonomischen Theorie geht die Erhöhung des Preises für ein Gut mit einer Senkung der nachgefragten Menge einher; es treten daher weniger Abnehmer auf der betroffenen Marktseite auf, was – bei Vorhandensein von indirekten Netzwerkeffekten – wiederum den Nutzen der Plattform für andere Marktseiten senkt. Besteht ein hinreichend starker Zusammenhang zwischen der Anzahl der Abnehmer auf der einen Marktseite und dem Nutzen der Abnehmer auf der anderen Marktseite, liegen homogene Wettbewerbsbedingungen vor, da dann eine Abnehmergruppe eine andere Konsumentscheidung trifft, wenn der Preis für die andere Abnehmergruppe erhöht wird. In diesem Fall ist es für eine Plattform unmöglich, gegenüber den involvierten Abnehmergruppen unterschiedliche Absatzstrategien zu verfolgen; es liegen daher homogene Wettbewerbsbedingungen vor. Die Netzwerkeffekte in einem Markt müssen somit in einer zweifach qualifizierten Form vorliegen: Einerseits müssen positive Netzwerkeffekte für jede Marktseite bezogen auf alle anderen Marktseiten vorhanden sein. Ist dies nicht der Fall, dh ist eine Marktseite indifferent gegenüber der Teilnehmeranzahl auf den anderen Marktseiten oder stellt diese sogar eine negative Externalität dar, so sind mehrere Märkte abzugrenzen. Andererseits müssen diese Netzwerkeffekte ausreichend stark sein, sodass die Preiserhöhung auf einer Marktseite nicht profitabel wäre.

3.3.1.2.3. Stellungnahme

Aus der Rsp lassen sich durch das Heranziehen von Wertungen für einseitige Märkte differenzierte Rahmenbedingungen für die Beurteilung von mehrseitigen Märkten entnehmen. Ob nun ein eigener Markt für jede Marktseite oder ein gemeinsamer Markt abgegrenzt werden soll, kann daher nach einem zweistufigen Test überprüft werden: Zuerst ist zu prüfen, ob im Zeitpunkt der Transaktion erkennbar ist, welche Marktseite involviert ist. Ist dies nicht der Fall, ist ein gemeinsamer Markt für alle Markteilnehmer abzugrenzen; wird dies bejaht, muss in einem zweiten Prüfungsschritt gefragt werden, ob auf den verschiedenen Marktseiten homogene Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Dies kann etwa durch Heranziehung der Wertungen zu Systemmärkten geschehen. Wird dies bejaht, sind die geprüften Marktseiten in einem gemeinsamen Markt zu situieren; wird dies verneint, ist für die geprüften Marktseiten jeweils ein eigener Markt zu definieren.

Wenn man im Kontext von mehrseitigen Märkten im digitalen Umfeld auf Grund der vorhandenen Möglichkeiten der Datenerfassung davon ausgeht, dass es stets möglich ist, die involvierte Abnehmerseite zu identifizieren, besteht der wesentliche Prüfungsschritt in der Frage nach den homogenen Wettbewerbsbedingungen. Dabei werden wohl im Kontext von mehrseitigen Märkten *grosso modo* zwei verschiedene Typen zu unterscheiden sein: Märkte, in denen starke Netzwerkeffekte auftreten, und Märkte, in denen dies zu verneinen ist.

3.3.1.3. Anwendung der Theorien

Aus ökonomischer und juristischer Sicht wurden vier verschiedene Theorien identifiziert, nach denen die Frage nach der Anzahl der abzugrenzenden Märkte beantwortet werden kann. So wurden (i) ein substitutionsbezogener, (ii) ein preisbezogener, (iii) ein transaktionsbezogener und (iv) ein netzwerkeffektsbezogener Ansatz diskutiert.

Nun ist alle Theorie nur grau, solange sie keine Anwendung auf praktische Fälle ermöglicht. Es soll daher an Hand der in Punkt 2.2.2. identifizierten Typologie untersucht werden, ob durch Anwendung der erarbeiteten Theorie unterschiedliche Märkte definiert werden. Dies soll zuerst durch eine idealtypische Betrachtung erfolgen, der eine Analyse der Entscheidungspraxis nachfolgt.

3.3.1.3.1. Softwareplattformen

In Punkt 2.2.2.2. wurde der Typus der Softwareplattform identifiziert, welcher auf Grund seiner Charakteristika gemeinsam mit dem Typus der Börse behandelt werden kann. Als anschauliches Beispiel für diesen Typus kann eine Spielkonsole gewählt werden.

Bei einem substitutionsbezogenen Ansatz wird gefragt, ob für Programmierer und Spieler ähnliche Alternativen zum Anbieter einer Spielkonsole bestehen. Dafür wird der Nachweis erbracht werden müssen, dass die Präferenzen der Abnehmergruppen ähnlich sind.

Bei einem preisbezogenen Ansatz wird darauf abgestellt, ob der Anbieter der Spielkonsole ein Entgelt (*usage fee*) für die Interaktion zwischen Programmierer und Spieler bezieht oder nicht. Wesentlich wäre demnach, ob der Anbieter der Spielkonsole am Umsatz der Spieleverkäufe beteiligt ist. Wenn ja, wäre ein gemeinsamer Markt abzugrenzen.

Bei einem transaktionsbezogenen Ansatz müsste je nach Ausprägung geprüft werden, ob eine Interaktion bzw eine Transaktion zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen vorliegt. Dies ist für eine Interaktion zu bejahen; auch eine Transaktion findet zwischen diesen Gruppen statt. Es ist daher ein gemeinsamer Markt abzugrenzen.

Für den netzwerkeffektsbezogenen Ansatz ist zu prüfen, ob zwischen Programmierern und Spielern jeweils qualifiziert positive Netzwerkeffekte bestehen. Dies kann wohl bejaht werden, weshalb ein beide Marktseiten umfassender Markt zu definieren ist.

3.3.1.3.2. Werbefinanzierte Dienste

Als Beispiel für diesen Typus von mehrseitigen Märkten wird eine Online-Zeitung gewählt, bei der Nutzer Zugang zu aktuellen Nachrichten haben, dabei aber stets Werbeanzeigen sichtbar sind.

Bei einem substitutionsbezogenen Ansatz wird wohl von zwei unterschiedlichen Märkten ausgegangen werden müssen: Eine bestimmte Onlinezeitschrift mag je nach persönlicher inhaltlicher, politischer oder geographischer Präferenz mit anderen Online Angeboten nicht austauschbar sein, für Werbeträger können diese jedoch durchaus Substitute darstellen.[307] Es ist daher je ein Markt pro Marktseite zu definieren.

Auch bei einem preisbezogenen Ansatz müssen zwei Märkte definiert werden. Zwar könnte eine *usage-fee* für Werbeträger etwa wie in der Internetökonomie auch durchaus üblich für jeden Klick auf eine Werbung denkbar sein, ein Entgelt von Medienkonsumenten für die Anzeige von Werbung ist jedoch derzeit nicht denkbar. Nach *Wright* dürfen von allen Abnehmergruppen ausschließlich Teilnahmegebühren verlangt werden, damit ein einheitlicher Markt definiert werden kann. Da dies bei werbefinanzierten Medien nicht vorliegt, müssen zwei unterschiedliche Märkte abgegrenzt werden.

Ebenso besteht keine direkte Transaktion zwischen Mediennutzern und Werbeträgern. Allenfalls kann der Betrachtung der Werbung eine Transaktion folgen, diese kann durch die Plattform jedoch nur schwerlich nachvollzogen werden.[308] Deswegen sollen auch in diesem Fall mehrere Märkte

[307] Mit empirischen Nachweisen *Kaiser/Wright*, Price structure in two-sided markets: Evidence from the magazine industry, Int. J. Ind. Organ. 2006, 1.
[308] *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 302.

abgegrenzt werden. Kommt es durch das Klicken auf ein online Werbebanner zu einer Interaktion zwischen den Marktseiten, ist das Ergebnis aber fraglich.

Für einen auf Netzwerkeffekten basierenden Ansatz muss gefragt werden, ob ein Mehr an Werbung von Medienkonsumenten gewünscht ist oder nicht. Dabei wurde etwa für den deutschen Zeitschriftenmarkt erhoben, dass in der Mehrzahl der Fälle Werbeeinschaltungen eine positive Externalität für Leser darstellen.[309] In diesem Fall wäre uU ein einheitlicher Markt abzugrenzen.

3.3.1.3.3. Transaktionssysteme

Als typisches Transaktionssystem können Kreditkartenunternehmen analysiert werden. Diese bieten einer Abnehmerseite die Möglichkeit, diese als Zahlungssystem zu nützen, der anderen Abnehmerseite wird ein Terminal angeboten, mit dem eine Kreditkartenzahlung entgegengenommen werden kann.

Betrachtet man die Substitutionsbeziehungen beider Abnehmergruppen, wird klar, dass für beide Abnehmergruppen dieselben Alternativen zu einem Kreditkartenunternehmen bestehen: entweder andere Transaktionssysteme, deren Anzahl beschränkt ist, oder Bargeld. Aus diesem Grund ist ein gemeinsamer Markt abzugrenzen.

Stellt man alleine auf den Preis ab, so ist feststellbar, dass meist nur einer Abnehmergruppe – nämlich den Terminalbesitzern – ein variables, dh von den einzelnen Transaktionen abhängiges Entgelt verrechnet wird. Daher müssten nach der Definition von Wright zwei verschiedene Märkte abgegrenzt werden.

Durch die Verwendung einer Kreditkarte kommt es klarerweise zu einer Transaktion bzw Interaktion zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen. Daher ist nach diesem Ansatz nur ein einheitlicher Markt abzugrenzen.

Bzgl Netzwerkeffekten ist wohl unstr, dass eine größere Anwendungsmöglichkeit der Kreditkarte zu einem größeren Nutzen für Kreditkartenbesitzer und *vice versa* eine größere Anzahl von Kreditkartenbesitzern zu einem größeren Nutzen für Terminalbesitzer führt. Es ist daher ein einheitlicher Markt abzugrenzen.

3.3.1.3.4. Stellungnahme

Bei der Anwendung der erarbeiteten Theorien auf idealisierte Konstellationen ergibt sich, dass diese tw zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Frage der abzugrenzenden Märkte gelangen. Einigkeit besteht dabei größtenteils bei dem Typus der werbefinanzierten Dienste und jenem der

[309] *Kaiser/Song*, Do media consumers really dislike advertising? An empirical assessment of the role of advertising in print media markets, Int. J. Ind. Organ. 2009, 292.

Transaktionssysteme. Aus jedem der diskutierten Ansätze folgt, dass diese in Bezug auf die Marktabgrenzung unterschiedlich zu behandeln sind. Dies überrascht nicht, weisen diese doch grundlegend unterschiedliche Charakteristika auf: So werden bei werbefinanzierten Diensten anders als bei Transaktionssystemen keine Transaktionen vorgenommen und die Senkung der Transaktionskosten erfolgt in unterschiedlicher Art und Weise. Werden bei Transaktionssystemen Kosten gesenkt, die anlässlich der Transaktion anfallen, senken Dienste mit Werbefinanzierung als *audience-maker* die Kosten für das Auffinden der Marktgegenseite.

Im verbleibenden Fall der Börse zeigt sich ein gemischtes Bild, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass unter diesen Typ eine Vielzahl von Konstellationen zu subsumieren ist. Dabei scheinen *prima vista* Ansätze, die die Marktabgrenzung von einer variablen Größe – wie den Präferenzen der Abnehmer oder dem Vorhandensein von Netzwerkeffekten – abhängig machen, den verschiedenen Gegebenheiten besser Rechnung zu tragen.

3.3.1.4. Rechtsprechungsanalyse

Es soll nun ermittelt werden, wie in der europäischen Entscheidungspraxis bei der Marktabgrenzung von mehrseitigen Märkten vorgegangen wurde.

Um diese Entscheidungen besser einordnen zu können, soll versucht werden, für den festgestellten Sachverhalt eine Marktabgrenzung nach den vorgestellten Theorien vorzunehmen. Dafür bieten sich einerseits der transaktionsbezogene Ansatz, der von *Filistrucchi et al.* vertreten wird, andererseits ein auf Netzwerkeffekte abstellender Ansatz an. Der preisbezogene Ansatz ist mE zu wenig ausgereift, um konkrete Handlungsindikationen für die Marktabgrenzung leisten zu können, weswegen er in Folge nicht weiter untersucht wird. Da das Substrat des preisbezogenen Ansatzes in den transaktionsbezogenen Ansatz Eingang gefunden hat (s Punkt 3.3.1.1.), ist dies mE nicht weiter problematisch. Der substitutionsbezogene Ansatz lässt sich an Hand der Rsp nur schwer anwenden, da eine ökonomische Analyse der Substitutionsbeziehungen der Nachfrage vonnöten ist, welche in den Entscheidungen nicht vorgenommen bzw meist nicht wiedergegeben wurde.

Diese theoretischen Ergebnisse sollen mit den Verfahrensergebnissen abgeglichen werden, um zu ermitteln, welchen Ansatz die Wettbewerbsbehörden präferieren. Die folgende Analyse beschränkt sich dem Fokus der vorliegenden Arbeit folgend auf die europäische Rsp. Da die Marktdefinition nur Gegenstand einer beschränkten Kontrolle durch die europäischen Gerichte ist,[310] soll das Augenmerk auf die Entscheidungen der EK gelegt werden.

[310] EuG 24.05.2012, T-111/08, *Mastercard,* Rz 169.

3.3.1.4.1. EK 19.12.2007, COMP/34.579, MasterCard[311]

In dieser Entscheidung, die von manchen als Lehrbuchbeispiel für die Behandlung von mehrseitigen Märkten verwendet wird,[312] ist die Marktabgrenzung bei Kreditkartensystemen ein wesentlicher strittiger Punkt. MasterCard ist ein weltweit tätiger Zahlungsdienstleister, bei dem mehrere tausend Banken zusammengeschlossen sind. Jede Bank, die Zahlungskarten ausgeben (Issuing-Bank) und/oder mit Händlern Verträge über die Annahme dieser Karten abschließen wollte (Acquiring-Bank), musste Mitglied bei MasterCard International Inc werden.[313]

Durch die Mitgliedschaft bei Mastercard verpflichteten sich die Banken, dass bei Verwendung einer MasterCard von der Acquiring-Bank des Händlers, bei dem die Karte verwendet wurde, ein Entgelt an die Issuing-Bank des Kreditkartenbenutzers gezahlt werden musste. Die Höhe dieser Entgelte bemaß sich nach den Vorgaben von MasterCard, soweit keine bilateralen Vereinbarungen zwischen der jeweils an der Transaktion beteiligten Acquiring-Bank und Issuing-Bank bestanden. Der Vorwurf in diesem Verfahren war, dass durch die Art der Bemessung dieser festgelegten Interbankenentgelte der Preiswettbewerb zwischen den Acquiring-Banken beschränkt werde und dadurch eine wettbewerbsbeschränkende Abrede iSd Art 101 AEUV (ehemals Art 81 EGV) vorliege.

Es handelt sich hier um einen mehrseitigen Markt, in dem MasterCard Inc zwischen Käufern und Verkäufern eines Guts vermittelt. Zwischen MasterCard Inc und den Endabnehmern agieren Banken als Mittler. In diesem Verfahren war str, ob für das Verhältnis von Endabnehmern zu ihrer jeweiligen Bank ein eigener Markt abzugrenzen ist oder ob für MasterCard Inc ein einheitlicher Markt definiert werden kann.

Es besteht eine Transaktion zwischen Käufer und Verkäufer sowie zwischen Acquiring-Bank und Issuing-Bank. Deswegen ergibt sich aus dem erarbeiteten Analyserahmen, dass ein einheitlicher Markt abzugrenzen ist.[314]

Bei einem auf Netzwerkeffekten beruhenden Ansatz müssen zuerst die einzelnen Märkte identifiziert werden. In dieser Konstellation könnte MasterCard mE als Intermediär zwischen vier verschiedenen Gruppen angesehen werden: erstens als Mittler zwischen Käufer und Verkäufer und zweitens als Mittler zwischen Acquiring-Banken und Issuing-Banken. Es können daher grdstzl vier verschiedene Märkte definiert werden. Nun kann gefragt werden, ob die einzelnen Abnehmerseiten zueinander qualifiziert positive Netzwerkeffekte aufweisen, die die Erhöhung der Preise für eine

[311] Gemeinsam erledigt mit COMP/36.518, *EuroCommerce* und COMP/38.580, *Commercial Cards*.
[312] *Jones*, EU competition law: text, cases, and materials[5] (2014) 81.
[313] EK 19.12.2007, COMP/34.579, Rz 42.
[314] Mit Anm zu dieser Entscheidung *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 313.

Marktseite nicht profitabel sein ließen. Dies ist in einer heuristischen Herangehensweise für das Verhältnis zwischen MasterCard und Käufer bzw zwischen MasterCard und Verkäufer zu bejahen: Je mehr Käufer eine MasterCard nützen, desto attraktiver wird dieses Transaktionssystem für Verkäufer und *vice versa*. Es kann folglich ein einheitlicher Markt für Endabnehmer von Kreditkarten definiert werden.

Nun muss gefragt werden, ob hinreichend positive Netzwerkeffekte zwischen Issuing-Banken und Acquiring-Banken bestehen. Dies ist fraglich, es müsste jedenfalls der Nachweis geführt werden, dass die Anzahl der Issuing-Banken einen direkten Einfluss auf die Wahl der Acquiring Banken hat und *vice versa*. Sollte dies verneint werden, müssten für diese jedenfalls unterschiedliche Märkte abgegrenzt werden. In einer heuristischen Herangehensweise kann daher ein einheitlicher Markt für die Endabnehmer definiert werden, für Issuing-Banken und Acquiring-Banken müssen jedoch separate Märkte abgegrenzt werden.

Die EK definierte in diesem Fall drei verschiedene Märkte. Einerseits einen Systemmarkt für Kreditkarten, andererseits jeweils einen Acquiring und einen Issuing Markt. Im Systemmarkt konkurrieren verschiedene Zahlungskartennetze miteinander, im Acquiring bzw Issuing Markt stehen einzelne Finanzinstitute im Wettbewerb für das Angebot von kartenbezogenen Tätigkeiten (insb das Ausstellen von Karten bzw die Anwerbung von Einzelhändlern).[315]

Die Abgrenzung eines gemeinsamen Marktes wurde von der EK abgelehnt, da dieser nicht geeignet sei, den Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb der Zahlungskartensysteme Rechnung zu tragen. Würde nur ein einzelner Markt definiert, könnten „*die einzelnen Interaktionsebenen zwischen der Plattform, den Bankvermittlern und den jeweiligen Kunden der Banken nicht berücksichtigt werden*“[316]. Man ginge bei der Abgrenzung eines einzigen Marktes für Kreditkartendienstleistungen maW davon aus, dass zwischen Banken für die Erbringung von Kreditkartendienstleistungen kein nennenswerter Wettbewerb möglich wäre, der eine eigenständige wettbewerbsrechtliche Betrachtung verlangt. Dies wird von der EK abgelehnt, da Kreditkartendienstleistungen ein „*Geflecht komplexer Dienstleistungen technischer und gewerblicher Art*“ darstellen.[317]

Dies kann mE als Überprüfung der homogenen Wettbewerbsverhältnisse gedeutet werden, welche für die Abgrenzung eines verschiedene Plattformseiten umfassenden Marktes notwendig ist. Bei dem betrachteten Fall sind hierbei zwei verschiedene Ebenen zu unterscheiden, in denen potentiell ein eigenständig zu betrachtender Wettbewerb vorliegen könnte: (i) der Wettbewerb zwischen verschiedenen Kreditkartenunternehmen für die Ausgabe und Annahme von Kreditkarten, (ii) der

[315] EK 19.12.2007, COMP/34.579, Rz 278.
[316] EK 19.12.2007, COMP/34.579, Rz 261.
[317] EK 19.12.2007, COMP/34.579, Rz 261.

Wettbewerb zwischen verschiedenen Banken, welche jeweils eine Leistung für ein gewähltes Kreditkartensystem anbieten. Es kommt daher zu einem Aufeinandertreffen von Interbrand und Intrabrand Wettbewerb. Der Theorie von mehrseitigen Märkten zu Folge ist ein gemeinsamer Markt für die Ausgabe und Annahme von Kreditkarten abzugrenzen; es besteht daher ein beide Marktseiten umfassender Markt, der den Interbrandwettbewerb abbildet. Würde der abzugrenzende Markt aber auch Issueing und Acquiring Banken umfassen, müsste davon ausgegangen werden, dass kein vom Interbrand-Wettbewerb losgelöster Intrabrand-Wettbewerb besteht, da ansonsten keine homogenen Wettbewerbsverhältnisse gegeben wären. Dies würde für den vorliegenden Fall verneint.

Diese Einschätzung wurde vom EuG[318] und dem EuGH[319] bestätigt.

3.3.1.4.2. EK 21.08.2007, COMP/M.4523, Travelport/Worldspan

In diesem Verfahren hatte die EK einen Unternehmenszusammenschluss zweier Reisevertriebsdienstleister zu prüfen. Diese bieten jeweils ein Global Distribution System (GDS) an, welches eine automatisierte Abwicklung von Reservierungen und Buchungen von Reiseleistungen durch Reisebüros ermöglicht.[320] Es handelt sich hierbei um eine mehrseitige Plattform, bei der Reiseleistungsanbieter wie Fluggesellschaften, Autovermieter und Hotels mit Reisebüros interagieren können.[321]

Diese Unternehmen können als Intermediär des in Punkt 2.2.2.1. identifizierten „Börse-Typus“ aufgefasst werden. Es besteht eine Transaktion zwischen den beiden involvierten Abnehmergruppen, weswegen einem transaktionsbezogenen Ansatz folgend ein einheitlicher Markt abgegrenzt werden muss. Einiges spricht dafür, dass qualifizierte positive Netzwerkeffekte zwischen den involvierten Abnehmergruppen bestehen: Die Wahl eines GDS wird in Hinsicht darauf getroffen, möglichst viele Abnehmer der anderen Abnehmergruppe zu erreichen. Die Erhöhung des Preises für eine Abnehmergruppe würde daher wahrscheinlich nicht zu einer Erhöhung des Profits führen.

Die EK definierte *in casu* einen einheitlichen Markt für beide Marktseiten. In diesem Verfahren wurde daher geprüft, ob durch andere Plattformen eine Interaktion zwischen den identifizierten Marktseiten möglich ist und diese daher zum selben Produktmarkt zu zählen sind.[322]

---

[318] EuG 24.05.2012, T-111/08, *MasterCard,* Rz 168ff.
[319] EuGH 11.09.2014, C-382/12P, *MasterCard,* Rz 159.
[320] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, Rz 3.
[321] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, Rz 10.
[322] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, Rz 25ff.

3.3.1.4.3. EK 21.12.2010, COMP/M.5932, News Corp/BSkyB

Dieser Unternehmenszusammenschluss betraf zwei Medienunternehmen, welche ua Printmedien anboten und TV Kanäle betrieben. Es sind dabei potentiell stets zwei verschiedene Abnehmergruppen involviert: Medienkonsumenten und Werbeträger (s dazu Punkt 2.2.2.3.).

Nach einem transaktionsbezogenen Ansatz müssen hier zwei verschiedene Märkte definiert werden, da zwischen den Abnehmergruppen keine Transaktion vorgenommen wird. Für einen auf Netzwerkeffekten basierenden Ansatz muss darauf abgestellt werden, ob ein Mehr an Werbung den Nutzen der Medienkonsumenten verringert. Ist dies der Fall, müssen ebenfalls zwei Märkte abgegrenzt werden.

Die EK grenzte *in casu* je einen Markt für Content und Werbung ab. Dabei ist es gängige Kommissionpraxis, in Medienmärkten einen eigenen Markt für Werbung abzugrenzen. Von Interesse sind die Ausführungen zur Unterscheidung der Werbemärkte: So wird für Offline- und Onlinewerbung[323] ebenso ein eigener Markt definiert wie für Werbung für Printmedien und TV;[324] Werbung bei Free-TV und Pay-TV sind hingegen Teile desselben Markts. In älteren Entscheidungen[325] wurde noch vorgebracht, dass kein Markt für Werbung bei Pay-TV bestünde, da diese dort nur einen sehr begrenzten Umfang hätte.[326]

3.3.1.4.4. EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft

In den häufig zitierten *Microsoft* Verfahren wurden verschiedene Vorgänge rund um die Stellung *Microsofts* als Anbieter von Betriebssystemen thematisiert. Betriebssysteme können als eine Form von mehrseitigen Märkten klassifiziert werden (s bereits Punkt 2.2.2.2.), in denen zwei verschiedene Abnehmergruppen zusammentreffen: einerseits Drittsoftwareanbieter, andererseits Softwarenutzer. Im Fokus der kartellrechtlichen Betrachtung war ua das Verhältnis von Betriebssystemen *Microsofts* zu Internetbrowser-Software[327] und Software zur Wiedergabe von Multimediainhalten (folgend kurz Wiedergabesoftware)[328].

Sowohl Betriebssysteme als auch Wiedergabesoftware können als Plattform aufgefasst werden. Das Betriebssystem Windows steuert die Grundfunktionen eines PCs und wird als Plattformsoftware bezeichnet, da sie über Schnittstellen die Verwendung von Software von Drittherstellern ermöglicht.[329] Betriebssysteme werden daher von zwei unterschiedlichen Marktseiten nachgefragt,

---

[323] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, Rz 262.
[324] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, Rz 267.
[325] Etwa EK 25.06.2008, COMP/M.5121 *News Corp/Premiere,* Rz 15.
[326] Kritisch *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 318.
[327] EK 16.12.2009, COMP/C-3/39.530.
[328] EK 24.03.2004, COMP/C-3/37.792.
[329] EK 24.03.2004, COMP/C-3/37.792, Rz 39.

welche aufeinander indirekte Netzwerkeffekte ausüben: einerseits Entwickler von Drittsoftware, andererseits Endkunden. Dasselbe trifft auf Wiedergabesoftware zu, die als Plattform zwischen Inhalteanbietern, die ihren Content in einem mit der Software kompatiblen Format anbieten, und Inhaltenutzern aufgefasst werden kann.

Zur Frage, wie viele Märkte bei Softwareplattformen abzugrenzen sind, muss bei einem transaktionsbezogenen Ansatz geprüft werden, ob eine Transaktion zwischen den Abnehmern von Internetbrowser-Software und deren Entwicklern bzw zwischen den Abnehmern von Wiedergabesoftware und deren Entwicklern stattfindet. Dies ist nach der angebotenen Drittsoftware zu beurteilen: Handelt es sich um Open-Source, so besteht jedenfalls keine Transaktionsbeziehung zwischen den Abnehmergruppen. Bei proprietärer Software ist hingegen eine Transaktionsbeziehung denkbar. Im zweiten Fall muss demnach ein einheitlicher Markt für Programmierer und Endnutzer definiert werden. Bei einer auf Netzwerkeffekten basierenden Analyse ist hingegen erstens zu fragen, ob für den Betreiber der Plattform überhaupt erkennbar ist, ob das Produkt von der einen oder von der anderen Marktseite verwendet wird. Zweitens wird darauf einzugehen sein, wie sehr der Nutzen der Endabnehmer von der Programmdiversität abhängt.

In casu differenzierte die EK nicht weiter zwischen den einzelnen Marktseiten; sie grenzte daher einen alle Marktseiten umfassenden Markt ab.

3.3.1.4.5. EK 18.03.2008, COMP/M.4731, Google/DoubleClick

In diesem Unternehmenszusammenschluss wurde die kartellrechtliche Behandlung von Suchmaschinen thematisiert. *Google* ist die heute mit Abstand am meisten genützte Internetsuchmaschine, die neben Suchdienstleistungen internetbasierte Software, aber auch Content anbietet. Als Einnahmequelle fungiert hierbei Internetwerbung. *DoubleClick* bietet Technologien für Werbetreibende, Website-Betreiber aber auch Suchmaschinenmarketing an.

Eine Internetsuchmaschine kann als mehrseitiger Markt aufgefasst werden, in dem Content-Provider, Werbeträger und Internetsucher aufeinander treffen.[330] Suchmaschinen vermitteln dabei einerseits zwischen Content-Providern und Internetuser (durch die klassische Internetsuche), zwischen Werbeträgern und Internetusern (durch die anlässlich der Internetsuche angezeigte Werbung), aber auch zwischen Werbeträgern und Content-Providern. Letzteres erfolgt durch das sog „Adsense“, bei dem Content-Provider durch die Anzeige von Werbung, die von *Google*

[330] Für nähere Ausführungen zur Funktionsweise von *Google* s *Holzweber*, ÖZK 2014, 123.

selektiert wird, Einkünfte generieren können. *Google* vermittelt daher maW Werbung an Websitenbetreiber.

Einem transaktionsbezogenen Ansatz folgend kann festgestellt werden, dass zwischen Content-Providern und Werbeträgern eine Transaktion vorgenommen wird, die in der Abgeltung der Werbeeinahmen besteht. Ansonsten besteht weder zwischen Content-Providern und Internetsucher noch zwischen Werbeträgern und Internetsuchern eine direkte Transaktion. Aus diesem Grund könnte zwar ein eigener Markt für die Vermittlung von Werbung an Content-Provider abgegrenzt werden, ansonsten müsste aber für jede Marktseite ein eigener Markt definiert werden.

Bei einem auf Netzwerkeffekten basierenden Ansatz könnte festgestellt werden, dass der Nutzen für Internetuser direkt proportional mit der Anzahl der Content-Provider ist, die bei *Google* auffindbar sind und *vice versa*. Dasselbe trifft für Werbeträger und Content-Provider zu. Offensichtlich ist eine Verschlechterung der Konditionen für eine Marktseite nicht möglich, ohne die Entscheidungen der anderen Marktseiten wesentlich zu beeinflussen. Daher kann jedenfalls ein Markt für die Internetsuche (welcher Internetuser und Content-Provider umfasst) und ein Markt für die Vermittlung von Werbung (welcher Werbeträger und Content-Provider umfasst) abgegrenzt werden.

Zur Frage, ob ein einheitlicher Markt für Internetsuche mit Werbefinanzierung besteht, muss darauf abgestellt werden, ob zwischen Werbeträgern und Internetsuchern beidseitig positive Netzwerkeffekte auftreten. Dies ist wohl zu verneinen: Idealtypisch steigt der Nutzen der Internetsuche nicht durch die vermehrte Anzeige von Werbung. Aus diesem Grund muss mE ein eigener Markt für die Anzeige von Werbung und einer für die Durchführung einer Internetsuche abgegrenzt werden.

Im Fusionskontrollverfahren grenzte die EK im Wesentlichen zwei Märkte ab: einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbefläche und einen für die Vermittlung von Online-Werbung. Ein eigener Markt für die Internetsuche wurde hingegen nicht abgegrenzt. In einem späteren Verfahren iZm dem Unternehmenszusammenschluss bei Internetsuchmaschinen[331] wurde die Frage aufgeworfen, ob ein eigener Markt für die Internetsuche definiert werden könne; dies wurde jedoch offen gelassen (s Punkt 3.2.2.3.).

[331] EK 18.02.2010, COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo!*, Rz 85.

3.3.1.4.6. Stellungnahme

Im vorhergehenden Abschnitt wurde geprüft, welche der vorgestellten Theorien zur Abgrenzung von Märkten bei mehrseitigen Märkten mit der Entscheidungspraxis der EK übereinstimmt. Dabei wurden exemplarisch zwei Ansätze gewählt.

Aus der Rechtsprechungsanalyse zeigt sich, dass Plattformen, lang bevor der ökonomische Fokus auf sie gelenkt wurde, Gegenstand der kartellrechtlichen Fallpraxis waren. Die EK bezieht sich bei der Marktabgrenzung nicht explizit auf eine ökonomische Theorie; bei relativ einfachen Sachverhalten, die den in Punkt 2.2.2. vorgestellten Konstellationen ähneln, befindet sich die Rsp dennoch im Einklang mit den ökonomischen Erkenntnissen. So wurde etwa im Fall *Travelport/Worldspan* im Einklang mit allen vorgestellten Theorien ein einheitlicher Markt abgegrenzt, bei zweiseitigen Märkten im Medienbereich regelmäßig ein Content-Markt und ein separater Werbemarkt definiert. Die besprochenen Theorien können insofern bei der Kartellrechtsanwendung Anwendung finden, als dass komplexe Marktkonstellationen, die auf neuartigen Geschäftsmodellen fußen, damit eingeordnet werden können.

Bei einer vorzunehmenden Bewertung der einzelnen Marktheorien zeigt sich, dass das singuläre Abstellen auf das Vorhandensein einer Transaktion zwischen den verschiedenen Marktseiten von der Rsp in einem eher geringen Maß übernommen wird. Dies kann wie von den Proponenten dieses Ansatzes als eine Verkennung der Tatsachen durch die EK aufgefasst werden[332] oder aber als Hinweis darauf, dass die vorgenommene Abwägung zu statisch ist.

ME kann aus dreierlei Gründen einem preisbezogenen bzw transaktionsbezogenen Ansatz für die Frage der Anzahl der abgegrenzten Märkte nicht gefolgt werden.

Von den Autoren wurde (i) keine umfassende Einordnung dieser Ansätze in die ökonomische Theorie von mehrseitigen Märkten vorgenommen. Dies wäre mE erforderlich, da sich die binäre Einteilung in Transaktions- und Nicht-Transaktionsmärkte in der Verfassung von mehrseitigen Märkten widerspiegeln müsste. Es wäre daher mE nachzuweisen, dass in einer ökonomischen Betrachtung diese beiden Typen von Märkten hinreichend unterschiedliche Eigenschaften aufweisen. Daher fehlt mE diesen Ansätzen die ökonomische Fundierung, da eine nachvollziehbare Herleitung der Marktabgrenzung aus der Entgeltstruktur fehlt.

Dazu kommt (ii), dass das Konzept der Transaktion bzw der Interaktion vage ist. So bezieht sich der preisbezogene Ansatz nur auf Märkte, in denen von allen Seiten ausschließlich *usage-fees* eingehoben werden, für Konstellationen, in denen sowohl ein Entgelt für den Gebrauch als auch

[332] *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 312.

eine *membership-fee* verlangt werden, fehlen jegliche Aussagen. *Filistrucchis* Ansatz ermöglicht zwar die Deutung mehrerer Marktkonstellationen, es ist jedoch nicht klar, ob eine tatsächlich beobachtbare Transaktion zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen oder alleine die Möglichkeit einer Transaktion ausschlaggebend für die Differenzierung ist. Zudem geht nicht eindeutig hervor, in welchem Zusammenhang diese Transaktionen zwischen den verschiedenen Abnehmergruppen mit der vermittelnden Plattform stehen müssen.

Zudem fehlt (iii) eine Anknüpfung an die Rsp, wo eine Differenzierung nach den vorgeschlagenen Merkmalen nicht wiederzufinden ist. Dies ist jedoch notwendig, da die Marktabgrenzung grstzl eine Wertungsfrage ist.[333] Zwar ist einem *more economic approach* folgend ökonomischen Konzepten vermehrt bei der Kartellrechtsanwendung zu folgen, die Behandlung von mehrseitigen Märkten muss dennoch in einen systematischen Zusammenhang mit bisherigen Fallkonstellationen gebracht werden.

Das Vorhandensein von Transaktionen zwischen den Abnehmergruppen und damit einhergehend das Einheben von „*usage fees*“ kann jedoch mE ein Indiz für die Abgrenzung von mehrseitigen Märkten darstellen. Besteht keine Transaktion zwischen den Abnehmergruppen, so spricht einiges dafür, dass keine qualifiziert positiven Netzwerkeffekte bestehen. Wenn die Abnehmergruppen nicht miteinander interagieren, wird der Nutzen der einen Abnehmergruppen nicht mit der Anzahl der Teilnehmer der anderen Abnehmergruppe steigen. Dasselbe trifft auf den substitutionsbezogenen Ansatz zu: Haben die Abnehmer kein Interesse an einer Transaktion untereinander, werden wohl auch die Substitutionsbeziehungen der Marktseiten unterschiedlich sein.

Es wurden daher zwei unterschiedliche Vorgehensweisen identifiziert, welche mE geeignete Handlungsanweisungen für die Abgrenzung von mehrseitigen Märkten bieten. Beide beinhalten ein variables Element, wodurch auch innerhalb gewisser Typen von mehrseitigen Märkten (wie etwa Medienmärkten) weiter differenziert werden kann.

Bei einem aus der ökonomischen Analyse stammenden substitutionsbezogenen Ansatz wird auf die Austauschbeziehungen der verschiedenen Marktseiten abgestellt. Dieses Differenzierungsmerkmal findet sich im von der europäischen Rsp angewandten Bedarfsmarktkonzept wieder, bei dem va auf die Nachfragesubstituierbarkeit eines Gutes abgestellt wird. Die Substitutionsbeziehungen der verschiedenen Abnehmergruppen können durch ökonomische Methoden festgestellt werden (s dazu

[333] *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 50.

weiterführen Punkt 3.1.3.2.), ob diese bei den verschiedenen Abnehmergruppen hinreichend ähnlich für eine gemeinsame Marktabgrenzung sind, ist eine juristische Wertungsfrage.

Bei einem aus Überlegungen zu Multiproduktmärkten abgeleiteten, auf Netzwerkeffekten basierenden Ansatz kann direkt an die Definition von mehrseitigen Märkten durch *Evans* angeschlossen werden (s Punkt 2.2.1.2.). Es ist für die Abgrenzung eines einheitlichen Marktes vorzubringen, dass durch die Präsenz starker Netzwerkeffekte die Erhöhung des Preises für eine der Abnehmergruppen nicht profitsteigernd möglich ist.

Diese beiden Ansätze ermöglichen es, der Natur von mehrseitigen Märkten als Kontinuum zwischen zwei Extremen gerecht zu werden und diese bei der kartellrechtlichen Behandlung zu würdigen. Das eine Extrem besteht in einem mehrseitigen Markt mit sehr starken Netzwerkeffekten, in denen jede Marktseite dieselben Alternativen zur benützten Plattform hat. In diesem Fall ist mE ein einziger Markt für die gesamte Plattform abzugrenzen. Das andere Extrem ist ein Markt, der nur sehr schwache Netzwerkeffekte aufweist und in dem die Substitutionsbeziehungen für die Abnehmergruppen komplett unterschiedlich sind. Hier müssen zwei Märkte definiert werden. Im Graubereich zwischen diesen Extremen ist es eine Wertungsfrage, wie viele Märkte definiert werden können. Die identifizierten Heuristiken sollen eine Rationalisierung dieser Entscheidung ermöglichen.

3.3.2. Abgrenzung von Märkten ohne Leistungsaustausch

Nach den in Punkt 3.3. erarbeiteten Grundsätzen ist es denkbar, dass Unternehmen auf mehrseitigen Märkten agieren und dabei kartellrechtlich ein Markt abgegrenzt wird, in dem es zu keinem Leistungsaustausch zwischen Produzent und Abnehmer kommt. Dies bedeutet, dass für die Leistung des Produzenten keine geldwerte Gegenleistung durch den Abnehmer erfolgt. Ein häufig zitiertes Beispiel hierfür sind vollkommen werbefinanzierte Medien wie etwa Free-TV, Gratiszeitungen, aber auch Internetsuchmaschinen. Hierbei ist jedenfalls ein Werbemarkt abzugrenzen (s bereits Punkt 3.3.1.3.2.), fraglich ist, ob ein eigener Markt für den Content bzw die Dienstleistung besteht.

Da ein Geschäftsmodell, in dem einem Abnehmer Leistungen ohne geldwerte Gegenleistung zukommt, nur denkbar ist, wenn der unentgeltliche Leistungsbezug durch eine andere Marktseite subventioniert wird, müssen Märkte ohne Leistungsaustausch stets mehrseitige Märkte darstellen. Es gilt daher, die Frage nach der Abgrenzung von Märkten ohne Leistungsaustausch aus der Perspektive von mehrseitigen Märkten zu analysieren.

Dafür soll (i) die ökonomische Lit analysiert werden, ob das Anbieten von unentgeltlichen Leistungen eine Wettbewerbsstrategie darstellen kann, danach wird (ii) der Frage nachgegangen, ob in diesem Kontext ein kartellrechtlich relevanter Markt abzugrenzen ist.

3.3.2.1. Ökonomische Analyse

Wie bereits in Punkt 2.2.1.2.2. ausgeführt, kann die Existenz eines Marktes ohne Leistungsaustausch auf eine Preisanomalie zurückgeführt werden, welche bei mehrseitigen Märkten besteht. So kann von einer der Marktseiten durchaus ein Preis unter Grenzkosten verlangt werden, wenn diese Marktseite eine hohe Preiselastizität aufweist und Teilnehmer auf den anderen Marktseiten anzieht.[334] MaW ist es profitmaximierend, von der Marktseite, die den größeren Nutzen von den Abnehmern der anderen Marktseiten hat, höhere Preise zu verlangen und damit die anderen Marktseiten zu subventionieren. Je höher die Differenz der Netzwerkeffekte der involvierten Gruppen, desto extremer die Unterschiede in der Entgeltstruktur.[335]

Dieser Effekt verstärkt sich, wenn mehrere Intermediäre konkurrieren, die zwischen den Marktseiten vermitteln wollen.[336] Dies ist darauf zurückzuführen, dass durch die Senkung des Preises für eine der Marktseiten die Nutzer von konkurrierenden Plattformen angezogen werden können; diese verliert daher an Attraktivität für die andere Marktseite. Die Attraktivität des

---

[334] *Rysman*, J. Econ. Perspect. 2009, 130.
[335] *Parker/Alstyne*, Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design, Manag. Sci. 2005, 1494 (1503).
[336] *Rysman*, J. Econ. Perspect. 2009, 130.

ursprünglichen Intermediärs steigt daher doppelt: einerseits durch seine erhöhte Teilnehmeranzahl, andererseits durch die herabgesetzte Teilnehmeranzahl der Konkurrenz.

Das kann dabei Ausmaße erreichen, dass von einer Marktseite ein negativer Preis verlangt wird, dh eine Marktseite für die Abnahme eines Gutes bezahlt wird. Da dies regelmäßig mit opportunistischem Verhalten von Abnehmern einhergeht, kommt es häufig zu Koppelungen mit anderen Gütern.[337] So könnte man beispielsweise davon ausgehen, dass der mit der Innehabung einer Kreditkarte einhergehende Versicherungsschutz eine solche Koppelung darstellt, wenn dessen Wert höher als das Kreditkartenentgelt ist.

Damit die Erbringung einer unentgeltlichen Leistung für eine der Marktseiten profitmaximierend ist, muss der Grenzertrag durch vermehrte Teilnehmer auf einer Marktseite (engl *spillover effect*)[338] höher sein als die Grenzkosten für die erbrachte Leistung. Dies bedeutet einerseits, dass die involvierten Netzwerkeffekte signifikant sein müssen. Andererseits dürfen die Grenzkosten für die „verschenkte" Leistung nicht zu hoch sein. Daraus folgt, dass digitale Güter grdstzl dafür prädestiniert sind, in mehrseitigen Märkten unentgeltlich erbracht zu werden, da ihre Grenzkosten bei quasi Null liegen (s bereits Punkt 2.1.3.1.1.). Dies bedeutet, dass nur genügend Abnehmer gefunden werden müssen, um die Fixkosten für die „Urkopie" zu decken.[339] Daher ergibt sich, dass eine Vielzahl von Unternehmen im digitalen Sektor als mehrseitige Plattform qualifiziert werden können.

Aus einer ökonomischen Perspektive kann ein Markt als Areal angesehen werden, das die wesentlichen Wettbewerbskräfte, die auf ein Gut einwirken, umfasst.[340] Kann kein Markt abgegrenzt werden, wenn ein Leistungsaustausch fehlt, bedeutet dies, dass darin keine Wettbewerbskräfte wirken. Illustriert an einem Beispiel würde demnach ein rein werbefinanziertes Medium grundsätzlich keinen Wettbewerbsdruck auf ein rein beitragsfinanziertes Medium ausüben können. Dies wäre dann der Fall, wenn die Erbringung einer „querfinanzierten" Leistung nicht profitabel möglich ist. Dafür müsste mE der Nachweis erbracht werden, dass der marginale Spill-over Effekt geringer ist als die Grenzkosten für die Leistungserstellung. Dies ist jedoch nicht grdstzl zu bejahen, da bei starken indirekten Netzwerkeffekten und einer genügend großen Abnehmerschaft bei Vorhandensein einer Stückkostendegression wohl fast jede Leistung durch eine Querfinanzierung erbracht werden kann. Daraus folgt mE, dass ein Markt auch dann abzugrenzen ist, wenn *prima vista* kein Leistungsaustausch vorhanden ist. Kann jedoch der Nachweis erbracht

[337] *Amelio/Jullien*, Tying and freebies in two-sided markets, Int. J. Ind. Organ. 2012, 436 (436).
[338] Für eine formale Herleitung dieses Effekts s *Parker/Alstyne,* Manag. Sci 2005, 1502.
[339] *Parker/Alstyne*, Manag. Sci. 51 2005, 1497.
[340] *Kehder*, Konzepte und Methoden, 21.

werden, dass etwa auf Grund der hohen Grenzkosten eines Guts eine Leistung durch Querfinanzierung nicht möglich ist, könnte uU eine Marktdefinition entfallen.

3.3.2.2. Juristische Analyse

Es ist fraglich, ob ein Markt, in dem kein Leistungsaustausch erfolgt, durch das Kartellrecht reguliert werden muss. Man könnte davon ausgehen, dass keine Möglichkeit dazu besteht, Verbraucher zu schädigen, wenn diese selbst kein Entgelt zu leisten haben. Dafür soll in einem ersten Schritt generell geprüft werden, ob das europäische Kartellrecht generell auf Märkte anwendbar ist, in denen kein Leistungsaustausch stattfindet. Danach wird an Hand einer Rechtsprechungsübersicht ermittelt, ob ein eigener Markt für Inhalte in Free-TV-Märkten und ein eigener Markt für die gratis Dienstleistung bei Onlinemärkten definiert wird.

3.3.2.2.1. Persönlicher Anwendungsbereich des Kartellrechts

In einer juristischen Betrachtungsweise könnte eine kartellrechtliche Überprüfung entfallen, wenn auf Grund der fehlenden Leistungsbeziehung die anbietenden Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich *ratione personae* des europäischen Kartellrechts fallen.

Das europäische Wettbewerbsrecht knüpft in Art 101 AEUV und Art 102 AEUV direkt an den Begriff des Unternehmens (engl *undertaking*) an, wobei keine Legaldefinition für diesen Begriff besteht. Die Rsp legt diesen Begriff weit aus. So ist „*jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung*“[341] als Unternehmen anzusehen. Die Erbringung einer Leistung ohne direkten Leistungsaustausch kann mE als eine wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden, da eine solche nur dann erfolgt, wenn die erwirtschafteten Erträge aus der unentgeltlichen Erbringung der Leistung höher als die Kosten sind. Die Erbringung einer unentgeltlichen Leistung für eine Marktseite, die durch eine andere Marktseite getragen wird, stellt daher eine besondere Art der Finanzierung dar.

Entscheidend für die Qualifikation als Unternehmen ist, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.[342] Der EuGH zieht die Grenzen für die wirtschaftliche Tätigkeit weit, er sieht „*jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten*“[343] Werden Waren gegen Entgelt angeboten, liegt jedenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit vor.[344] Hieraus kann jedoch im Umkehrschluss nicht gefolgert werden, dass bei fehlender Entgeltlichkeit generell keine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Zwar wird an eine wirtschaftliche Tätigkeit regelmäßig der

---

[341] EuGH 23.4.1991, C-41/90, *Höfner&Elsner/Macrotron*, Rz 21.
[342] *Hermann* in *Bornkamm/Montag/Säcker* (Hg), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht[2] (2015) Einleitung Rz 955.
[343] Etwa EuGH 18.6.1998, C-35/96, *Kommission/Italien,* Rz 36; EuGH 25.10.2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rz 19; EuGH 24.10.2002, C-82/01, *Aéroports de Paris*, Rz 79.
[344] *Hermann* in Münchener Kommentar, Einleitung Rz 959.

Maßstab der Entgeltlichkeit angebracht werden müssen, nach Rsp des EuGH muss eine Dienstleistung jedoch nicht von demjenigen bezahlt werden, dem sie zugutekommt.[345] Daher muss auch eine Querfinanzierung, wie sie bei mehrseitigen Märkten häufig vorkommt, als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert werden.

3.3.2.2.2. Free-TV-Märkte

Die Frage, ob ein gesonderter Markt für Märkte ohne Austauschbeziehung besteht, kristallisierte sich in der Vergangenheit bei der Frage, ob ein eigener Fernsehzuschauermarkt bei Free-TV abgegrenzt werden kann, heraus. In einer frühen Stellungnahme stellte die deutsche Monopolkommission fest, dass „*kein Markt für Hörfunk- und Fernsehprogramme existiert. Dazu fehlt es an einer wirtschaftlichen Austauschbeziehung zwischen den Programmanbietern und den Rundfunkbenutzern* (…). *Ein Markt für Rundfunkleistungen könnte nur beim sog Pay-TV vorliegen*."[346]

Dem folgt größtenteils die Entscheidungspraxis,[347] die für Fernsehveranstalter, die unentgeltlich ein frei zugängliches Fernsehprogramm ausstrahlen, nur einen Werbemarkt abgrenzt; die Frage, ob daneben ein Fernsehzuschauermarkt besteht, ist nicht abschließend geklärt.[348] Nach Ansicht der EK ist die Abgrenzung eines eigenen Marktes für Fernsehzuschauer wohl abzulehnen, da sie wiederholt zwischen Märkten für Pay-TV und Free-TV unterscheidet.[349] Bestünde ein eigener Markt für Fernsehzuseher, so wären sowohl Pay-TV als auch Free-TV Anbieter auf diesem Markt zu situieren.

Die neuere L kritisiert diese Herangehensweise und fordert die Abgrenzung eines eigenen Zuschauermarktes, um Wettbewerbshandlungen zu erfassen, die sich nicht auf den Werbemarkt auswirken.[350] Dem Argument, dass es an einer Austauschbeziehung fehle, wird entgegengehalten, dass die von den Zuschauern aufgewendete Zeit, die durch Werbung verwertet werden kann, einen eigenen wirtschaftlichen Wert darstelle, der vom Zuschauer gegen das Fernsehprogramm getauscht würde. Dabei wird explizit auf den Zusammenhang zwischen Zuschauerquote und Werbewert hingewiesen.[351]

---

[345] EuGH 26.4.1988, 352/85, *Bond van Adverteerders,* Rz 16.
[346] *Monopolkommission*, Hauptgutachten VI (1984) Rz 584.
[347] EK 21.12.1994, M.525, *VOX II*, Rz 16; EK 17.5.1995, M.566, *CLT/Disney/SuperRTL*, Rz 14; anders aber EK 20.9.1995, COMP IV/M.553, *RTL/Veronica/Endemol*, Rz 20.
[348] *Schmidt*, Gibt es einen Fernsehzuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, ZUM 1997, 472 (472); *Frey*, Die europäische Fusionskontrolle und die Medienvielfalt, ZUM 1998, 985 (986).
[349] EK 5.11.2002, M.2996, *RTL/CNN/Time Warner/N-TV*, Rz 10; EK 13.11.2001, M.2483, *Canal+/RTL/GJCD/JV*, Rz 24.
[350] *Beckmann/Müller*, Kartellrecht, in *Hoeren/Sieber/Holznagel* (Hg), Handbuch Multimedia-Recht (2014) Rz 39; *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 293 (301); *Frey*, ZUM 1998, 985 (386); *Schmidt*, ZUM 1997, 472 (472).
[351] *Körber*, Sektorspezifische Rundfunkregulierung oder „Wettbewerb 2.0"?, ZWeR 2009, 315 (338); *Podszun/Franz*, NZKart 2015, 122.

3.3.2.2.3. Märkte für DG

Im Kontext von Märkten für DG wurde von manchen insb in Bezug auf Märkte für Suchmaschinen vorgebracht, dass ebenfalls kein kartellrechtlich relevanter Markt abzugrenzen sei, da gleich dem Fernsehzuschauermarkt ein Leistungsaustausch fehle.[352] Dies bildet einen bedeutenden Einwand für die kartellrechtliche Erfassung von Märkten für DG, da diese häufig einer Marktseite unentgeltlich angeboten werden.

In der europäischen Rsp wurde diesen Argumenten nicht gefolgt. So wurden ua Märkte für Streaming Media Player und Internet Browser[353], soziale Netzwerke[354] und online Kommunikation[355] definiert, obwohl die jeweils untersuchten Produkte allesamt unentgeltlich waren. Aus dem folgt mE, dass bei Märkten für DG der Einwand, dass keine Austauschbeziehung zwischen den Marktteilnehmern bestehe, nicht durchdringen kann.

3.3.2.3. Stellungnahme

Aus der vorgenommenen juristischen Betrachtung ergibt sich zweierlei: Einerseits ist es durchaus möglich, aus der Sicht des Kartellrechts Märkte ohne direkte Leistungsbeziehung abzugrenzen. Andererseits können jedoch die besonderen Umstände dazu führen, dass in Märkten ohne Leistungsbeziehung die Definition eines Marktes unterlassen wird. Dabei wurden zwei Wirtschaftszweige beschrieben, bei denen die europ Rsp jeweils zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Nun kann man davon ausgehen, dass diese solche Diskrepanzen aufweisen, dass von einer einheitlichen Vorgangsweise bei der Marktabgrenzung Abstand genommen wird.

Dies könnte einerseits im regulatorischen Umfeld liegen, in dem die Marktabgrenzung erfolgt. Während die untersuchten Märkte für DG nicht durch sektorspezifische Regulierungen betroffen sind, ist der Rundfunk weitgehend eigenständig reguliert. Das Verhältnis von Kartellrecht und sektorspezifischem Regulierungsrecht ist nicht unumstritten;[356] zumal das Rundfunkrecht bedeutend weniger harmonisiert ist als das Wettbewerbsrecht.[357] Im Kern der Rundfunkregulierung kann die Sicherung der Meinungsvielfalt durch Erhalt des publizistischen Wettbewerbs identifiziert

---

[352] *Ratliff/Rubinfeld*, Jcle 2014, 518; *Ott*, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195 (1963).
[353] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37792, *Microsoft*; EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*.
[354] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, Rz 45.
[355] EK 07.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 16.
[356] S in der ö Lit dazu den Meinungsstreit zwischen Potacs und Lehofer; *Potacs*, Parallele Anwendung von sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TK-Sektor?, MR 2009, 335; *Lehofer*, Dynamische Derogation des KartG?, MR 2009, 392; *Potacs*, Nochmals zum „Parallelitätsgrundsatz" im TK-Sektor, MR 2010, 54; vermittelnd *Eilmansberger*, Zum Verhältnis zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht, MR 2010, 353.
[357] Auf europäischer Ebene besteht dazu einzig die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste RL 2010/13/EU.

werden,[358] welche sich ua durch die strengere Beurteilung von Medienzusammenschlüssen in § 8 KartG niederschlägt. Nun kann es in der Regulierung von von ökonomischem und publizistischem Wettbewerb durchaus zu Überschneidungen kommen, welche einer – wie bereits beschrieben strittigen – Auflösung bedürfen. Dies könnte mE ein Grund sein, dass die EK in ihren kartellrechtlichen Entscheidungen keine Beurteilung von Fernsehzuschauermärkten vornimmt. Es könnte daher ein Bekenntnis dafür sein, dass bei der kartellrechtlichen Überprüfung auf das mitgliedsstaatliche Sonderregulierungsrecht Bedacht genommen wird.[359]

Eine unterschiedliche Behandlung von Fernsehmärkten und Märkten für digitale Güter könnte auch darin seinen Ursprung finden, dass anders als bei Free-TV im digitalen Kontext häufig eine Vereinbarung zwischen den Marktgegenseiten vorhanden ist. Diese Vereinbarung besteht in der Form der Datenschutzvereinbarung, der bei der Inanspruchnahme von digitalen Leistungen meist zugestimmt werden muss. Diese Vereinbarungen haben die Zustimmung des Datensubjekts zur Weitergabe seiner personenbezogenen Daten zum Inhalt. Es kann durch die Ausgestaltung der Datenschutzerklärung daher skaliert werden, wie viele Daten vom Datensubjekt übermittelt werden und inwieweit diese genützt werden können. Wenn man daher davon ausgeht, dass personenbezogenen Daten ein ökonomischer Wert zukommt, ist bereits die These, dass keine Austauschbeziehung zwischen Anbieter von DG und Enduser besteht, zu verwerfen.[360]

Im Ergebnis kann daher in Bezug auf digitale Plattformen festgehalten werden, dass selbst eine *prima vista* unentgeltliche Leistungserbringung für die Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes nicht schädlich ist.

---

[358] *Buchholz*, Gibt es einen Fernsehzuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, ZUM 1998, 108 (110).
[359] Die Möglichkeit der Bedachtnahme de lege lata bezweifelnd *Eilmansberger*, MR 2010, 353 (358).
[360] *Dewenter/Rösch/Terschüren*, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, 387 (389); *Höppner/Grabenschröer*, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162 (164).

3.3.3. Exkurs: Ökonomische Methoden zur Abgrenzung von mehrseitigen Märkten

Da wie in Punkt 2.2.1. dargestellt, mehrseitige Märkte eigenständige ökonomische Charakteristika aufweisen, stellt sich die Frage, inwiefern die in Punkt 3.1.3. identifizierten ökonomischen Methoden zur Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten Anwendung finden können. Diese sind für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes von großer Bedeutung, da nach der Feststellung, welche Abnehmergruppen in den untersuchten Markt inkludiert werden, gefragt werden muss, mit welchen anderen diese Abnehmergruppen bedienenden Unternehmen ein Konkurrenzverhältnis besteht. Dem soll nun in einem Exkurs nachgegangen werden.

3.3.3.1. Hypothetischer Monopoltest

Str ist, inwiefern der HM-Test in mehrseitigen Märkten einsetzbar ist, da er grdstzl für traditionelle einseitige Märkte konzipiert wurde.[361] Dies rührt daher, dass die Rolle von Preisen bei mehrseitigen Märkten eine andere ist als bei traditionellen einseitigen Märkten (s dazu Punkt 2.2.1.2.2.), es kommt bei Vorhandensein von mehreren Gruppen uU zu Preisanomalien. So wird von besonders preissensiblen Abnehmergruppen tw ein Preis verlangt, der unter den Grenzkosten des Unternehmens liegt.

Die grundlegenden Probleme der Anwendung des HM-Tests auf mehrseitige Märkte sind daher zweierlei: Einerseits ist eine relative Erhöhung des Preises unmöglich, wenn dieser bei 0 liegt. Andererseits kann bei Vorhandensein von starken Netzwerkeffekten eine kleine, aber dauerhafte Preiserhöhung eine verzerrte Marktreaktion nach sich ziehen.[362]

Aus diesem Grund wird vorgebracht, dass der HM-Test nur dann durchgeführt werden kann, wenn die von einer Abnehmergruppe ausgehenden Netzwerkeffekte nicht stark sind oder eine Durchführung dieses Tests auch ohne Berücksichtigung der gegenüberliegenden Nachfragegruppe möglich ist.[363] Ob trotz starker Netzwerkeffekte ein HM-Test durchgeführt werden kann, ist nach *Kehder* davon abhängig, ob (i) bei der untersuchten Marktseite ein positiver Preis vorliegt, (ii) die Mengenausdehnung auf der gegenüberliegenden Marktseite Kosten verursacht und (iii) auf der gegenüberliegenden Marktseite ein positiver Preis vorliegt.[364]

Andere Autoren gehen davon aus, dass der HM-Test zwar grundsätzlich bei mehrseitigen Märkten durchführbar wäre, jedoch eine Anpassung der Testmodalitäten notwendig ist. Nach *Emch/Thompson* ist für die Überprüfung von Märkten für Kreditkarten die Summe der von den involvierten Marktseiten gezahlten Preise ausschlaggebend.[365] *Filistrucchi* entwickelte für

[361] *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 329.
[362] *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen (2015) 70ff.
[363] *Kehder*, Konzepte und Methoden, 261.
[364] *Kehder*, Konzepte und Methoden, 264.
[365] *Emch/Thompson*, Market Definition and Market Power in Payment Card Networks, RNE 2006, 45 (53).

Medienmärkte ein eigenes Verfahren, bei dem nacheinander der Preis für die unterschiedlichen Marktseiten erhöht wird.[366] Es ist jedoch bis dato unklar, ob sich die EK diesen Testabwandlungen anschließen wird.

3.3.3.2. Elastizitätsanalysen

Kann der HM-Test auf Grund der Charakteristika des mehrseitigen Marktes nicht durchgeführt werden, besteht die Möglichkeit, die Nachfrage durch Elastizitätsanalysen zu schätzen. Da aber auch diese am beobachteten Preis ansetzen, ist es notwendig, dass keine unentgeltliche Leistungserbringung erfolgt.

Zwar ist die Durchführung von Elastizitätsanalysen durch das Vorhandensein von mehreren Abnehmergruppen nicht beeinträchtigt, es bestehen jedoch höhere Datenanforderungen, da neben den Preis- und Mengendaten auch exogene Variablen geschätzt werden müssen. Die Preisdaten haben dazu eine hinreichende Variation aufzuweisen, anderenfalls ist eine Schätzung der Elastizität nicht möglich.[367]

[366] *Filistrucchi*, A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media, 12.
[367] *Kehder*, Konzepte und Methoden, 118ff.

4. Marktbeherrschende Stellung

Die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens ist Voraussetzung für eine kartellrechtliche Intervention nach Art 102 AEUV. Sie wird zwei Schritten geprüft: Zuerst erfolgt – wie in Punkt 3 ausgeführt – eine Marktabgrenzung, dh es wird das Wettbewerbsgeschehen als Ganzes erfasst. Danach wird eine Überprüfung der Marktbeherrschung ieS durchgeführt; es wird dabei ein Unternehmen im Wettbewerb situiert und dessen wettbewerbliche Rolle analysiert. Diese beiden Prüfungsschritte haben dasselbe Ziel: die Feststellung des Wettbewerbsdrucks auf ein Unternehmen.[368]

An dieser Stelle soll nun dem zweiten Teil der ersten Forschungsfrage, welche die Umstände der marktbeherrschenden Stellung bei digitalen mehrseitigen Plattformen zum Inhalt hat, nachgegangen werden. Dafür werden zuerst die Grundsätze der Feststellung der Marktbeherrschung erörtert, bevor auf die Besonderheiten bei der Behandlung von digitalen Märkten und mehrseitigen Märkten eingegangen wird.

4.1. Grundlegung

Eine gewisse Form von Marktmacht ist Voraussetzung für sämtliche kartellrechtliche Eingriffe. Die Marktbeherrschung kann als ein signifikantes Maß an Marktmacht aufgefasst werden. Ziel dieses Abschnitts ist es, den Begriff der marktbeherrschenden Stellung zu beleuchten. Dafür soll zuerst das Konzept der Marktmacht im europäischen Kartellrecht verortet werden, bevor auf die konkrete Auslegung des Begriffes der marktbeherrschenden Stellung eingegangen wird. Schließlich sollen unter Einbeziehung von ökonomischer Lit verschiedene Indikatoren für Marktmacht diskutiert werden.

4.1.1. Marktmacht im Kartellrecht

Generell knüpfen kartellrechtliche Tatbestände an einem differenzierten Konzept von Marktmacht an. Dies lässt sich an Hand des im Primärrecht dargelegten *Telos* des Kartellrechts erklären: So soll der in Art 3 Abs 2 EUV verankerte Binnenmarkt nach dem rechtsverbindlichen Protokoll zum EUV und AEUV ein System umfassen, „*das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt*“ (ehemals Wortlaut des Art 3 Abs 1 EGV).[369] Im Schutzbereich des europäischen Kartellrechts ist die Institution des Wettbewerbs an sich – also das Rivalitätsverhältnis zwischen verschiedenen Anbietern.[370] Marktmacht ermöglicht es Anbietern, diesen Wettbewerbsprozess zumindest partiell auszuschalten und sich sohin so zu verhalten, als bestünde kein Rivalitätsverhältnis zu den

[368] *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 300.
[369] Protokoll Nr 27, AbEU 30.3.2010, C 83/309.
[370] *Eilmansberger*, Verbraucherwohlfahrt, Effizienzen und ökonomische Analyse - Neue Paradigmen im europäischen Kartellrecht, ZWeR 2009, 437 (440).

Wettbewerbern. Diese Beeinträchtigungen des Wettbewerbs suchen die Normen des Kartellrechts zu unterbinden, indem einerseits spezielle Praktiken – nämlich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen sowie der Marktmachtmissbrauch eines einzelnen Unternehmens – verboten werden. Andererseits besteht mit der Fusionskontrolle ein *ex ante* Schutz einer Marktstruktur, die die Institution des Wettbewerbs nicht verunmöglicht.

Das Konzept der Marktmacht hat unterschiedliche Erscheinungsformen in den einzelnen Tatbeständen des europäischen Kartellrechts. Während für wettbewerbswidrige Abreden in der primärrechtlichen Regelung des Art 101 AEUV kein Element der Marktmacht verankert ist, verlangt Art 102 AEUV für den Marktmachtmissbrauch das Tatbestandselement einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben. Bei der Fusionskontrolle sind nach Art 2 Abs 1 lit b der FKVO[371] detailliert Anknüpfungspunkte für Marktmacht aufgezählt.

Dieser unterschiedliche normative Detaillierungsgrad spiegelt die Bedeutung der Marktmacht für die einzelnen Interventionsformen des Kartellrechts wider. Hierbei kommt es zu einer Abwägung des konkreten Marktverhaltens und der Marktposition des Unternehmens. Je wettbewerbsschädigender das Marktverhalten, desto geringer die Anforderungen an die Marktmacht.

Bei der Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen wird vom EuGH die ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung der Spürbarkeit der Wettbewerbseinschränkung verlangt.[372] Beeinträchtigt eine Vereinbarung den betroffenen Markt nur geringfügig, so gibt es keine kartellrechtlichen Bedenken. In der *de-minimis* Bekanntmachung[373] präzisierte die EK das Kriterium der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, indem Vereinbarungen von Unternehmen unter einem Marktanteil von 10 % für horizontale Absprachen und 15 % für vertikale Absprachen als nur geringfügig wettbewerbseinschränkend anerkannt wurden. Dieses Privileg gilt nicht für Kernbeschränkungen; für diese wird richtigerweise vertreten, dass die Spürbarkeit der Abrede nicht nachzuweisen ist.

Marktmacht ist der Bezugspunkt des Marktmachtmissbrauchs. Eine Anknüpfung ist auf zweierlei Weise möglich. Erstens dadurch, dass Marktmacht denklogische Voraussetzung für eine missbräuchliche Handlung ist, oder zweitens, dass eine Handlung erst bei marktmächtigen

[371] VO (EG) Nr 139/2004.
[372] EuGH 9.7.1969, 5/69, *Voelk Vervaecke*, Rz 7.
[373] EK 22.12.2001, C 368/13.

Unternehmen verpönt ist.[374] Größere Bedeutung hat das Konzept der Marktmacht naturgemäß bei zweiter Fallgruppe, entscheidet es dort ja alleine über den regulatorischen Eingriff.

Bei der Zusammenschlusskontrolle ist allein die wirtschaftliche Macht Gegenstand der kartellrechtlichen Überprüfung, nicht deren Missbrauch. Ziel dieser *ex-ante* Überprüfung ist der Schutz der Marktstruktur: Marktmacht soll alleinig durch Leistungswettbewerb, nicht durch Unternehmenszusammenschlüsse erlangt werden können. Normativer Anknüpfungspunkt ist jedoch seit der Novellierung der FKVO im Jahr 2004 nicht mehr die Marktbeherrschung, sondern die Möglichkeit einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs (*Significant Impediment to Effective Competition Test* - SIEC Test).[375] Marktmacht kann daher mit der Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb auszuschalten, gleichgesetzt werden. Ob eine solche durch einen Unternehmenszusammenschluss vorliegt, kann an Hand der in Art 2 Abs 1 lit b enumerativ aufgezählten Kriterien bewertet werden. Aus deren Vielzahl lässt sich schließen, dass für die Beurteilung von Marktmacht mehrere Faktoren beachtet werden müssen.[376] Im Kern jeder Entscheidung zu Unternehmenszusammenschlüssen stehen daher konkrete Überlegungen zu der künftigen Marktmacht des zu formenden Unternehmens, die den spezifischen Gegebenheiten der jeweiligen wirtschaftlichen Umstände Rechnung tragen sollen. Es überrascht nicht, dass daher ein ausdifferenziertes Beurteilungssystem von Marktmacht entstanden ist, das in seiner Vielfalt über das der kartellrechtlichen ex-post Kontrolle hinausgeht.

4.1.2. Marktmacht und Marktmachtmissbrauch

Ein Unternehmen kann nach dem Wortlaut von Art 102 AEUV durch einseitige Maßnahmen gegen das Kartellrecht verstoßen, wenn es durch diese Handlung seine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben missbräuchlich ausnützt. Eine Legaldefinition der Marktbeherrschung besteht – anders als in den Parallelbestimmungen im älteren europäischen Primärrecht – nicht. So definiert Art 66 des EGKS Vertrags eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens in § 7 dadurch, dass dieses „*einem tatsächlichen Wettbewerb in einem beträchtlichen Teile des gemeinsamen Marktes entzogen*“ wird[377]. Klarer beschreibt § 2 *leg cit*, welcher eine Ermächtigung zur Überprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen beinhaltet, eine marktbeherrschende Stellung als „*die Möglichkeit* […], *für einen wesentlichen Teil der betreffenden Erzeugnisse auf dem gemeinsamen Markt die Preise zu bestimmen oder den Absatz zu*

[374] *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 457.
[375] *Körber* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 2 FKVO Rz 183.
[376] *Hacker* in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hg), Europäisches Unionsrecht (2015) VO (EG) 139/2004 Artikel 2 Rz 12.
[377] Klarer ist hierbei die englische bzw französische Fassung: „*a dominant position which protects them from effective competition in a substantial part of the common market*“ sowie „*une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du marché commun*“.

kontrollieren oder einzuschränken, […] (und) *diese Erzeugnisse dem tatsächlichen Wettbewerb anderer Unternehmen auf dem gemeinsamen Markt zu entziehen.“*

Eine verbindliche Auslegung des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung musste daher durch die Judikatur zu erfolgen. In der Rs *United Brands* entwickelte der EuGH folgende Formel, die seit dem für die Beurteilung der Marktmacht im Kontext von Art 102 AEUV vielfach wiederholt wird: „*Mit der beherrschenden Stellung iSd Artikels ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, 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 schließlich den Verbraucher gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten*“[378].

Mit diesem Urteil vereint EuGH die in Art 66 § 2 und § 7 vorgesehenen Kriterien für die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung: einerseits die Fähigkeit, sich autonom zu verhalten, (s § 7) und andererseits, einen wirksamen Wettbewerb zu verhindern (s § 2). Das Verhältnis dieser Kriterien ist in der Lit str und nicht abschließend geklärt.[379]

Die EK präzisierte in ihren Erläuterungen zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art 82 des EG-Vertrags[380] Kriterien, die bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung maßgeblich sind. So prüft die EK die Intensität des Wettbewerbsdrucks, der auf ein Unternehmen ausgeübt wird, um daraus zu schließen, ob sich das Unternehmen unabhängig von seinen Mitbewerbern verhalten kann.[381] Es soll daher vom Marktumfeld des geprüften Unternehmens auf dessen potentielles Marktverhalten geschlossen werden; maW ist die Struktur des untersuchten Marktes ein Indiz für Marktmacht. Diese Herangehensweise firmiert in der ökonomischen Theorie unter der Bezeichnung *Structure-Conduct-Performance Paradigm* (SCP-Paradigm).[382]

In der Lit ist str,[383] ob die Herangehensweise der EK deckungsgleich mit den vom EuGH aufgestellten Erfordernissen zur Prüfung der marktbeherrschenden Stellung ist. So stellt der EuGH stärker auf verhaltensorientierte Kriterien zur Bestimmung von Marktmacht ab und folgt daher einem holistischen Ansatz,[384] in dem die Position des Unternehmens im Marktgefüge und dessen

---

[378] EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United brands*, Rz 63/66.
[379] Für eine kumulative Betrachtung dieser Elemente eintretend *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 77; sich für eine Trennung aussprechend *Eilmansberger/Bien* in *Bornkamm/Montag/Säcker* (Hg), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht[2] (2015) Art 102 AEUV Rz 73; vermittelnd *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 296.
[380] EK, Erläuterungen der Kommission bei der Anwendung von Art 82 des EG-Vertrags, 2009/C 45/02.
[381] EK, Prioritätenmittelung, Rz 10.
[382] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 66.
[383] *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 77; *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim,* Art 102 Rz 64; *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.134.
[384] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.133.

Verhalten gemeinsam betrachtet werden.[385] Die EK trennt dahingegen streng zwischen der Prüfung der Marktmacht und jener der marktmachtmissbräuchlichen Handlung. Diese Diskrepanz ist mE aus mehreren Gründen durchaus positiv zu bewerten. Durch die Beschränkung der EK auf Fälle, in denen auf Grund der Marktstruktur auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden kann, wird die Rechtssicherheit für Unternehmen erhöht. So kann ein Unternehmen, welches bspw nur sehr geringe Marktanteile hat, sicher gehen, dass eine einseitige Unternehmenspraktik nicht marktmachtmissbräuchlich ist. Dazu kommt, dass das *SCP-Paradigm* bei Ökonomen durchaus umstritten ist[386] und vorgebracht wird, dass in Grenzfällen durch die getrennte Betrachtung von Marktbeherrschung und Unternehmenspraktik uU Fehlschlüsse gezogen werden können.[387] Liegt ein solcher Fall vor, können im Verfahren vor der 2. Instanz diese Beurteilungsfehler vorgebracht werden.

Bei der Überprüfung von einseitigen Handlungen folgt das europäische Kartellrecht daher einem dualistischen System: Praktiken von Unternehmen, die nicht marktbeherrschend sind, werden nicht weiter geprüft, wohingegen Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen auf ihre Wettbewerbsschädlichkeit hin analysiert werden. Dabei gab es auch Ansätze, innerhalb der Gruppe der marktbeherrschenden Unternehmen zu differenzieren: So verwendete GA *Fenelly* den Begriff der *superdominance* um einen Grad an Marktbeherrschung, der einem Monopol nahe kommt, zu bezeichnen.[388] Hieraus wurde gefolgert, dass manche Unternehmenspraktiken nur dann wettbewerbswidrig seien, wenn sie von superdominanten Unternehmen vollzogen werden; die alleinige marktbeherrschende Stellung reiche nicht.[389] Dies wurde vom EuGH jedoch verworfen; demnach sieht Art 102 AEUV „*für den Begriff der beherrschenden Stellung weder eine Unterscheidung noch irgendeinen Grad vor*“[390].

[385] Eine ähnliche Herangehensweise wählte der US Supreme Court im Fall *Kodak*, s dazu weiterführend *Salop*, The first principles approach to antitrust, Kodak and antitrust at the millennium, Antitrust L. J. 2000, 191.
[386] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 67.
[387] *Salop*, Antitrust L. J. 2000, 194.
[388] Etwa GA *Fennelly* 29.10.1998, C-195/95, *CEWAL*, Rz 137.
[389] MwN *Ortiz Blanco*, Market power in EU antitrust law (2012) 50.
[390] EuGH 17.2.2011, C-52/09, *TeliaSonera,* Rz 80.

4.1.3. Indikatoren für Marktmacht

Für den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung müssen vielerlei unterschiedliche Kriterien in eine Gesamtbetrachtung eingehen. In der deutschsprachigen Lit hat sich eine Systematisierung dieser Indikatoren in Marktstrukturanalyse, Unternehmensstrukturanalyse und Marktverhaltensanalyse durchgesetzt.[391] Es besteht keine rechtliche Hierarchisierung dieser Prüfungen; aus der Kommissionpraxis ergibt sich jedoch, dass der Marktstrukturanalyse der wichtigste Platz eingeräumt wird. Ergibt das Marktumfeld kein eindeutiges Bild, werden die anderen genannten Indikatoren herangezogen.[392]

Im Folgenden soll jeweils ein illustratives Beispiel pro Gruppierung näher beschrieben werden, indem auf die Rolle von (i) Marktanteilen, (ii) Marktzutrittsschranken und (iii) Marktpreisen für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung eingegangen wird. Dabei wird jeweils zuerst der ökonomischen Hintergrund, warum von einem Indikator auf Marktmacht geschlossen werden kann, beschrieben und dann darauf eingegangen, wie diese Indikatoren in die Entscheidungspraxis eingegangen sind.

4.1.3.1. Marktanteile

Marktanteile sind Indikatoren, welche gemeinhin bei der Marktstrukturanalyse genauere Betrachtung erfahren. Die Marktstruktur kann mit der Wettbewerbssituation auf dem sachlich relevanten Markt gleichgesetzt werden; sie wird in erster Linie durch die Anzahl der Wettbewerber sowie deren Stärke bestimmt.[393] Eine leicht verständliche Kennzahl für die Marktkonzentration wird gemeinhin in der Aufteilung der Marktanteile erblickt.

4.1.3.1.1. Ökonomische Einordnung

Der Ansatz, von Marktanteilen auf Marktmacht zu schließen, geht auf das in Punkt 4.1.2. erläuterte *SCP-Paradigm* zurück: Nach diesem Modell sind die disziplinierenden Wettbewerbskräfte umso schwächer, je höher konzentriert der Markt ist.[394] Marktanteile werden dabei neben dem HHI-Index, welcher insb bei der Fusionskontrolle Anwendung findet, als Indikator für die Marktkonzentration herangezogen.

Aus ökonomischer Sicht können von Marktanteilen nicht uneingeschränkt Rückschlüsse auf die Marktmacht eines Unternehmens gezogen werden. Dies ist insb der Fall, wenn Marktanteile stark volatil sind und nur geringe Marktzutrittsschranken vorhanden sind.[395]

---

[391] *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 86; *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 88.
[392] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 103.
[393] *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 44.
[394] Mit einer Herleitung aus dem Cournot-Modell *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 65.
[395] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 146.

Besondere Vorsicht ist dabei bei Märkten geboten, die durch eine hohe Produktdifferenzierung geprägt sind. Liegt diese vor, können Marktanteile den Wettbewerbsdruck, der von Wettbewerbern ausgeht, nur unzureichend abbilden, da innerhalb des Marktes heterogene Substitutionsbeziehungen bestehen.[396] Geht man bspw von einem Markt von Smartphones aus, so werden Geräte, die Betriebssystem A nützen, untereinander leichter substituierbar sein als Geräte mit einem anderen Betriebssystem. Aus diesem Grund ist der Wettbewerbsdruck, der von einem Hersteller von Produkten mit derselben Software ausgeht, höher – dies muss sich aber nicht in den Marktanteilen abbilden.

4.1.3.1.2. Juristische Einordnung

Die EK erblickt in Marktanteilen einen „*ersten aufschlussreichen Indikator*" zur Beurteilung von Marktmacht.[397] Trotz dieser vorsichtigen Formulierung darf die praktische Bedeutung von Marktanteilen nicht unterschätzt werden, da sie relativ einfach zu erheben sind.[398]

Mit Marktanteilen wird der Anteil des untersuchten Unternehmens am gesamten sachlich relevanten Markt beschrieben.[399] Die Berechnung von Marktanteilen kann auf der Basis des Werts oder der Menge der abgesetzten Leistungen erfolgen; sind diese Daten für das untersuchte Marktumfeld von geringer Relevanz, können auch andere Indikatoren herangezogen werden.[400] Die EK erörtert in ihren Entscheidungen typischerweise die Bezugsgröße der Anteile nicht weiter,[401] bei Märkten für differenzierte Produkte wird jedoch davon ausgegangen, dass der relative Anteil der Verkaufserlöse die Marktposition des untersuchten Unternehmens besser widerspiegelt.[402]

Die Höhe der absoluten Marktanteile des untersuchten Unternehmens determiniert den Verlauf der weiteren Prüfung der Marktmacht. Je höher die Marktanteile eines Unternehmens, desto eher kann ohne Heranziehung weiterer Untersuchungen von einer Marktbeherrschung ausgegangen werden. So kann ein Monopolist mit 100 % Marktanteil zweifellos als marktbeherrschend qualifiziert werden.[403]

Nach Jud der europäischen Gerichte haben hohe Marktanteile eine prominente Stellung in der Beurteilung der Marktbeherrschung. So sprach der EuGH in der Rs *Hofmann-La Roche* zu einem Marktanteil von über 70 % aus, dass „*besonders hohe Anteile – von außergewöhnlichen Umständen*

[396] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.152.
[397] EK, Prioritätenmittelung, Rz 13.
[398] *Ortiz Blanco*, Market power in EU antitrust law, 53.
[399] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 53.
[400] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 54.
[401] *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 90.
[402] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 55.
[403] EuG 22.11.2001, T-139/98, *AAMS*, Rz 52.

abgesehen – ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern."[404] Auch in späteren Entscheidungen war ein Marktanteil von 70-80 % „*ein klares Indiz für eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt*"[405]. Besonders weit ging der EuGH in der Rs *AKZO*, in der er bereits in einem Marktanteil von 50 % ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sah.[406] Str ist, ob die Formulierung des EuGH so ausgelegt werden muss, dass hohe Marktanteile eine widerlegliche Legalvermutung für eine marktbeherrschende Stellung statuieren oder ob einer solchen Marktstruktur nur ein hoher Beweiswert zukommt.[407]

Klar ist jedoch, dass unterhalb der Schwelle von 50 % noch weitere Faktoren einbezogen werden müssen, damit eine marktbeherrschende Stellung begründet werden kann. So wurde in der bereits erwähnten Rs *Hoffmann-La Roche* die Kommissionsentscheidung tw widerrufen, da ein Marktanteil von 43 % ohne weitere Indizien noch nicht hinreichend für eine Marktbeherrschung sei.[408] IdZ kommt insb relativen Marktanteilen eine wichtige Rolle zu: Hierbei wird der Marktanteil des wichtigsten Mitbewerbers ermittelt. Ist dieser bedeutend geringer als jener des untersuchten Unternehmens, kann auch einem Marktanteil von knapp unter 40 % Indizwirkung für die Marktbeherrschung zukommen.[409]

Geringe Marktanteile sind nach Auffassung der Kommission ein zuverlässiger Indikator dafür, dass keine marktbeherrschende Stellung vorliegt; dabei werden Marktanteile unter 40 % als Schwelle angegeben.[410] Dies bedeutet, dass bei Unternehmen, die einen Marktanteil unterhalb dieser Schwelle aufweisen, Marktbeherrschung nur konstatiert werden kann, wenn zusätzliche Faktoren diese maßgeblich mitbegründen;[411] aus diesem Grund wird die Marktanteilsschwelle von 40 % von manchen als „*soft safe harbour*" bezeichnet.[412] Jedenfalls kann aber bei einem Marktanteil von 10 % davon ausgegangen werden, dass keine Marktbeherrschung vorliegt.[413]

Die Bedeutung von Marktanteilen steht in einem engen Zusammenhang mit der Dynamik der untersuchten Märkte. So geht die EK davon aus, dass bei volatilen Märkten das Abstellen auf eine

---

[404] EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche,* Rz 41.
[405] EuG 12.12.1991, T-30/89, *Hilti*, Rz 92.
[406] EuGH 3.7.1991, C-62/86, *AKZO*, Rz 60.
[407] Für eine Legalvermutung eintretend *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 148; *Whish/Bailey*, Competition law[8] (2015) 192; sich dagegen aussprechend *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 105; *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 AEUV Rz 4.163.
[408] EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche,* Rz 58.
[409] EuG 17.12.2003, T-219/99, *British Airways*.
[410] EK, Prioritätenmittelung, Rz 14.
[411] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 106.
[412] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.165.
[413] EuGH 22.10.1986, C-75/84, *Metro/Saba*, Rz 85.

statische Betrachtung von Marktanteilen unzureichend ist.[414] Generell muss für die richtige Bewertung von Marktanteilen der Nachweis erbracht werden, dass die vorgefundene Marktstruktur hinreichend stabil ist. So verlangt der EuGH in *Hoffmann-La Roche*, dass ein Unternehmen den besonders hohen Marktanteil während längerer Zeit innehaben muss.[415] Hieraus kann gefolgert werden, dass Marktanteile stets dahingehend zu überprüfen sind, ob sie tatsächlich die Marktsituation wiedergeben – insb iZm der Möglichkeit von Marktzutritten.[416] Das bloße Sinken von Marktanteilen ist jedoch nicht hinreichend, um eine marktbeherrschende Stellung zu verneinen.[417]

4.1.3.2. Marktzutrittsschranken

Marktzutrittsschranken können sowohl in der Marktstrukturanalyse als auch in der Unternehmensstrukturanalyse geprüft werden – je nachdem, ob die Marktzutrittsschranke auf marktspezifische oder unternehmensspezifische Eigenschaften zurückzuführen ist.

4.1.3.2.1. Ökonomische Einordnung

Marktzutrittsschranken (engl *barrier to entry* und *barrier to expansion)* sind wichtige Indikatoren, um die Marktmacht eines Unternehmens auf indirekte Art und Weise zu ermitteln. Dies folgt aus dem Konzept, dass Marktanteile alleine nur ein unvollständiges und statisches Bild einer Marktsituation wiedergeben. Sind keine bzw nur sehr niedrige Marktzutrittsschranken vorhanden, könnte nach der *contestable market theory*[418] selbst ein Unternehmen mit 100% Marktanteil keine Monopolrente realisieren, da es innerhalb kürzester Zeit zu Markteintritten kommen könnte. Im Umkehrschluss ergibt sich, dass bei Vorhandensein von hohen Marktzutrittsschranken die Marktmacht eines Unternehmens schwerer wiegt, da potentielle Wettbewerber am Markteintritt bzw an der Erweiterung des Outputs gehindert werden.[419]

Der Begriff der Marktzugriffsschranken verdeckt die generelle Tragweite eben dieses Indikators. Dieser umfasst nicht nur den Neuzutritt eines neuen Mitbewerbers (*barrier to entry*), sondern auch die Ausdehnung der Marktmacht eines bereits vorhandenen Mitbewerbers (*barrier to expansion*).[420]

Der genaue Umfang des Begriffs der Marktzutrittsschranke ist str und von einem Konflikt zwischen verschiedenen ökonomischen Denkschulen (Harvard und Chicago School) geprägt. Nach *Bain*, der

---

[414] EK, Prioritätenmittelung, Rz 13.
[415] EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche,* Rz 41.
[416] *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 92.
[417] *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 56.
[418] In dieser von *Baumol et al.* entwickelten Theorie wird die These aufgestellt, dass ein Unternehmen auch durch potentiellen Wettbewerb von der Reduzierung des Outputs abgehalten werden kann.
[419] *Jones/Sufrin*, EU competition law: text, cases, and materials[5] (2014) 86.
[420] Mit einer umfassenden historischen Analyse des Begriffs *McAfee/Mialon/Williams*, What is a Barrier to Entry?, AER 2004, 461.

der Harvard school zuzurechnen ist, können Markteintrittsbarrieren wie folgt beschrieben werden: „*The extent to which established firms can on the average over a long period, elevate prices over a long-run competitive level while still forestalling entry*"[421]. Daraus folgend identifiziert *Bain* vier verschiedene Formen von Marktzutrittsschranken: (i) absolute Kostenvorteile, d.h. durchwegs geringere Stückkosten als Wettbewerber, (ii) Skaleneffekte, (iii) Produktdifferenzierung und (iv) Vorteile beim Zugang zu Finanzierungen.[422] *Stigler*, der zu der Chicago School gerechnet wird, geht von einem engeren Begriff der Marktzutrittsschranke aus, welcher nur die Kosten umfasst, die ein Markteintritt verursacht, die aber nicht durch das bereits am Markt befindliche Unternehmen getragen werden mussten.

Auf Grund der Bedeutung von Marktzutrittsschranken für die Praxis der Wettbewerbsregulierung wurde von der OECD eine umfassende Sammlung von möglichen Formen von Marktzutrittsschranken publiziert.[423] Dabei wird dieser Begriff weit ausgelegt; er umfasst neben den von *Bain* aufgezählten Formen eine Vielzahl von strukturellen und strategischen Marktindikatoren, wie etwa Wechselkosten, Netzwerkeffekte, Reputationseffekte usw.

4.1.3.2.2. Juristische Einordnung

Das Konzept der Marktzutrittsschranken wird von der EK für die Prüfung der Marktstruktur aktiv zumeist iZm Unternehmenszusammenschlüssen verwendet[424]. So werden explizit rechtliche Vorteile durch Regulierungen, irreversible Kosten, *economies of scale* und *scope*, Kostenvorteile, ein privilegierter Zugang zu Inputs, ein gut ausgebautes Distributionsnetzwerk, Reputationseffekte sowie andere strategische Markteintrittsschranken als Marktzutrittsschranken anerkannt.[425] Die EK folgt daher einem weiten Ansatz in der Betrachtung von Marktzutrittsschranken, der auch von der OECD vorgeschlagen wird (s bereits Punkt 3.2.1).

Marktzutrittsschranken haben in unterschiedlicher Weise Einfluss auf die kartellrechtliche Beurteilung. Einerseits wird in niedrigen Marktzutrittsschranken ein Faktor gesehen, der geeignet ist, die negativen Auswirkungen von Marktmacht abzuschwächen und sohin Marktkräfte zu stärken. So berücksichtigt die EK bei der Beurteilung von Marktmacht die „*potenziellen Auswirkungen der tatsächlichen oder drohenden Expansion vorhandener Wettbewerber bzw von tatsächlichen oder drohenden Markteintritten*".[426] Die EK spezifiziert iZm Unternehmenszusammenschlüssen, dass an

[421] *Bain*, Barriers to New Competition Their Character and Consequences in Manufacturing Industries (1956) 44.
[422] *Kokkoris/Shelanski*, EU merger control: a legal and economic analysis (2014) Rz 10.07.
[423] OECD 6.3.2005, Policy Roundtables, Barriers to Entry, abrufbar unter http://www.oecd.org/competition/abuse/36344429.pdf [6.2.2017].
[424] EK, Prioritätenmittelung, Rz 34ff, EK 05.02.2004, 2004/C 31/03 (Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse) Rz 68ff.
[425] EK, Prioritätenmittelung, Rz 40.
[426] EK, Prioritätenmittelung, Rz 16.

Hand eines dreistufigen Tests geprüft werden soll, ob der Wettbewerbsdruck durch potentielle Markteintritte hinreichend ist. Es wird (i) die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts beurteilt.[427] Der Maßstab dafür ist, ob in einer Gesamtbetrachtung der ökonomischen Umstände ein Markteintritt profitabel möglich ist. Danach wird geprüft, ob (ii) ein Markteintritt rechtzeitig vonstattengehen kann, wobei eine Dauer von mehr als zwei Jahren als nicht rechtzeitig beurteilt wird.[428] Schließlich wird (iii) gefragt, ob ein Markteintritt in ausreichendem Umfang möglich ist.

Andererseits gehen auch besonders prononcierte Marktzutrittsschranken in die kartellrechtliche Beurteilung ein. Hierauf lässt etwa die Beurteilung von nichthorizontalen Unternehmenszusammenschlüssen schließen, bei denen geprüft wird, ob ein vor- oder nachgelagerter Markt durch den Unternehmenszusammenschluss abgeschottet wird. Eine Abschottung zu den Einsatzmitteln liegt dann vor, wenn der Wettbewerb am nachgelagerten Markt dadurch behindert wird, dass die Lieferung von Vorleistungen verweigert oder der Zugang zu diesen erschwert wird. [429] Dadurch erhöhen sich die Kosten für Wettbewerber am nachgelagerten Markt, die auf diese Vorleistungen angewiesen sind; der Marktzutritt am nachgelagerten Markt wird folglich erschwert.

Relevant für die Beurteilung von Marktzutrittsschranken ist, innerhalb welchen Zeitraums Mitbewerber in den Markt eintreten bzw ihr Angebot umstellen können. Nach Ansicht der EK sind Marktzutrittsschranken signifikant, wenn ein Unternehmen durch einen drohenden Marktzutritt nicht davon abgehalten wird, seine Preise zu erhöhen.[430] Es wird daher darauf abgestellt, ob durch einen potentiellen, zeitlich nahe liegenden Markteintritt die Ausübung von Marktmacht unterbunden werden kann; die konkrete Dauer variiert dabei nach den wirtschaftlichen Umständen der betrachteten Märkte, bei dynamischen Märkten sind diese wohl tendenziell kürzer.[431]

---

[427] EK 05.02.2004, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rz 68ff.
[428] *Kokkoris/Shelanski*, EU merger control, Rz 10.49.
[429] EK 18.10.2008, 2008/C 265/07 (Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse) Rz 31.
[430] EK, Prioritätenmittelung, Rz 16.
[431] *Gauß*, Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots in innovativen Märkten, 108.

4.1.3.3. Preis

Bei der Überprüfung des Marktverhaltens ist insb die Preispolitik eines Unternehmens von Bedeutung. Dies folgt aus dem Umstand, dass aus der Sicht der ökonomischen Theorie die Preisanalyse die einzige Möglichkeit zur direkten Bestimmung von Marktmacht darstellt.

4.1.3.3.1. Ökonomische Einordnung

In der ökonomischen Literatur wird Marktmacht mit der Fähigkeit gleichgesetzt, den Preis über einen längeren Zeitraum gewinnbringend über das Wettbewerbsniveau anheben zu können.[432] Daraus folgt, dass zwei Kriterien zu prüfen sind: Einerseits muss es einem Unternehmen möglich sein, den Preis zu erhöhen und damit einen erhöhten Profit zu lukrieren. Andererseits muss der verlangte Preis höher als der Wettbewerbspreis sein.

Nach allgemeinen mikroökonomischen Theorien geht die Erhöhung des verlangten Preises für ein Produkt mit einem Sinken der abgesetzten Menge einher. Damit ein Unternehmen trotz Preiserhöhungen seinen Profit steigern kann, müssen durch den gestiegenen Preis die Umsatzverluste für die nicht abgesetzte Menge ausgeglichen werden. Maßgeblich hierfür ist die Sensitivität der Abnehmer für Preiserhöhungen: Je stärker diese auf einen erhöhten Preis reagieren, desto schwieriger ist es für ein Unternehmen, Marktmacht auszuüben.[433] Als Maß für die Reaktivität von Verbrauchern auf Preiserhöhungen wird in der Ökonomie das Maß der Preiselastizität der Nachfrage ermittelt (s bereits Punkt 3.1.3.2.).[434]

Aus diesen Überlegungen heraus wurde der Lerner-Index entwickelt, welcher in der Ökonomie als Maß für die Marktmacht herangezogen wird.[435] Dieser gibt die Möglichkeit eines Unternehmens an, sich bei der Preisfestsetzung frei verhalten zu können.[436]

Der verlangte Preis muss höher sein als der Wettbewerbspreis. In einem vollkommenen Markt gehen Ökonomen davon aus, dass der Wettbewerbspreis den Grenzkosten entspricht.[437] In reellen Märkten wird eine Gleichsetzung von Grenzkosten und Wettbewerbspreis jedoch in aller Regel nicht erfolgen können,[438] weshalb der Wettbewerbspreis eigens bestimmt werden muss. Dies ist in

---

[432] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 51.
[433] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 55ff.
[434] *Werden*, Demand elasticities in antitrust analysis, ALJ 1998, 363 (367).
[435] *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 88.
[436] Der Lerner-Index berechnet sich aus der Differenz von beobachtetem Preis und Grenzkosten im Verhältnis zum beobachteten Preis, also (P-GK)/P. Der Lerner-Index kann auch als invertierte Preiselastizität aufgefasst werden. S dazu weiterführend *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 89.
[437] *Pindyck/Rubinfeld*, Mikroökonomie (2009) 464.
[438] *Werden*, ALJ 1998, 370.

der Kartellrechtspraxis jedoch nur in den seltensten Fällen möglich,[439] weshalb der Beurteilung von Marktmacht durch die Preisgestaltung nur ein eingeschränkter Stellenwert zukommt.

4.1.3.3.2. Juristische Einordnung

Nach Auffassung der EK kann „*ein Unternehmen, das über einen längeren Zeitraum seine Preise gewinnbringend auf ein Niveau über dem Wettbewerbspreis erhöhen kann* (…) *als marktbeherrschend betrachtet werden*“.[440] Dies entspricht dem in Punkt 4.1.3.3.1. erörterten ökonomischen Ansatz zur Bestimmung von Marktmacht. Da – wie ausgeführt – die Bestimmung des Wettbewerbspreises mit großen Schwierigkeiten verbunden ist,[441] wird von der EK tw von der Preispolitik des untersuchten Unternehmens im Vergleich zu der Preispolitik von Mitbewerbern auf Marktmacht geschlossen.

In der Kartellrechtspraxis wurden Unternehmen, die hohe Marktanteile halten können, obwohl sie höhere Preise als Mitbewerber verlangen, regelmäßig als marktbeherrschend angesehen.[442] In einem anderen Fall[443] merkte die EK an, dass ein marktmächtiges Unternehmen zu regelmäßigen Preiserhöhungen trotz eines schwierigen Marktumfelds in der Lage war.[444]

Die Hypothese, dass aus einem hohen Marktpreis auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden kann, ist jedoch nicht umkehrbar; dh das Anbieten von Produkten zum Marktpreis ist kein Indiz für eine fehlende marktbeherrschende Stellung. Die EK hat selbst die Rolle eines Unternehmens als Preisführer als relevantes Indiz für die Qualifikation als Marktbeherrscher herangezogen.[445]

Aus der Zusammenschau der ergangenen Entscheidungen lässt sich folgern, dass von der Preispolitik eines Unternehmens nicht einheitlich auf Marktmacht geschlossen werden kann. Der Marktpreis selbst ist dabei in keiner der Entscheidungen ein ausschlaggebendes Kriterium für die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung; in einer Gesamtbetrachtung fließt er jedoch in die Wertungen ein.

---

[439] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 60.
[440] EK, Prioritätenmittelung, Rz 11.
[441] So wird in sämtlichen online verfügbaren Entscheidungen zu Art 101 und Art 102 AEUV der Begriff „competitive price“ nur 6-mal – eher beiläufig – erwähnt.
[442] EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United brands,* Rz 128.
[443] EK 14.12.1985, IV/30.698, *AKZO*.
[444] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 118.
[445] EK 13.12.2000, COMP/33.133-C, *Soda Ash/Solvay,* Rz 138.

4.2. Digitale Märkte

Die besonderen ökonomischen Charakteristika von DG zeitigen zweifellos Auswirkungen auf das Wettbewerbsgeschehen, weshalb eine angepasste kartellrechtliche Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung vonnöten ist. Hierbei ist insb der in Punkt 2.1.4. ausgeführte Umstand von Belang, dass digitale Märkte durch eine besonders ungleiche Verteilung von Marktanteilen und Profiten charakterisiert sind; digitale Märkte werden häufig durch einen Monopolisten – zumindest temporär – dominiert. In einer herkömmlichen indirekten Analyse der Marktmacht würde die marktbeherrschende Stellung häufig zu bejahen sein.

Es drängt sich daher die Frage auf, wie Marktmacht bestimmt werden kann, wenn eine hohe Marktkonzentration durch die ökonomischen Gegebenheiten des Markts bedingt ist. Dass selbst ein Marktführer mit hohen Marktanteilen uU nicht marktmächtig ist, wird mit dem Begriff des temporären Monopols ausgedrückt: Selbst ein Marktführer[446] läuft in Gefahr, vollkommen aus dem Markt gedrängt zu werden, wenn „*er sich auf seinen Lorbeeren ausruht*"[447]. Digitale Märkte sind durch eine hohe Wettbewerbsdynamik charakterisiert; Unternehmen in digitalen Märkten unterliegen daher einem ständigen Wettbewerbsdruck.[448]

Es stellt sich daher die Frage, ob es in diesen Märkten überhaupt einer kartellrechtlichen Intervention iSd Art 102 AEUV bedarf. So könnte vorgebracht werden, dass es in einem solchen Marktumfeld generell an einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens fehlt, da sich selbst ein Marktführer stets einem innovativen Wettbewerbsdruck ausgesetzt sieht.[449] Die hL[450] und Rsp[451] gehen jedoch davon aus, dass auch in einem dynamischen Marktumfeld Verbraucher durch wettbewerbswidrige Handlungen geschädigt werden können, weshalb eine kartellrechtliche Intervention in diesem Kontext nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden sollte.

Die besonderen ökonomischen Charakteristika von digitalen Märkten erfordern jedoch eine modifizierte Herangehensweise bei der kartellrechtlichen Analyse. Dies bietet die Legitimation, von bestehenden generellen Rechtssätzen zur Beurteilung von Marktmacht abzugehen. Im Folgenden soll nun darauf eingegangen werden, inwiefern in diesem Kontext von den in Punkt 4.1.

---

[446] Anekdotische Beispiele hierfür sind etwa die StudyVZ Netzwerke oder MySpace, welche trotz ihrer dominanten Stellung am Markt mittlerweile weitgehend vom Bildschirm der Internetnutzer verschwunden sind.
[447] *Körber*, WuW 2015, 124.
[448] So hat *Microsoft* im Jahr 2004 darauf hingewiesen, dass in Zukunft die mobilen Endgeräte eine wichtigere Rolle spielen würden und sohin Microsofts hoher Marktanteil für PC-Betriebssysteme durch eine technologische Revolution gefährdet sei, s EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 465ff.
[449] So etwa *Teece/Coleman*, The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries, TAB 1998, 809.
[450] *Peeperkorn/Verouden,* The Economics of Competition, in The EU law of competition Rz 1.131.
[451] EK 16.7.2003, COMP/38.233, *Wanadoo*, Rz 217; EuG 30.1.2007, T-340/03, *Wanadoo,* Rz 110ff.

erarbeiteten Grundsätzen der Überprüfung der marktbeherrschenden Stellung abgewichen werden muss.

4.2.1. Marktanteile

Der Rückgriff auf die Marktstruktur, um auf Marktmacht zu schließen, ist iZm dynamischen digitalen Märkten überaus str.[452] Dies rührt daher, dass das der Einbeziehung der Marktstruktur zu Grunde liegende *SCP-Paradigm* auf einem rein statischen Marktkonzept beruht. Interaktionen zwischen dem Marktverhalten (*Conduct*) und der Marktstruktur (*Structure*) finden in diesem Modell keinen Widerhall.[453]

Diese Annahme ist für digitale Märkte besonders fehlgeleitet; diese werden durch innovatives Unternehmenshandeln determiniert. Diese Form des Wettbewerbs wird in der englischsprachigen Lit oft – nach dem bedeutenden österreichischen Nationalökonomen *Schumpeter – Schumpeterian Competition* genannt. Im Kern des Schumpeter'schen Wettbewerbsmodells liegt Innovation: Wettbewerb basiert demnach va auf Innovationszyklen und nicht auf statischem Preiswettbewerb.[454] In diesen Märkten konkurrieren Unternehmen durch Produktneuentwicklungen *um* einen Markt als ganzen, der Wettbewerb *in* einem Markt erfolgt nachgelagert durch Nachahmer des Innovators. Eine gegebene Marktstruktur ist aus dieser Sicht nur eine Momentaufnahme, die den Stand eines Innovationszyklus widerspiegelt; durch innovatives Unternehmenshandeln kann ein neuer Markt geschaffen werden, den der Innovator anfangs vollkommen beherrscht. Die hohen Marktanteile von *Google, Facebook* und Co können daher als Indiz aufgefasst werden, dass der Markt noch im Stadium des Wettbewerbs *um* den Markt ist.

Aus diesem Grund ist es unstr, dass Marktanteile bei digitalen Märkten nur sehr mittelbar in die Beurteilung von Marktmacht eingehen können.[455] Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, wie in der Entscheidungspraxis Marktanteile in entsprechenden Sachverhalten gewürdigt wurden.

---

[452] S etwa *Dietrich*, Wettbewerb in Gegenwart von Netzwerkeffekten, 128.
[453] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 66.
[454] *Katz/Shelanski*, "Schumpeterian" Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, Comp 2005, 47 (51).
[455] *Evans/Schmalensee*, Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries, NBER Working paper series 2001, 24.

4.2.1.1. Berechnung von Marktanteilen

Für die Berechnung von Marktanteilen ist bei dynamischen digitalen Märkten zu beachten, auf welcher Basis diese berechnet werden. So kann es bei dynamischen Märkten zu signifikant unterschiedlichen Ergebnissen führen, ob Marktanteile von der abgesetzten Stückzahl oder vom Umsatz berechnet werden. Während bspw bei einer Marktstudie im Smartphone-Markt *Samsung* den höchsten Marktanteil bei der abgesetzten Menge aufwies, war Apple der Marktführer im Vergleich der Umsätze.[456]

In digitalen Märkten werden regelmäßig komplex ausdifferenzierte Produkte gehandelt, bei denen Interdependenzen mit anderen Märkten bestehen.[457] Deswegen wird nach Ansinnen der EK[458] va auf den Wert der abgesetzten Güter abgestellt.

Die Berechnung von Marktanteilen auf der Basis des Umsatzes ist freilich nicht möglich, wenn es keine geldwerte Gegenleistung für das angebotene Gut gibt[459] oder diese nur geringe Aussagekraft hat.

Insb bei Unternehmen in der Internetökonomie ist die Berechnung von Marktanteilen nach Aussage der EK problematisch, da keine verlässlichen Daten für die absolute Größe des ganzen Internetsektors oder für Subsektoren vorhanden sind. Zudem ist unklar, auf Basis welcher Einheit die Marktanteile berechnet werden können.[460] Bei einem Verfahren zur Fusionskontrolle zweier Anbieter von Internet-Anschlussdiensten führte die EK daher eigene Untersuchungen durch und hat auf den Anteil des Internet-Traffics der untersuchten Unternehmen am gesamten Datenverkehr abgestellt.[461]

Werden in Entscheidungen direkte oder indirekte Netzwerkeffekte thematisiert, kommt es häufig auch zu einer Erhebung des Anteils der Nutzer an der Gesamtheit der Nutzer in einem bestimmten Markt. Dies war etwa der Fall beim Zusammenschluss von *Microsoft* und *Skype*,[462] *Facebook* und *WhatsApp*[463] sowie *Oracle* und *Sun*.[464] Dies ist mE zu begrüßen, da der Nutzeranteil ein Indiz über die Stärke der Netzwerkeffekte darstellen kann.

---

[456] *Petit*, Droit européen de la concurrence (2013) Rz 781.
[457] *Coates*, Competition law and regulation of technology markets (2011) Rz 3.146ff.
[458] Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Rz 55.
[459] So etwa auch EK 21.1.2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun*, Rz 127; hier wird ein Großteil der Software als open source zur Verfügung gestellt, weswegen die EK Marktumfragen zur Ermittlung der tatsächlichen Nutzerschichten durchführte.
[460] EK 8.7.1998, IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, Rz 95.
[461] EK 8.7.1998, IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, Rz 107.
[462] EK 7.10.2011, M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 79.
[463] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 97.
[464] EK 21.1.2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun*, Rz 124ff.

4.2.1.2. Bedeutung von Marktanteilen

Die europ Rsp sieht – wie in Punkt 4.1.3.1.2. erörtert – in hohen Marktanteilen ein Indiz für Marktmacht, ihr Beweiswert hängt jedoch von der jeweiligen Produktions-, Angebots- und Nachfragestruktur ab.[465] Auch die EK misst die Bedeutung von Marktanteilen an der Dynamik auf dem betreffenden Markt.[466] Unklar war lange Zeit, welche Rolle Marktanteile in hochdynamischen Märkten spielen. So maß die EK im Jahr 2003 einem Marktanteil von über 50 % auch in einem dynamischen Marktumfeld wesentliche Bedeutung bei.[467] Demnach gibt ein dynamisch verlaufender Wettbewerb keinen Grund, von der Rsp des EuGH zur Bedeutung von Marktanteilen abzugehen.

In einer rezenteren Entscheidung sprach das EuG iZm einem Unternehmenszusammenschluss im Markt für private Online-Kommunikation aus, dass dies „*ein jüngerer, expandierender Bereich, der von kurzen Innovationszyklen gekennzeichnet ist und in dem sich große Marktanteile als vergänglich erweisen können* [ist]. *In einem solchen dynamischen Umfeld sind hohe Marktanteile nicht zwangsläufig ein Hinweis auf eine Marktmacht* (…)".[468] Hieraus ergibt sich, dass hohen Marktanteilen im Kontext von dynamischen Märkten nicht derselbe Beweiswert zukommt, wie ihn der EuGH in der Rs *Hoffmann-La Roche* erblickt hat; hohe Marktanteile alleine sind daher noch kein Garant für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Das EuG geht sogar so weit, in diesem Kontext Marktanteile nur als „*Arbeitshypothese*" heranzuziehen und nicht als Hinweis auf Marktmacht zu sehen.[469] Jedenfalls müssen noch weitere Elemente in die Gesamtbetrachtung eingehen, auf die für die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung abzustellen ist.

Es führt jedoch zu weit, in digitalen Märkten Marktanteilen jegliche Aussagekraft abzusprechen. Notwendig ist es hierbei jedoch, die Entwicklung der Marktanteile im zeitlichen Zusammenhang zu beachten. Dies kann vergangenheitsbezogen und zukunftsbezogen erfolgen. Eine vergangenheitsbezogene Analyse ist insb für dynamische Märkte von Bedeutung, herrscht bei diesen doch ein auf Innovation beruhender Wettbewerb um den Markt.[470] Ein Unternehmen, welches sich im Innovationswettbewerb durchsetzt, mag zwar marktbeherrschend sein, die marktbeherrschende Stellung ist jedoch instabil. Die historische Analyse der Marktstruktur ist daher insoweit relevant, als dass die Veränderungen der Marktanteile ein Maß für die Volatilität des Marktes sein können. Im Umkehrschluss kann im Kontext von dynamischen Märkten das Erhalten von hohen Marktanteilen über einen längeren Zeitraum als Indiz für die Stabilität der Marktmacht

[465] EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche,* Rz 40.
[466] EK, Prioritätenmittelung, Rz 13.
[467] EK 16.7.2003, COMP/38.233, *Wanadoo*, Rz 216ff.
[468] EK 7.10.2011, M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 69.
[469] EK 7.10.2011, M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 74.
[470] *Rato/Petit*, Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered?, Eur. Compet. J. 2013, 1 (14).

anerkannt werden. So betonte die EK im Verfahren gegen *Microsoft*, dass das Unternehmen seinen Marktanteil von ca 90 % bereits seit 10 Jahren konstant hält.[471] Im laufenden Verfahren gegen *Google Search* bringt die EK gegen Bedenken, dass auf Grund der Dynamik des Marktes Googles Marktmacht nur temporär sei, vor „*Google has had a strong position in web search in most European countries for a number of years now. It does not seem likely that another web search service will replace it as European users' web search service of choice*."[472] Die Analyse der Marktstruktur in dynamischen Märkten hat daher dualen Charakter: Einerseits bietet sie Indizien für die Robustheit der vorgefundenen Marktverhältnisse. Andererseits kann bei hinreichend robusten Marktverhältnissen die Marktstruktur als Hinweis für das Vorliegen von Marktmacht dienen.

Wenn von Marktanteilen im Kontext von dynamischen Märkten auf Marktmacht geschlossen werden soll, wird vorgebracht, dass es zu keiner statischen Betrachtungsweise von Marktanteilen kommen kann; vielmehr müsse eine Prognose der weiteren Marktentwicklungen erfolgen.[473] Eine solche Herangehensweise ist bereits aus der Fusionskontrolle bekannt; bei dieser sollen die künftigen Auswirkungen des Unternehmenszusammenschlusses beurteilt werden. Um *pro futuro* Aussagen über die Marktstruktur treffen zu können, muss das zukünftige Verhalten der Wettbewerber antizipiert werden, dh es muss eine Prognose erfolgen, inwiefern neue Mitbewerber in den Markt eintreten bzw bereits vorhandene Mitbewerber ihren Marktanteil ausbauen können.

Die Prognose des künftigen Wettbewerbs ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, da künftige technische Entwicklungen, Produktinnovationen und Marktreaktionen in einem volatilen Umfeld abgeschätzt werden müssen. Dazu kommt, dass bei digitalen Märkten signifikante Informationsasymmetrien bzgl künftiger Marktentwicklungen zwischen den Kartellbehörden und den involvierten Unternehmen bestehen; diese Informationsasymmetrie ist beim *enforcement* von Marktmachtmissbräuchen besonders akzentuiert.[474]

---

[471] EK 16.12.2009, COMP/C-3/39.530, *Microsoft*, Rz 24.
[472] EK 25.4.2013, Pressemitteilung „Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers".
[473] *Dreher*, ZWeR 2009, 170.
[474] *Gauß*, Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots in innovativen Märkten, 100.

4.2.2. Marktzutrittsschranken

Geht man davon aus, dass die Bestimmung von Marktmacht bei dynamischen digitalen Märkten stets ein zukunftsgerichtetes Element beinhalten muss, gewinnt die Frage an Bedeutung, inwiefern die Marktstruktur sowie die Struktur des untersuchten Unternehmens Marktzutrittsschranken darstellen. Existieren signifikante Marktzutrittsschranken, ist es einem Mitbewerber nur schwerlich möglich, einen höheren Output zu erzielen, und ein potentieller Mitbewerber muss hohe Kosten für einen Markteintritt tragen. Es kann daher von der derzeitigen Verfassung des Marktes auf die Wahrscheinlichkeit von potentiellem Wettbewerb geschlossen werden.

Marktzutrittsschranken können folglich ein Indiz dafür sein, wie stabil die vorgefundenen Marktverhältnisse sind. Sind in einem Markt nur geringe Marktzutrittsschranken vorhanden, können jederzeit neue Mitbewerber eintreten und selbst ein Marktführer unterliegt der *contestable market theory* zu Folge einem Wettbewerbsdruck. In diesem Fall ist die derzeitige Marktstruktur nur ein unzureichendes Indiz für Marktmacht.

Bei der Analyse von Marktzutrittsschranken ist zwischen Marktzutrittsschranken, die den zu Grunde liegenden Markt betreffen, und Marktzutrittsschranken, die die Unternehmensstruktur betreffen, zu unterscheiden. Die Marktzutrittsschranken, die aus der Marktstruktur resultieren, betreffen klarerweise nur den Wettbewerb im untersuchten Markt. Marktzutrittsschranken, welche die Unternehmensstruktur betreffen, transzendieren den Markt, in dem das Unternehmen im Beobachtungszeitpunkt tätig bzw marktmächtig ist, und entfalten auch auf anderen Märkten Wirkung. Unternehmensstrukturbezogene Marktzutrittsschranken umfassen daher auch den Wettbewerb um den Markt; dh die Fähigkeit eines Unternehmens, sich in einem neuen, im Entstehen begriffenen Markt durchzusetzen.

In der Folge sollen drei Typen von Marktzutrittsschranken beschrieben und in der Anwendungspraxis verortet werden, die charakteristisch für digitale Märkte sind. Zwei davon (Netzwerkeffekte und Wechselkosten) betreffen marktstrukturbezogene Marktzutrittsschranken. Daten können als unternehmensstrukturbezogene Marktzutrittsschranke aufgefasst werden.

4.2.2.1. Wechselkosten

Unter dem Begriff der Wechselkosten werden Kosten verstanden, die bei Nutzern anfallen, wenn sie von einem Anbieter zu einem anderen Anbieter wechseln.[475] Diese Kosten entstehen, wenn Verbraucher Investitionen speziell für einen Anbieter getätigt haben und diese Investition für einen anderen Anbieter wiederholen müssen.[476] Der Wechsel zu einem anderen Produkt kann bspw mit erhöhten Transaktionskosten oder aber Kosten für die Gewöhnung an ein neues Produkt (Lernkosten) einhergehen.[477] Derselbe Effekt tritt bei Erfahrungsgütern (s Punkt 2.1.3.2.) auf, da Verbraucher einen größeren Anreiz haben, ein Produkt, welches sie bereits gekauft haben, wieder zu erwerben.[478]

Wechselkosten sind Marktzutrittsschranken, da durch sie Verbraucher den Anreiz haben, bei dem einmal gewählten Anbieter zu verbleiben und nicht zu einem neuen Marktteilnehmer zu wechseln. Ein rationaler Verbraucher wechselt nur dann den Anbieter, wenn der erwartete Nutzenzuwachs durch den Anbieterwechsel höher als die Wechselkosten ist.[479] Bestehen sehr hohe Wechselkosten, spricht man von einem Lock-in der Abnehmer. Von einem solchen geht die EK etwa bei den Abnehmern von Kleinflugzeugen aus, da bei einem Wechsel des Produzenten sehr hohe Kosten für die Ausbildung von Piloten und Instandhaltungspersonal anfallen.[480]

Generell wird davon ausgegangen, dass digitale Märkte durch eher geringe Wechselkosten geprägt sind.[481] Dies ist darauf zurückzuführen, dass nach signifikanten Produktinnovationen Nutzer eher gewillt sind, Wechselkosten in Kauf zu nehmen als auf das neue Produkt zu verzichten.

Niedrige Wechselkosten werden insb iZm Märkten in der Internetökonomie, in denen den Verbrauchern eine Leistung ohne monetäre Vergütung erbracht wird, gegen eine kartellrechtliche Intervention vorgebracht. In diesem Umfeld ist es für Nutzer ohne monetäre Wechselkosten oder andere Hindernisse möglich, zu einem anderen Anbieter zu wechseln. Dies wurde iZm dem Kartellverfahren rund um die *Google Search* unter dem Mantra „*Competition is just a click away*“ diskutiert.[482]

Der Umstand, dass ein Wechsel zu einem anderen Anbieter ohne monetäre Verluste möglich ist, kann nach Ansicht der EK jedoch nicht mit einem kompletten Fehlen von Wechselkosten

---

[475] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.201.
[476] *Farrell/Klemperer* in Handbook of Industrial Organization, 1977.
[477] *Motta*, Competition policy: theory and practice (2004) 79.
[478] *Farrell/Klemperer* in Handbook of Industrial Organization, 1978.
[479] *Teece/Coleman*, TAB 1998, 829.
[480] EK 2.10.1991, IV/M.53, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*.
[481] *Teece/Coleman*, TAB 1998, 831; *Alves de Almeida*, Market dominance in the new economy, Revista direito gv 2006, 67 (74).
[482] *Argenton/Prufer*, Search engine competition with network externalities, Jcle 2012, 73 (75).

gleichgesetzt werden. So führt sie iZm der Koppelung des Internet Explorers mit dem Betriebssystem Windows aus, dass *„die Anwender von einem Wechsel* (…) *auf einen konkurrierenden Webbrowser* (…) *(selbst wenn dieser kostenlos angeboten wird) abgehalten werden, da sie damit Zutrittsschranken verbinden, die durch das Aufsuchen, die Auswahl und die Installation eines konkurrierenden Webbrowsers entstehen, was mit einem Mangel an technischen Fähigkeiten oder einer gewissen „Kundenträgheit" zusammenhängen kann*"[483]. Wechselkosten sind daher aus der Sicht der EK nicht allein monetär aufzufassen; vielmehr sind sie ein Maß dafür, dass Abnehmer ein Gut allein deswegen bevorzugen, weil sie es bereits konsumiert haben. Dies ist ein gewichtiger Faktor in der Beurteilung von Marktmacht; die Möglichkeit eines bereits etablierten Unternehmens sich unabhängig von etwaigen in den Markt neu eingetretenen Unternehmen verhalten zu können, steigt dadurch an.

Ob ein erhebliches Maß an Kundenträgheit vorliegt oder nicht, ist Gegenstand der freien Beweiswürdigung. So konnte im Zusammenschluss von *Microsoft* und *Skype* der empirische Nachweis erbracht werden, dass die Nutzer von *Skype* typischerweise mehrere Kommunikationsplattformen gleichzeitig verwenden, was als Hinweis dafür gesehen wurde, dass Wechselkosten eher gering sind (s zum Multihoming zugleich Punkt 4.2.2.2.).[484] Ein solcher Nachweis konnte im vorhergegangenen Verfahren iZm Internetbrowsern nicht erbracht werden; die Mehrzahl der Nutzer verwendete ausschließlich den Internet-Explorer, obwohl eine Installation von anderen Internetbrowsern ebenso möglich gewesen wäre.[485]

Die Trägheit von Kunden, den Anbieter zu wechseln, steht in einem engen Zusammenhang damit, wie stark das Produkt auf den einzelnen Nutzer individualisiert ist. Durch die Verwendung von personenbezogenen Daten ist es Anbietern in digitalen Märkten möglich, ihr Angebot direkt an die spezifischen Bedürfnisse eines Nutzers abzustimmen. Als illustratives Beispiel hierfür kann die *Google Search* herangezogen werden, welche die Suchergebnisse in Abhängigkeit der zuvor getätigten Suchanfragen reiht. So offenbart die Suche nach dem Begriff „Jaguar", ob der Internetuser aus der Analyse der von *Google* gesammelten personenbezogenen Daten eher an afrikanischen Raubkatzen oder englischen Limousinen interessiert ist. Dies wurde im Zusammenschluss von *Facebook* und *WhatsApp* thematisiert: So wurde überprüft, ob durch die gespeicherten Kurznachrichten auf *WhatsApp* signifikante Wechselkosten zu anderen Kommunikationsplattformen entstünden.[486] Dies wurde *in casu* verneint, da der Nachrichtenverlauf

[483] EK 16.12.2009, COMP/C-3/39.530, *Microsoft*, Rz 48.
[484] EK 7.19.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 92.
[485] EK 16.12.2009, COMP/C-3/39.530, *Microsoft*, Rz 50.
[486] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 134.

lokal auf dem Endgerät gespeichert wird und somit der Endnutzer die Möglichkeit hat, selbst nach einem Anbietwechsel darauf zuzugreifen.

Die Trägheit von Verbrauchern hängt nach Ansicht der EK davon ab, ob die inkriminierte Software bereits beim Kauf der Hardware vorinstalliert war. Ist dies der Fall, besteht ein „*status quo* bias", der geeignet ist, die Wahl der Abnehmer zu beeinflussen.[487]

Nach Auffassung von *Patterson* ist darüber hinaus zu prüfen, inwieweit Verbraucher in der Lage sind, die Qualität eines konsumierten Guts zu beurteilen. Kann das konsumierte Gut als Vertrauensgut (weiterführend dazu Punkt 2.1.3.2.) qualifiziert werden, ist es daher für den Konsumenten selbst nach dem Konsum nur unter erschwerten Umständen möglich, die Qualität des Guts zu beurteilen, sind Wechselkosten tendenziell höher.[488] Dies ist etwa der Fall bei Internetsuchmaschinen, wenn komplexe Suchanfragen getätigt werden. Das Suchergebnis nach dem „besten Restaurant" in einer Stadt kann bspw nur unter großen Schwierigkeiten vom Internetuser verifiziert und verglichen werden können.

4.2.2.2. Netzwerkeffekte

Wie in Punkt 2.1.3.3. beschrieben, sind DG häufig als Netzwerkgüter zu qualifizieren; digitale Märkte sind daher oft durch starke Netzwerkeffekte charakterisiert. Nach Ansicht der EK sind Netzwerkeffekte als Hemmnis zu qualifizieren, welches geeignet ist, potentiellen Wettbewerb zu verhindern.[489] Dies ist darauf zurückzuführen, dass Netzwerkeffekte bereits etablierten Unternehmen im Vergleich zu Marktneueinsteigern einen Wettbewerbsvorteil einräumen. Wird ein Produkt eines etabliertes Unternehmen zum selben Preis und zur selben Qualität wie jenes eines Marktneueinsteigers angeboten, wird bei Vorhandensein von Netzwerkeffekten ein rationaler Verbraucher das etablierte Produkt wählen.[490] Ein neuartiges Produkt muss maW eine so starke Verbesserung gegenüber dem Produkt des etablierten Unternehmens bieten, dass etwaige Netzwerkeffekte ausgeglichen werden.

Ein hinreichend großes Netzwerk aufzubauen, von welchem Netzwerkeffekte ausgehen, ist mit hohen, häufig versunkenen Kosten verbunden. Aus diesem Grund ist der Anreiz für Markteintritte in Märkte, die von hohen Netzwerkeffekten geprägt sind, eher gering. Daraus folgt, dass Märkte mit starken Netzwerkeffekten oft durch eine hohe Marktkonzentration geprägt sind.[491]

---

[487] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 134.
[488] *Patterson*, Google and search-engine market power, Harv. J. L & Tec. 2013, 11.
[489] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 17.
[490] *Yu*, Software interoperability information disclosure and competition law, ECLR 2014, 235 (243).
[491] EK 21.1.2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun*, Rz 195.

Wie in Punkt 2.1.3.3. beschrieben, kann zwischen Netzwerkeffekten unterschieden werden, die direkt auf Grund der Interaktionsmöglichkeiten zwischen den Netzwerkteilnehmern generiert werden (direkte Netzwerkeffekte), und jenen, die durch ein verändertes Verhalten von Anbietern entstehen (indirekte Netzwerkeffekte).

Indirekte Netzwerkeffekte wurden von der Rsp insb iZm Softwaremärkten thematisiert. Sie waren bei den verschiedenen *Microsoft*-Fällen ein wesentliches Entscheidungskriterium[492]. So wurde davon ausgegangen, dass von der Medienabspielsoftware Windows Media Player indirekte Netzwerkeffekte zwischen den Produzenten von Content und Endnutzern bestehen: Je mehr Nutzer eine bestimmte Abspielsoftware benützen, desto eher werden Content-Anbieter ihre Inhalte in einem kompatiblen Format anbieten und *vice versa*.[493] Bei Internet-Browsern bestehen indirekte Netzwerkeffekte zwischen Endabnehmern und Softwareentwicklern, die eigens Software für Webbrowser entwickeln.[494] Dasselbe trifft auf Datenbanksoftware zu, welche durch Drittanbieter erweitert werden kann.[495] Für eine Buchungssoftware im Tourismus-Bereich geht von der Anzahl der Softwarenutzer im Retail Reisebüro-Bereich indirekte Netzwerkeffekte für die Anbieter von Touristikleistungen aus.[496]

Daneben treten in dynamischen Märkten auch direkte Netzwerkeffekte auf. Geprüft werden diese meist iZm Kommunikationssoftware. So wurde im Unternehmenszusammenschluss von *Microsoft* und *Skype* ein wesentlicher Faktor der Marktmacht von Skype darin erblickt, dass 40-50 % aller Videoanrufe weltweit durch Skype durchgeführt wurden.[497] Auch bei der Überprüfung des Zusammenschlusses zwischen *Facebook* und *WhatsApp* wurde betont, dass weltweit knapp 1 Mrd User eine der Instant-Messaging Services der beteiligten Unternehmen verwendet.[498] Aus der Sicht des online-Werbevermittlers *DoubleClick* gehen von den Werbeträgern ebenfalls direkte Netzwerkeffekte aus: Je mehr Werbung im Internet platziert wird, desto mehr Daten (s dazu ausführlich Punkt 4.2.2.3.) über die Effektivität der Werbeschaltung können gesammelt werden; ein hinzutretender Werber kann daher vom „Erfahrungsschatz“ der bereits geschalteten Werbungen profitieren.[499]

---

[492] So wurde alleine in der EK Entscheidung zum ersten Verfahren iZm dem Windows Media Player das Wort „Netzwerkeffekt“ 40 Mal verwendet.
[493] EK 21.4.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 897.
[494] EK 16.12.2009, COMP/C-3/39.350, *Microsoft*, Rz 55
[495] EK 21.1.2010, COMP/M.5529, *Oracle/Sun*, Rz 693
[496] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan*, Rz 19.
[497] EK 7.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 102.
[498] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 128.
[499] EK 11.3.2008, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 179ff.

Alleine die Existenz von indirekten oder direkten Netzwerkeffekten ist noch nicht hinreichend, um auf Marktmacht zu schließen.[500] Es muss stets in einer Einzelfallbetrachtung ermittelt werden, inwiefern es einem Unternehmen durch die Existenz von Netzwerkeffekten möglich ist, Marktmacht auszuüben.[501]

Wesentlich für die Beurteilung der Stärke von Netzwerkeffekten ist, ob sich Abnehmer nur für einen Anbieter (sog „Singlehoming") oder für mehrere Anbieter gleichzeitig (sog „Multihoming") entscheiden können.[502] Kann ein Abnehmer die Produkte mehrere Anbieter gleichzeitig nutzen und tut er dies in der Marktrealität auch, so ist die Stärke von Netzwerkeffekten herabgesetzt. In Konstellationen des Singlehomings ist ein Abnehmer häufig einer gewissen Monopolgewalt des Anbieters ausgesetzt, welche sich in Monopolrenten ausdrücken kann.[503]

Bei der kartellrechtlichen Betrachtung des Windows Media Player hielt die EK fest, dass das Einsetzen von mehreren Abspielprogrammen mit Einbußen bei der Verwendbarkeit der Software einhergeht; Anwender verwenden daher typischerweise nur ein Produkt („Singlehoming").[504] Dasselbe galt für den Internet Explorer, der nach einer Marktstudie der EK von der Mehrheit der Nutzer als einziger Internetbrowser verwendet wurde.[505]

Der Einwand, dass Multihoming möglich sei, wurde in der Entscheidungspraxis insb gegen direkte Netzwerkeffekte vorgebracht. Als *leading-case* hierzu gilt der Zusammenschluss zwischen *Microsoft* und *Skype*, in dem Netzwerkeffekte komplett anders bewertet wurden als in den vorhergegangenen Verfahren zum Marktmachtmissbrauch von *Microsoft*.[506] Das EuG hält dabei fest, dass „*das Vorliegen von Netzwerkeffekten der neuen Einheit nicht zwangsläufig einen Wettbewerbsvorteil verschafft*", da nebendem durch den Zusammenschluss entstehenden Netzwerk noch andere online Kommunikationsdienstleister „*hinreichend bedeutende Marktanteile* [haben], *um andere Netzwerke zu bilden*".[507] Es wurden dabei Gründe identifiziert, die die Marktwirkung von Netzwerkeffekten verringern.

Diese sind va darin zu erblicken, dass der Wechsel zu anderen Anbietern ohne größere Wechselkosten vonstattengehen kann. Die meisten User nützen neben einem Produkt der untersuchten Unternehmen eine Software von Drittanbietern, Multihoming ist daher möglich.[508]

---

[500] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 130.
[501] Kritisch zu den Divergenzen in der Beurteilungspraxis *Zhang*, How have network effects affected the European Commission's enforcement of competition law in technology enabled markets?, ECLR 2015, 82 (92).
[502] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan*, Rz 13.
[503] EK 21.8.2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan*, Rz 81.
[504] EK 21.4.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 415.
[505] EK 16.12.2009, COMP/C-3/39.350, *Microsoft*, Rz 50.
[506] *Zhang*, ECLR 2015, 89.
[507] EuG 11.12.2013, T-79/12, *Cisco*, Rz 76.
[508] EuG 11.12.2013, T-79/12, *Cisco*, Rz 76.

Die absolute Größe des Netzwerks ist nicht von entscheidender Bedeutung, da – die Wertungen der EK aufnehmend[509] – ein Großteil der getätigten Videoanrufe mit einer sehr geringen Anzahl von Kommunikationspartnern durchgeführt wird (*inner circle*); für diese Kleingruppe ist es ohne größere Probleme möglich, in ein anderes Netz zu migrieren.[510] Als Beleg dafür, dass die vorhandenen Netzwerkeffekte keine unüberwindbaren Marktzutrittsschranken darstellen, nennt das EuG das Beispiel von innovativen Markteinsteigern, deren Markteinstieg erfolgreich gewesen ist.[511]

Im zeitlich nachfolgenden Unternehmenszusammenschluss zwischen *Facebook* und *WhatsApp* übernimmt die EK weitgehend die Formulierung des EuG: Netzwerkeffekte sind nicht *a priori* ein Wettbewerbsproblem;[512] *in casu* wurde in ihnen keine Behinderung der Marktmechanismen erblickt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass geringe Wechselkosten bestehen und Abnehmer typischerweise mehrere Kommunikationsanwendungen gleichzeitig installiert haben.[513]

4.2.2.3. Daten

Die Wichtigkeit der Ressource „Daten" kann in der Internetökonomie nach Ansicht von Kommentatoren kaum überschätzt werden; der Begriff des *Big Data* beherrscht den Diskurs. Es wird daher zunehmend gefordert, Daten auch in die Kartellrechtsanwendung in digitalen Märkten einfließen zu lassen.[514] Es muss daher untersucht werden, (i) welche ökonomische Rolle Daten in digitalen Märkten zukommt und (ii) wie Datenansammlungen von Unternehmen in der Entscheidungspraxis bewertet wurden.

4.2.2.3.1. Ökonomische Rolle von Daten

Der Wert von Daten steht in digitalen Märkten außer Frage: Schätzungen zufolge beläuft sich der Wert für die Gesamtheit der personenbezogenen Daten der EU-Bürger auf 315 Mrd €; eine Steigung um 300 % ist in den nächsten fünf Jahren zu erwarten.[515]

Es bestehen verschiedene Möglichkeiten, Daten zu bewerten. So untersucht die OECD in einer Studie die Marktkapitalisierung pro Nutzer von Unternehmen, deren Geschäftsmodell iW auf Daten beruht. Dabei wurden an Hand des Aktienkurses von Facebook die Daten, die *Facebook* über einen Nutzer hat, mit 40-300 USD bewertet.[516] Dieser Wert entsteht durch die

[509] EK 7.10.2011, COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, Rz 92.
[510] EuG 11.12.2013, T-79/12, *Cisco*, Rz 80.
[511] EuG 11.12.2013, T-79/12, *Cisco*, Rz 81.
[512] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 132.
[513] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 133.
[514] Monopolkommission, 68. Sondergutachten, Rz 109.
[515] *EDPS,* Privacy and competitiveness in the age of big data, Rz 8, *https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competitition_law_big_data_EN.pdf [30.12.2016]*
[516] OECD, Exploring the economics of personal data, 2013, 5.

Verwendungsmöglichkeiten von Daten in der Internetökonomie: Daten können insb (i) durch das gezielte Schalten von Online-Werbung und (ii) durch Produktverbesserungen verwertet werden.

Daten erlauben es einerseits, dem Internetuser Online-Werbung anzuzeigen, die auf seine Präferenzen und Intentionen abgestimmt ist. Je mehr Daten über einen Nutzer vorhanden sind, desto gezielter kann die Werbung angezeigt werden. Dabei besteht ein empirisch nachgewiesener Zusammenhang zwischen der Individualisierung der Werbung und ihrer Effektivität;[517] individualisierte Werbung generiert durchschnittlich mehr als doppelt so hohe Einnahmen wie statische Werbung.[518] Es besteht daher ein direkter Zusammenhang zwischen dem Ausmaß der von einem Unternehmen angesammelten Daten und den erzielbaren Werbeeinahmen.

Zudem können personenbezogene Daten dazu verwendet werden, das Produkt besser an die Präferenzen der Nutzer anzupassen und somit die subjektiv empfundene Qualität der Leistung zu erhöhen. Dies kann bspw dadurch erfolgen, dass die Reihung von Suchergebnissen nach den durch personenbezogene Daten ermittelten Interessen des Internetusers optimiert wird (s zB zum Suchbegriff Jaguar Punkt 4.2.2.1.).

4.2.2.3.2. Daten in der Kartellrechtspraxis

Personenbezogene Daten unterliegen dem besonderen Schutzregime des Datenschutzrechts. Der Grund für die Unterscheidung zwischen regulierten personenbezogenen Daten und nicht regulierten nicht-personenbezogenen Daten liegt im Schutz des Privatlebens, welches durch das Sammeln, Speichern, Verwenden und Verbreiten von personenbezogenen Daten beeinträchtigt werden kann.

Beim Kartellrecht und dem Datenschutzregime handelt es sich um zwei unterschiedliche Regelungskreise, zwischen denen es nur in Ausnahmefällen zu Überschneidungen kommt. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist es dabei mE nicht primär[519] von Belang, ob Daten als personenbezogen zu qualifizieren sind oder nicht; wesentlich ist nur deren ökonomische Bedeutung.

Die Datenansammlung eines Unternehmens kann dazu geeignet sein, potentiellen Wettbewerb hintanzuhalten. Dies kann einerseits durch höhere Werbeeinahmen, welche durch die Schaltung von individualisierter Werbung ermöglicht wird, bedingt sein. Digitale Plattformen finanzieren sich regelmäßig allein durch Werbung. Ein neu in den Markt eingetretenes Unternehmen, welches mangels Verfügbarkeit von personenbezogenen Daten weniger personalisierte Werbung schalten

[517] *Goldfarb/Tucker*, Privacy Regulation and Online Advertising, Manag. Sci. 2011, 57.
[518] NAI, Study finds behaviorally-targeted ads more than twice as valuable, twice as effective as non-targeted online ads, http://www.networkadvertising.org/pdfs/NAI_Beales_Release.pdf [6.2.2017].
[519] Man könnte freilich einwenden, dass dieser Unterscheidung als Reflexwirkung der datenschutzrechtlichen Regulierung auch wettbewerbsrechtliche Bedeutung zukommt. Dies kann dadurch erklärt werden, dass personenbezogene Daten durch die Regulierung verknappt werden und daher ökonomisch anders zu beurteilen sind als frei verfüg- und übertragbare, nicht-personenbezogene Daten.

kann, wird daher entweder (i) eine höhere Anzahl von Werbungen anzeigen müssen oder (ii) größere Probleme haben, profitabel zu wirtschaften.

Marktzutrittsschranken können aber auch darin bestehen, dass „datenmächtige“ Unternehmen in der Lage sind, ihre Dienstleistungen mit Zuhilfenahme von Daten ständig zu verbessern. Ein Markteinsteiger wird im Vergleich zum etablierten, datenmächtigen Unternehmen benachteiligt.

Im Umkehrschluss kann jedoch für die weitere Behandlung festgehalten werden, dass „datenmächtige“ Unternehmen bei einem Eintritt in einen neuen Markt Wettbewerbsvorteile genießen. Sie können – sofern das gesammelte Datenmaterial auch für die neu angebotene Leistung von Relevanz ist – uU höhere Werbeerträge lukrieren als bereits etablierte Unternehmen und die Leistung besser an die Kundenbedürfnisse anpassen als Mitbewerber, die keinen vergleichbaren Zugriff zu Daten haben. Als hypothetisches Beispiel könnte der Einstieg von *Google* in den Markt für Rechtsdatenbanken dienen: Auf Grund der gesammelten Daten aus der Suchmaschine könnte *Google* die für den Sucher relevanten Ergebnisse potentiell besser reihen als etablierte Mitbewerber; zudem könnten durch Werbung auch höhere Einnahmen lukriert werden, welche sich in einer niedrigeren Gebühr für die Datenbank niederschlagen können.

Die EK befasste sich bislang mit den Marktwirkungen von Daten ausschließlich im Zuge der Überprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen. Dabei qualifizierte sie Daten als Marktzutrittsschranken und prüfte, ob der Zugang zu Daten durch den Unternehmenszusammenschluss abgeschottet wird. Es wird (i) geprüft, ob durch den Unternehmenszusammenschluss der Zugang zu wichtigen Einsatzmitteln abgeschottet wird. Danach wird (ii) analysiert, ob ein Anreiz zu einer solchen Geschäftspraktik besteht und (iii) ob diese Geschäftspraktik negative Auswirkungen auf den Markt hat.[520]

Als *landmark-case* für die Einbeziehung von Daten in die kartellrechtliche Betrachtung gilt der Unternehmenszusammenschluss zwischen *Google* und *DoubleClick*. Beide Unternehmen hatten große Bestände an personenbezogenen Daten angesammelt; es stand die Befürchtung im Raum, dass es durch die Kombination der Datenbestände zu unüberbrückbaren Marktzutrittsschranken kommen könnte.[521] *In casu* wurde dies aber von der EK verneint. Dabei ging die EK auf die Qualität der im Internet gesammelten Daten ein und befand, dass selbst nach der Zusammenlegung der Datenbestände der involvierten Unternehmen diese Daten keinen einzigartigen Wert für die Werbeindustrie hätten, da die gegenständlichen Daten von mehreren Unternehmen in der Internetökonomie gesammelt wurden.[522] Anders sei dies zu beurteilen, wenn die Daten von Internet

[520] EK 18.10.2008, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, Rz 34.
[521] EK 18.2.2010, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 360.
[522] EK 18.2.2010, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 268.

Service Providern oder Betriebssystemen involviert wären, welche eine weniger weite Verbreitung finden.[523] Dadurch ergibt sich, dass keine Möglichkeit zur Abschottung zu wichtigen Einsatzmitteln besteht; die Prüfung wurde daher schon auf erster Ebene beendet.

Bei der Gründung eines Joint Ventures für die Entwicklung von mobilen Zahlungssystemen, bei der eine Auswahl der größten Telekommunikationsunternehmen Europas mitwirkte, wurden Daten ebenfalls thematisiert. Es wurde geprüft, ob die Kombination der Daten, die durch Gebrauch des Zahlungssystems anfallen mit den den Telekommunikationsunternehmen zugänglichen Stammdaten zulässig sei.[524] Auch hier sprach die EK aus, dass die verfügbaren Daten kein Alleinstellungsmerkmal vermitteln, da Unternehmen wie *Google* oder *Facebook* zu ähnlichen Daten Zugang haben.[525] Zudem müsste in bestehende Verträge zwischen Mobilfunkanbietern und Endnutzern eingegriffen werden, was mit unüberbrückbaren Schwierigkeiten verbunden wäre.[526]

Wie bereits an anderer Stelle iZm Wechselkosten für Endnutzer (s Punkt 4.2.2.1.) erörtert, wurde auch bei der Fusion von *Facebook* und *WhatsApp* die Rolle von Daten überprüft. Die EK war in diesem Fall der Auffassung, dass durch die Kombination von Nutzerdaten von Facebook und *WhatsApp* trotz ihrer Größe keine unüberwindbaren Marktzutrittsschranken entstehen, da die Integration der Datenbanken mit erheblichen Problemen verbunden wäre.[527] Zudem gäbe es dennoch genügend andere Möglichkeiten, werberelevante Nutzerdaten zu beziehen.[528]

Bislang wurde noch kein Unternehmenszusammenschluss auf Grund der resultierenden Datenmacht des zu formenden Unternehmens blockiert. Dies lässt zwar keine direkten Rückschlüsse auf das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung zu, da – wie in Punkt 4.1. ausgeführt – bei der Fusionskontrolle der SIEC-Test angewendet wird, die Wertungen können jedoch mE übertragen werden. So kann eine marktbeherrschende Stellung auf Grund der gesammelten Daten eines Unternehmens nur im Ausnahmefall bejaht werden; es ist darauf abzustellen, ob die gesammelten Daten einem Unternehmen ein Alleinstellungsmerkmal vermitteln und ob die Verwertung von Daten möglich ist.

---

[523] EK 18.2.2010, COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, Rz 272.
[524] EK 04.9.2012, COMP/M.6314, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 532.
[525] EK 04.9.2012, COMP/M.6314, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 549.
[526] EK 04.9.2012, COMP/M.6314, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, Rz 542.
[527] Während *Facebook* die Daten auf Basis des Usernamens speichert, werden bei *WhatsApp* die Nutzerdaten mit der Telefonnummer verknüpft. Es ist nach Aussage der EK mit erheblichen Problemen verbunden, diese Daten abzugleichen, s EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 180ff.
[528] EK 03.10.2014, COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp,* Rz 189.

4.2.3. Preis

Wie bereits in Punkt 4.1.3.3. ausgeführt, ist die Bestimmung von Marktmacht durch eine Analyse des verlangten Preises mit dem Problem der Bewertung des Wettbewerbspreises behaftet. Sie wird daher in der Wettbewerbspraxis nur selten durchgeführt. Im Kontext von dynamischen, digitalen Märkten ist die Ermittlung des Wettbewerbspreises komplexer als in statischen Märkten: So beinhaltet der Wettbewerbspreis risikoadjustierte Kosten für Kapital sowie F&E.[529] Es müsste daher alleine zur Bestimmung des Wettbewerbspreises ermittelt werden, wie die vor dem Markteintritt angefallenen Kosten für die Innovationstätigkeit sind.

Selbst wenn in diesem Kontext ein Wettbewerbspreis ermittelt werden könnte, werden Bedenken gegen die Anknüpfung am Preis vorgebracht. Kann auf Grund einer Innovation ein superkompetitiver Preis lukriert werden, spricht man von *Schumpeterian rents.*[530] Diese fallen bis zu jenem Zeitpunkt an, in dem die Innovation von Mitbewerbern nachgeahmt werden kann. Nach ökonomischer Theorie sind es genau diese *Schumpeterian rents*, welche den Anreiz entfalten, Innovationen zu tätigen. Geben gerade diese Ausschlag für eine kartellrechtliche Intervention, würde der Anreiz zu Innovationen sinken.

[529] *Park*, Market power in competition for the market, Jnl of Competition Law & Economics 2009, 571 (572).
[530] *Teece/Coleman*, TAB 1998, 820.

4.3. Mehrseitige Märkte

Nach einer empirischen branchenübergreifenden Untersuchung sind mehrseitige Märkte durch große, aber nicht monopolistische Plattformen geprägt.[531] Potentiell erwecken daher eine Vielzahl von Unternehmen den Anschein der Marktbeherrschung, selten kann diese jedoch ohne weiteres eindeutig beurteilt werden. Aus diesem Grund ist die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung im Kontext von mehrseitigen Märkten von besonderer Bedeutung.

Die Lit zu mehrseitigen Märkten behandelt die Frage nach der marktbeherrschenden Stellung nur am Rande; dies mag wohl daran liegen, dass in den überwiegend theoretischen Arbeiten die Bestimmung von Marktmacht an Hand des Preises ohne Probleme möglich ist; eine Vorgangsweise, welche in der Praxis – wie in Punkt 4.1.3.3. ausgeführt – auf erhebliche Probleme stößt.

Bevor auf die Besonderheiten der Beurteilung von Marktmacht bei mehrseitigen Märkten eingegangen wird, ist eine generelle Bemerkung zur Funktion von Marktmacht in diesem Kontext vonnöten. Wie in Punkt 4.1.3.3. ausgeführt, geht die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens mit Wohlfahrtsverlusten einher. Eine marktbeherrschende Stellung erlaubt es einem Unternehmen, sich unabhängig vom Wettbewerb zu verhalten, was sich aus ökonomischer Perspektive in der Möglichkeit, Preise über das Wettbewerbsniveau anzuheben, manifestiert. Suprakompetitive Preise gehen nach allgemeiner ökonomischen Theorie mit Wohlfahrtsverlusten einher. Diese mit der marktbeherrschenden Stellung einhergehenden Wohlfahrtsverluste werden nur insoweit toleriert, als dass sie das Ergebnis von Leistungswettbewerb sind. Diese Gleichsetzung von marktbeherrschender Stellung und Wohlfahrtsverlusten ist im Kontext von mehrseitigen Märkten nicht mehr unbedingt gegeben: Durch starke Netzwerkeffekte kann der Nutzen der Abnehmer einer Plattform steigen, wenn diese marktbeherrschend ist und eine daher große Anzahl an Interaktionen ermöglicht. So wird für die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen von mehrseitigen Plattformen vorgebracht, dass diese selbst dann die Konsumentenwohlfahrt steigern, wenn keine Effizienzzuwächse zu erwarten sind und uU Preise angehoben werden.[532] Illustriert werden kann dies an Hand eines Zusammenschlusses zweier niederländischer Unternehmen, die Telefonbücher vertreiben. Der Nutzenzuwachs für Abnehmer durch die Möglichkeit, auf alle Einträge zuzugreifen, überwog dabei etwaige Bedenken iZm der Marktmacht dieser Unternehmen.[533]

---

[531] *Evans/Schmalensee*, CPI 2007, 167.
[532] *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, Assessing Mergers in Two-Sided Markets: Some Suggestions, Report to Nma (2010) 40.
[533] *Camesasca/Meulenbelt/Chellingsworth/Daems/et al*, The Dutch Yellow Pages merger case -2-1 will go!, ECLR 2009, 4 (8).

Aufgeworfen werden könnte eine generelle, den Zweck von Wettbewerbsrecht berührende Frage: Kann ein wohlfahrtsoptimaler Zustand Anlass zu einer kartellrechtlichen Überprüfung von einseitigen Geschäftspraktiken geben? Geht man von einem von den Denkern der Chicago School inspirierten, an der Konsumentenwohlfahrt orientierten Anwendung von Wettbewerbsrecht aus,[534] ist fraglich, ob ein wohlfahrtsoptimaler Zustand einer strengeren Regulierung unterworfen sein sollte als ein nicht wohlfahrtsoptimaler. Dementsprechend wäre das Kriterium der Marktbeherrschung in Hinblick auf den Marktmachtmissbrauch bei mehrseitigen Märkten anders auszulegen als bei einseitigen Märkten. Dieses Argumentationsmuster kann – wie in Punkt 4.1.1. weiter analysiert wird – für das europäische Wettbewerbsrecht verworfen werden. Im Kern des Kartellrechts europäischer Prägung befindet sich das Rivalitätsverhältnis zwischen den Wettbewerbern, nicht das aus ökonomischen Überlegungen folgende Wohlfahrtsoptimum. Dies lässt sich in der Rsp verorten: Ausschlaggebend für eine kartellrechtliche Intervention ist die Fähigkeit, sich unabhängig von Abnehmern und Verbrauchern zu verhalten. Dass ein solcher Zustand nicht wohlfahrtsoptimal ist, kann – zumindest für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung – als reine Reflexwirkung aufgefasst werden.

An dieser Stelle soll analysiert werden, inwieweit die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung bei mehrseitigen Märkten von jener bei einseitigen Märkten abweicht, auch wenn diese in groben Zügen parallel laufen. Wesentliche Voraussetzung ist dafür, wie die Marktabgrenzung im konkreten Fall erfolgt ist. Deswegen soll nun danach differenziert werden, ob ein alle Marktseiten umfassender Markt oder verschiedene Teilmärkte abgegrenzt wurden.

[534] *Wils*, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called „More Economic Approach“ to Abuse of Dominance, WoCo 2014, 405.

4.3.1. Marktanteile

Auch im Kontext von mehrseitigen Märkten greifen die europäischen Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung von Marktmacht häufig auf Marktanteile zurück.[535] Dabei wird in der Lit insb thematisiert, wie eine Berücksichtigung aller Marktseiten gewährleistet werden kann, denn das singuläre Abstellen auf eine Marktseite wird regelmäßig als unzureichend beurteilt. [536]

Werden mehrere Teilmärkte abgegrenzt, so kann von der Marktstruktur nur dann auf Marktmacht geschlossen werden, wenn alle relevanten Teilmärkte in die Betrachtung eingehen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass trotz der Abgrenzung mehrerer verschiedener Teilmärkte diese Märkte aufeinander einwirken. Bestehen zwischen den Teilmärkten etwa indirekte Netzwerkeffekte, erhöhen die Abnehmer des einen Teilmarktes uU den Nutzen für die Abnehmer des anderen Teilmarktes. Es ist daher zuerst zu prüfen, ob zwischen den Teilmärkten positive Netzwerkeffekte bestehen,[537] bejahendenfalls sind die Marktstrukturen aller Teilmärkte in die wettbewerbliche Betrachtung einzubeziehen. Hohe Marktanteile bei einigen der relevanten Teilmärkte lassen jedoch nur eingeschränkt auf Marktmacht schließen, da Wettbewerb auf einer Marktseite uU die Handlungsmöglichkeiten auf allen Marktseiten einschränkt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob Abnehmer einen Anreiz zum Wechsel der Plattform hätten,[538] bejahendenfalls können sich die untersuchten Plattformen nicht unabhängig vom Wettbewerb verhalten.

Wird ein gemeinsamer Markt für die involvierten Marktseiten abgegrenzt, muss bei der Berechnung der Marktanteile sichergestellt werden, dass im ermittelten Indikator alle Marktseiten Beachtung finden; es ist daher als Basis für die Berechnung der Marktanteile ein Indikator zu wählen, der alle beteiligten Marktseiten betrifft. Wenn zwischen einzelnen Marktseiten eine Transaktion vorgenommen wird, ist die Anzahl der Transaktionen für die Berechnung von Marktanteilen ein geeigneter Maßstab.[539] Bei Softwareplattformen wie *Google Play* oder dem *Apple Store* könnte bspw die Anzahl von Downloads von Apps als Transaktion zwischen Softwareentwicklern und Endabnehmern ein wesentliches Kriterium sein.

---

[535] S für eine Übersicht von Unternehmenszusammenschlüssen bei mehrseitigen Märkten *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, Assessing Mergers in Two-Sided Markets: Some Suggestions, Report to Nma, 79ff.
[536] *Argentesi/Filistrucchi*, Estimating market power in a two-sided market: The case of newspapers, J. Appl. Econom. 2007, 1247; *Evans/Schmalensee*, The antitrust analysis of multi-sided platform businesses, NBER Working Paper 2013, 20; *Weyl*, Am. Econ. Rev. 2010, 1642.
[537] *Filistrucchi/Geradin/Damme/Affeldt*, Jcle 2014, 319.
[538] *Weck*, NZKart 2015, 294.
[539] *Evans/Schmalensee*, The antitrust analysis of multi-sided platform businesses, 21.

4.3.2. Marktzutrittsschranken

Bei mehrseitigen Märkten nimmt die Analyse von Marktzutrittsschranken eine besonders prononcierte Rolle ein, sind sie doch definitionsgemäß durch indirekte Netzwerkeffekte charakterisiert (s dazu Punkt 2.2.1.). Es soll daher nun thematisiert werden, welchen Einfluss diese in der Entscheidungspraxis hatten.

4.3.2.1. Indirekte Netzwerkeffekte

Ob indirekte Netzwerkeffekte als Marktzutrittsschranken qualifiziert werden können, ist nicht unstr; wesentlich ist die Frage, ob Marktzutrittsschranken auch Kosten umfassen, die ein bereits etabliertes Unternehmen in der Vergangenheit auch tragen musste. So wandte *Microsoft* in einem frühen Verfahren ein, dass die hohe Anzahl von Applikationen, die für das Betriebssystem Windows vorhanden waren und die starke indirekte Netzwerkeffekte auf Endabnehmer ausübten, nicht als Marktzutrittsschranke zu qualifizieren seien, da *Microsoft* für die Etablierung dieses Angebots erhebliche Kosten zu tragen hatte.[540] Dieser Einwand wurde mit dem Argument abgelehnt, dass zur Zeit des Markteintritts von *Microsoft* kein dominantes Unternehmen am Softwaremarkt vorhanden gewesen sei und ein Markteintritt nunmehr mit erhöhten Kosten einhergeht.[541] Im europäischen Wettbewerbsrecht kann diesem Einwand auch dadurch entgegnet werden, dass der Begriff der Marktzutrittsschranke extensiv ausgelegt wird und auch Netzwerkeffekte als solche verstanden werden.

Die hL geht davon aus, dass bei mehrseitigen Märkten durch indirekte Netzwerkeffekte hohe Marktzutrittsschranken vorhanden sind.[542] Dies sei darauf zurückzuführen, dass der Markteintritt einer Plattform regelmäßig mit hohen Kapitalerfordernissen einhergeht.[543] Diese entstehen insb dadurch, dass eine Plattform Koordinierungsprobleme zu lösen hat, um alle Marktseiten gleichzeitig von ihren Angeboten zu überzeugen. Um eine Vermittlungsdienstleistung anbieten zu können, ist es notwendig, auf sämtlichen Seiten der Plattform eine hinreichende Anzahl von Abnehmern anzusprechen. Damit bspw eine Softwareplattform für Endnutzer attraktiv erscheint, muss genügend Software verfügbar sein; Softwareentwickler programmieren jedoch nur dann Applikationen für eine Softwareplattform, wenn diese von genügend Endnutzern nachgefragt wird. Es muss daher ein sog Henne-Ei Problem gelöst werden:[544] Notwendig ist daher, dass der Markteintritt auf allen Marktseiten gleichzeitig erfolgt; es muss dazu auf allen Marktseiten eine kritische Masse an Abnehmern erreicht werden, um hinreichend attraktiv für die anderen

---

[540] *US vs. Microsoft*, 253 F.3d 34, 346 U.S.App.D.C.330, Teil II A 1.
[541] MwN *Pohlmeier*, Netzwerkeffekte und Kartellrecht (2004) 102.
[542] *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 110.
[543] *Evans*, Yale J Reg 2003, 363.
[544] *Hesse*, Two-Sided Platform Markets and the Application of the Traditional Antitrust Analytical Framework, CPI 2007, 191 (193).

Marktseiten zu sein. Es ist daher unumgänglich, dass die Markteintrittskosten auf mehreren Märkten gleichzeitig getragen werden, da es häufig nicht trivial ist, jene Marktseite die für die Vermittlungsleistung ursächlich ist (metaphorisch die Henne), zu identifizieren.

Wie bereits iZm direkten Netzwerkeffekten ausgeführt, können durch Multi-Homing – also der Möglichkeit von Abnehmern, gleichzeitig auf mehrere Anbieter zuzugreifen– die marktverschließenden Auswirkungen von Netzwerkeffekten abgeschwächt werden. Dieser Effekt tritt auch bei mehrseitigen Märkten auf: Bereits die bloße Möglichkeit einer Marktseite, gleichzeitig die Produkte mehrerer Anbieter zu nützen, erhöht den Preisdruck.[545] Die marktmachteinschränkende Funktion des Multihomings tritt jedoch nur ein, wenn sämtliche Marktseiten die Möglichkeit haben, mehrere Anbieter parallel in Anspruch zu nehmen. Anderes gilt, wenn diese Möglichkeit nicht allen Marktseiten zukommt (s zugleich).

4.3.2.2. Competitive Bottlenecks

Bei mehrseitigen Märkten kommt regelmäßig nur einer Marktseite die Möglichkeit zu, die Produkte mehrerer Anbieter gleichzeitig zu nützen, während andere Marktseiten diese Möglichkeit nicht haben.[546] Als illustratives Beispiel hierfür nennt *Evans* den Computerspielmarkt für Konsolen. Während Spieler typischerweise nur eine Konsole besitzen (Singlehoming), bieten Softwareprogrammierer häufig Videospiele für mehrere Plattformen an (Multihoming).[547] Diese Situationen werden in der Lit *competitive bottleneck* genannt,[548] da eine Plattform den exklusiven Zugang zu einer Kundengruppe – wie etwa den Besitzern einer speziellen Konsole – bietet und daher aus der Sicht der Softwareprogrammierer als Flaschenhals agiert.

Dies ist insofern von wettbewerbsrechtlicher Relevanz, als dass jede Plattform einen exklusiven Zugang zu einem Teil der Nachfrage auf einer Marktseite hat; die Nachfrager der anderen Marktseiten müssen daher notwendigerweise auf die Plattform zurückgreifen, um mit diesem Teil zu interagieren.[549] Die daraus resultierende Machstellung der Plattform gegenüber einer Marktseite wird von *Blaschczok* dahingehend interpretiert, dass eine marktbeherrschende Stellung gegeben sein könnte.[550] Dies könnte auf der Rechtsfigur des *partenaire obligatoire* gestützt werden, welche ua in § 4 Abs 3 KartG Niederschlag findet: Eine marktbeherrschende Stellung sei demnach – unabhängig von der Marktposition – auch dann gegeben, wenn ein Unternehmen ein Zwangspartner

[545] *Rochet/Tirole*, J. Eur. Econ. Assoc. 2003, 993.
[546] S für eine Auflistung von verschiedenen Formen von mehrseitigen Märkten *Evans*, Yale J Reg 2003, 347.
[547] *Evans*, Yale J Reg 2003, 364.
[548] Zur ökonomischen Bedeutung von bottlenecks ausführlich *Armstrong/Wright*, Two-sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts, Econ. Theory 2007, 353.
[549] *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 102.
[550] *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 107.

(*partenaire obligatoire*) für andere Unternehmen ist.[551] Für das europäische Wettbewerbsrecht ist ein Rückgriff auf die relative Marktmacht mangels ausdrücklicher Normierung str.[552]

Auch wenn *de lege lata* nicht direkt vom Vorhandensein eines *competitive bottleneck* auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden kann, muss dieser Umstand in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eingehen. Der bereits in Punkt 3.3.1.4.2. thematisierte Zusammenschluss *Travelport/Worldspan*[553] zeigt, wie bottlenecks in der Kartellrechtspraxis bewertet werden. Bei dieser Fusion zweier Plattformen, die zwischen Reisebüros und Reisedienstleistern wie etwa Airlines vermitteln, wurde festgestellt, dass Reisebüros regelmäßig nur eine Plattform nützen, während Reisedienstleister ihre Leistungen über mehrere Plattformen anbieten.[554] Aus diesem Grund kommt diesen Plattformen „*ein gewisses Maß an Monopolgewalt in Bezug auf Reiseleistungsanbieter*"[555] zu. Bei der Beurteilung der Marktbeherrschung prüfte die EK, ob sich das entstehende Unternehmen unabhängig vom Wettbewerb verhalten kann, wobei insb auf dessen Fähigkeit, den Preis für Reisedienstleister zu erhöhen, abgestellt wurde. Dies wurde für den vorliegenden Fall verneint.[556] ME können bottlenecks daher als Faktor angesehen werden, der Marktzutrittsschranken erhöht und somit potentiell Marktmacht verstärken kann. Es ist jedoch stets im Einzelfall zu prüfen, ob sie tatsächlich zu einer marktbeherrschenden Stellung verhelfen.

4.3.3. Preis

Nach allgemeiner ökonomischer Definition besteht Marktmacht in der Fähigkeit eines Unternehmens, einen suprakompetitiven Preis zu erzielen (s dazu Punkt 4.1.3.3.). Bei mehrseitigen Märkten stellt sich nun die Frage, ob dieses Kriterium bei allen Marktseiten gegeben sein muss oder ob die Profitabilität der Preiserhöhung auf einer Marktseite ausreichend ist.

Wird ein gemeinsamer, alle Marktseiten umfassender Markt abgegrenzt, ist dies eindeutig zu beantworten: Da das Anheben des Preises auf einer der Marktseiten unmittelbar auf die anderen Marktseiten durchschlägt, muss die Fähigkeit zur Erhöhung des Marktpreises mE alle Marktseiten umfassen. Eine Softwareplattform, für die wie in Punkt 2.2.2.2. erörtert, ein alle Marktseiten umfassender Markt abgegrenzt wird, ist demnach marktmächtig, wenn sie sowohl im Verhältnis zu den Endnutzern als auch im Verhältnis zu Drittsoftwareanbietern eine Preiserhöhung profitabel durchführen kann. Dies kann mE damit begründet werden, dass die Abgrenzung eines gemeinsamen Marktes bereits voraussetzt, dass sich die Abnehmer einer Marktseite einer anderen Plattform

[551] *Füller* in Münchener Kommentar, Marktabgrenzung Rz 74.
[552] *Füller* in Münchener Kommentar, Marktabgrenzung Rz 75.
[553] EK 21.08.2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan.*
[554] EK 21.08.2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan,* Rz 77ff.
[555] EK 21.08.2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan,* Rz 81.
[556] EK 21.08.2007, COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan,* Rz 96.

zuwendeten, wenn die Preise der Güter auf den anderen Marktseiten erhöht würden; es ist somit ohne Belang, auf welcher Marktseite der Preis erhöht wird.

Werden mehrere Teilmärkte abgegrenzt, wird ebenfalls vertreten, dass eine gemeinsame Betrachtung der einzelnen Marktseiten anzustellen ist; dabei soll jedoch eine Gesamtbetrachtung der Preise und uU der Kosten angestellt werden.[557] So wird die Fähigkeit eines Unternehmens geprüft, die Summe der Preise[558], die von den einzelnen Marktseiten verlangt wird, zu erhöhen. Für Zeitschriften als werbefinanzierte Dienste, für die Punkt 2.2.2.3. zu Folge mehrere Teilmärkte abzugrenzen sind, muss daher die Summe des Preises für eine Zeitschrift und des Preises für die Schaltung von Werbung betrachtet werden.[559]

Hierbei ist zu beachten, dass die absolute Höhe des Preises, der von einer Marktseite verlangt wird, keinen Hinweis auf Marktmacht birgt. Das Preisniveau hängt vielmehr (wie in Punkt 2.2.1.2.2. ausgeführt) von der Nachfrageelastizität, indirekten Netzwerkeffekten und Grenzkosten für die Leistungserbringung für die jeweilige Marktseite ab.[560] Selbst für ein marktbeherrschendes Unternehmen kann es uU gewinnoptimal sein, Leistungen für eine sehr preissensible Marktseite unter den Grenzkosten anzubieten, wenn dadurch ein erhöhter Profit von anderen Marktseiten ermöglicht wird. Es wurde daher von *Evans* vorgeschlagen, der Summe der von allen Marktseiten verlangten Preise die Gesamtheit der Grenzkosten, die bei allen Marktseiten zusammen anfallen, in Abzug zu bringen und somit auf Marktmacht zu schließen. Dies birgt jedoch die Problematik, dass in reellen Märkten die Gleichsetzung von Grenzkosten mit dem Wettbewerbspreis unzureichend ist.[561]

Es bestehen in der ökonomischen Lit – der allgemeinen Tendenz zur Erforschung von mehrseitigen Märkten folgend – Versuche, Marktmacht in mehrseitigen Märkten durch Preisanalysen festzustellen.[562] Hierbei werden komplexe ökonometrische Untersuchungen angestellt, bei denen alle Marktseiten einbezogen werden. So müssen etwa in Zeitungsmärkten vier unterschiedliche Nachfrageelastizitäten Beachtung finden: die Elastizität der Leser für die Veränderung des Kaufpreises, die Elastizität der Leser für die Anzahl der abgedruckten Werbung, die Elastizität der Werber für Werbepreise und die Elastizität der Werber für die Auflagehöhe.[563]

---

[557] *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, Report to Nma, 124.
[558] In der ökonomischen Lit als Preislevel bezeichnet.
[559] Dabei muss beachtet werden, dass sich der Preis auf dieselbe Einheit bezieht.
[560] *Evans/Schmalensee*, CPI 2007, 174.
[561] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 60.
[562] Für Werbemärkte s *Argentesi/Filistrucchi*, J. Appl. Econom. 2007, 1247; für Kreditkartenmärkte s *Emch/Thompson*, RNE 2006, 45.
[563] *Argentesi/Filistrucchi*, J. Appl. Econom. 2007, 1248.

Nach *Blaschczok* ist der Preissetzungsspielraum bei mehrseitigen Märkten eingeschränkt, da indirekte Netzwerkeffekte eine marktmachtbegrenzende Wirkung ausüben.[564] Dies begründet er damit, dass die Erhöhung des Preises auf einer der Marktseiten negative Auswirkungen auf den anderen Marktseiten zeitigt, da „*Preiserhöhungen* (…) *die Preiselastizität der Nachfrage auf beiden Seiten* [erhöhen]"[565]. Dies ist jedoch aus meiner Sicht in dieser Allgemeinheit verfehlt: Erstens basiert diese Aussage auf einem Missverständnis des Begriffs der Elastizität; dieser bezeichnet die Reaktion der Verbraucher auf Preiserhöhungen. Die Aussage, dass Preiserhöhungen die Preiselastizität erhöhen, ist in dieser Allgemeinheit daher verfehlt. Zweitens ist *Blaschczok* zwar zuzustimmen, dass von den unterschiedlichen Marktseiten ein Wettbewerbsdruck auf ein Unternehmen ausgehen kann; die Reaktivität der Nachfrage wirkt jedoch auch in einseitigen Märkten marktmachteinschränkend. Es ist daher nicht logisch zwingend, dass diese Einschränkung bei mehrseitigen Märkten stärker zur Geltung kommt als bei einseitigen Märkten.

[564] *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 94.
[565] *Blaschczok*, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 95.

5. Marktmachttransfer

Im Fokus der vorliegenden Arbeit sind Geschäftspraktiken, mit denen ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Marktmacht von einem beherrschten Markt auf einen noch nicht beherrschten Markt auszudehnen. Diese Fallgruppe ist bei Plattformmärkten von großer Bedeutung, da diese als „Winner-takes-it-all" Märkte dazu tendieren, von einem Unternehmen – zumindest zeitweilig – dominiert zu werden. Durch Geschäftspraktiken, die als Marktmachttransfer qualifiziert werden können, ist es dabei denkbar, dass Unternehmen ihre Marktstellung mit leistungsfremden Methoden verfestigen und auf andere Märkte ausdehnen.

Nun soll in einem ersten Schritt allgemein auf die Fallgruppe des Marktmachttransfers eingegangen werden, bevor zwei besonders wichtige Ausgestaltungen dieser Fallgruppe thematisiert werden: Geschäftsverweigerungen und Koppelungen.

5.1. Grundlegung

Als Marktmachttransfer (engl Leveraging[566]) werden Geschäftspraktiken marktbeherrschender Unternehmen bezeichnet, mit denen diese ihre Marktmacht auf andere noch nicht beherrschte Märkte ausdehnen.[567] Es handelt sich daher um einen Sonderfall des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV: Dieser umfasst im Hauptanwendungsbereich Fälle, in denen das inkriminierte Verhalten und dessen Auswirkungen gerade auf jenen Markt einwirken, in dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens festgestellt wurde.[568]

Es ist daher möglich, zwei unterschiedliche Arten der Fallgruppe des Marktmachttransfers zu unterscheiden: einerseits Praktiken, welche zwar im beherrschten Markt gesetzt werden, aber Auswirkungen auf einen anderen Markt zeitigen (sog Fälle mit Drittmarktwirkungen)[569], und andererseits Praktiken, welche in einem anderen als dem beherrschten Markt gesetzt werden und auch dort einwirken (sog Drittmarktfälle)[570]. Die typische Begehungsform des Marktmachttransfers ist dabei unterschiedlich: Während bei Fällen mit Drittmarktwirkungen typischerweise das Naheverhältnis zweier Märkte Grund für den Machttransfer ist, erfolgt die Ausdehnung der Marktmacht bei Drittmarktfällen typischerweise durch die Übertragung von Ressourcen, welche etwa Kampfpreise ermöglichen. Der Fokus der vorliegenden Untersuchung liegt dabei auf ersterer

[566] Auf Grund des englischen Begriffs des Hebels („Lever") wird diese Fallgruppe auch tw als Hebelmissbrauch bezeichnet.
[567] *Crocioni*, Jcle 2007, 449; *Monti*, EC competition law (2007) 186; *Lestari*, Die Leverage-Theorie zu Koppelungsgeschäften im Rahmen des Art 82 EG-Vertrag (2006) 8.
[568] *Lagemann*, Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften auf Fälle mit Drittmarktbezug: Eine Untersuchung zu Paragraphen 19, 20 GWB und Art. 102 AEUV (2012) 20.
[569] *Lagemann*, Fälle mit Drittmarktbezug, 28.
[570] *Lagemann*, Fälle mit Drittmarktbezug, 27.

Konstellation, da diese iZm Plattformen vermehrt diskutiert wird.[571] Es sollen daher Praktiken, bei denen ein Marktmachttransfer durch eine spezielle Preisgestaltung des marktmächtigen Unternehmens erfolgt,[572] nicht weiter untersucht werden; im Fokus stehen die Fallgruppen der Koppelung von Produkten und der Geschäftsverweigerung.

Geschäftspraktiken, welche einen Marktmachttransfer bewirken, können einerseits darauf abzielen, die Marktstellung des Unternehmens am noch nicht beherrschten Markt zu stärken. Kann durch diese Intervention auf diesem Markt ebenfalls eine marktbeherrschende Stellung erreicht werden, so kann dieses Unternehmen uU profitsteigernd den Preis über das Wettbewerbsniveau erhöhen. Als weitere Auswirkungen des Marktmachttransfers gelten die verringerte Auswahlmöglichkeit von Konsumenten und eine geringere Innovationstätigkeit am Zielmarkt des Marktmachttransfers.[573]

Insb in dynamischen Märkten kann der Marktmachttransfer auch dazu eingesetzt werden, um die Marktmacht am beherrschten Markt zu schützen. Dabei wird der Marktmachttransfer mit dem Ziel eingesetzt, potentielle Konkurrenten, welche die marktbeherrschende Stellung des agierenden Unternehmens gefährden könnten, auszuschalten bzw deren weitere Entwicklung zu stören. Aus Geschäftsperspektive kann diese Geschäftspraktik mit der sog „Moat-Strategy"[574] erklärt werden: Das Kerngeschäft soll weitgehend vor Wettbewerb geschützt werden, indem der Wettbewerb weitgehend auf andere Märkte ausgelagert wird. Aus dieser Perspektive werden von der ökonomischen Literatur etwa die *Microsoft*-Fälle interpretiert: Um das Kerngeschäft mit Desktop-Betriebssystemen zu schützen, wurde der Wettbewerb mit dem Internetbrowser Netscape forciert, welcher auch auf anderen Desktop-Betriebssystemen funktionierte.[575] Diese unternehmerische Entscheidung wurde zu einem Zeitpunkt getroffen, bei dem die Bedeutung des Internets für PCs rapide zunahm. Eine Übermacht von Netscape hätte wohl die Entwicklung von alternativen Betriebssystemen begünstigt.

---

[571] So beschreiben *Eilmansberger/Bien* nur Geschäftsverweigerung und die Koppelung als typische Formen des Marktmachttransfers *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 194ff.
[572] Etwa durch Kampfpreise oder spezielle Rabatte.
[573] *Monti*, EC competition law, 189.
[574] Nach einer Aussage, die Warren Buffet zugeschrieben wird: „*In business, I look for economic castles protected by unbreachable 'moats'." An "economic castle" is a great business, and the "unbreachable moat" is the strategy or market dynamic that heightens the barriers-to-entry and makes it difficult or ideally impossible to compete with, or gain access to, the economic castle*", s https://techcrunch.com/2011/03/25/search-googles-castle-moat/ [13.7.2016].
[575] *Crocioni*, Jcle 2007, 449 (462); *Monti*, EC competition law, 192.

5.2. Rechtliche Einordnung

Im Folgenden soll der Marktmachttransfer in Art 102 AEUV situiert werden. Dabei wird zuerst der Tatbestand des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV beleuchtet, bevor generell auf die Frage eingegangen wird, in welchem Verhältnis die Marktbeherrschung und die marktmachtmissbräuchliche Praktik stehen müssen. Anschließend wird analysiert, ob aus der Auslegung der Normen eine generelle Aussage über die Rechtmäßigkeit von marktmachttransferierenden Praktiken folgt. Schließlich soll das Verhältnis der unterschiedlichen Fallgruppen zueinander diskutiert werden.

5.2.1. Marktmachtmissbräuchliche Praktik

Art 102 AEUV statuiert das kartellrechtliche Verbot des Marktmachtmissbrauchs wie folgt:

Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

- *a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;*
- *b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;*
- *c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;*
- *d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.*

Bereits bei der Textierung der Norm wird klar, dass es sich bei den in lit a bis lit d aufgezählten Missbrauchsformen um eine rein beispielhafte Aufzählung handelt; es ist daher – wie auch der EuGH eindeutig hervorhebt[576] – keine erschöpfende Aufzählung.

Schon die Regelbeispiele zeigen, dass der Marktmachttransfer vom Verbot des Marktmachtmissbrauchs erfasst ist. So kann nach lit d ein Missbrauch insb darin bestehen, wenn an den Abschluss von Verträgen die Bedingung geknüpft wird, eine zusätzliche Leistung anzunehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand steht. Dies ist

[576] EuGH 21.2.1973, Rs 6/72, *Continental Can*, Rz 12.

ein typischer Fall der Bündelung (s Punkt 6), in dem die Marktmacht vom beherrschten Markt auf einen anderen, noch nicht beherrschten Markt ausgedehnt wird. Aus der Wahl dieses Beispiels kann wohl geschlossen werden, dass die Fälle des Marktmachttransfers vom Anwendungsbereich des Art 102 AEUV umfasst sind.

Auf Grund der nur beispielhaften Aufzählung kann nicht gefolgert werden, dass Bündelungen die einzige Fallgruppe des Marktmachttransfers darstellen, die von Art 102 AEUV erfasst sind. Vielmehr erfasst die Generalklausel des Art 102 AEUV auch vielfältige andere Formen des Marktmachttransfers.

5.2.2. Verhältnis Marktbeherrschung – missbräuchliche Praktik

Es stellt sich die Frage, inwiefern unternehmerisches Handeln von Art 102 AEUV umfasst ist, wenn der beherrschte und der vom Missbrauch betroffene Markt nicht identisch sind. Zu klären ist daher die Frage, welches Verhältnis zwischen dem Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung und jenem der missbräuchlichen Ausnutzung gegeben sein muss.

Der reine Wortlaut der Norm weist wohl darauf hin, dass die bloße parallele Existenz einer marktbeherrschenden Stellung und deren Ausnutzung nicht hinreichend ist, um einen Marktmachtmissbrauch nach Art 102 AEUV zu begründen.[577] Das Tatbestandsmerkmal der missbräuchlichen Ausnutzung bezieht sich direkt auf das Tatbestandsmerkmal der beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt, was von der älteren Lit dahingehend interpretiert wurde, dass die marktbeherrschende Stellung kausal für den Missbrauch sein müsse.[578]

Eine in Art 102 AEUV niedergelegte Verbindung zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlicher Praktik kann daher für die im Fokus stehende Fragestellung zweierlei Formen annehmen: Einerseits wäre es denkbar, dass die marktbeherrschende Stellung – einer streng wörtlichen Interpretation von Art 102 AEUV folgend – kausal für die missbräuchliche Praktik sein muss. Anderseits wäre es auch möglich, ein Kausalitätserfordernis zu verneinen, aber Art 102 AEUV als Gefährdungstatbestand aufzufassen, welcher nur Märkte schützen soll, welche konkret durch die Präsenz eines marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt sind, was die Anwendung der Fallgruppe des Marktmachttransfers zumindest in Zweifel ziehen würde.

[577] So auch *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition law (2007) 42; *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 135.
[578] MwN *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 135.

5.2.2.1. Kausalzusammenhang Marktbeherrschung – missbräuchliche Praktik

Geht man davon aus, dass es eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlicher Praktik bedarf, wären ausschließlich Konstellationen von Art 102 AEUV umfasst, in denen die marktbeherrschende Stellung ein Unternehmen befähigt, eine missbräuchliche Handlung zu setzen.[579] So ging GA *Roemer* davon aus, dass die Anwendung von Art 102 AEUV nur dann in Betracht kommt, „*wenn die Marktmacht als Instrument eingesetzt und in verwerflicher Weise gebraucht wurde*".[580] Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass Handlungen, die nicht im engen Konnex mit der beherrschenden Stellung stehen, nicht unter das Verbot des Marktmachtmissbrauchs fallen. Da bei der Fallgruppe des Marktmachttransfers unternehmerische Praktiken auf anderen Märkten als den beherrschten Auswirkungen zeitigen, wären diese somit nicht von Art 102 AEUV umfasst.[581]

Das Erfordernis eines Kausalzusammenhangs zwischen Marktbeherrschung und der missbräuchlichen Praktik wurden – entgegen den Ausführungen von GA *Roemer* – vom EuGH in der Rs *Continental Can* abgelehnt. Dieser sprach ausdrücklich aus, dass es „*auf die Frage des ursächlichen Zusammenhangs, der* (…) *zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung bestehen muss*," nicht ankomme, „*denn die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens kann ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, missbräuchlich und nach Artikel 86 des Vertrags* [jetzt Art 102 AEUV] *verboten sein*"[582]. Bestätigt wurde diese Ansicht in der Rs *Hoffmann-La Roche*: GA *Reischl* führte darin aus, dass für den Tatbestand des Art 102 AEUV nicht der Einsatz der Marktmacht ausschlaggebend sei, „*vielmehr müsse von Missbrauch schon gesprochen werden, wenn ein Unternehmen in beherrschender Position durch seine Handlungen die Wettbewerbsstruktur beeinflusse*"[583]. Dem schloss sich der EuGH[584] und dem folgend die EK in Folgeentscheidungen[585] an.

Eilmannsberger bringt entgegen der hA[586] vor, dass die Rsp bloß über die „*die streng instrumentelle Verknüpfung von Marktmacht und Missbrauchshandlung*"[587] abgesprochen habe. Vielmehr müsse ein kausaler Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und marktmissbräuchlicher Praktik vorhanden sein, sodass entweder erst die marktbeherrschende Stellung das Unternehmen in die Lage versetzt, die Handlung zu setzen, oder eine Praktik erst bei einem marktbeherrschenden

---

[579] *Hengst* in *Langen/Bunte* (Hg), Kartellrecht[12] (2014) Art 101 AEUV Rz 131.
[580] GA *Roemer* 21.11.1972, Rs 6/72, *Continental Can*, 255.
[581] *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 140.
[582] EuGH 21.2.1973, Rs 6/72, *Continental Can*, Rz 27.
[583] GA *Reischl* 19.9.1978, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche*, 583.
[584] EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Rz 91.
[585] MwN *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 137.
[586] Etwa *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 136; *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 102 AEUV Rz 141.
[587] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 136.

Unternehmen verpönt ist. Dem kann mE wohl zugestimmt werden: Die Verbindung des Tatbestandselements der marktbeherrschenden Stellung mit jenem des Missbrauchs ist eine bedeutende Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art 102 AEUV. Verboten ist nicht Missbrauch an sich iS eines unerwünschten Marktergebnisses, sondern nur der Missbrauch, der in der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung besteht. Daher würde eine völlige Ablehnung des Erfordernisses eines Zusammenhangs zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlicher Praktik über den Wortlaut des Art 102 AEUV hinaus gehen und den Kartellbehörden Befugnisse einräumen, welche nicht durch die Vertragsstaaten intendiert waren.

5.2.2.2. Marktzusammenhang Marktbeherrschung – missbräuchliche Praktik

Wird das Erfordernis einer engen Kausalität zwischen Marktbeherrschung und der missbräuchlichen Praktik verneint, kann in weiterer Folge gefragt werden, ob der Markt, in dem die missbräuchliche Praktik gesetzt wird bzw in dem diese wettbewerbsschädliche Auswirkungen zeitigt, identisch mit dem beherrschten Markt sein muss. Dies soll im Folgenden einzeln analysiert werden.

5.2.2.2.1. Auswirkungen der Praktik auf einem anderen als dem beherrschten Markt

Zum Ersten sind Konstellationen denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen Handlungen am beherrschten Markt setzt, sich diese jedoch auf einem anderen als dem beherrschten Markt auswirken. Anschauliches Beispiel hierfür ist eine Geschäftsverweigerung: Wenn Produkt A notwendige Voraussetzung für die Herstellung von Produkt B ist, kann ein am Markt für Produkt A marktbeherrschendes Unternehmen seine Machtstellung auf den Markt für Produkt B ausdehnen, wenn es Mitbewerbern am Markt für Produkt B die Bereitstellung von Produkt A verweigert. Hierbei wird die Praktik zwar am beherrschten Markt A gesetzt, Auswirkungen hat diese jedoch auf Markt B.

Solche Fallkonstellationen wurden in der europ Rsp schon früh thematisiert. So sprach der EuGH in der Rs *Commercial Solvent* aus, dass es einen Missbrauch darstelle, wenn ein Unternehmen „*eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Rohstoffe hat und sich in der Absicht, sich den Rohstoff für die Herstellung seiner eigenen Derivate vorzubehalten, weigert, einen Kunden, der seinerseits Hersteller dieser Derivate ist, zu beliefern, auch auf die Gefahr hin, jeglichen Wettbewerb durch diesen Kunden auszuschalten.*“[588] Noch deutlicher wurde der EuGH in der Rs *Télémarketing*: Als Missbrauch wäre es demnach zu qualifizieren, wenn sich ein „*Unternehmen ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner*

[588] EuGH 6.3.1974, Rs 6 & 7/73, *Commercial Solvent,* Rz 25.

Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht.“ [589]

Aus diesen klaren Aussagen des EuGH kann gefolgert werden, dass sich die besondere Verantwortlichkeit von marktbeherrschenden Unternehmen nicht nur auf den beherrschten Markt selbst beschränkt, sondern auch Konstellationen umfasst, in denen Handlungen am beherrschten Markt Auswirkungen auf andere Märkte zeitigen. Dies kann damit begründet werden, dass nach wiederholter Aussage der europäischen Gerichte marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung dafür tragen, dass ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht beeinträchtigt.[590] Diese Verantwortung begrenzt sich nicht nur auf Handlungen, die sich am beherrschten Markt, auf dem der Wettbewerb alleine durch die Existenz eines marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt ist, auswirken; sie umfasst vielmehr sämtliche Handlungen, die am beherrschten Markt gesetzt werden.

5.2.2.2.2. Missbrauch in einem anderen als dem beherrschten Markt

Zum Zweiten sind auch Konstellationen denkbar, in denen die missbräuchliche Praktik in einem anderen als dem beherrschten Markt gesetzt wird, Auswirkungen aber auf den beherrschten Markt hat. Dies kommt insb dann in Frage, wenn durch eine Geschäftspraktik (etwa durch Kampfpreise) die Stellung von Mitbewerbern am nicht dominierten Markt geschwächt werden soll, sodass diese am Markteintritt zum beherrschten Markt behindert werden.[591]

Dass diese Fallkonstellationen unter Art 102 AEUV fallen, hat der EuGH etwa in der Rs *BPB Industries* ausgesprochen: Demnach sei eine diskriminierende Preisgestaltung auf einem anderen Markt als dem beherrschten missbräuchlich, wenn diese darauf gerichtet ist, Konkurrenten zu verdrängen.[592] Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Wettbewerbsstruktur auf dem beherrschten Markt alleine durch die Präsenz eines marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt sei;[593] der Schutzzweck der Erhaltung des Wettbewerbs auf diesem Markt rechtfertige es daher, auch Praktiken zu untersagen, die auf anderen Märkten gesetzt wurden.[594]

---

[589] EuGH 3.10.1985, Rs 311/84, *Télémarketing,* Rz 27.
[590] Etwa EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands,* Rz 184/194; EuGH 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin,* Rz 57; EuG 7.10.1999, T-228/97, *Irish Sugar,* Rz 112.
[591] *Monti*, EC competition law, 193.
[592] EuG 1.4.1993, T-65/89, *BPB Industries,* Rz 96.
[593] EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, *Hoffmann-La Roche,* Rz 120.
[594] EuG 1.4.1993, T-65/89, *BPB Industries,* Rz 95.

5.2.2.2.3. Auswirkungen und Missbrauch in einen anderen als dem beherrschten Markt

Zuletzt sind Konstellationen vorstellbar, in denen die missbräuchliche Praktik in einem anderen als dem beherrschten Markt gesetzt wird und auch in diesem Auswirkungen zeitigt. In diesen fehlt – anders als in den zuvor besprochenen Fallkonstellationen – jegliche Verbindung zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Praktik.

Grundsätzlich ist ein Konnex zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der marktmachtmissbräuchlichen Handlung für die Anwendung von Art 102 AEUV notwendig. Verneinte man dies, genügte es für die Anwendung von Art 102 AEUV, einen noch so kleinen Markt aufzufinden, in dem das untersuchte Unternehmen marktbeherrschend ist, um eine Praktik in einem vollkommenen anderen Markt zu verbieten.[595] Damit würde das einschränkende Tatbestandsmerkmal, dass marktmachtmissbräuchliche Praktiken nur bei Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung verboten sind, völlig entwertet; es käme damit zu einer Ausdehnung des Tatbestands des Art 102 AEUV.[596]

In der *Tetra Pak II* Entscheidung schloss sich der EuGH dem Erfordernis einer Verbindung zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlicher Praktik an. Eine solche sei jedoch auch dann vorhanden, wenn der beherrschte Markt und jener Markt, in dem die Praktik gesetzt wurde und in dem diese Auswirkungen hat, verbunden sind.[597] Zum Merkmal der Verbundenheit zweier Märkte sprach der EuGH in der Rs *Tetra Pak II* aus, dass diese gegeben sei, da die Nachfrager bei den betrachteten Märkten zu einem nicht unbeträchtlichen Teil ident seien und alle wichtigen Anbieter an beiden Märkten anbieten würden.[598] Ausschlaggebend waren daher die Gleichheit von Angebot und Nachfrage auf den betrachteten Märkten, die deren Verbundenheit nahe legten.

In einem anderen Verfahren vor dem EuG war strittig, ob der Markt für Luftverkehrsvermittlerdienste, welche Reisevermittler erbringen, und der Markt für Luftverkehrsleistungen verbunden seien. Dies wurde vom Gericht bejaht, da (i) Luftverkehrsvermittlerdienste eine existenziell wichtige Bedeutung für Fluggesellschaften hätten, (ii) 85 % der im Vereinigten Königreich verkauften Flugtickets durch Luftverkehrsvermittler abgesetzt wurden (iii) die Weigerung, die Flüge einer Fluggesellschaft zu bewerben, zu Absatzverlusten führen würde und (iv) die Tätigkeit von Reisevermittlerdiensten zu Kostenersparnissen bei Fluggesellschaften führen würde.[599] Die Verbundenheit in diesem Fall

[595] So auch GA *Colomer* 27.6.1996, C-333/94 – *Tetra Pak II,* Rz 56; aA *Monti*, EC competition law, 195.
[596] Und damit zu schwierigen Abgrenzungsfragen zu anderen Feldern des Wettbewerbsrechts wie etwa dem Lauterkeitsrecht, s dazu weiterführend *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 146ff.
[597] EuGH 14.11.1996, C-333/94, *Tetra Pak II,* Rz 27.
[598] EuGH 14.11.1996, C-333/94, *Tetra Pak II,* Rz 29.
[599] EuG 17.12.2003, T-219/99, *British Airways,* Rz 130ff.

bestand daher in einer ursächlichen Verflechtung der betrachteten Märkte: Die Nachfrage am Markt für Luftverkehrsleistungen war ursächlich mit dem Angebot von Reisevermittlern verbunden.

5.2.2.2.4. Mehrseitige Märkte als verbundene Märkte

Fraglich ist nun, ob mehrseitige Märkte, bei denen verschiedene Teilmärkte abgegrenzt wurden, als verbundene Märkte iSd *Tetra Pak II* Judikatur qualifiziert werden können. Dies ist – soweit ersichtlich – bislang weder von der Rsp noch von der Lit besprochen worden.

Einer Analyse dieser Frage ist vorherzuschicken, dass bei der Beurteilung der Verbundenheit verschiedener Märkte die Rsp bisher stets auf die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls einging; neben der konkreten Marktsituation wurde durchwegs die spezifische Stellung der untersuchten Unternehmen in diesen Märkten beleuchtet. Es ist daher grundsätzlich möglich, dass mehrseitige Märkte fallweise als verbundene Märkte, fallweise nicht als solche qualifiziert werden. Analysiert werden kann hingegen an dieser Stelle, ob mehrseitige Märkte grundsätzlich verbundene Märkte darstellen können.

Kurz soll dazu in Erinnerung gerufen werden, unter welchen Umständen bei mehrseitigen Plattformen mehrere verschiedene Teilmärkte abgegrenzt werden: Dies ist der Fall, wenn im Zeitpunkt der Transaktion erkennbar ist, welche Abnehmergruppe involviert ist und wenn für die verschiedenen Marktseite heterogene Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Werbefinanzierte Zeitschriften sind ein typisches Beispiel für mehrseitige Märkte, für die verschiedene Teilmärkte abgegrenzt werden: Zwar kann festgestellt werden, welche Abnehmergruppe agiert (zB Kauf einer Zeitschrift), im Anzeigenmarkt und im Zeitschriftenmarkt herrschen jedoch idealtypisch heterogene Wettbewerbsbedingungen.

ME sind mehrseitige Märkte in einem ganz besonderen Ausmaß dazu geeignet, als verbundene Märkte qualifiziert zu werden. Dies ist auf die Existenz von indirekten Netzwerkeffekten zurückzuführen, welche für das Geschäftsmodell von mehrseitigen Plattformen unentbehrlich sind (s weiterführend Punkt 2.2.1.). Demnach ist das Marktergebnis auf dem einen Markt von Relevanz für die Attraktivität des Angebots auf dem anderen Markt. Dieser Konnex zwischen zwei Märkten indiziert mE eine Verbundenheit iSd *Tetra Pak II* Rsp. In einer Einzelfallbetrachtung ist hier jedoch nachzuweisen, dass die involvierten Teilmärkte tatsächlich verbunden sind; in Frage kommt hierbei va die ursächliche Verflechtung mehrerer Märkte, wie sie in der Rs *British Airways* geprüft wurde. Zu ermitteln ist daher, welche Einflüsse das Marktergebnis der einen Marktseite tatsächlich auf die anderen Marktseiten hat.

Ein solches Konzept ist im Einklang mit einer Sichtweise, nach der tatsächlich vorgefundene Märkte in einem Kontinuum zwischen dem Modell des einseitigen Marktes und jenem des

mehrseitigen Marktes situiert werden müssen (s Punkt 2.2.1.3.). Mehrseitige Märkte, für die zwar verschiedene Teilmärkte abgrenzt werden müssen, diese jedoch untereinander verbunden sind, können daher näher am idealtypischen Modell des mehrseitigen Marktes situiert werden. Mehrseitige Märkte, für die die Verbundenheit der Teilmärkte verneint werden muss, befinden sich näher am idealtypischen Konzept des einseitigen Marktes.

5.2.3. Reichweite des Verbots

Zu klären ist zudem, ob das Verbot des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV sämtliche Formen des Marktmachttransfers umfasst oder nur Konstellationen, in denen nachgewiesen werden kann, dass konkret durch die inkriminierte Geschäftspraktik eine Schädigung des Wettbewerbs folgt.

Hierbei handelt es sich um eine der strittigsten Fragen iZm der Anwendung von Art 102 AEUV,[600] insb nach der *Intel* Rsp des EuG[601] entbrannte dazu eine heftige Debatte in der Lit.[602]

Nun soll in einem Exkurs[603] kurz auf die Diskussion eingegangen werden, ob der Marktmachtmissbrauch nach Art 102 AEUV nur dann zur Anwendung kommt, wenn ein wettbewerbsschädlicher Effekt nachgewiesen werden kann. Danach soll analysiert werden, ob die Rechtsprechungspraxis bei Fällen des Marktmachttransfers den Nachweis von wettbewerbsschädlichen Auswirkungen der Praktik verlangt.

---

[600] „*The scope of this basic principle has given rise to some of the most contentious issues under Article 102 TFEU; in particular whether it is necessary to examine anticompetitive effects in all cases*“ *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 262.
[601] EuG 12.6.2014, T-286/09, *Intel*.
[602] MwN *Colomo*, Beyond the „More Economics-Based Approach“: A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law, CML 2016, 709 (711).
[603] Eine Erörterung in angemessener Tiefe verdiente wohl eine eigenständige Dissertation.

5.2.3.1. Exkurs: „Per-Se Verbot" oder Notwendigkeit einer Auswirkungsanalyse

Der Wortlaut des Art 102 AEUV bietet keinerlei Anknüpfungspunkt zur Frage, ob für das Verbot des Marktmachtmissbrauchs der Nachweis von wettbewerbsschädlichen Wirkungen der inkriminierten Praktik notwendig ist. Anders als Art 101 AEUV wird explizit nicht zwischen dem Bewirken oder Bezwecken[604] der Wettbewerbsbeschränkung unterschieden; wobei bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen kein Nachweis von wettbewerbsschädlichen Wirkungen notwendig ist, da diese von ihrem Wesen her geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken.[605] Nur bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen sind die konkreten wettbewerblichen Auswirkungen der Praktik zu substantiieren.

Vom Wortlaut des Art 102 AEUV ist es daher vollkommen offen, ob nun stets der Nachweis der wettbewerblichen Auswirkungen bzw der konkreten Möglichkeit negativer Auswirkungen für den Wettbewerb erbracht werden muss oder – einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nach Art 101 AEUV gleich – eine solche nicht notwendig ist. Insb von anglophonen Kommentatoren wird in der Rs *Hoffmann-La Roche* ein Hinweis gesehen, dass stets ein Nachweis von wettbewerbsschädlichen Wirkungen notwendig sei.[606] Daran schließt meist eine Kritik an der als zu formalistisch qualifizierten Anwendung von Art 102 AEUV, da der konkrete Nachweis von wettbewerbsschädlichen Wirkungen von Handlungen in einigen Fällen nicht hinreichend erbracht worden sei.[607]

Im Jahr 2005 veröffentlichte die EK ein Discussion Paper[608] gefolgt von der Prioritätenmitteilung im Jahr 2009, in welchen ein neuer *economics based approach* angekündigt wurde, nach dem bei der Durchsetzung von Art 102 AEUV stärker auf die konkreten Auswirkungen der missbräuchlichen Praktik eingegangen werden soll.[609] So lässt die EK die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens, die Bedingungen auf dem relevanten Markt, die Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens, die Stellung der Abnehmer bzw der Anbieter von Inputs, das Ausmaß des mutmaßlichen missbräuchlichen Verhaltens, mögliche

---

[604] In anderen Sprachfassungen des AEUV eindeutiger: In der engl Fassung „Object or Effect"; in der frz Fassung „objet ou effet".
[605] *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 444.
[606] S etwa *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 262. Dies ist aber wohl darauf zurückzuführen, dass in der englischen Fassung des Urteils folgender Satz zu finden ist :"[The concept of abuse covers conduct that has] *the **effect** of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition*". In der deutschsprachigen Fassung ist dies weniger klar:"[Der Begriff der Ausnutzung] *erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist*."
[607] *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, Rz 4.138; *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 267.
[608] EK 2005, Discussion paper on the application of the Treaty to exclusionary abuses.
[609] *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, Rz 4.140.

Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung und unmittelbare Beweise für eine Behinderungsstrategie in ihre Bewertung einfließen.[610]

In der jüngeren Lit[611] wird zu dieser Frage von einem differenzierten, von der Struktur des Art 101 AEUV inspirierten Ansatz ausgegangen: So würden manche Fallkonstellationen ihrem Wesen nach derartig wettbewerbsschädlich sein, dass der Nachweis einer Wettbewerbsschädigung nicht notwendig sei; bei anderen Konstellationen würden gerade die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen den Marktmachtmissbrauch bedingen. Diesem Ansatz kann mE gefolgt werden: Grundsätzlich sind mE die konkreten Auswirkungen des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens Anknüpfungspunkt für Art 102 AEUV. Es stellte jedoch eine unbillige Erschwernis der Rechtsdurchsetzung dar, wenn in Konstellationen, die besonders dazu geeignet sind, einen Missbrauch zu bedingen, eine umfassende, ressourcenintensive Ermittlung der Auswirkungen notwendig wäre. Daher kann mE in diesen besonders gefahrengeneigten Konstellationen auch ohne den konkreten Nachweis der Wettbewerbsschädigung von einem verbotenen Marktmachtmissbrauch ausgegangen werden. Im Einzelfall ist es zudem stets möglich, das inkriminierte Verhalten durch vom Unternehmen vorgebrachte objektive Gründe zu rechtfertigen. Es muss daher mE zu einer Bildung von Fallgruppen kommen. Nach einer rechtlich-ökonomischen Analyse sind hierbei Fälle nach ihrer konkreten Gefährlichkeit für den Wettbewerb zu klassifizieren und damit korrespondierend die Notwendigkeit des Nachweises der konkreten Wettbewerbsschädigung zu ermitteln.

5.2.3.2. Marktmachttransfer

Wenn man – wie oben ausgeführt – von einem differenzierten Konzept der Einbeziehung der wettbewerblichen Auswirkungen von Geschäftspraktiken in die Beurteilung nach Art 102 AEUV ausgeht, stellt sich die Frage, ob bei Fällen des Marktmachttransfers ein Nachweis der konkreten Auswirkungen des Verhaltens erbracht werden muss.

Eilmansberger geht davon aus, dass Fälle des Marktmachttransfers per se gegen das Verbot des Marktmachtmissbrauchs verstoßen, da „*die Maßnahme an sich den Wettbewerb um Geschäftsabschlüsse mit Kunden verfälscht*“.[612] Deswegen sei es für die Qualifikation als Marktmachtmissbrauch unerheblich, ob es zu einer Änderung der Marktstruktur kommt. Bei seiner Analyse der Rsp der europäischen Gerichte geht *Colomo* ebenfalls davon aus, dass zumindest für

[610] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 20.
[611] *Colomo*, CML 2016, 709; *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 458; *Wils*, WoCo 2014, 405.
[612] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 194; s auch *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 437 (459); *Eilmansberger*, How to Distinguish Good and Bad Competition under Article 82 EC: In Search of Clearer and more Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses, CML 2005, 129 (153ff).

Koppelungen und Bündelungen kein Nachweis der nachteiligen Auswirkungen der Praktik auf den Wettbewerb erbracht werden muss.[613]

Anderer Ansicht sind *Thalmann*[614] und *Lagemann*[615]; sie gehen iW davon aus, dass aus Konstellationen des Marktmachttransfers keine generelle Gefährdung ausgeht, welche ein per se Verbot rechtfertigt.

Folgt man der jüngeren Lit bei der These, dass Art 102 AEUV eine differenzierte Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen vorsieht, so ist doch mE jedenfalls der Grundfall darin zu erblicken, dass die konkreten Effekte der Praktik im Einzelfall nachgewiesen werden müssen. Nur bei bestimmten, besonders wettbewerbsschädigenden Handlungen kann dieser Nachweis unterbleiben; diese stellen daher den Sonderfall dar. Ob nun Konstellationen des Marktmachttransfers als ein solcher Sonderfall qualifiziert werden müssen, kann durch eine Zusammenschau von ökonomischen und juristischen Argumenten ermittelt werden. Aus einer ökonomischen Sicht kann eine Praktik mE dann als per se verboten gelten, wenn sie in der Regel eine Schädigung des Wettbewerbs nach sich zieht und – sollte dies entgegen der Regel nicht der Fall sein – ein Unternehmen auf Grund seiner Beweisnähe diesen Nachweis erbringen kann. Dies soll im nachfolgenden Punkt thematisiert werden.

In einer juristischen Betrachtungsweise erfordert die Feststellung, dass Fälle des Marktmachttransfers per se verboten sind, mangels einer expliziten Aussage der Rsp diesbezüglich eine Analyse verschiedener Fallkonstellationen. Dabei ist mit *Colomo* darauf hinzuweisen, dass für eine bedeutende Gruppe der Fälle des Marktmachttransfers – nämlich der Geschäftsverweigerung – die Rsp den Nachweis wettbewerbsschädlicher Auswirkungen verlangt.[616] Anders wäre dies nach *Colomo* bei der Fallgruppe der Koppelungen, was er an Hand der *Tetra Pak* und *Microsoft*-Rsp illustriert.[617]

Aus der isolierten Betrachtung dieser Erk kann mE keine über den Einzelfall hinausgehende Aussage destilliert werden. Zwar spricht das EuG in *Tetra Pak* ausdrücklich davon, dass die Koppelungsklauseln „*bezwecken, die beherrschende Stellung von Tetra Pak durch eine Vertiefung der wirtschaftlichen Abhängigkeit ihrer Kunden von ihr zu verstärken*“[618]. Dies muss jedoch mit der vorhergehenden Feststellung des Gerichts gelesen werden, nach der diese Klauseln „*Teil einer globalen Strategie seien, mit der* (…) *jede Möglichkeit des Wettbewerbs sowohl bei Kartons als*

[613] *Colomo*, CML 2016, 718.
[614] *Thalmann*, Die missbräuchliche Verschließung sekundärer Produktmärkte – Instrumente, Wirkungsweisen, kartellrechtliche Grenzen (2014) 170.
[615] *Lagemann*, Fälle mit Drittmarktbezug, 275ff.
[616] *Colomo*, CML 2016, 718.
[617] *Colomo*, CML 2016, 717f; aA *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.494.
[618] EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak*, Rz 140.

auch bei verwandten Produkten ausgeschlossen werden sollte"[619]. Dies kann mE dahingehend interpretiert werden, dass sehr wohl auf die konkreten Auswirkungen der Geschäftspraktik eingegangen wurde. In der Rs *Microsoft* wurde von der EK auf 44 Textseiten ausführlich auf die Auswirkungen der Koppelung auf den betroffenen Markt eingegangen,[620] das Gericht schloss sich diesen Ausführungen an.[621] In der Lit[622] gilt der Fall *Microsoft* im Übrigen als Wendepunkt bei der Beurteilung der Auswirkungen der wettbewerblichen Auswirkungen von Koppelungspraktiken, da darin die EK anerkannt hat, dass zumindest in Konstellationen der Internetökonomie bei Koppelungspraktiken der Nachweis von negativen wettbewerblichen Effekten notwendig ist.[623]

In die Beurteilung dieser Frage kann einfließen, dass die EK in ihrer Prioritätenmitteilung das Erfordernis sieht, bei der Fallgruppe der Koppelung und Bündelung zu prüfen, ob diese Praktiken zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung auf dem gekoppelten und/oder dem Koppelungsmarkt führen.[624] Koppelungen werden zudem auch bei konglomeralen Fusionen thematisiert; nach Ansicht der Kommission ist hierbei ausführlich auf die Abschottungswirkungen durch mögliche Produktkoppelungen einzugehen.[625] IZm der Unternehmenszusammenschlusskontrolle wies der EuGH bei der Rs *Tetra Laval* ausdrücklich darauf hin, dass der Kommission für den Nachweis, dass es zu einer Behinderung des wirksamen Wettbewerbs durch eine Hebelwirkung kommt, eine besondere Beweispflicht zukommt.[626]

Zusammenfassend kann daher aus rechtlicher Perspektive festgehalten werden, dass nach ständiger Rsp Fälle des Marktmachttransfers keineswegs eindeutig als per se verboten qualifiziert werden können.

---

[619] EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak*, Rz 135.
[620] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 835 – 954.
[621] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1058.
[622] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.494; *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 163.
[623] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 841.
[624] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 52ff.
[625] EK, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, Rz 93ff.
[626] EuGH 15.2.2005, C-12/03P, *Tetra Laval*, Rz 44.

5.2.3.3. Tatsächliche oder potentielle Effekte

Besteht das Erfordernis, die Auswirkungen einer unternehmerischen Praktik im Einzelfall nachzuweisen, muss geklärt werden, ob diese tatsächlich empirisch nachweisbar oder nur potentiell vorhanden sein müssen.

Diese Frage war ua Gegenstand des Verfahrens *British Airways*: Die Belangte brachte gegen die Entscheidung der EK vor, dass diese die Auswirkungen der inkriminierten Praktik auf den Markt nicht konkret nachgewiesen habe. Dies wurde vom EuG explizit zurückgewiesen: Demnach genügt der Nachweis, „*dass das missbräuchliche Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung seiner Tendenz nach den Wettbewerb beschränkt, oder anders ausgedrückt, dass es aufgrund seiner Art oder Eignung eine solche Wirkung haben kann*."[627] MaW kann ein marktbeherrschendes Unternehmen nichts daraus gewinnen, dass kein tatsächlicher Nachweis der Marktschädigung erbracht werden kann.[628] Dem schloss sich auch GA *Kokott* an: „*Nachzuweisen ist vielmehr nur die Eignung des jeweiligen Verhaltens, die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch andere Mittel als die des Leistungswettbewerbs zu behindern*."[629]

In der Rs *Post Danmark II* ging GA *Kokott* genauer auf die Nachweispflicht der potentiellen Schädigung ein. Demnach muss eine marktmachtmissbräuchliche Praktik „*nicht nur abstrakt, sondern auch konkret geeignet sein, den Wettbewerb des marktbeherrschenden Unternehmens den Zugang zum Markt* (…) *zu erschweren oder gar unmöglich zu machen*."[630] Diese Auffassung wurde vom EuGH nur eingeschränkt übernommen: Zwar konzediert dieser, dass die wettbewerbsschädigende Wirkung nicht rein hypothetischer Natur sein dürfe,[631] der „*Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung, durch die zumindest ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten*"[632] sei jedoch hinreichend für einen Marktmachtmissbrauch.

Dem ist mE zuzustimmen: Verlangte man im Einzelfall den konkret nachweisbaren Beweis des Effekts, müsste mit einer kartellrechtlichen Intervention gewartet werden, bis der Markt tatsächlich geschädigt worden wäre. Dies ist insb in Märkten, die durch Netzwerkeffekte gekennzeichnet sind, problematisch, da auf Grund der geschwächten Marktstruktur die Auswirkungen der verpönten Praktik kaum reversibel sind. Vielmehr muss zur Abwendung von wettbewerblichen Schädigungen mE der ökonomisch fundierte Nachweis einer potentiellen Schädigung durch das Verhalten

[627] EuG 17.12.2003, T-219/99, *British Airways*, Rz 293.
[628] EuG 17.12.2003, T-219/99, *British Airways*, Rz 297.
[629] GA *Kokott* 23.2.2006, C-95/04P, *British Airways*, Rz 71.
[630] GA *Kokott* 21.5.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 80.
[631] EuGH 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 65.
[632] EuGH 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 66.

genügen. Im Umkehrschluss bedeutet dies naturgemäß nicht, dass eine nachweisbare Schädigung der Wettbewerbsstruktur bzw das Fehlen einer solchen nicht in die Beurteilung eingehen kann. So kann mE zurecht vom Ausbleiben wettbewerblicher Auswirkungen auf die – zu verneinende – potentielle Gefährlichkeit einer Praktik geschlossen werden.[633]

Weitgehend ungeklärt ist *bis dato*, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit die wettbewerbsschädigenden Effekte einer Geschäftspraktik eintreten müssen, um einen Marktmachtmissbrauch zu begründen. GA *Kokott* geht in *Post Danmark II* mit Blick auf die besondere Verantwortung von marktbeherrschenden Unternehmen davon aus, dass ein Marktmachtmissbrauch vorliegt, wenn „*bei Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls der Eintritt einer Verdrängungswirkung wahrscheinlicher erscheint als deren Ausbleiben*"[634]. In seinen rezenten Schlussanträgen zur Rs *Intel* forderte GA *Wahl* dahingegen eine höhere Wahrscheinlichkeit des Eintritts von wettbewerbsschädigenden Wirkungen.[635] ME ist der Ansatz von GA *Kokott*, nach dem auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Eintritts von wettbewerbsschädlichen Effekten abzustellen ist, vorzuziehen. Dies ergibt sich daraus, dass wettbewerbliche Zusammenhänge komplex sind und häufig die Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge nur unter großen Schwierigkeiten nachgewiesen werden können; eine mathematisch-präzise Voraussage der wettbewerblichen Auswirkungen einer Praktik ist daher in den meisten Fällen nicht möglich. Ob eine Praktik mit 51 % oder etwa mit 65 % zu einer Wettbewerbsschädigung führt, ist zumeist nicht theoretisch darstellbar, jedenfalls für den Rechtsanwender idR nicht beurteilbar. Bei einem Abstellen auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist dahingegen nur das Abwägen zweier verschiedener Kausalverläufe vonnöten: Einer Schadenstheorie, nach der das inkriminierte Verhalten zu einer Wettbewerbsschädigung führt und einer Verteidigungstheorie, nach der eine Wettbewerbsschädigung in Zweifel gezogen wird. Je nachdem welche dieser Theorien als wahrscheinlicher – dh mit einer überwiegenden Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50 % – angesehen wird, hat eine kartellrechtliche Intervention zu erfolgen oder nicht.

---

[633] So auch High Court of Justice 12.2.2016, [2016] EWHC 253 (Ch) – *Streetmap vs Google*, Rz 84ff.
[634] GA *Kokott* 21.5.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 82.
[635] „*Deshalb muss unter Wahrscheinlichkeit erheblich mehr als die bloße Möglichkeit verstanden werden, dass ein bestimmtes Verhalten den Wettbewerb beschränkt. Umgekehrt reicht der Umstand, dass der Eintritt einer Verdrängungswirkung wahrscheinlicher erscheint als deren Ausbleiben, schlicht nicht aus*", GA *Wahl* 20.10.2016, C-413/14P, *Intel,* Rz 117ff.

5.2.4. Verhältnis der Fallgruppen zueinander

Mit der Koppelung von Produkten und der Geschäftsverweigerung werden zwei Fallgruppen näher untersucht, die einen Marktmachttransfer bedingen können. Daneben bestehen noch weitere preisbasierte Fallgruppen. Für die rechtliche Analyse ist es vonnöten, das Verhältnis dieser Fallgruppen zueinander zu klären.

Das Verhältnis dieser Fallgruppen ist maßgeblich davon beeinflusst, ob es zu Überschneidungen ihrer Anwendungsbereiche – maW Normenkonflikten – kommen kann. Gefragt werden muss daher zuerst, ob eine trennscharfe Zuordnung von Sachverhalten zu verschiedenen Fällen möglich ist, welche solche Überschneidungen ausschließt. Kommt es zu Überschneidungen, muss weiter analysiert werden, welche Regelungen zur Anwendung kommen.

Mit Blick auf die von der EK in ihrer Prioritätenmitteilung identifizierten Tatbestandsvoraussetzungen der Fallgruppen zeigt sich,[636] dass eine solche Zuordnung von Sachverhalten zu Fallgruppen nicht stattfindet. Die EK identifiziert für die Fallgruppe der Koppelung zwei Tatbestandsvoraussetzungen: (i) separate Produkte und (ii) die wettbewerbswidrige Marktverschließung.[637] Für die Fallgruppe der Bündelung durch Rabatte kommt ein Tatbestandsmerkmal hinzu, nämlich, dass für die einzelnen Produkte im Bündel der Preis unter den langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten liegt.[638] Bei der Fallgruppe der Kampfpreise ist (i) nachzuweisen, dass die Preise unterhalb der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten angesiedelt sind und (ii) dass es zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung kommt.[639] Bei der Geschäftsverweigerung sind neben der begriffsimmanenten Verweigerung des Geschäfts (i) die objektive Notwendigkeit des Inputs, (ii) die Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs und (iii) der Schaden für die Verbraucher Tatbestandsmerkmal.[640] Allen diesen Fallgruppen ist gemeinsam, dass eine objektive Rechtfertigung durch den Nachweis von Effizienzen möglich ist.

Bei Betrachtung dieser Tatbestandselemente zeigt sich, dass sich die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung und jene der Kampfpreise und der Bündelung gegenseitig ausschließen. Es ist nicht möglich, einen kartellrechtlich verpönten geringen Preis zu verlangen, wenn kein Geschäft

---

[636] Tatsächlich müsste es zu einer Gegenüberstellung sämtlicher von der Rsp identifizierten Tatbestandsmerkmale kommen. Da dies zu einer für die vertretene These wenig ergiebigen Ausuferung der Argumentation führen würde, wird darauf an dieser Stelle verzichtet und als hinreichender Indikator für die Tatbestandsmerkmale die Prioritätenmitteilung der EK herangezogen. Von Bedeutung ist hierbei va, dass nach der jüngeren Rsp das Tatbestandselement des Zwangs bei Koppelungen im Kontext der Internetökonomie nicht mehr verlangt wird. S dafür weiterführend Punkt 6.3.
[637] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 47ff.
[638] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 59ff
[639] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 63ff
[640] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 75ff

abgeschlossen wird. Überschneidungen bestehen hingegen bei der Fallgruppe der Bündelung und jener der Kampfpreise.[641] Zudem überschneiden sich die Tatbestandsvoraussetzungen der Fallgruppe der Koppelung mit sämtlichen anderen Fallgruppen;[642] es ist daher allein mit Blick auf die Tatbestandsmerkmale stets möglich, die Fallgruppe der Koppelung neben den anderen Fallgruppen anzuwenden. Es besteht zudem kein angeordnetes Subordinationsverhältnis zwischen den Fallgruppen.

Daraus folgt, dass die Fallgruppe der Koppelung nach der jüngeren Rsp zu einer allgemeinen Fallgruppe des Marktmachttransfers transformiert wurde, neben der weitere Sonderfallgruppen bestehen, welche durch eine besondere Gefahrengeneigtheit oder durch das Erfordernis besonderer Abhilfemaßnahmen[643] charakterisiert sind. Können auf ein- und denselben Sachverhalt zwei verschiedene Fallgruppen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen anwendbar sein, besteht eine *Antinomie*, die durch Auslegung der kartellrechtlichen Normen gelöst werden muss.[644] Geht man davon aus, dass das *Telos* des Kartellrechts der Schutz der Institution des Wettbewerbs an sich ist (s Punkt 4.1.1.), muss wohl folgen, dass die einzelnen Fallgruppen mit dem Ziel gebildet wurden, gegen spezifische Gefährdungslagen für den Wettbewerb Abhilfe zu schaffen. Liegt ein Konflikt zwischen den Rechtsfolgen zweier anwendbarer Fallgruppen vor, bei dem in Anwendung einer Fallgruppe ein Verbot und in Anwendung einer anderen Fallgruppe kein Verbot der Handlung resultiert, prävaliert mE jedenfalls das Verbot, da dann die spezifische Gefährlichkeit einer Praktik von einer Fallgruppe umfasst ist. Kann daher ein Verbot nach der allgemeinen Fallgruppe des Marktmachttransfers bejaht werden, wird dieses jedoch für die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung verneint, prävaliert das allgemeine Verbot samt seinen Rechtsfolgen.[645]

Sehen mehrere Fallgruppen ein Verbot vor, unterscheiden sich jene jedoch in den Rechtsfolgen, so sollte sich mE diejenige Fallgruppe mit den spezielleren Voraussetzungen durchsetzen. Dies ergibt sich aus dem Gedanken, dass die speziellere Fallgruppe der spezifischen wettbewerblichen Gefährlichkeit einer Praktik eher Rechnung trägt als eine allgemeine Fallgruppe. Hieraus ergibt sich, dass die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung gegenüber der allgemeinen Fallgruppe des Marktmachttransfers zum Vorzug kommt, wenn beide ein Verbot statuieren.

---

[641] S dazu explizit EK, Prioritätenmitteilung, Rz 63, Fn 2.
[642] Tatsächlich ist bei der Fallgruppe der Kampfpreise wohl die Schnittmenge mit der Fallgruppe der Koppelungen am geringsten; dies rührt daher, dass der Mehrmarktbezug bei der Fallgruppe der Kampfpreise tw implizit vorausgesetzt wird. Ohne die finanziellen Ressourcen, die wohl häufig aus einer Präsenz in anderen Märkten stammt, ist eine Kampfpreisstrategie wohl nicht erfolgreich.
[643] Während bei der Fallgruppe der Koppelung und der Kampfpreise ein Unterlassen vom marktbeherrschenden Unternehmen gefordert wird, ist dies bei der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung ein aktives Tun.
[644] *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (Nachdruck 2011) 464f.
[645] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 455 gehen ebenfalls davon aus, dass bei einem Verstoß gegen das Verbot der Koppelung ein Abschlusszwang wie bei dem Verstoß gegen das Verbot der Geschäftsverweigerung besteht.

5.3. Ökonomische Einordnung

Ziel dieses Abschnitts ist es, grundsätzliche Strömungen in der ökonomischen Lit zur Frage, welche Auswirkungen Fälle des Marktmachttransfers auf den Wettbewerb haben, aufzuzeigen. Dies ist zwischen verschiedenen ökonomischen Schulen durchaus umstritten, weshalb auf die Lehrmeinungen und deren Prämissen einzeln eingegangen werden soll.

5.3.1. Klassische ökonomische Theorie

Die klassische ökonomische Theorie war von dem Gedanken geprägt, dass durch den Transfer von Marktmacht ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung vom beherrschten Markt auf einen anderen Markt ausdehnen kann.[646] Wettbewerber am zweiten Markt würden durch diese Praktiken – soweit sie erfolgreich eingesetzt werden – derart geschwächt, dass das ausführende Unternehmen sowohl am Ursprungsmarkt als auch auf dem zweiten Markt eine marktmächtige Stellung innehaben könnte.

Da nach der klassischen ökonomischen Theorie Marktmacht mit der Fähigkeit gleichgesetzt wird, den Preis über einen längeren Zeitraum gewinnbringend über das Wettbewerbsniveau anheben zu können (s bereits Punkt 4.1.3.3.1.), erlaubt es die marktbeherrschende Stellung auf zwei Märkten zwei verschiedene Monopolrenten zu lukrieren: erstens die Monopolrente vom ursprünglich beherrschten Markt und zweitens die Monopolrente desjenigen Marktes, der durch eine marktmachttransferierende Praktik monopolisiert wurde.[647] Es kommt daher zu einer Schädigung der Konsumenten in dem Ausmaß, in dem der Monopolpreis im zweiten Markt über dem Wettbewerbspreis liegt.

Die klassische ökonomische Theorie des Leveraging nahm insb auf die US-amerikanische Rsp Einfluss; so sprach etwa der US Supreme Court im Jahr 1949 zu Koppelungen aus: „*Tying agreements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition*[648]“. Dieser Auffassung folgt ein per se Verbot von Koppelungen, welches in den USA längere Zeit Bestand hatte[649] und von manchen auch in der Rsp des EuGH verortet wird.[650]

---

[646] S etwa *Bowman*, Tying Arrangements and the Leverage Problem, Yale L.R. 1957, 19; mwN *Ben-Zie*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften (2008) 19.
[647] MwN *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 19.
[648] Standard Oil Co. of Cal. v. United States (*Standard Stations*), 337 U.S. 293, 30506 (1949).
[649] S etwa *Ahlborn/Evans/Padilla*, The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per-Se Illegality, The Antitrust Bulletin 2004, 287.
[650] *Colomo*, CML 2016, 737; wohl auch *Monti*, EC competition law, 187; *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 610.

5.3.2. Chicago-School

Zwischen 1960 und 1980 entwickelte sich eine eigenständige, mit bisherigen ökonomischen Denkmodellen brechende Tradition,[651] welche auf Grund ihres weitgehend einheitlichen Leitbilds als Chicago-School bezeichnet wird.[652] Basierend auf preistheoretischen Modellen forderten Proponenten der Chicago-School die ausschließliche Berücksichtigung der Gesamtwohlfahrt bei der Anwendung von Kartellrecht.[653]

Anhänger der Chicago-School wandten sich insb gegen die damals vorherrschende Leveraging-Theorie, da Fälle des Marktmachttransfers nicht geeignet seien, die Gesamtwohlfahrt zu senken; dies sei darauf zurückzuführen, dass ein Monopolgewinn immer nur einmal realisiert werden könne.[654] Zwar könne die Marktmacht von einem Markt zu einem anderen durch entsprechende Praktiken ausgedehnt werden, die Monopolmacht könne jedoch stets nur einmal ausgenützt werden.[655] Dies ist auf das sog *one-monopoly profit theorem* zurückzuführen, welche in Lehrbüchern zur Veranschaulichung meist beispielhaft beschrieben wird[656]:

Unternehmen A verkauft Druckluftnagler, Bolzen und Kartuschenstreifen. Während am Markt für Bolzen Unternehmen A eine marktbeherrschende Stellung innehat, herrscht am Markt für Kartuschenstreifen Wettbewerb; der Wettbewerbspreis und die Grenzkosten liegen bei 1 €. Der maximale Preis, den Abnehmer für Ersatzteile eines Druckluftnaglers bereit sind zu zahlen, beträgt 6 €, anderenfalls fällt die Wahl auf einen anderen Druckluftnagler. Der Monopolpreis für einen Bolzen beträgt 5 €. Selbst wenn nun Bolzen mit Kartuschenstreifen gebündelt würden, wäre kein höherer Profit für das Unternehmen A möglich. Für das Unternehmen A ist es eine preisoptimale Strategie, für Bolzen 5 € und für Kartuschen 1 € zu verlangen. Betritt ein neuer, effizienterer Mitbewerber den Markt für Kartuschen, der diese für 0,5 € anbieten kann, so ist es für das Unternehmen A effizienter, keine Kartuschen mehr zu verkaufen und den Preis für Bolzen auf 5,5 € zu erhöhen.

Daraus folgt, dass es für ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht rational ist, Mitbewerber aus dem nicht beherrschten Markt durch eine Koppelungsstrategie vom Wettbewerb auszuschließen; vielmehr würde ein rationales Unternehmen den Preis am beherrschten Markt erhöhen. Wird durch einen Marktmachttransfer ein ursprünglich nicht beherrschter Markt abgeschottet, so sei dies

---

[651] *Peeperkorn/Verouden,* The Economics of Competition, in The EU law of competition Rz 1.12ff.
[652] *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 69.
[653] *Bork*, The antitrust paradox, 90ff.
[654] S zB *Bork*, The antitrust paradox, 376; mwN *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 19.
[655] *Crocioni*, Jcle 2007, 454.
[656] An dieser Stelle soll nach Monti der Hilti-Fall als Anschauungsbeispiel dienen, s *Monti*, EC competition law, 188.

vielmehr auf die mangelnde Effizienz der Mitbewerber zurückzuführen.[657] Folgt man dieser Ansicht, so sind Fälle des Marktmachttransfers – und insb der Bündelung und Koppelung – aus kartellrechtlicher Sicht generell unproblematisch.

Die Chicago-School hatte große Auswirkungen auf die Rsp in den USA; so gingen jüngere Erk nicht mehr von einem per se Verbot von Koppelungen aus;[658] eine Abkehr des US Supreme-Courts von seiner Judikatur ist jedoch noch nicht erfolgt.[659]

5.3.3. Post Chicago-School

In der jüngeren ökonomischen Lit kam es vermehrt zu einer kritischen Auseinandersetzung mit den Paradigmen der Chicago-School. Dabei wurden die stark abstrahierten, auf Preistheorien bestehenden Aussagen der Chicago-School durch andere Methoden ergänzt und tw widerlegt.[660] Durch Einbeziehung von Transaktionskosten, Informationsdefiziten von Marktteilnehmern und Erkenntnissen der Spieltheorie kam es dabei zu einer stärkeren Gewichtung von dynamischen Elementen des Wettbewerbs.[661]

Im Zusammenhang mit dem Marktmachttransfer wurde kritisiert, dass die Aussagen zu dem *one-monopoly profit theorem* nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zutreffen würden.[662] Die erste Annahme liegt darin, dass am noch nicht beherrschten Markt ein vollkommener Wettbewerb vorherrscht, welcher durch den Marktmachttransfer nicht gestört wird. Auch der bereits geschwächte Wettbewerb am beherrschten Markt wird nach diesem Konzept durch die Geschäftspraktik nicht weiter beeinflusst. Es liegt – so die zweite Annahme – zudem eine vollkommene Markttransparenz vor; alle Marktteilnehmer haben daher sämtliche Informationen zu den am Markt gehandelten Gütern, deren Qualität und Preis. Als dritte Annahme wird im Bezug zu Koppelungen postuliert, dass die gekoppelten Güter in einem festgesetzten Verhältnis bezogen werden. Ist nur eine dieser Annahmen nicht erfüllt, verliert das *one-monopoly-profit theorem* seine Aussagekraft.[663]

Aus der Prämisse des vollkommenen Wettbewerbs am nicht beherrschten Markt folgt, dass auf diesem Markt keinerlei Marktzutrittsschranken existieren und Wettbewerber vom Output unabhängige Grenzkosten aufweisen und den Anreiz haben, ihren Preis an die Grenzkosten anzupassen.[664] Geht man etwa davon aus, dass der Preis nicht den fixen Grenzkosten entspricht,

---

[657] *Crocioni*, Jcle 2007, 449 (456).
[658] *Whish/Bailey*, Competition law[8] (2015) 730.
[659] *Elhauge*, Tying, Bundling, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory, 123 Harv .L. R, 22ff.
[660] *Peeperkorn/Verouden,* The Economics of Competition, in The EU law of competition Rz 1.16.
[661] *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 79.
[662] MwN *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 21.
[663] *Elhauge*, 123 Harv. L. R, 1.
[664] *Elhauge*, 123 Harv. L. R, 14.

kann es nach der Lit durchaus Anreize zum Marktmachttransfer geben. Nun sollen einige Ansätze aufgezeigt werden, die vom Chicago-School Paradigma abgehen und für den gewählten Fokus ökonomische Vorhersagen beinhalten.

Whinston geht in seinem als „seminal Post-Chicago article" bezeichneten Beitrag[665] davon aus, dass durch eine Koppelung eine strategische Abschottung eines Marktes erreicht werden kann:[666] Dadurch, dass ein Monopolist seine Produkte koppelt, signalisiert er an seine Mitbewerber, dass er gewillt ist, in einen härteren Preiswettbewerb einzutreten, wodurch der Profit von Mitbewerbern herabgesetzt werden könnte und sich diese zum Marktaustritt gezwungen sehen könnten.[667]

Nalebuff geht davon aus, dass der Hauptzweck des Marktmachttransfers nicht die Maximierung des Profits, sondern die Erhöhung von Marktzutrittsschranken für Mitbewerber ist.[668] Dies erklärt er anschaulich an Hand der *Microsoft Office Suite*, in der Computerprogramme wie *Powerpoint* und *Word* gebündelt werden. Grundsätzlich wäre es möglich, dass diese Programme einzeln verkauft werden; dadurch, dass sie im Paket angeboten werden, wird der Wettbewerb durch Mitbewerber, welche nur einige Komponenten dieser Gesamtlösung anbieten können, erschwert. Um in den Markt für Office-Software einzusteigen, müssen daher alle relevanten Teile des Softwarepakets angeboten werden; dies erhöht die Kosten für den Marktzutritt. Signifikant ist dieser Effekt, wenn für eines oder beide der gebündelten Produkte Netzwerkeffekte bestehen.[669] *Nalebuff* weist zudem darauf hin, dass die Auswirkungen von Bündelungen bei Software auf Grund der geringen Grenzkosten besonders akzentuiert sind.[670]

In der jüngeren Lit wurden zunehmend auch die Auswirkungen von Praktiken des Marktmachttransfers auf den bereits beherrschten Markt thematisiert. *Carlton* und *Waldman* zeigen etwa, dass Koppelungen für einen Monopolisten lukrativ sein können, da sie den Markteintritt in den beherrschten Markt erschweren.[671] Dieser Effekt tritt insb bei Märkten, die durch Netzwerkeffekte geprägt sind, ein.[672]

---

[665] *Lestari*, Die Leverage-Theorie zu Koppelungsgeschäften, 25.
[666] *Whinston*, Tying, Foreclosure, and Exclusion, Am. Econ. Rev. 1990, 837 (840).
[667] Auch diese Aussage ist nur unter bestimmten Voraussetzungen valide: So muss ein Unternehmen auf einem der Märkte marktbeherrschend sein, es muss glaubhaft signalisieren können, dass es seine Produkte nicht separat verkauft. Zudem ist die Abschottungswirkung abgeschwächt wenn die gekoppelten Produkte komplementär sind. S dazu *Motta*, Competition policy: theory and practice, 465.
[668] *Nalebuff*, Bundling, SSRN-Paper 1999.
[669] MwN *Lestari*, Die Leverage-Theorie zu Koppelungsgeschäften, 128.
[670] *Nalebuff*, Bundling, 3.
[671] Aber auch dieses Modell basiert auf einigen Prämissen: So müssen die Markteintrittsbarrieren im beherrschten Markt hoch sein. Zudem muss stets eine Nachfrage nach beiden Produkten bestehen. S für weitere Nachweise *Carlton/Waldman*, The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries, RAND 2002, 194.
[672] *Kühn/Stillman/Caffara*, Economic Theories of Bundling and Their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft Case, ECJ 2005, 85 (101).

In diesem Zusammenhang wurde von *Choi* und *Stefanadis* auch die Rolle von Innovationen beleuchtet. In deren Modell werden alle Produktmärkte von einem Unternehmen beherrscht, ein Marktzutritt ist nur durch eine erfolgreiche Innovation möglich.[673] Übt das beherrschende Unternehmen eine marktmachttransferierende Praktik aus, so muss ein in den Markt eintretendes Unternehmen auf allen Produktmärkten eine erfolgreiche Innovation lancieren können, um in den Markt eintreten zu können. Aus diesem Grund sinkt nach diesem Ansatz durch den Marktmachttransfer der Anreiz zu Innovationen.

5.4. Zwischenfazit

Wie geschildert kann aus einer rechtlichen Perspektive geschlossen werden, dass Fälle des Marktmachttransfers von Art 102 AEUV umfasst sind. Der Zweck dieser Norm fordert die Anwendung des Verbots des Marktmachtmissbrauchs auch auf Fälle, bei denen die Auswirkungen der inkriminierten Praktik nicht nur den beherrschten Markt betreffen.

Ob das Verbot des Marktmachttransfers den Nachweis einer konkreten Gefährdung des Wettbewerbs durch die Praktik erfordert, muss durch eine ökonomisch-rechtliche Analyse vorgenommen werden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass für sämtliche Konstellationen der Nachweis der wettbewerbsschädlichen Auswirkungen notwendig ist, es können jedoch Fallgruppen identifiziert werden, die für sich genommen ein derartiges Gefährdungspotential für den Wettbewerb beinhalten, dass sie ohne das Erfordernis von weiteren Nachweisen verboten sind, sofern sie nicht sachlich gerechtfertigt werden können.

Die Rsp hat Fälle des Marktmachttransfers nicht als generell verboten angesehen – was aber in Bezug auf Bündelungen und Koppelungen str ist. In der ökonomischen Lit ist die Behandlung von Fällen des Marktmachttransfers ambivalent: Die klassische Ansicht, dass Leveraging-Fälle generell wohlfahrtsmindernd seien, wurde durch die Aussagen der Chicago-School widerlegt. In der jüngeren ökonomischen Lit mehreren sich nun aber die Stimmen, dass in vielfältigen Konstellationen dem Marktmachttransfer – entgegen der Annahme der Anhänger der Chicago-School – durchaus wettbewerbsschädigende Wirkung zukommen kann.

Für die Untersuchung von digitalen Plattformmärkten kann festgehalten werden, dass die Prämissen der Chicago-School in einem besonders geringeren Maße zutreffen. So sind diese Märkte geprägt von Informationsasymmetrien[674], Preisanomalien[675] und gegen Null tendierende Grenzkosten[676]. Es

[673] *Choi/Stefanadis*, Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory, RAND 2001, 52.
[674] S Punkt 2.2.3.2. zur Rolle von DG als Erfahrungs- und Vertrauensgut.
[675] S Punkt 2.2.1.2.2. für Preisanomalien bei mehrseitigen Märkten.
[676] S Punkt 2.1.3.1.1. zur Nichtrivalität von DG.

kann daher davon ausgegangen werden, dass der Marktmachttransfer in diesen Konstellationen per se nicht wohlfahrtssteigernd ist.

In der jüngeren Lit wird vermehrt darauf hingewiesen, dass in Konstellationen von digitalen Plattformen marktmachttransferierenden Praktiken eine besondere Rolle zukommt. So ist die konkrete Gefährlichkeit solcher Handlungen etwa vom Vorhandensein von Netzwerkeffekten abhängig; zudem können diese die Innovationstätigkeit der Mitbewerber herabsetzen, was in diesen dynamischen Märkten mit einer Schwächung des Wettbewerbs gleichzusetzen ist.

Aus diesem Grund sind Fälle des Marktmachttransfers bei digitalen Plattformen zwar grundsätzlich in besonderem Maße dazu geeignet, den Wettbewerb zu schädigen. Dennoch kann mE nicht von einem per se Verbot ausgegangen werden; die besprochenen ökonomischen Ansätze operieren allesamt mit weitgehenden Prämissen, die die Aussagekraft der Modelle einschränken. Es ist mE vielmehr auf die Gefährlichkeit der konkreten Handlung des marktbeherrschenden Unternehmens einzugehen, wobei die ökonomische Lit bei der Identifikation von Gefährdungslagen herangezogen werden sollte. Es hat daher mE bei Fällen des Marktmachttransfers bei digitalen Plattformen zu einer ausdrücklichen Berücksichtigung von Netzwerkeffekten und Innovation zu kommen.

6. Koppelung und Bündelung zweier Produkte

Die Koppelung und Bündelung zweier Produkte – dh die Verpflichtung von Abnehmern, zwei Produkte in irgendeiner Form gemeinsam zu beziehen – stellt den Hauptanwendungsfall der Theorie des Marktmachttransfers dar. Dies zeigt sich einerseits bereits in der deklarativen Aufzählung des Art 102 AEUV, bei der nach lit d die „*an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen*" als Regelbeispiel genannt wird.[677] Andererseits wird in der ökonomischen Lit die Theorie des Leveraging zumeist durch die Fallgruppe der Koppelung und Bündelung illustriert.[678]

Gleichlautend mit Art 102 lit d AEUV statuiert auch Art 101 Abs 1 lit e AEUV das Verbot, an den Abschluss von Verträgen Bedingungen zu knüpfen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Damit gilt das Koppelungsverbot nicht nur für marktbeherrschende, sondern vielmehr für sämtliche Unternehmen;[679] freilich kommt im Einzelfall eine Freistellung nach Art 101 Abs 3 AEUV bzw eine Anwendung der de minimis Regelung in Betracht. Die praktische Relevanz von Koppelungen im Kontext von Art 101 AEUV ist gering,[680] meist treten sie nicht isoliert, sondern in umfassende Absprachen eingebettet auf.[681] Da der Fokus der vorliegenden Arbeit auf der Analyse von Art 102 AEUV liegt, soll nicht näher auf diese Fallkonstellationen eingegangen werden.

In ihrer Prioritätsmitteilung legt die EK offen,[682] wann sie bei der Präsenz eines marktbeherrschenden Unternehmens von einem Marktmachtmissbrauch durch Koppelung ausgeht: Hierfür ist notwendig, dass das Koppelungsprodukt und das gekoppelte Produkt klar voneinander getrennte Produkte sind und dass die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Koppelung zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führt.[683] Zudem wird geprüft, ob durch diese Geschäftspraktiken Effizienzvorteile entstehen.[684]

---

[677] Nach aA sind Koppelungen, die einen Behinderungsmissbrauch verwirklichen, nicht unter lit d. sondern unter die Generalklausel des Art 102 AEUV zu subsumieren, s dazu *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 453.
[678] Aus diesem Grund wird auch für die Erörterung der ökonomischen Grundlagen von Koppelungen und Bündelungen auf Punkt 5.3. verwiesen.
[679] *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hg), (2016) Art 101 AEUV Rz 202.
[680] *Hengst* in *Langen/Bunte*, Art 101 AEUV Rz 287.
[681] *Stockenhuber* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art 101 AEUV Rz 203.
[682] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 47ff.
[683] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 50.
[684] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 62.

Nicht explizit anerkannt von der EK wird das Erfordernis, dass ein Zwang, die gekoppelten Produkte gemeinsam zu erwerben, besteht. Dieses wird jedoch in der Lit durchwegs gefordert.[685]

Im Folgenden soll zuerst eine Klärung der Begriffe Koppelung und Bündelung erfolgen, bevor auf die einzelnen von der L und Rsp identifizierten Erfordernisse im Kontext von digitalen Plattformen eingegangen wird.

6.1. Begriffsbestimmung

Grundsätzlich können die Begriffe Bündelung und Koppelung unterschieden werden; diese haben aus wettbewerblicher Sicht ähnliche Auswirkungen,[686] weshalb sie meist gemeinsam behandelt werden.

Als gebündelt gelten zwei Produkte, wenn diese nur gemeinsam als Paket gekauft werden können; die einzelnen Produkte können dabei nicht separat erworben werden.[687] Produkt A gilt als mit Produkt B gekoppelt, wenn Produkt A nur gemeinsam mit Produkt B erworben werden kann, Produkt B aber separat bezogen werden kann.[688] Als Hybridform gilt die sog gemischte Bündelung, bei der die beiden Produkte sowohl in Kombination als auch separat vertrieben werden, diese jedoch beim kombinierten Bezug zu einem vorteilhafteren Preis angeboten werden.[689]

Die Bündelung und Koppelung von Produkten kann entweder auf Grund eines Vertrags oder auf Grund der technologischen Integration von Produkten erfolgen.[690] Macht ein Produktanbieter einen Vertragsabschluss explizit von der Abnahme eines anderen Produkts abhängig, liegt eine vertragliche Bündelung oder Koppelung vor. Bündelungen erfolgen nach Ansicht der EK idR auf Grund eines Vertrags.[691]

Wird ein Produkt physikalisch oder technologisch in ein anderes integriert und sodann gemeinsam verkauft, liegt eine technische Koppelung vor.[692] Der Fokus der vorliegenden Analyse liegt bei der technologischen Koppelung zweier Produkte, da diese im Kontext von digitalen Plattformen eine besonders wichtige Rolle spielt. Durch geeignetes Produktdesign können zwei Softwareprodukte ohne Probleme miteinander „verschmolzen“ werden, sodass eines der Produkte verschwindet und somit faktisch nicht mehr separat erworben werden kann.[693]

---

[685] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 514.
[686] So etwa *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (2011) Art 102 Rz 541.
[687] *Crocioni*, Jcle 2007, 475.
[688] *Ben-Zie*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften, 30.
[689] *Ben-Zie*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften, 31.
[690] *Lestari*, Die Leverage-Theorie zu Koppelungsgeschäften, 10f.
[691] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 48.
[692] *Crocioni*, Jcle 2007, 475.
[693] *Yu*, Technically tying applications to a dominant platform in the software market and competition law, ECLR 2015, 160 (161).

6.2. Unterschiedliche Produkte

In ihrer Prioritätenmitteilung führt die EK aus, dass eine Bündelung oder Koppelung nur dann in Frage kommt, wenn separate Produkte von der Praktik betroffen sind.[694] Wie bei wohl kaum einer andere Rechtsfrage wird bei der Erörterung, wann das Tatbestandsmerkmal des separaten Produkts vorliegt, auf die Überzeugungskraft von Beispielen gesetzt,[695] wobei das zu Grunde liegende Argument häufig darin besteht, dass sich aus einer intuitiven Betrachtungsweise die Qualifikation zweier Produkte als separat verbietet. ME kann aus dem Wesen zweier Produkte jedoch nicht geschlossen werden, ob diese separat iSd Art 102 AEUV sind oder nicht; vielmehr ist dieses Tatbestandsmerkmal in der hier vertretenen Rechtsansicht im Kontext des Marktmachttransfers zu interpretieren.

Der idealisierte Fall einer kartellrechtlich bedenklichen Bündelung kann folgendermaßen beschrieben werden: Ein Unternehmen, welches am Markt für Produkt A marktbeherrschend ist, verkauft Produkt A nur gemeinsam mit Produkt B, welches am Markt B situiert ist. Hierbei kann es zu einem Marktmachttransfer von Markt A zu Markt B kommen;[696] Mitbewerber am Markt B werden daher in einer verpönten Art und Weise schlechter gestellt.

Grundsätzliche Voraussetzung dafür, dass durch eine Koppelung oder Bündelung ein Marktmachttransfer bedingt wird, ist somit, dass die betroffenen Produkte auf unterschiedlichen Märkten gehandelt werden. Werden diese Produkte am selben Markt gehandelt, sind im Grundmodell keine anderen Märkte betroffen; es handelt sich vielmehr um eine Verdoppelung der Leistung, bei welcher allenfalls die Preisgestaltung kartellrechtliche Bedenken hervorrufen kann. Somit ist für Bündelung und Koppelung – zumindest in ihrer Ausprägung als Fallgruppe des Marktmachttransfers – stets ein Bezug zu mehreren verschiedenen Märkten vonnöten.

Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern dem Kriterium der separaten Produkte in der Rechtsanwendung die Rolle zukommt, den Bezug zu mehreren verschiedenen Märkten sicherzustellen. Danach soll dieser Grundfall variiert und erweitert werden, indem der Frage nachgegangen wird, unter welchen Umständen dem Erfordernis des separaten Produkts ein anderer Bedeutungsinhalt als das Mehrmarktkriterium zukommt.

---

[694] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 51.

[695] Eine nicht abschließende Auswahl an Beispielen, die von der Rsp und Lit herangezogen werden: Schuhe und Schuhbänder, Autos und Klimaanlagen, Autos und Vergaser, Sakkos und Hosen (in einer ästhetisch erwartbaren einheitlichen Fasson), Computer und Betriebssysteme, Mobiltelefone und integrierte Kameras und SIM-Karten, Hustensaft mit schmerzmildernden Extrakten, Flugzeuge mit Turbinen, die *Financial Times* mit Kreuzworträtsel (!) und vieles mehr.

[696] Neben den Behinderungseffekten können aber auch Ausbeutungseffekte bestehen, welche an dieser Stelle nicht weiter thematisiert werden. S dazu weiterführend *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 501; *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 291.

6.2.1. Grundthese: separate Produkte als Mehrmarktkriterium

Wie bereits in Punkt 3.1. beschrieben, bestehen mehrere Herangehensweisen, den sachlich relevanten Markt abzugrenzen. So wird dem Bedarfsmarktkonzept zu Folge ermittelt, ob ein hinreichender Grad an Austauschbarkeit zwischen verschiedenen Gütern vorhanden ist, widrigenfalls unterschiedliche Märkte abzugrenzen sind.

Daneben kann die Marktabgrenzung durch die Analyse der Nachfragesubstituierbarkeit und der Angebotssubstituierbarkeit erfolgen; es wird daher gefragt, welche Produkte aus der Sicht der Nachfrager und der Anbieter für austauschbar gehalten werden. Nachfolgend soll daher analysiert werden, ob von der Rsp beim Erfordernis des separaten Produkts auf diese Wertungen Bedacht genommen wird.

Ebenfalls ist denkbar, dass eine Bündelungs- oder Koppelungspraktik einen Bezug zu mehreren räumlich relevanten Märkten aufweist.[697] In diesem Fall kann die Marktmacht von einem räumlich relevanten Markt auf einen anderen transferiert werden, was aus Sicht des Kartellrechts ebenso verpönt ist wie der Transfer von einem sachlich relevanten Markt zu einem anderen.

6.2.1.1. Produktzentrierter Ansatz

Bei der Auslegung des Kriteriums des separaten Produkts wurde von der Rsp wiederholt darauf eingegangen, ob die untersuchten Produkte miteinander austauschbar sind. So wurde in der Rs *Hilti* bei der Frage, ob es sich bei Kartuschen und Bolzen um separate Produkte handelt, damit argumentiert, dass „*Bolzen und Kartuschenstreifen mit völlig anderen Techniken und vielfach von anderen Firmen hergestellt werden*“ und somit getrennte Märkte seien.[698] Bei der Rs *Microsoft* ging die unterschiedliche Funktionalität von Betriebssystemen und Medienabspielsoftware in die Beurteilung mit ein.[699]

Von der Lit[700] wird in diesem Zusammenhang auch ein Urteil des Irish High Court, welcher in Anwendung von Art 102 AEUV über die Auslegung des Kriteriums des separaten Produkts abgesprochen hat, diskutiert. Streitgegenständlich war die Frage, ob für einen Dachverband von Kooperativen für Kreditvergaben die Bereitstellung eines gemeinsamen Haftungsfonds und die Repräsentation gegenüber dem Staat zwei separate Produkte darstellen. Mangels ausreichender ökonometrischer Daten konnte kein SSNIP-Test durchgeführt werden, weshalb auf die Austauschbarkeit dieser Dienstleistungen eingegangen wurde. Der High Court sah diese als nicht

[697] MwN *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 462; *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 228.
[698] EK 22.12.1987, IV/30.787, *Hilti*, Rz 55.
[699] EK 24.6.2004, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 811ff.
[700] *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 145; *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 617f.

gegeben an und ging von zwei verschiedenen Produkten und sogar von zwei verschiedenen Märkten aus.[701]

Von Teilen der Lit wird im Kontext von dynamischen Technologiemärkten eine verstärkte Einbeziehung von produktbezogenen Aspekten in die Beurteilung des Kriteriums des separaten Produkts gefordert: So sei auf die Funktionalität von Software einzugehen und darauf abzustellen, in welchem Ausmaß das gekoppelte Produkt differenziert sei. Je differenzierter die Produktgestaltung beim gekoppelten Produkt, desto eher sei davon auszugehen, dass es sich um separate Produkte handelt.[702]

6.2.1.2. Nachfragezentrierter Ansatz

Nach Ansicht der EK ist bei der Frage des separaten Produkts insb auf die Verbrauchernachfrage abzustellen: „*Separate Produkte liegen vor, wenn ohne die Koppelung eine große Anzahl von Kunden das Koppelungsprodukt kaufen würden, ohne das gekoppelte Produkt beim selben Anbieter zu erwerben, sodass jedes der beiden Produkte unabhängig vom anderen hergestellt werden kann*“[703].

Bei der Rs *Tetra Pak I* ging die EK ausführlich auf die Substituierbarkeit verschiedener Verpackungssysteme aus der Sicht der Verbraucher ein und bejahte dabei das Kriterium der separaten Produkte, weil für diese eine unabhängige Nachfrage bestand.[704] In einem anderen Fall wurde hingegen festgestellt, dass die Mehrzahl der Nachfrager das gekoppelte Produkt mit dem Hauptprodukt erwerben würde, weshalb dieses Kriterium verneint wurde.[705] Maßgeblich ist auch nach Ansicht des EuG, ob für das gekoppelte Produkt eine eigenständige Nachfrage besteht.[706]

Notwendige Voraussetzung ist jedoch stets, dass die Marktgegenseite der verschiedenen Produkte dieselbe ist. So können aus der Sicht eines Autohändlers wohl Neuwagen und fest integrierte Klimaanlagen unterschiedliche Produkte sein, wohingegen Endabnehmer mangels Möglichkeit der Montage einer Klimaanlage von einem integrierten Produkt ausgehen.[707] Bei der Analyse von Konstellationen des Marktmachttransfers ist daher stets zu berücksichtigen, auf welcher Ebene der Wertschöpfungskette die Koppelung stattfindet. Während aus der Sicht eines Autohändlers bei der

[701] Irish High Court 22.10.2004, [2004] IRLHC 330, 71.
[702] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.487.
[703] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 51.
[704] EK 26.7.1988, IV/31.043, *Tetra Pak I*, Rz 30ff.
[705] EK 20.12.2012, COMP/39230, *Rio Tinto Alcan*, Rz 60ff.
[706] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 918, aA *Schmidt*, Competition law, innovation and antitrust: an analysis of tying and technological integration (2009) 193.
[707] S dazu auch *Dolmans/Graf*, Analyisis of Tying Under Article 82 EC. The European Commission’s Microsoft Decision in Perspective, WoCo 2004, 225 (227).

festen Integration einer Klimaanlage in den PKW durch den Hersteller eine wettbewerbswidrige Koppelungspraktik vorliegen kann, ist dies aus der Sicht der Endabnehmer nicht der Fall.

Aus dieser Betrachtung folgt, dass die kartellrechtliche Verfolgung von Koppelungen nur zeitlich befristet möglich ist. Setzt sich ein neues Produkt am Markt durch, ist durchaus denkbar, dass die separate Nachfrage für das gekoppelte Produkt abnimmt und schließlich vollständig wegbricht. So kann die Nachfrage von Autohändlern für PKWs ohne integrierter Klimaanlage durch eine revolutionäre, durch den PKW-Hersteller integrierte Klimaanlage gesenkt werden und uU vollständig wegfallen. Ein Zeitfenster für die kartellrechtlich angeordnete Entkoppelung zweier Produkte besteht daher nur solange eine separate Nachfrage nach dem gekoppelten Produkt besteht, welche durch die Koppelungspraktik bedient wird.[708] Es ist daher mE nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, einen nicht mehr vorhandenen Wettbewerb zu schützen.

6.2.1.3. Angebotszentrierter Ansatz

Die EK geht in ihrer Prioritätsmitteilung davon aus, dass „*die Marktpräsenz von Unternehmen, die auf die Fertigung oder den Verkauf des gekoppelten Produkts (ohne das Koppelungsprodukt)* [oder der Umstand], *dass Unternehmen mit geringer Marktmacht vor allem auf funktionierenden Wettbewerbsmärkten diese Produkte tendenziell nicht koppeln oder bündeln*“, als indirekter Beweis für das Vorliegen von separaten Produkten herangezogen werden kann.[709]

In den Fallkonstellationen der Rsp kam diesen Indizien regelmäßig eine überaus große Bedeutung zu: So sah das EuG etwa bei der Rs *Hilti* darin, dass sich unabhängige Hersteller auf die Erzeugung von Bolzen, welche mit den Geräten von Hilti kompatibel sind, spezialisiert haben, ein gewichtiges Argument für das Vorhandensein von separaten Produkten.[710] Dieselbe Wertung wurde auch im *Microsoft*-Fall getroffen, da festgestellt wurde, dass neben dem Windows Media Player eine Vielzahl anderer Medienabspielsoftware bestand.[711]

Von Bedeutung kann auch das Geschäftsgebaren des marktbeherrschenden Unternehmens selbst sein:[712] So wurde im Fall *Microsoft* explizit für den Windows Media Player alleine geworben, was als Indiz dafür gesehen wurde, dass dieser ein separates Produkt darstellt.[713] Zudem wurde der Windows Media Player separat für andere Betriebssysteme angeboten und unabhängig vom Betriebssystem Windows mit Programmaktualisierungen versorgt.[714]

---

[708] S dazu weiterführend Punkt 6.2.4.
[709] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 51.
[710] EuG 12.12.1991, T-30/89, *Hilti*, Rz 67.
[711] EK 24.6.2004, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 804ff.
[712] *Dolmans/Graf*, WoCo 2004, 226.
[713] EK 24.6.2004, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 810.
[714] EK 24.6.2004, Comp/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 805.

6.2.1.4. Stellungnahme

Aus der vorliegenden Analyse ergibt sich, dass die Wertungen der Bestimmung eines separaten Produkts jenen der Marktabgrenzung entsprechen. Ziel ist jeweils die Abklärung des wettbewerblichen Umfelds der betrachteten Produkte. Besteht keine eigenständige Nachfrage nach dem gekoppelten Produkt, ist dieses am selben Markt wie das Koppelungsprodukt zu situieren und es handelt sich nicht um separate Produkte. Besteht eine eigenständige Nachfrage nach dem gekoppelten Produkt, kann das Kriterium der Unterschiedlichkeit der Produkte bejaht werden und auch eine Abgrenzung eines eigenständigen Marktes ist möglich. Bei beiden Tests kann – sofern die Analyse der Nachfrage keine hinreichend deutlichen Ergebnisse ermöglicht – auf die Austauschbarkeit des Produkts selbst oder auch auf die Rolle der Anbieter eingegangen werden.

Daraus ergibt sich, dass dem Grunde nach immer dann von separaten Produkten auszugehen ist, wenn für diese unterschiedliche Märkte abzugrenzen sind und deren Abnehmergruppen übereinstimmen.

6.2.2. Einschränkung 1: mehrere Märkte, keine separaten Produkte

Die Grundthese, dass das Kriterium der separaten Produkte erfüllt ist, wenn sich die untersuchten Produkte in unterschiedlichen Märkten befinden, kann für Konstellationen invalidiert werden, in denen ein Marktmachttransfer trotz Vorhandenseins zweier verschiedener Märkte nicht möglich ist. Drei dieser Sonderkonstellationen sollen an dieser Stelle genauer analysiert werden.

6.2.2.1. Handelsbrauch

Art 102 lit d AEUV normiert im Einklang mit Art 101 lit e AEUV, dass eine Koppelung nur dann einen Marktmachtmissbrauch darstellt, wenn die verbundenen Leistungen nicht durch Handelsbrauch verbunden sind. Dies könnte als Anhaltspunkt dafür dienen, dass durch Handelsbrauch verbundene Leistungen nicht als separate Leistungen aufgefasst werden sollten, obwohl diese in verschiedenen Märkten situiert werden können. Diese Ansicht wurde etwa vom irischen Supreme Court vertreten, der das oben erwähnte Diktum des High Court, dass die Bereitstellung eines gemeinsamen Haftungsfonds und die Repräsentation gegenüber dem Staat für kreditvergebende Kooperativen zwei separate Produkte darstellten, zurückwies.[715] Demnach handle es sich um einen Handelsbrauch, dass diese Leistungen gemeinsam erbracht würden.[716]

Bei *Tetra Pak II* wurde von den Belangten vorgebracht, dass ein Handelsbrauch dazu bestünde, Maschinen und Kartons gemeinsam zu verkaufen, weswegen Maschinen und Kartons nicht als

[715] Irish Supreme Court 8.5.2007, 2005 No. 77.
[716] Irish Supreme Court 8.5.2007, 2005 No. 77, Rz 134:„*The fact is that SPS* [saving protection scheme] *has always existed as an integral part of the bundle of services that ILCU has provided to its own members and has never been provided independently*".

separate Produkte qualifiziert werden sollten.[717] Dies wurde vom Gericht in zweifacher Hinsicht zurückgewiesen: Erstens wurde darauf hingewiesen, dass bei einem Markt mit drei Anbietern, der von einem Anbieter mit über 55% Marktanteil dominiert wird, der Umstand, dass eine Praktik, die von den zwei größeren Anbietern an den Tag gelegt wird, nicht hinreicht, einen Handelsbrauch iSd Art 102 lit 3 AEUV zu begründen.[718] Zweitens sei im Kontext von beherrschten Märkten selbst die Existenz von Handelsbräuchen keine Legitimation für Koppelungen.[719] Dieses Diktum wurde vom EuGH bei der Berufung noch verstärkt und folgend dogmatisch verankert: *Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Aufzählung der missbräuchlichen Verhaltensweisen in Artikel 86 Satz 2 des Vertrages nicht abschließend ist. Folglich kann der Koppelungsverkauf von zwei Erzeugnissen auch dann einen Missbrauch im Sinne von Artikel 86 darstellen, wenn er dem Handelsbrauch entspricht oder wenn zwischen diesen beiden Erzeugnissen sachlich eine Beziehung besteht, es sei denn, dass er objektiv gerechtfertigt ist.*[720]

Diese Aussage des EuGH kann mE so verstanden werden, dass die Norm des Art 102 lit d AEUV in Bezug auf die Verankerung des Handelsbrauchs teleologisch reduziert werden muss. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei Präsenz eines marktbeherrschenden Unternehmens die Handelsusancen maßgeblich von diesem geprägt werden und keine Indizien für die wettbewerblichen Auswirkungen dieser Praktiken bergen. Anderes gilt im Kontext des wortidenten Art 101 lit e AEUV: Koppeln Unternehmer mit geringer Marktmacht auf funktionierenden Wettbewerbsmärkten zwei Produkte, kann davon ausgegangen werden, dass es zu keinem Marktmachttransfer kommt. Dies illustriert die EK an Hand eines Beispiels: Da Kunden Schuhe mit Schuhbändern kaufen wollen, es Händlern aber nicht möglich ist, diese an Schuhe anzubringen, ist es zum Handelsbrauch geworden, dass Schuhfabrikanten Schuhe mit Schuhbändern anbieten. Es handelt sich demnach nicht um eine wettbewerbswidrige Koppelung,[721] auch wenn ein marktbeherrschender Schuhproduzent seine Schuhe mit Bändern koppelt.

Dem Einwand, dass eine Bündelung oder Koppelung auf Grund eines Handelsbrauchs gerechtfertigt ist, kommt im Kontext von dynamischen digitalen Märkten wohl nur geringe Bedeutung zu. Grund dafür ist der rasche technische Wandel, durch welchen innovativen Lösungen, welche nicht durch Handelsbräuche gedeckt sind, benachteiligt würden.[722] Daher hat die EK bei der Beurteilung der Koppelungspraktiken von *Microsoft* ebenfalls weitgehend auf eine historische Analyse verzichtet.

---

[717] EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak II*, Rz 125.
[718] EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak II*, Rz 82.
[719] EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak II*, Rz 136.
[720] EuGH 14.11.1996, C-333/94 P, *Tetra Pak II*, Rz 37.
[721] EK 19.5.2010, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, 2010/C 13/01, Rz 215.
[722] *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 152.

6.2.2.2. Fehlende eigenständige Nachfrage nach dem Hauptprodukt

Durch eine Bündelung oder Koppelung zweier Produkte, welche auf unterschiedlichen Märkten situiert sind, kann auch dann kein Marktmachttransfer vonstattengehen, wenn das Hauptprodukt ohne das gekoppelte Produkt von den Kunden nicht nachgefragt wird.[723] Ist das der Fall, fehlt es trotz der Koppelung zweier Produkte, die auf unterschiedlichen Märkten situiert werden müssen, am Mehrmarktkriterium; dass in diesen Fällen ein eigener Markt für das gekoppelte Produkt abzugrenzen ist, liegt nach *Eilmansberger/Bien* wohl daran, dass dieses als Ersatz- oder Austauschteil nachgefragt wird.[724]

Veranschaulicht kann dies durch ein Beispiel werden, welches das EuG mitkonzipiert hat[725]: Angenommen, es besteht eine Nachfrage nach Schuhbändern und Schuhen mit Schuhbändern, jedoch nicht nach Schuhen ohne Schuhbänder; Schuhbänder werden daher nur dann gekauft, wenn die mit den Schuhen mitgelieferten Schuhbänder nicht mehr einsatzfähig sind. Es besteht – idealisiert gesehen – daher keine Nachfrage danach, neue Schuhe selbstständig mit Schuhbändern zu kombinieren. In diesem Fall kann durch die Verbindung von Schuhbändern mit Schuhen ohne Schuhbänder kein Marktmachttransfer auf den Markt für Schuhbänder stattfinden.[726]

Nota bene handelt es sich hierbei um genau jenes Beispiel, welches die EK in ihrer Mitteilung zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen bei der Illustration von Handelsbräuchen verwendet. Eine eingängige – wiewohl ökonomisch zu verifizierende – These könnte daher dahingehend formuliert werden, dass auf Wettbewerbsmärkten (Haupt-)Produkte[727], für welche nur in Kombination mit einem Nebenprodukt[728] eine Nachfrage besteht, generell nur mit dem Nebenprodukt gekoppelt angeboten werden und sich somit ein Handelsbrauch bildet.

Auf den Umstand der fehlenden isolierten Nachfrage nach dem Hauptprodukt kann sich mE auch ein marktbeherrschendes Unternehmen berufen, da die fehlende Nachfrage unabhängig von dessen Marktverhalten besteht. Dies lässt sich auch in der Textierung des Art 102 lit d AEUV verorten; auch der Marktmachtmissbrauch kennt die Rechtfertigung durch Handelsbrauch, obwohl dessen Nachweis im Kontext von marktbeherrschenden Unternehmen mit besonderen Problemen verbunden ist.

---

[723] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 458.
[724] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 458.
[725] EuG 28.2.2002, T-86/95, *Compagnie générale maritime*, Rz 261.
[726] *Evans/Padilla*, Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf, WoCo 2004, 503 (510).
[727] In diesem Beispiel etwa Schuhe.
[728] In diesem Beispiel etwa Schuhbänder.

Solche Konstellationen liegen typischerweise immer dann vor, wenn es für die Marktgegenseite aus technischen und wirtschaftlichen Gründen – etwa durch eine komplizierte Integration des Nebenprodukts in das Hauptprodukt – mit unverhältnismäßig großen Nachteilen verbunden wäre, wenn Koppelprodukt und gekoppeltes Produkt nicht vom selben Anbieter bezogen werden können.[729] Aus diesem Grund fehlt die Nachfrage nach dem ungekoppelten Hauptprodukt.

Im Verfahren um die Koppelung des Windows Media Player mit dem Betriebssystem Windows wurde von *Microsoft* vorgebracht, dass der Media Player und das Betriebssystem Windows keine separaten Produkte seien, da zwar eine eigenständige Nachfrage nach Medienabspielsoftware, jedoch keine signifikante Nachfrage für Betriebssysteme ohne Medienabspielsoftware bestünde.[730] Ein solches Erfordernis, welches tw auch von der Lit gefordert wird,[731] wurde vom EuG mit Rückgriff auf die *Hilti*-Judikatur verworfen: Folgte man der von *Microsoft* vorgeschlagenen Interpretation, könnten Komplementärprodukte – wie sie im Fall *Hilti* streitgegenständlich waren – niemals Gegenstand von Koppelungspraktiken sein, da diese stets miteinander verwendet werden müssten.[732] Zudem würde sehr wohl eine isolierte Nachfrage nach dem Betriebssystem *Windows* ohne Medienabspielsoftware bestehen.[733]

ME ist die Aussage des EuG, dass die Beachtung der fehlenden Nachfrage nach dem Hauptprodukt de facto darauf hinausliefe, „*dass komplementäre Produkte keine gesonderten Produkte im Sinne des Art 82 EG darstellen können*“[734], überschießend. Dies trifft nur auf sog vollkommene Komplementärgüter zu, bei denen sich zwei Güter notwendigerweise ergänzen und idR zusammen nachgefragt werden.[735] Davon zu unterscheiden sind unvollständige Komplementärgüter, welche, obwohl sie sich ergänzen, auch separat am Markt nachgefragt werden. Nur im ersten Fall müssen die Produkte eines bestimmten Anbieters miteinander kombiniert werden;[736] nur dann kann davon ausgegangen werden, dass keine Nachfrage nach dem isolierten Hauptprodukt besteht. Dies bedeutet, dass mit Komplementärgütern durchaus eine Koppelungspraktik vollzogen werden kann – solange keine vollständige Komplementarität vorliegt.

---

[729] *Thalmann*, Die missbräuchliche Verschließung sekundärer Produktmärkte, 220f.
[730] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 919.
[731] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 458.
[732] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 921f.
[733] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 923ff.
[734] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 921.
[735] S weiterführend *Shapiro*, Information rules, 10.
[736] Dies kann aber auf Grund von fehlender Kompatibilität zweier Produkte der Fall sein, s dazu weiterführend Punkt 7.5.3.

6.2.2.3. Selbstständige Nachfrage nach integriertem Produkt

Ein Marktmachttransfer bei der Koppelung zweier Produkte, welche jeweils in einem unterschiedlichen Markt situiert sind, kann auch dann nicht stattfinden, wenn durch die Kombination zweier Produkte ein vollkommen neues Produkt entsteht, nach dem eine eigenständige Nachfrage besteht. Darunter fallen Konstellationen, in denen ein eigenständiger Markt für das integrierte Produkt besteht, welcher keinem der jeweils miteinander verbundenen Produkte entspricht.[737] Dies ist etwa denkbar, wenn ein Medikament gegen Zahnschmerzen und ein Medikament gegen Muskelschmerzen kombiniert werden und in der Kombination ein Mittel gegen Schlaflosigkeit entsteht. In dem Fall kommt es durch die Produktintegration klarerweise nicht zu einem Marktmachttransfer vom Markt für Medikamente gegen Zahnschmerzen zum Markt für Medikamente gegen Muskelschmerzen. Die Kombination ist vielmehr notwendige Voraussetzung, um eine dritte Nachfrage zu bedienen.

6.2.3. Einschränkung 2: mehrseitige Märkte

Fraglich ist aber auch, ob Konstellationen möglich sind, bei denen die Grundthese, dass zwei separate Produkte in zwei verschiedenen Märkten situiert sein müssen, derart modifiziert werden muss, dass separate Produkte vorliegen, obwohl diese sich im selben Markt befinden. Die zu Grunde liegende Frage ist dabei, ob es zu einem Marktmachttransfer kommen kann, wenn die gekoppelten Produkte am selben Markt situiert sind.

Dies ist jedenfalls insoweit abzulehnen, als dass es an einem Mehrmarktkriterium mangelt. Ein Marktmachttransfer kann nicht erfolgen, wenn nur ein Markt involviert ist. Zu fragen ist daher, ob das Mehrmarktkriterium bei Sonderkonstellationen mit mehrseitigen Plattformen ein anderer Bedeutungsinhalt zukommt als bei klassischen einseitigen Märkten. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass eine Koppelungspraktik – auf Grund der vorhandenen indirekten Netzwerkeffekte – Auswirkungen auf einen mit den gekoppelten Produkten verbundenen Markt haben kann. Dem folgend könnte das Mehrmarktkriterium bei Konstellationen mit mehrseitigen Plattformen auch dann gegeben sein, wenn sich die gekoppelten Produkte im selben Markt befinden.[738] Als These kann daher formuliert werden, dass ein Marktmachttransfer bei mehrseitigen Märkten auch dann möglich ist, wenn durch die Koppelung zweier Produkte, welche sich im selben Markt befinden, ein durch die Plattform verbundener Markt monopolisiert wird.

Illustriert werden soll diese Konstellation durch ein Beispiel: Angenommen es besteht ein Markt für Zeitungen, welcher sowohl Tageszeitungen als auch Wochenendbeilagen umfasst, und ein

---

[737] *Dolmans/Graf*, WoCo 2004, 226.

[738] Nach *Thalmann* kann ein weiterer Sonderfall, in dem die Präsenz eines einzigen Marktes noch nicht die Möglichkeit des Marktmachttransfers ausschließt, bei Systemmärkten erblickt werden. S dazu ausführlich *Thalmann*, Die missbräuchliche Verschließung sekundärer Produktmärkte, 225.

Markt für Anzeigenwerbungen. Zeitungen agieren daher als mehrseitige Plattform, bei der verschiedene Teilmärkte – ein Markt für Zeitungsleser, ein Markt für Anzeigenkunden – abgegrenzt werden. Wenn nun ein am Markt für Zeitungen beherrschendes Unternehmen seine Tageszeitungen nur noch gemeinsam mit Wochenendbeilagen verkauft, liegt eine Bündelung vor, welche grundsätzlich nur den Zeitungsmarkt betrifft. Diese Praktik kann jedoch auch Auswirkungen auf den Markt für Anzeigenwerbungen haben. Fraglich ist, ob diese Auswirkungen – sofern sie tatsächlich nachweisbar und nicht gerechtfertigt sind – vom Verbot des Marktmachttransfers umfasst sind.

ME ist diese Frage – welche soweit ersichtlich weder von der Rsp noch von der Lit behandelt wurde – wohl zu bejahen. Dies ergibt sich daraus, dass wie in Punkt 3.3.1.2.1. ausgeführt, auch Teilmärkte, welche durch mehrseitige Plattformen verbunden sind, vom Schutzbereich des Art 102 AEUV erfasst sind. Wiewohl beim Autor dieser Zeilen Zweifel vorhanden sind, ob eine solche Geschäftspraktik tatsächlich wettbewerbsschädliche Auswirkungen am verbundenen Teilmarkt zeitigen kann, müssen diese Effekte – so sie vorhanden sind – berücksichtigt werden können. Erweiterte man die vorgestellte Grundthese nicht dementsprechend, wären die Auswirkungen von Koppelungspraktiken auf verbundene Teilmärkte jedenfalls kartellrechtlich irrelevant. Dies widerspricht mE jedoch der Wertung, welche bei der Marktabgrenzung bei der mehrseitigen Plattform getroffen wurde: Wären diese Effekte per se irrelevant für den Wettbewerb, würde wohl ein plattformübergreifender, einheitlicher Markt abgegrenzt werden.

6.2.4. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

Problematisch bei der Beurteilung, ob separate Produkte vorliegen, sind Änderungen des Nutzerverhaltens und technische Entwicklungen, welche den typischen Gebrauch von Produkten ändern können.

Die EK ging in der Rs *Tetra Pak II* darauf ein, dass sich langfristig „*unter dem Einfluss des technischen Fortschritts und sich wandelnder Verbrauchsgewohnheiten*“ die Marktgrenzen und die Beurteilung des separaten Produkts ändern können; es sei aber auf das momentane Nutzerverhalten abzustellen, da die Marktmacht eines Unternehmens auch kurzfristig wirke.[739]

Von besonderer Bedeutung sind diese Fragestellungen bei dynamischen Märkten, wie sie im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehen. So weist *Brand* zu Recht darauf hin, dass im Jahre 1984 die EK noch davon ausgegangen ist, dass Computer und Speichereinheiten für Endabnehmer

[739] EK 24.7.1991, IV/31043, *Tetra Pak II*, Rz 94.

unterschiedliche Produkte seien.[740] 30 Jahre später wäre eine derartige Beurteilung wohl kaum denkbar.

Durch die dynamische technische Entwicklung können daher binnen relativ kurzer Zeit zwei ursprünglich separate Produkte als einheitliches Produkt wahrgenommen werden. Entscheidend ist daher insb bei Verfahren, die über viele Jahre hinweg andauern,[741] zu welchem Zeitpunkt das Kriterium des separaten Produkts gegeben sein muss. Nach Aussage des EuG ist das Kriterium des separaten Produkts „*anhand der tatsächlichen und technischen Situation zu beurteilen, die bestand, als nach Ansicht der Kommission das beanstandete Verhalten zu einem schädigenden Verhalten wurde*."[742] Maßgeblich ist daher jener Zeitpunkt, an dem das beanstandete Verhalten begann.[743]

In ihrer Generalität ist diese Aussage mE überschießend. Dies lässt sich an Hand eines Beispiels illustrieren: Ein Kartellverfahren betreffend der Koppelung zweier Produkte wird zum Zeitpunkt A eingeleitet; zum Zeitpunkt A können zwei separate Produkte festgestellt werden. Zum Zeitpunkt B, in dem die Entscheidung gefällt wird, kann auf Grund technischer Neuerungen nicht mehr von separaten Produkten ausgegangen werden. Wird in der Entscheidung in der Unternehmenspraktik eine kartellrechtswidrige Koppelung erkannt, so wäre das Unternehmen nach Aussage des EuG angehalten, die beiden Produkte separat zu verkaufen, obwohl für diese – auf Grund des veränderten Nutzungsverhaltens – keine gesonderte Nachfrage bestünde. Es müsste daher mE jedenfalls bei den Abhilfemaßnahmen auf die Änderung der maßgeblichen Umstände im Zeitablauf Rücksicht genommen werden – eine Entkoppelung käme mangels eigener Nachfrage wohl nicht in Betracht. Viel mehr könnte sich die Verbotsentscheidung nur auf in der Vergangenheit liegende Geschäftspraktiken – nämlich im Zeitraum solange von separaten Produkten ausgegangen werden konnte – erstrecken.

[740] MwN *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 508.
[741] So wurden die kartellrechtlichen Ermittlungen iZm *Google* bereits im Jahr 2009 eingeleitet.
[742] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 914.
[743] Zustimmend *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.485.

6.3. Zwang zur gemeinsamen Abnahme der Produkte

Wie bereits eingangs erwähnt, wird das Tatbestandsmerkmal des Zwangs, die gebündelten Produkte gemeinsam abzunehmen, weder von der EK[744] noch von der europäischen Gerichtsbarkeit[745] für die Qualifikation einer Koppelung als marktmachtmissbräuchliche Handlung vorausgesetzt. Nichtsdestoweniger wird in der L dieses Tatbestandsmerkmal als „*konstitutive Voraussetzung für ein missbräuchliches Kopplungsgeschäft*“[746] gesehen.

Insb in der deutschsprachigen Lit wird die spezifische Zwangslage, in der sich der Abnehmer bei Abnahme des gekoppelten Produkts befinden muss, betont. Hierbei ist von Zwang[747] und sogar von Nötigung[748] die Rede. Dem Tatbestandsmerkmal des Zwangs zur gemeinsamen Abnahme der Produkte wird daher ein ausbeuterischer Inhalt zugeschrieben: Abnehmer werden durch die Koppelungspraktik eines marktbeherrschenden Unternehmens schlechter gestellt, da sie in ihrer Wahlfreiheit eingeschränkt werden.

Nach Ansicht der Lit[749] ist das Tatbestandsmerkmal des Zwangs zur gemeinsamen Abnahme der Produkte jedenfalls erfüllt, wenn die Abnahme beider Produkte zur vertraglichen Bedingung gemacht wurde,[750] aber auch, wenn Haftungs- und Gewährleistungsansprüche von der Abnahme beider Produkte abhängig sind.[751] Finanzielle Anreize können ebenfalls eine derartige Wirkung entfalten.[752]

In der hier vertretenen Rechtsauffassung, nach der die Koppelung als genuiner Behinderungsmissbrauch qualifiziert werden kann,[753] ist die derart vorgenommene Vermischung von Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch abzulehnen. Wettbewerbswidrig sind Koppelungen mE, wenn sie einen Marktmachttransfer bedingen, unabhängig davon, ob die Abnahme des gekoppelten Produkts in einer verpönten Art und Weise zu Stande gekommen ist. Ein

---

[744] In den Prioritätenmitteilungen wird dieses Tatbestandselement nicht erwähnt.
[745] So spricht das EuG in der Rs Microsoft ausdrücklich aus, dass „*weder Art. 82 Abs. 2 Buchst. d EG noch die Rechtsprechung zu Kopplungsgeschäften* [verlangt]*, dass die Voraussetzung der Abhängigkeit des Abschlusses von Verträgen von der Annahme zusätzlicher Leistungen nur dann als erfüllt angesehen werden darf, wenn die Verbraucher gezwungen sind, das gekoppelte Produkt zu nutzen, oder gehindert sind, das von einem Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens gelieferte Produkt zu nutzen*.“ S EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 970.
[746] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 514.
[747] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 514.
[748] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 464.
[749] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 464
[750] EK 24.7.1991, IV/31043, *Tetra Pak II*, Rz 116ff.
[751] EK 22.12.1987, IV/30.787, *Hilti*, Rz 79.
[752] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 517.
[753] Zwar sind durchaus auch Konstellationen denkbar, in denen eine Koppelung von Produkten einen Ausbeutungsmissbrauch darstellen kann, diese sind jedoch von Koppelungen als Behinderungsmissbrauch zu unterschieden, s *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 291.

Marktmachttransfer kann daher auch erfolgen, wenn eine Koppelung aus der Sicht der Abnehmer besonders attraktiv ist und diese aus freien Stücken gewählt wird.

ME kann das Tatbestandsmerkmal des Zwangs der gemeinsamen Abnahme mehrerer Produkte als analytischer Zwischenschritt bei der Beurteilung des Marktmachttransfers aufgefasst werden: Das Ziel ist es, zu ermitteln, ob durch eine Koppelung dem Grunde nach ein Transfer von Marktmacht möglich ist. Es muss daher gefragt werden, ob durch die untersuchte Praktik die gemeinsame Abnahme beider Produkte wahrscheinlicher wird. Während dies bei typischen vertraglichen Koppelungen oder Bündelungen evident ist, kann dies bei komplexen Konstellationen der Produktintegration schwieriger zu beantworten sein.[754]

Für einen Marktmachtmachttransfer ist nicht unbedingt der Zwang, die beiden Produkte gemeinsam abzunehmen, vonnöten. Wie bereits Fälle von Koppelungen durch finanzielle Anreize zeigen, ist es ausreichend, wenn die Abnehmer durch die untersuchte Praktik den verstärkten Anreiz haben, das gekoppelte Produkt zu beziehen. So steht es nach *Petit/Neyrinck* im Einklang mit Erkenntnissen von Studien der *Behavioral Economics,* dass durch Ausnützen der Trägheit von Endabnehmern ein Marktmachttransfer möglich ist.[755]

Die Herangehensweise, dass die „bounded rationality"[756] von Endabnehmern dem marktmächtigen Unternehmen anzulasten ist, stößt nicht auf ungeteilte Zustimmung. So wird etwa vorgebracht, dass das Marktversagen durch Verbraucher verursacht wäre und daher von diesen zu tragen wäre.[757] Dem kann mE nicht gefolgt werden:[758] Der Schutzzweck der europäischen Kartellrechtsnormen ist – wie bereits mehrmals ausgeführt – die Funktion des Wettbewerbs. Wird der Wettbewerb durch das aktive Hervorrufen von *Biases* bei den Abnehmern gestört, ist eine kartellrechtliche Intervention mE legitim.[759]

Der Begriff des Zwangs ist daher mE überschießend, vielmehr umfasst dieses Tatbestandsmerkmal die Prüfung, ob durch die untersuchte Geschäftspraktik ein Anreiz zur gemeinsamen Abnahme der Produkte besteht. Naturgemäß ist dieser beim vertraglichen Zwang zur gemeinsamen Abnahme besonders stark; sofern wettbewerbliche Auswirkungen nachgewiesen werden können (s zugleich),

[754] Ähnlich *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 627.
[755] *Petit/Neyrinck*, Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A fresh look at the Article 102 TFEU Case-Law, ÖZK 2010, 203 (206).
[756] Hiermit wird der Umstand bezeichnet, dass Menschen bei ihren Entscheidungen nur bedingt rational agieren.
[757] *Petit/Neyrinck*, Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic, JeCL&Pr 2011, 117 (119).
[758] Auch diese Frage verdiente eine ausführliche Analyse, welche an dieser Stelle nicht vorgenommen werden kann.
[759] Anderes mag eventuell gelten, wenn der Bias vom untersuchten Unternehmen nicht aktiv hervorgerufen wird.

besteht mE keine Rechtfertigung dafür, weniger intensive Zwangslagen von einer kartellrechtlichen Untersuchung auszuschließen.

Da es sich um einen reinen analytischen Zwischenschritt handelt, bleibt hier jedoch ausdrücklich noch unbeleuchtet, ob der Anreiz, das gekoppelte Produkt gemeinsam mit dem Hauptprodukt abzunehmen, im Einklang mit dem Leistungswettbewerb ist. Es ist daher per se kein Missbrauch, wenn für die Abnehmer des Hauptprodukts ein Anreiz besteht, ein separates Produkt zu beziehen.[760]

Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern ein solcher Anreiz bei Koppelung durch Produktintegration sowie bei der Bevorzugung eigener Produkte besteht.

6.3.1. Produktintegration

Bei der kartellrechtlichen Untersuchung der Koppelung des Windows Media Players und des Internet Explorers mit dem Betriebssystem Windows wurde von *Microsoft* vorgebracht, dass kein Zwang zur Annahme einer zusätzlichen Leistung bestünde, da „*Verbraucher erstens für die Multimediafunktionalität von Windows kein zusätzliches Entgelt zahlten, zweitens nicht verpflichtet seien, diese Funktionalität zu nutzen, und drittens nicht daran gehindert würden, konkurrierende Medienabspielprogramme zu installieren und zu nutzen*."[761]

Das erste Argument wurde vom EuG zurückgewiesen, da der Umstand, dass für die Einzelsoftware kein zusätzliches Entgelt zu entrichten sei, kein Hinweis für die generelle Unentgeltlichkeit des Zusatzprodukts ist. Vielmehr könne davon ausgegangen werden, dass die Software im Gesamtpreis eingepreist wäre.[762] Selbst wenn eine solche Einpreisung nicht stattgefunden hätte, ist mE dieses Argument nicht stichhaltig: Gerade durch eine vollkommen unentgeltliche Leistung[763] besteht der Anreiz, die untersuchten Produkte gemeinsam abzunehmen. Ob es dadurch zu einer Störung des Wettbewerbs kommt, muss in einem weiteren Schritt ermittelt werden.

Mit ihrem zweiten und dritten Vorbringen stellte *Microsoft* die These auf, dass durch die Produktintegration kein gesonderter Anreiz bestünde, die Software von Microsoft und nicht jene von Mitbewerbern zu nützen. Wäre dies tatsächlich der Fall, wäre eine Schädigung des Wettbewerbs per se nicht möglich, weshalb eine weitere Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen der Praktik unterbleiben könnte.[764]

---

[760] So auch *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.490.
[761] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 960.
[762] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 968.
[763] Den „there is no free lunch" Grundsatz außer Acht lassend.
[764] AA *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.490, nach denen bei Produktintegration stets das Tatbestandselement des Zwangs gegeben ist.

IZm den Ermittlungen zur Koppelung des Internet Explorers führte die EK ausführliche empirische Untersuchungen durch, um zu zeigen, inwiefern Verbraucher tatsächlich andere Browsersoftware installieren und nutzen. Dabei wurde eindeutig belegt, dass eine Mehrzahl der Internetuser keine Webbrowser aus dem Internet herunterlädt oder dies nur ungern tut; 31% der Befragten wüssten etwa gar nicht, wie man Software installiert oder herunterlädt.[765] Damit bestünde für Abnehmer von Windows sehr wohl der Anreiz, den Internet Explorer zu benützen.

ME kann die Rs *Microsoft* als Wendung der Rsp weg von der formalistischen Prüfung von Koppelungen hin zu einer breiteren Anwendung der Leveraging-Theorie verstanden werden. Es sollen dabei ganz allgemein Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen kartellrechtlich untersucht werden, mit denen Marktmacht auf einen anderen Markt transferiert werden kann, nicht nur die vertragliche Pflicht zur Abnahme zweier Produkte. Dies trägt der besonderen wettbewerblichen Gefährlichkeit dieser Praktiken im Kontext der Internetökonomie Rechnung: Produktintegrationen sind hier technisch relativ einfach zu bewerkstelligen; durch die geringen Grenzkosten von Software ist das Kostenrisiko der Unternehmen ebenfalls beschränkt.

Eine Produktintegration kann nur dann einen verbotenen Marktmachtmissbrauch darstellen, wenn durch die Integration eines Zusatzprodukts in das Hauptprodukt die Mitbewerber am Markt für das Zusatzprodukt schlechter gestellt werden. Dieser Nachweis kann mE wie im Fall *Microsoft* durch empirische Studien erfolgen: Kann nachgewiesen werden, dass Abnehmer tatsächlich einen Anreiz zur Verwendung des gekoppelten Produkts haben, kann weiter geprüft werden, ob es zu einer tatsächlichen Wettbewerbsschädigung kommt. Fehlt dieser Anreiz, so wird eine behauptete Schädigung des Wettbewerbs idR nicht auf das Produktdesign des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen sein. Bei der Verwendung von empirischen Studien, welche diese Anreizwirkung grundsätzlich nachzuweisen vermögen, ist mE den Belangten die Möglichkeit zu geben, auf Unzulänglichkeiten der Erhebung und der Methode hinzuweisen und ggf selbstständig Beweise vorzubringen.[766]

[765] EK 16.12.2009, COMP/C-3/39.350, *Microsoft*, Rz 50ff.
[766] So auch *Petit/Neyrinck*, JeCL&Pr 2011, 119.

6.3.2. Bevorzugte Platzierung der eigenen Produkte

Bei mehrseitigen Märkten kann es zu besonderen Problemlagen kommen, wenn eine mehrseitige Plattform neben der Intermediationsleistung zwischen verschiedenen Gruppen die Leistung einer der Gruppen selbst erbringt und diese in die Intermediationsleistung einbezieht. Ein Beispiel hierfür könnte ein marktbeherrschender Supermarkt[767] sein, welcher Waren von Drittanbietern aber auch Eigenproduktionen anbietet. Wenn dieser die Eigenproduktionen (wie etwa Eigenmarken für Bananen) systematisch besser in Regalen platziert als die Produkte von Drittanbietern, könnte dies einen Marktmachtmissbrauch darstellen,[768] da die Marktmacht vom Einzelhandelsmarkt auf den Markt für Bananen transferiert werden könnte.

In einer historischen Betrachtung wurde die bevorzugte Platzierung von eigenen Produkten bisher iZm Computer Reservation Systems von Airlines diskutiert, durch welche Reisebüros Flüge suchen und direkt buchen konnten.[769] In den USA wurde Airlines vorgeworfen, in ihren Computer Reservation Systems eigene Flüge systematisch besser zu reihen als Flüge der Konkurrenten, was 1984 zu einer Regulierung von Computer Reservation Systems führte.[770]

Durch das Aufkommen von mehrseitigen Plattformen im Internet hat sich dieses Problem verschärft. So ist es das Geschäftsmodell vieler bekannter Plattformen, neben einer Intermediationsleistung auch selbstständig Produkte anzubieten, was zu einem *conflict of interest* führen kann. *Wiethaus* weist idZ etwa auf den Onlinehändler *Amazon.com* hin, der sowohl als Intermediär zwischen Händlern und Endkunden auftritt als auch selbstständig Produkte verkauft. Wird ein Produkt dabei sowohl von Zwischenhändlern als auch von *Amazon* selbst verkauft, werden die Zwischenhändler bei der Anzeige – auch wenn diese zu einem günstigeren Preis anbieten – systematisch schlechter gestellt als *Amazon* selbst.[771]

Als *leading-case* zur Frage, ob solche Geschäftspraktiken in der Internetökonomie einen Marktmachttransfer darstellen können, wird das Verfahren der EK gegen *Google* gesehen.[772] Hierbei wird vorgebracht,[773] dass *Google* seine zusätzlichen Suchdienste – wie etwa *Google Maps* oder *Google Shopping* – im Suchergebnis dem Vernehmen nach an einer im Vergleich zu

---

[767] Welcher, wie in Punkt 2.2.1.3. ausgeführt, auch Elemente von mehrseitigen Plattformen haben kann.
[768] *Berasategi*, Supermarket Power: Serving Consumers or Harming Competition, SSRN-paper 2014, 210.
[769] Es handelt sich daher um eine mehrseitige Plattform, welche Reisebüros und Airlines miteinander verbindet.
[770] MwN *Holzweber*, ÖZK 2014, 128.
[771] *Wiethaus*, Google's Favouring of Own Services: Comments from an Economic Perspective, JeCL&Pr 2015, 506 (508).
[772] *Vesterdorf*, Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?, CL&PD 2015, 4 (4).
[773] EK 14.7.2016, Press-Release: „Antitrust: Commission takes further steps in investigations alleging Google's comparison shopping and advertising-related practices breach EU rules". In der folgenden Analyse soll jedoch nicht behandelt werden, ob es sich beim gekoppelten Produkt um eine Werbeleistung oder um eine Suchleistung handelt, s dafür ausführlich *Körber*, NZKart 2015, 419f.

Mitbewerbern bevorzugten Stelle und in einem bevorzugten Format anzeigt, sodass für Benützer der Internetsuchmaschine *Google* ein Anreiz bestehe, diese Services zu wählen.[774]

In den USA wurde diese Frage bereits geklärt[775]: Es wurde sowohl von der FTC[776] als auch von einem Zivilgericht[777] kein belastbarer Beweis gefunden, dass *Google* durch die Reihung im Suchergebnis Mitbewerber benachteiligt.[778]

Im europäischen Diskurs ist noch str, ob die Besserreihung von eigenen Produkten im Suchergebnis einen Marktmachttransfer bedingen kann oder nicht. Dabei bestehen zu zwei Punkten Divergenzen: Einerseits ist str, ob durch eine solche Praktik überhaupt eine Bevorzugung von *Googles* eigenen Services vorliegt.[779] Andererseits wird vorgebracht, dass die Bevorzugung von eigenen Services Teil des Leistungswettbewerbs sei und daher dem Grunde nach keinen Marktmachttransfer begründen könnte.[780] Da die Lit zu diesem Fall besonders reichhaltig ist,[781] soll auf die vorgebrachten Argumente spezifisch eingegangen werden.

6.3.2.1. Besserstellung durch bevorzugte Platzierung eigener Produkte im Suchergebnis

Von Autoren, die von einem Marktmachtmissbrauch durch die *Google-Search* ausgehen, wird vorgebracht, dass durch die bevorzugte Platzierung der Google-eigenen Services ein Anreiz für Endabnehmer besteht, diese bevorzugt zu wählen. Dies wird mit einem *Bias* von Internetusern erklärt, nach dem diese grundsätzlich eher auf die zuerst sichtbaren Ergebnisse klicken, da für eine weitergehende Suche eine höhere Aufmerksamkeit der Internetuser vonnöten ist.[782] Dagegen wird vorgebracht, dass dies nicht von Bedeutung sei, dass trotz einer behaupteten Besserstellung die Möglichkeit bestünde, auf die Links zu Websites von Mitbewerbern zu gelangen; es läge daher kein

---

[774] Näheres zum Verhältnis der generellen Suche zu speziellen Suchdienstleistungen *Holzweber*, ÖZK 2014, 126.
[775] Wobei dem Vernehmen nach eine neuerliche Beurteilung dieser Praktiken im Raum steht, s http://www.politico.com/story/2016/05/federal-trade-commission-google-search-questions-223078 [10.8.2016]
[776] FTC 3.1.2013, FTC File Number 111-0163 – *Google Inc*.
[777] United States District Court, N.D. California, San Jose Division 16.3.2007, C 06-2057 JF – Kinderstart.com vs Google Inc.
[778] So sprach etwa die FTC aus: "(…) *we have not found sufficient evidence that Google manipulates its searchalgorithms to unfairly disadvantage vertical websites that compete with Google-owned vertical properties*."
[779] Ablehnend *Akman*, The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law, SSRN-Paper, 2016; *Edelmann*, Does Google leverage market power through tying and bundling?, Jcle 2015, 365 (371); befürwortend: *Lianos/Motchenkova*, Market dominance and search quality in the search engine market, Jcle 2013, 419.
[780] Befürwortend *Körber*, NZKart 2015, 419f; *Vesterdorf*, CL&PD 2015, 5ff; ablehnend *Edelmann*, Jcle 2015, 365; krit *Petit*, Theories of self-preferencing under article 102 TFEU: A reply to Bo Vesterdorf, SSRN-Paper, 2015.
[781] Es soll nur kurz darauf hingewiesen werden, dass bei der absoluten Mehrzahl der Beiträge ein Hinweis darauf besteht, dass diese „mit Unterstützung von *Google* bzw Microsoft verfasst wurden". Inwiefern dies in die rechtliche Beurteilung der Verfasser eingegangen ist, kann nicht beurteilt werden.
[782] MwN *Edelmann*, Jcle 2015, 372.

Zwang zur Inanspruchnahme der zusätzlichen Leistungen von *Google* vor.[783] In einem zivilgerichtlichen Verfahren, in dem ein Unternehmen gegen die bevorzugte Platzierung von *Google Maps* im Vergleich zu den eigenen Kartenservices vorgegangen ist, wurde jedoch von den Vertretern von *Google* selbst eingeräumt, dass ein solcher *Bias* bestehe, durch welchen besser gereihte Suchergebnisse stärker nachgefragt werden.[784]

Nach der hier vertretenen Rechtsauffassung ist bei der Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals alleine darauf abzustellen, ob die Abnehmer des Hauptprodukts einen Anreiz zur Abnahme des gekoppelten Produkts haben. Die EK bzw der Kläger hat daher mE (i) einen am Einzelfall orientierten, empirisch unterstützten Nachweis zu erbringen, ob überhaupt eine Besserstellung der eigenen gekoppelten Produkte vorliegt und (ii) ob das konkrete Produktdesign einen Anreiz zur Abnahme des gekoppelten Produkts bietet. Sollte sich die Fallgruppe der Besserstellung in Produktreihungen nach dem *Google* Verdikt etablieren, wäre mE auch eine Beweislastumkehr denkbar: Wenn marktmächtige Plattformen ihre Produkte nachweislich besser platzieren, bestünde dann die widerlegliche Vermutung, dass dadurch das Tatbestandsmerkmal des „Zwangs" erfüllt ist.

6.3.2.2. Bevorzugte Platzierung eigener Produkte als kartellrechtlich verpönte Handlung

Ob marktbeherrschende Unternehmen ihre eigenen Produkte besser stellen dürfen, auch wenn nachweisbar ist, dass diese allein durch die inkriminierte Geschäftspraktik vermehrt nachgefragt werden, ist in der L str. Geschäftspraktiken, welche von marktbeherrschenden Unternehmen auf einem Markt gesetzt werden, um Produkte in einem anderen Markt zu attraktivieren, sind mE grundsätzlich dazu geeignet, einen Marktmachttransfer herbeizuführen.[785] Es bedarf daher einer besonderen Legitimation, wenn die Bevorzugung von eigenen Produkten nicht von der Fallgruppe der Koppelung umfasst sein soll.

Eine solche wird etwa von *Vesterdorf* darin erblickt, dass es auch marktmächtigen Unternehmen nur in Ausnahmefällen zumutbar sei, fremden Wettbewerb zu fördern; vielmehr sei die Bevorzugung von eigenen Dienstleistungen dem Leistungswettbewerb immanent und daher kartellrechtlich nicht relevant.[786] Die Notwendigkeit zur Förderung von fremdem Absatz bestehe

---

[783] *Akman*, The Theory of Abuse in Google Search, 60.
[784] "*It is correct, that there is presentation bias and the higher you put something on the page there is an effect on that*." In High Court of Justice 12.2.2016, [2016] EWHC 253 (Ch) – *Streetmap vs Google*, Rz 102.
[785] So auch High Court of Justice 12.2.2016, [2016] EWHC 253 (Ch) – *Streetmap vs Google*, Rz 60: "*I see no reason, as a matter of principle, why the preferential promotion by a dominant company, by means of its power on the market where it is dominant, of its separate product on a distinct market where it is not dominant, may not constitute an abuse if that has the effect of strengthening its position on that other market and is not otherwise justified*".
[786] *Vesterdorf*, CL&PD 2015, 5.

nur in Situationen, in denen ein kartellrechtlicher Abschlusszwang existiere.[787] *Körber*[788] verweist idZ auf die Jud des BGH zu § 20 GWB, nach der keine kartellrechtliche Diskriminierung vorliegt, wenn ein Mutterunternehmen nur noch das Tochterunternehmen beliefert.[789] Dem wird von *Petit* entgegengehalten, dass in der kartellrechtlichen Untersuchung der Koppelungspraktiken von *Microsoft* sehr wohl eine Besserstellung der eigenen Produkte durch eine bevorzugte Produktintegration abgesprochen wurde, ohne auf die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung näher einzugehen.[790] Zudem habe die europ Rsp durchaus Fälle anerkannt, in denen die Bevorzugung von Tochterunternehmen gegenüber Dritten einen Marktmachtmissbrauch dargestellt hat.[791]

Ohne auf die Unterschiede der Auffassungen bzgl des Diskriminierungsmissbrauchs weiter einzugehen, kann mE davon ausgegangen werden, dass den verschiedenen Meinungen verschiedene Fallkonstellationen vorschweben. Während *Körber* und *Vesterdorf* die Kartellrechtswidrigkeit im Umstand erblicken, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Mitbewerber nicht gleich prominent wie seine eigenen Services darstellt, geht *Petit* davon aus, dass schon alleine die nicht sachlich gerechtfertigte prominente Stellung der Dienste eines marktbeherrschenden Unternehmens als Marktmachtmissbrauch qualifiziert werden kann. Welche Analyse zur Anwendung kommt, hängt von den Einzelheiten der Fallgestaltung ab, insb davon, welche Abhilfemaßnahmen gefordert werden. Wird die Inklusion von Wettbewerbern in eine prominente Stelle im Suchergebnis gefordert, müssen jedenfalls die Voraussetzungen der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung vorliegen. Besteht die geforderte Abhilfemaßnahme jedoch darin, dass ein marktmächtiges Unternehmen die Bevorzugung der eigenen Dienste unterlassen muss, kann auch die Fallgruppe der Koppelung zur Anwendung kommen. ME ist jedoch die Fallgruppe der Koppelung – iS einer breiten Theorie des Marktmachttransfers wie sie von den europäischen Gerichten bei der Rs *Microsoft* konzipiert wurde – jedenfalls auf die Besserreihung von eigenen Services anzuwenden. Dies rührt mE daher, dass durch die Besserstellung der eigenen Dienste – sofern dies nachgewiesen werden kann – gleich dem *Microsoft*-Erk ein *Bias* von Abnehmern ausgenützt wird, um eigene Produkte zu fördern. Sollte die Wettbewerbsschädlichkeit dieser Praktik tatsächlich nachgewiesen werden können, ist mE kein Grund ersichtlich, warum eine von der Rs *Microsoft* abweichende Behandlung gerechtfertigt wäre.[792]

---

[787] *Körber*, NZKart 2015, 420; *Vesterdorf*, CL&PD 2015, 6; *Temple Lang*, Comparing Microsoft and Google: The Concept of Exclusionary Abuse, WoCo 2016, 5 (21); *Nazzini*, Google and the (Ever-streching) Boundaries of Article 102 TFEU, JeCL&Pr 2015, 301 (307ff).
[788] *Körber*, NZKart 2015, 419.
[789] BGH 24.10.2011, KZR 7/10, Rz 31.
[790] *Petit*, Theories of self-preferencing, 4.
[791] *Petit*, Theories of self-preferencing, 3.
[792] Die von der Lit vorgebrachten Argumente zielen im Kern jedoch darauf ab, dass eine Wettbewerbsschädigung in diesem Fall gerade nicht vorliegt.

6.4. Marktverschließung

Voraussetzung für das Vorliegen einer marktmachtmissbräuchlichen Koppelung ist, dass durch diese der Markt verschlossen wird.[793] Es muss daher nachgewiesen werden, dass durch die untersuchte Geschäftspraktik der Wettbewerb auf dem gekoppelten und/oder dem Koppelungsmarkt behindert wird. Da Wettbewerb auf einem komplexen Beziehungsgeflecht verschiedenster Akteure basiert, kann der Zusammenhang zwischen der Geschäftspraktik und den konkreten wettbewerblichen Auswirkungen meist nur mittelbar nachgewiesen werden; die EK zählt in ihrer Prioritätenmitteilung Indizien auf,[794] bei deren Vorliegen sie auf eine Marktverschließung schließt.

Die Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen einer Geschäftspraktik erfolgt unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände des Einzelfalls.[795] Es obliegt daher dem Kläger bzw den Wettbewerbsbehörden, unter Heranziehung von ökonomischem Sachverstand eine belastbare Schadenstheorie[796] zu erstellen, die ergibt, dass das inkriminierte Verhalten potentiell[797] zu einer Schädigung des Wettbewerbs führt.

Der starke Einzelfallbezug erschwert dabei naturgemäß die rechtswissenschaftliche Kategorisierung des Tatbestandsmerkmals der Marktverschließung.[798] Ein Vergleich der Wertungen zweier Fälle hat sämtliche in die Entscheidung eingegangene Indizien, welche teilweise in den öffentlich verfügbaren Dokumenten nicht platzgreifend erörtert werden, und deren Interdependenzen zu berücksichtigen. Angesichts der wenigen Entscheidungen zu digitalen Plattformen ist daher jede allgemeine Aussage zu der Marktverschließung im Kontext von digitalen Plattformen mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.

Im Fall *Microsoft* bestätigte das EuG das Vorgehen der EK beim Nachweis der Schädigung der Marktstruktur durch die Koppelung des Windows Media Player mit dem Betriebssystem Windows. IW brachte die EK dabei vor, dass (i) *Microsoft* durch die Koppelung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern hatte,[799] (ii) dass durch diesen Vorteil Abnehmer eher dazu geneigt waren,

---

[793] Unklar *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 230.
[794] Wie bereits in Punkt 5.2.3.1. ausgeführt, sind Indizien, die die EK explizit anerkennt: die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens, die Bedingungen auf dem relevanten Markt, die Stellung der Mitbewerber, die Stellung der Abnehmer, das Ausmaß des missbräuchlichen Verhaltens, Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung und unmittelbare Beweise für eine Behinderungsstrategie. S dazu weiterführend EK, Prioritätenmitteilung, Rz 20.
[795] So auch EuGH 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 68.
[796] Von Engl „theory of harm".
[797] S dazu Punkt 5.2.3.3.
[798] Dies könnte wohl einer der Gründe sein, warum in der rechtswissenschaftlichen Diskussion eher eine Tendenz zu per-se Verboten besteht, welche mit der juristischen Methodik leichter erfasst werden können.
[799] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1038-1040.

den Windows Media Player zu nutzen[800] und (iii) dadurch die Position von *Microsoft* am Markt verbessert wurde[801]. Können bei Koppelungen diese drei Prüfungsschritte bejaht werden, kann somit auf eine Marktverschließung geschlossen werden; dies bedeutet jedoch nicht zwingend, dass eine davon abweichende Art der Argumentationsführung nicht anerkannt werden kann.

Einer rechtswissenschaftlichen Analyse zugeführt werden sollen nun die Anforderungen, welche von den europäischen Gerichten an den Nachweis der Marktverschließung gestellt werden. Danach wird das vom EuG im Fall *Microsoft* entwickelte Prüfungsschema auf rezente Fallkonstellationen iZm digitalen Plattformen bezogen.

6.4.1. Rechtliche Anforderungen

Auslegungsbedürftig ist bereits der Begriff der Marktverschließung. Nach Ansicht des EuGH kann hierunter die „*Feststellung, ob das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung von Wettbewerbern zum Schaden des Wettbewerbs führt*“[802] verstanden werden. Im Fall *Microsoft* sah das EuG eine Marktverschließung dann als gegeben an, wenn die Marktbeziehungen zwischen dem Marktbeherrscher und anderen Unternehmen durch erhebliche Veränderung der Ausgewogenheit des Wettbewerbs zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens und zum Nachteil der übrigen Wirtschaftsteilnehmer beeinträchtigt werden.[803]

Es ist str,[804] ob für das Tatbestandsmerkmal der Marktverschließung eine Schädigung von Verbrauchern nachgewiesen werden muss oder ob die Schädigung der Marktstruktur – dh in den Worten des EuG des Beziehungsgeflechtes zwischen dem Marktbeherrscher und dessen Mitbewerbern – allein hinreichend ist. ME kann dies mit Blick auf die Judikatur bei der *Continental Can*-Rsp verneint werden. Demnach erstreckt sich Art 102 AEUV nicht nur auf „*Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbew*erbs (…) *Schaden zufügen*.[805] Es besteht daher nach Art 102 AEUV kein rechtliches Erfordernis, den Schaden einer Unternehmenspraktik für Verbraucher zu substantiieren, sofern die Marktstruktur geschädigt wird. Vielmehr gilt die widerlegliche Vermutung, dass die Schädigung der Marktstruktur mit einer

[800] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1041-1055.
[801] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1056-1057
[802] EuGH 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 69.
[803] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1034.
[804] S etwa *Ahlborn/Evans*, The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe, ALJ 2009, 887, die die fehlende Würdigung der Verbraucherschädigung durch das EuG im Fall *Microsoft* kritisieren.
[805] EuGH 21.2.1973, Rs 6/72, *Continental Can*, Rz 26.

Verbraucherschädigung einhergeht. Bei der Durchsetzung von Art 102 AEUV priorisiert die EK jedoch Fälle, bei denen auch eine Verbraucherschädigung gegeben ist.[806]

Nach Rsp des EuGH besteht für den Nachweis der Marktverschließung ausdrücklich keine *De-minimis* Schwelle; eine Wettbewerbsschädigung muss daher nicht von vorhinein besonders signifikant sein, um in den Anwendungsbereich von Art 102 AEUV zu fallen.[807] Diese Aussage des EuGH findet jedoch insoweit eine Grenze, als dass Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten nicht beeinträchtigen, nicht von Art 102 AEUV erfasst sind.[808]

Bezüglich des Umfangs der vorzunehmenden Überprüfung des Marktverschlusses stellt der EuGH fest, dass diese „*unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände*"[809] erfolgen muss. Daraus folgt mE die Verpflichtung, sämtliche relevante Umstände des Einzelfalls in die Analyse des Tatbestandsmerkmals der Marktverschließung einzubeziehen. Somit ist der ökonomischen Komplexität des Falls Rechnung zu tragen. Auch dies ist mE dem komplexen Phänomen des Wettbewerbs geschuldet: Dieser ist geprägt von vielfältigen Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen, bei dessen Beurteilung die EK weitgehend frei ist. Der Ermessensspielraum bei der Bewertung wettbewerblicher Umstände und der Gewichtung der einzelnen Indizien wird va[810] durch das Erfordernis, sämtliche relevante Umstände des Einzelfalls in die Schadenstheorie zu integrieren, beschränkt. Kann ein belangtes Unternehmen nachweisen, dass bei der Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen der Praktik relevante Umstände nicht berücksichtigt wurden, liegt bei der Beurteilung ein wesentlicher Rechtsmangel vor.

Zusammenfassend stellen die europäischen Gerichte somit nur geringe Anforderungen an die EK für den Nachweis der Marktverschließung. So wurde von den europäischen Gerichten bislang noch keine Entscheidung der EK auf Grund einer mangelhaften Prüfung der Marktverschließung aufgehoben.[811] Daraus kann geschlossen werden, dass in herkömmlichen Wettbewerbssituation der „analogen" Ökonomie der Umfang der Überprüfung der Marktverschließung den Vorgaben durch die Unionsgerichte entspricht. Nun soll analysiert werden, inwiefern sich im untersuchten Kontext weitergehende Untersuchungsobliegenheiten für die EK ergeben.

---

[806] Dass es zu Divergenzen zwischen der Herangehensweise der EK und der europäischen Gerichte kommen kann, zeigt sich –wie in Punkt 4.1.2. ausgeführt – auch bereits bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung. Dies ist mE insoweit weitgehend unproblematisch, solange die Rechtsanwendung der EK gegenüber dem Rechtsunterworfenen vorteilhafter ist als jene der Gerichte. S EK Prioritätenmitteilung, Rz 19.
[807] EuGH 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 73.
[808] So auch GA *Kokott* 21.5.2015, CC-23/14, *Post Danmark II*, Rz 73.
[809] EuGH 6.10.2015, C-23/14, *Post Danmark II*, Rz 68; s auch GA *Wahl* 20.10.2016, C-413/14P, *Intel,* Rz 54.
[810] Denkbar wäre daneben eine Überprüfung, ob die verwendete Schadenstheorie grob unzureichend ist.
[811] So zumindest *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 164.

6.4.2. Wettbewerbliche Effekte bei digitalen Plattformen

Es kann die These aufgestellt werden, dass die Marktverschließung bei momentan diskutierten Fälle der Koppelung bei digitalen Plattformen mit dem Prüfungsschema, das das EuG bei der Rs *Microsoft* entwickelt hat, beurteilt werden kann. Dieses Prüfungsschema erlaubt eine Fokussierung auf verschiedene Indizien, welche für das Tatbestandsmerkmal der Marktverschließung von Bedeutung sind und deren sachlogische Hierarchisierung. Dabei ist notwendig, dass ein vorgelagerter Prüfungsschritt ursächlich mit einem nachgelagerten Prüfungsschritt verbunden ist; der Wettbewerbsvorteil bei den Abnehmern durch die Koppelungspraktik muss daher ursächlich für die Verbesserung der Wettbewerbsposition des marktbeherrschenden Unternehmens sein.

Aufgabe des folgenden Abschnitts ist es, Umstände, welchen im Kontext von digitalen Plattformen eine besondere Relevanz zukommt, zu identifizieren. Dafür sollen momentan anhängige und von der Lit eingehend besprochene Konstellationen iZm *Google* näher analysiert werden. Von einer abschließenden Bewertung und Abwägung dieser Umstände wird an dieser Stelle Abstand genommen, da die öffentlich verfügbare Informationslage eine solche nicht erlaubt.

6.4.2.1. Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern

Bei digitalen Plattformen sind vielfältige Konstellationen denkbar, in denen eine Koppelungspraktik einen Vorteil gegenüber Mitbewerbern darstellen kann. An dieser Stelle sollen die Vorwürfe der EK gegen *Google* iZm Koppelungspraktiken näher dargestellt werden, da diese wohl als Anknüpfungspunkt für die künftige kartellrechtliche Beurteilung von mehrseitigen Märkten dienen werden.

Wie in einer Pressemitteilung ausgeführt, sieht die EK einen Wettbewerbsvorteil von *Google* in der bevorzugten Platzierung von *Google Shopping* im Sucherergebnis.[812] Daneben ermittelt die EK gegen *Google* auf Grund des Produktdesigns des Betriebssystems *Android*, welches *Google* für mobile Endgeräte anbietet.[813]

6.4.2.1.1. Besserreihung von *Google Shopping* im Suchergebnis

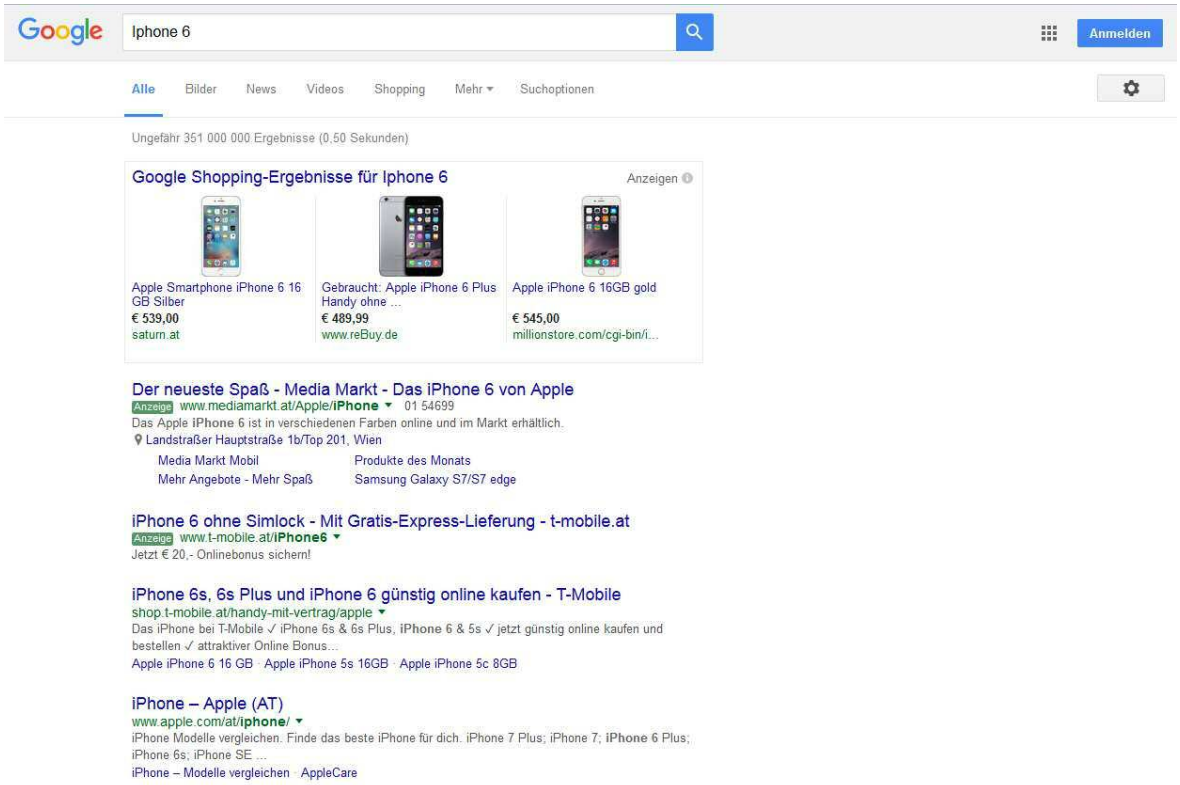
Ein erster Vorwurf besteht darin, dass *Google* seinen vertikalen Suchdienst *Google Shopping* im Suchergebnis besser reiht und prominenter anzeigt als die Preisvergleichsdienste anderer Anbieter. Dadurch genießt *Google Shopping* – so der Vorwurf – gegenüber anderen Preisvergleichsdiensten einen Wettbewerbsvorteil, der sich in erhöhten Zugriffszahlen widerspiegelt.

Google Shopping ist ein in die Suchmaschine *Google* integrierter Service, durch den Links zu Kaufangeboten für an den Suchbegriff angepasste Produkte eingeblendet werden. Bei der Suche

[812] EK 14.7.2016, IP/16/2532.
[813] EK 20.4.2016, MEMO/16/1484.

nach dem Begriff „Iphone 6“ werden bspw im Suchergebnis an erster Stelle Angebote mit Bildern zu eben diesem Smartphone eingeblendet. Es handelt sich hierbei um eine *paid inclusion*, dh die einzelnen angezeigten Anbieter zahlen dafür, im Suchergebnis an prominenter Stelle angezeigt zu werden. Es handelt sich daher nicht um das Ergebnis eines „organischen“ Suchprozesses, bei dem die Produkte nach Preis gereiht werden.[814]

Da *Google Shopping* anders als sonstige Preisvergleichsdienste keine Reihung von Suchergebnissen, sondern vielmehr eine Anzeige von bezahlten Einträgen vornimmt, wird von manchen in Zweifel gezogen, ob durch die Besserreihung von *Google Shopping* ein Wettbewerbsvorteil resultiert.[815] ME ist dabei darauf abzustellen, ob für den typischen Verbraucher ersichtlich ist, dass es sich bei *Google Shopping* nicht um einen Preisvergleichsdienst handelt.



Screenshot vom 15.9.2016

[814] Vor 2012 basierte das Geschäftsmodell von *Google* Shopping nicht auf einer *paid inclusion*, es wurde vielmehr das Internet nach Produkten durchsucht und diese nach Preis gereiht, die Finanzierung erfolgte durch Werbung.
[815] *Akman*, The Theory of Abuse in Google Search, 42; *Körber*, NZKart 2015, 416.

6.4.2.1.2. Vorinstallation von Google Apps auf Geräten durch MADA-Lizenz

Die Vorinstallation von *Google* Apps bei Smartphones mit dem Betriebssystem Android ist Gegenstand eines Ermittlungsverfahrens in den EU, USA und Südkorea; in Russland wurde idZ eine Kartellstrafe ausgesprochen.[816]

Kern des Vorwurfs sind sog *Mobile Application Distribution Agreements* (MADA), welche Hersteller von Smartphones unterzeichnen müssen, wenn sie Applikationen von *Google* auf ihren Smartphones installieren wollen. Im Zuge eines Rechtsstreits zwischen *Google* und *Oracle* wurden diese tw veröffentlicht,[817] was ihre akademische Analyse ermöglichte. Durch die MADA verpflichten sich die Hersteller, bestimmte Apps von *Google* am Gerät zu installieren und prominent zu platzieren.[818] Es ist den Herstellern dabei nicht möglich, einzelne dieser Applikationen auszuwählen; es muss stets das gesamte Bündel abgenommen werden. Darüber hinaus muss *Google* als Standardsuchmaschine definiert werden.[819] Außerdem verpflichtet sich der Smartphonehersteller, die Lokalisationsservices von *Google*, durch die *Google* auf Geodaten der Nutzerdaten zugreifen kann, standardmäßig zu aktivieren.[820]

Der Vorwurf lautet, dass durch diese Geschäftspraktik Applikationen von *Google* ein Wettbewerbsvorteil eingeräumt wird. Da einzelne, besonders populäre Applikationen von *Google* (etwa *Youtube* oder *Google Play*) nicht separat bezogen werden können, werden regelmäßig auch weniger populäre Applikationen, die mit Applikationen anderer Hersteller in Konkurrenz stehen (etwa Kartendienste), standardmäßig vorinstalliert. Dazu kommt, dass diese stets prominent am Startbildschirm platziert werden müssen.[821] Es ist daher Anbietern von Software, welche mit *Googles* Applikationen konkurriert, nicht möglich, exklusiv auf einem Smartphone vorinstalliert zu werden, wenn nicht generell auf die Applikationen von *Google* verzichtet wird.

---

[816] MwN *Edelman/Geradin*, Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile, SSRN-Paper 2016, 1.
[817] S etwa das Agreement zwischen HTC und *Google* http://www.benedelman.org/docs/htc-mada.pdf [15.9.2016].
[818] S etwa MADA HTC-Google, 3.4: "*Placement Requirements: Unless otherwise approved by Google in writing*: (…) *(2) Google Phone-top Earch and the Android Market Client Icon must be placed at least on the panel immediately adjacent to the Default Home Screen, (3) all other Google Applications will be placed no more than one level below the Phone Top*".
[819] MADA HTC-Google, 3.4.
[820] MADA HTC-Google, 3.8.
[821] *Edelman/Geradin*, Android and Competition Law, 25; aA *Körber*, Machtmissbrauch durch Android, NZKart 2014, 378 (383).

6.4.2.1.3. Ausschluss von Programmvarianten durch AFA-Lizenz

Android ist grundsätzlich quelloffen, dh der Quelltext von *Android* ist öffentlich verfügbar und kann von Dritten eingesehen und überarbeitet werden. Um *Googles* Applikationen wie *etwa Google Play Store* oder *Youtube* auf einem Gerät installieren zu können, ist Voraussetzung, dass der Hersteller ein sog *anti-fragmentation agreement* (AFA) unterzeichnet. Dieses erfasst sämtliche Produkte des Herstellers und beinhaltet die Verpflichtung, keine modifizierten Versionen des Betriebssystems *Android*[822] zu verwenden. Ein Unternehmen kann daher nicht gleichzeitig Smartphones mit modifizierter Software und Smartphones mit vorinstallierten *Google* Apps anbieten, was – so der Vorwurf – dazu führte, dass Endgeräte mit modifizierter Software ein Nischendasein führen.[823]

Der Vorwurf der EK lautet, dass durch diese Geschäftspraktik unmodifizierten Versionen von *Android* sowie Applikationen von *Google* ein Wettbewerbsvorteil zukommt. Benachteiligt werden modifizierte Versionen von *Android* sowie Applikationen, welche nicht auf dem Ökosystem von *Google* basieren.

6.4.2.2. Wettbewerbsvorteil bei Abnehmern

Für den Nachweis einer Marktverschließung ist notwendig, dass der Wettbewerbsvorteil des marktbeherrschenden Unternehmens tatsächlich die Konsumentenentscheidung beeinflusst. Dabei handelt es sich um einen analytischen Zwischenschritt zwischen der faktischen Feststellung eines Wettbewerbsvorteils durch die Geschäftspraktik und den tatsächlichen Marktauswirkungen. Kann nachgewiesen werden, dass der festgestellte Vorteil eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Mitbewerbern nicht zu einem hinreichend veränderten Nachfrageverhalten führt, kann eine etwaige Veränderung in der Wettbewerbsposition nicht auf dieses Verhalten zurückgeführt werden.

Dieser Analyseschritt ist somit immer dann erforderlich, wenn der Ursache-Wirkungs-Zusammenhang zwischen der inkriminierten Geschäftspraktik und der Schädigung des Wettbewerbs nicht klar ist. Bei Fällen der Koppelung ist dies wohl idR der Fall, wenn kein faktischer Zwang zur Abnahme beider Produkte besteht, sondern die Abnahme eines zusätzlichen Produkts durch das Verhalten des Unternehmens nur wahrscheinlicher wird.

---

[822] Sog Android forks.

[823] *Edelman/Geradin*, Android and Competition Law, 8ff. Das wohl bekannteste Gerät mit einer Android Fork ist das Tablet „Fire“, welches von *Amazon* angeboten wird.

6.4.2.2.1. Google Suche

Dass eine Besserreihung von *Google*-eigenen Diensten nicht zu einer Änderung des Konsumentenverhaltens und somit nicht zu einer Marktverschließung führt, wird von Stimmen in der Lit damit begründet, dass *Google* kein Gatekeeper zu den Inhalten des Internets sei.

Hierbei wird vorgebracht, dass neben *Google* noch vielfältige andere Möglichkeiten bestehen, das Internet zu nutzen; insb durch die direkte Eingabe von Internetadressen in den Internetbrowser.[824] Dies wurde auch im Zivilverfahren *Streetmaps vs Google* vertreten: Die Mehrzahl der Nutzer von *Streetmaps* gab die Internetadresse direkt in den Browser ein oder klickte auf einen Link auf Drittseiten.[825] Daraus wurde gefolgert, dass selbst dann, wenn es zu einer Schlechterreihung einer Homepage im Suchergebnis von *Google* kommt, nicht automatisch darauf geschlossen werden kann, dass signifikant weniger Internetuser diese Homepage aufrufen. Dem ist mE zuzustimmen: Eine Schlechterstellung einer Homepage kann nur dann vorliegen, wenn eine hinreichende Zahl von Usern durch Klick auf das Suchergebnis auf diese Homepage gelangt. Dies stellt mE im Kontext der Besserreihung einen wesentlichen Umstand dar, der für die Subsumption des Tatbestandsmerkmals der Marktverschließung geprüft werden muss.

6.4.2.2.2. Android

Gegen die kartellrechtlichen Bedenken iZm den MADA-Lizenzen wird in der Lit tw vorgebracht, dass aus der prominenten Platzierung von *Google*-eigenen Applikationen keine Änderung des Konsumverhaltens folgt. Gegenstand der Ausführungen ist dabei insb, inwiefern die Wertungen bei der Rs *Microsoft* auf diesen Fall anwendbar sind.

So sieht *Körber* einen Unterschied darin, dass im Fall *Android* – anders als im Fall *Microsoft* – Smartphonehersteller nicht verpflichtet seien, ausschließlich Applikationen von *Google* zu installieren. Vielmehr könnten diese auch eigenständig andere Software implementieren, was in der Praxis auch der Fall sei. [826]

Hinzu kommt, dass Endnutzer bei *Android* viel eher als zum Zeitpunkt des Verfahrens iZm dem *Windows Media Player* bzw dem *Internet Explorer* in der Lage seien, eigenständig Applikationen aus dem Internet herunterzuladen, da dies durch eigene App‘ Stores mit Bewertungsmöglichkeiten stark vereinfacht worden sei. Der Vorteil, den *Google* auf Grund der vorinstallierten Software

[824] *Bork/Sidak*, What does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?, Jcle 2012, 663 (669ff); *Körber*, Common errors regarding search engine regulation - and how to avoid them, ECLR 2015, 239.
[825] High Court of Justice 12.2.2016, [2016] EWHC 253 (Ch) – *Streetmap vs Google*, Rz 125.
[826] *Körber*, NZKart 2014, 378 (384).

genießt, sei demnach nicht relevant, da Endnutzer ohne Schwierigkeiten Produkte von Wettbewerbern nutzen können und dies auch tun.[827]

Edelman und *Geradin* betonen dahingegen die praktischen Schwierigkeiten von Usern Applikationen ohne den *Google Play Store* zu installieren, was nach deren Einschätzung nur für stark technikinteressierte Nutzer eine Alternative darstellt.[828]

ME ist wohl eine Kombination dieser beiden Ansätze angezeigt: Zuerst muss überprüft werden, inwiefern für Smartphonehersteller das Anbieten von Geräten ohne das Softwarepaket von *Google* eine ökonomisch sinnvolle Möglichkeit darstellt. Dabei ist der Umstand, dass die Installation von Drittsoftware ohne dieses Softwarepaket nur für einen kleinen Abnehmerkreis möglich ist, ein Indiz dafür, dass eine solche Möglichkeit nur eingeschränkt existiert. Dem folgend muss darauf eingegangen werden, inwiefern durch die erzwungene Inklusion von *Googles* Software Verbraucherentscheidungen bei der Nutzung von Applikationen beeinflusst werden; eine unkomplizierte Installation von Drittsoftware kann dabei ein Indiz dafür sein, dass diese Beeinflussung nicht signifikant ist.

6.4.2.3. Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition

Im letzten Prüfungsschritt muss nachgewiesen werden, dass die Koppelungspraktik geeignet ist, die Wettbewerbsposition des Marktbeherrschers zu Lasten von Mitbewerbern zu stärken. Problematisch ist dabei meist der Nachweis der Kausalität zwischen dem Vorteil, den ein marktbeherrschendes Unternehmen auf Grund der Koppelungspraktik genießt und der potentiellen Veränderung der Wettbewerbsposition des Marktbeherrschers.[829]

Im Folgenden wird auf Umstände eingegangen, welche die Intensität der Auswirkungen der Handlungen auf die Wettbewerbsposition im Kontext von digitalen Plattformen beeinflussen können.

[827] *Körber*, NZKart 2014, 378 (384).
[828] *Edelman/Geradin*, Android and Competition Law, 10f.
[829] So konnte etwa *Google* in einem zivilgerichtlichen Verfahren nachweisen, dass die Schwächung der Wettbewerbsposition von Mitbewerbern nicht hinreichend wahrscheinlich auf das Design der Suchmaschine zurückzuführen ist, s dazu High Court of Justice 12.2.2016, [2016] EWHC 253 (Ch) – *Streetmap vs Google*, Rz 118ff.

6.4.2.3.1. Produktionskosten

Nach *Tirole* ist das Ausmaß der Schädigung des Wettbewerbs durch eine Koppelungspraktik von den Produktionskosten abhängig: Je höher die Produktionskosten, desto größer ist der Schaden für den Wettbewerb.[830] Dies lässt sich an Hand eines Beispiels illustrieren: Wird ein Fahrzeug eines marktbeherrschenden Unternehmens nur gemeinsam mit der Bereifung verkauft, ist der Preis für Reifen ausschlaggebend dafür, wie sehr der Wettbewerb am Markt für Reifen geschädigt wird. Ist der Preis nur sehr gering, werden Abnehmer, die von der Qualität der Reifen eines anderen Herstellers überzeugt sind, diese zusätzlich zu den gekoppelten erwerben.

Anderes gilt nach *Tirole* jedoch dann, wenn die Grenzkosten für ein Produkt im Gegensatz zu den Anfangskosten sehr gering sind.[831] Dies ist – wie in Punkt 2.1.3. ausgeführt – der Fall bei DG. Hierbei kommt Koppelungspraktiken ein besonders wettbewerbsgefährdender Gehalt zu, da die hohen Fixkosten der Mitbewerber nur erschwert auf die einzelnen Produkte umgelegt werden können.

6.4.2.3.2. Produktdifferenzierung

Einen weiteren Umstand, der die Gefährlichkeit von Koppelungspraktiken für den Wettbewerb mitbestimmt, sieht *Tirole* im Ausmaß der Produktdifferenzierung: je stärker die Produkte differenziert sind, desto geringer die Schädigung des Wettbewerbs. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei stark differenzierten Produkten Abnehmer eher gewillt sind, für die besonderen Eigenschaften des Produkts eines Drittanbieters neben dem gekoppelten Produkt ein weiteres Produkt anzuschaffen.[832]

6.4.2.3.3. Netzwerkeffekte

Es wird gemeinhin davon ausgegangen, dass Koppelungspraktiken bei Märkten, die von Netzwerkeffekten geprägt sind, stärkere wettbewerbliche Auswirkungen zeitigen.[833] Dies wird darauf zurückgeführt, dass durch die Zugabe eines gekoppelten Produkts dessen Nutzerbasis und somit dessen Nutzen für andere Nutzer steigt. Daraus folgt, dass der Markt zu Gunsten des gekoppelten Produkts kippen kann, da die Marktzutrittsbarrieren für Mitbewerber erhöht werden.[834]

Die wettbewerblichen Auswirkungen von Koppelungspraktiken bei Vorhandensein von Netzwerkeffekten sind stark vom Ausmaß der Produktdifferenzierung abhängig: Bestehen mehrere

---

[830] *Tirole*, The analysis of tying cases: A primer, CPI 2005, 1 (9).
[831] *Tirole*, CPI 2005, 10.
[832] *Tirole*, CPI 2005, 11.
[833] *Crocioni*, Jcle 2007, 468; *Rubinfeld*, Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries, Antitrust Bul. 1998, 859 (879); aA *Lestari*, Die Leverage-Theorie zu Koppelungsgeschäften, 130.
[834] *Crocioni*, Jcle 2007, 469; *Rubinfeld*, Antitrust Bul. 1998, 878; zur Beurteilung von Netzwerkeffekten – insb auf die Rolle des Multihomings – kann auf Punkt 4.2.2.2. und 4.3.2. verwiesen werden.

differenzierte Produkte, können trotz starker Netzwerkeffekte mehrere Produkte nebeneinander bestehen; die wettbewerblichen Auswirkungen von Koppelungspraktiken sind daher geringer.[835]

6.4.2.3.4. Mehrseitige Märkte

Wie bereits in Punkt 2.2. besprochen, ist bei der Übertragung von ökonomischen Konzepten auf mehrseitige Märkte Vorsicht geboten, da der Wettbewerb in diesen Märkten auf eigenen Grundsätzen beruht. Dies gilt insb auch bei der Konzeption von Schadenstheorien.

Bei mehrseitigen Märkten werden Koppelungspraktiken idR nur auf einer der Marktseiten gesetzt. So können Tageszeitungen ihr Angebot an Leser mit einer Wochenendbeilage koppeln; für Werbeträger kann jedoch die freie Wahl bestehen, ob auch in der Wochenendbeilage Werbungen geschaltet werden. Essenziell ist dabei mE, dass die wettbewerblichen Auswirkungen der Praktik auf allen Marktseiten – dh auch jenen Marktseiten, die nicht direkt von der Koppelungspraktik betroffen sind – beachtet werden müssen. In der beschriebenen Koppelungspraktik bei Tageszeitungen müssen daher mE die wettbewerblichen Auswirkungen der Koppelung sowohl am Lesermarkt als auch am Werbemarkt betrachtet werden. Dies ist mE als ein „*relevanter Umstand*" iSd Jud des EuGH zu qualifizieren, dessen Außerachtlassen eine fehlerhafte Subsumption des Tatbestandsmerkmals der Marktverschließung nach sich zieht.

[835] So *Argenziano*, Differentiated Networks: Equilibrium and Efficiency, RAND 2008, 747.

6.5. Objektive Rechtfertigungsgründe

Stets steht einem marktbeherrschenden Unternehmen der Nachweis offen, dass die inkriminierte Geschäftspraktik objektiv gerechtfertigt ist.[836] Dabei obliegt dem Unternehmen der Beweis, dass die Geschäftspraktik dem Leistungswettbewerb zugeordnet werden kann und somit nicht marktmachtmissbräuchlich ist. Dies kann sich einerseits dadurch ergeben, dass ein bestimmtes Verhalten auf Grund von außerhalb des Unternehmens liegenden Gründen objektiv notwendig ist oder andererseits, dass dieses Verhalten Effizienzvorteile verspricht; die Wahrung von wirtschaftlichen Interessen der marktbeherrschenden Unternehmen wird jedoch nicht als objektiver Rechtfertigungsgrund anerkannt.[837] Nach der Rsp[838] trifft die Beweislast für das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsgründe das Unternehmen; der Kommission obliegt es, diese Beweise zu widerlegen.[839]

Folgend soll die Möglichkeit der objektiven Rechtfertigung im Rahmen der Fallgruppe der Koppelung analysiert werden. Dafür sollen zuerst die allgemeinen Voraussetzungen an objektive Rechtfertigungen erläutert werden, bevor auf ausgewählte Rechtfertigungsgründe eingegangen wird, welchen iZm digitalen Plattformen eine besondere Bedeutung zukommt.

6.5.1. Allgemeine Voraussetzungen der objektiven Rechtfertigung

In der Prioritätenmitteilung führt die EK aus, unter welchen Voraussetzungen ein grundsätzlich wettbewerbsschädliches Verhalten objektiv gerechtfertigt werden kann. Dabei nimmt sie Wertungen der Rsp auf, fasst die Rechtfertigungsmöglichkeiten von Unternehmen aber wohl etwas weiter als diese.[840]

Zwei unterschiedliche Möglichkeiten zur Rechtfertigung von grundsätzlich wettbewerbsschädlichem Verhalten werden identifiziert: einerseits eine Rechtfertigung auf Grund von Faktoren, die außerhalb des marktbeherrschenden Unternehmens selbst liegen, wie etwa die Marktverschließung auf Grund von Produktmerkmalen, die aus Gründen der Gesundheit und Sicherheit als objektiv notwendig erachtet werden. Dabei muss nachgewiesen werden, dass die Maßnahme des marktbeherrschenden Unternehmens einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält.[841]

---

[836] *Wils*, WoCo 2014, 405.
[837] MwN *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 136.
[838] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 697.
[839] Zustimmend *Hausmann*, Das Microsoft-Urteil: Zwischen Kartellrecht und gewerblichen Schutzrechten, MMR 2008, 384; krit *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, 261; *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 150.
[840] *Schmidt*, Competition law, innovation and antitrust, 242.
[841] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 29.

Andererseits kann eine Praktik auch auf Grund von Effizienzerwägungen objektiv gerechtfertigt werden. Zu Grunde liegt der Gedanke, dass eine Unternehmenspraktik nicht aus der Sicht des Wettbewerbsrechts unterbunden werden sollte, wenn nachgewiesen werden kann, dass durch sie die Gesamtwohlfahrt unter angemessener Beteiligung der Verbraucher gesteigert werden kann. Eine Effizienzrechtfertigung ist nach Ansicht der EK möglich, wenn kumulativ vier Voraussetzungen nachgewiesen werden können: Die Effizienzen müssen (i) auf das fragliche Verhalten zurückgeführt werden können; für ihr Erreichen dürfen (ii) keine weniger wettbewerbsbeschränkende Alternativen vorhanden sein; sie müssen (iii) etwaige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb aufwiegen und es (iv) darf trotz der Effizienzen der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden.[842]

Das von der EK vorgeschlagene Prüfungsschema entspricht in seiner Struktur Art 101 Abs 3 AEUV.[843] Beide Normen sehen unter gleichen Voraussetzung die Freistellung von wettbewerblich problematischen Handlungen vor. Diese Gleichsetzung der Rechtfertigungsmöglichkeiten wurde von der Lit kritisiert, da die Voraussetzungen des Art 101 Abs 3 AEUV von marktbeherrschenden Unternehmen nur schwerlich zu erfüllen seien.[844]

Besondere Probleme werden im Kontext des Marktmachtmissbrauchs mit dem Nachweis einhergehen, dass durch eine wettbewerbsschädliche Praktik der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird. Einerseits ist der Wettbewerb bereits durch die bloße Existenz eines marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt. Andererseits müssen nur solche Verhaltensformen sachlich gerechtfertigt werden, für die bereits die Marktverschließung bejaht worden ist.[845] Es besteht daher ein Wertungswiderspruch insoweit die marktverschließende Wirkung einer Unternehmenspraktik ein konstitutives Tatbestandsmerkmal für eine marktmachtmissbräuchliche Praktik und ein ausschließendes Tatbestandsmerkmal für eine objektive Rechtfertigung ist. Besteht eine marktverschließende Wirkung, liegt daher stets eine marktmachtmissbräuchliche Handlung vor, die nicht gerechtfertigt werden kann; fehlt diese Wirkung, liegt niemals eine nach Art 102 AEUV verbotene Handlung vor.

Will man die Anwendung der objektiven Rechtfertigung aus Effizienzgründen nicht vollends ausschließen, ist eine differenzierte Auslegung des Begriffs der Marktverschließung angezeigt: Im Kontext der objektiven Rechtfertigung ist dieser enger auszulegen als bei der Prüfung der missbräuchlichen Praktik. Bei der objektiven Rechtfertigung wohnt dem Begriff der

[842] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 29.
[843] *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 150; *Schmidt*, Competition law, innovation and antitrust, 242ff.
[844] *Monti*, EC competition law, 209; *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 631; *Schmidt*, Competition law, innovation and antitrust, 244.
[845] So auch *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 630.

Marktverschließung ein höheres Maß an Wettbewerbsschädigung inne als bei der Prüfung der marktmachtmissbräuchlichen Handlung. Die Marktverschließung bei der objektiven Rechtfertigung erfasst daher weniger Fälle als die Marktverschließung im Kontext der marktmachtmissbräuchlichen Praktik; nämlich nur solche, die auch bei Vorhandensein von Effizienzen nicht gerechtfertigt werden können. Dabei handelt es sich wohl um Kernmissbräuche[846], welche nur auf Grund von Faktoren, die außerhalb des Unternehmens liegen, gerechtfertigt werden können.

6.5.2. Handelsbrauch

Der Umstand, dass die Koppelung zweier Produkte einem Handelsbrauch entspricht, ging in der Rsp[847] sowohl bei der Prüfung des separaten Produkts als auch bei der Prüfung der objektiven Rechtfertigung in die Beurteilung ein. Wie bereits erörtert, sind die Voraussetzungen für die Rechtfertigung einer Koppelungspraktik durch Handelsbrauch eng; so konnte die Rechtfertigung auf Grund eines Handelsbrauchs vor Unionsgerichten bislang noch nie erfolgreich vorgebracht werden.[848]

6.5.3. Effizienzvorteile

In ihrer Prioritätenmitteilung geht die EK darauf ein, unter welchen Umständen sie eine Rechtfertigung einer grundsätzlich wettbewerbsschädlichen Koppelungspraktik aus Gründen von Effizienzvorteilen für möglich erachtet.[849] Voraussetzung ist dabei stets die Besserstellung der Abnehmer, welche va durch eine Preisreduktion erfolgen kann.

Bei digitalen Plattformen ist eine auf Effizienzvorteilen basierende Rechtfertigung mit dem grundsätzlichen Problem behaftet, dass die Hinzunahme des gekoppelten Produkts meist durch eine unentgeltliche Produktintegration erfolgt und auch das Hauptprodukt häufig unentgeltlich angeboten wird. Die Weitergabe von Kostenvorteilen, welche durch die Koppelungspraktik anfallen, an Endabnehmer scheidet daher aus.

Offen bleibt jedoch der Einwand, dass durch die Koppelung zweier Produkte der Nutzen der Abnehmer erhöht wird. Dies ist insb bei der Koppelung durch Produktintegration von großer Relevanz, da ein integriertes Produkt uU Nachfragebedürfnisse erfüllt, die durch zwei separate Produkte nicht erfüllt werden können.

Im Folgenden werden drei Aspekte von Effizienzvorteilen näher beleuchtet, welche im Kontext von digitalen Plattformen von besonderer Bedeutung sind: Effizienzvorteile, die (i) aus geringeren

---

[846] Den Begriff der Kernbeschränkung in Art 101 AEUV abwandelnd.
[847] EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak II*, Rz 137ff.
[848] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 530.
[849] EK, Prioritätenmitteilung, Rz 62.

Transaktionskosten für die Abnehmer, (ii) einem erhöhten Nutzen der Plattform durch Standardisierung und (iii) durch sonstige Produktverbesserungen resultieren.

6.5.3.1. Verringerung von Transaktionskosten

Die Verringerung von Kosten, welche mit der Transaktion einhergehen – etwa Such- und Informationskosten – ist Koppelungen wesensimmanent.[850] Werden zwei Produkte miteinander gekoppelt, verringern sich etwa die Suchkosten für Abnehmer, da keine mit dem Hauptprodukt kompatiblen Zusatzprodukte gesucht werden müssen.[851] Durch Koppelungen entstehen daher idR Effizienzen, die den Abnehmern zu Gute kommen.

Die Verringerung von Transaktionskosten kann jedoch nur dann als Rechtfertigung einer grundsätzlich wettbewerbsschädlichen Praktik anerkannt werden, wenn diese Effizienzen nicht durch ein minder wettbewerbsschädliches Verhalten erreicht werden können. So muss nachgewiesen werden, dass durch ein separates Anbieten des gekoppelten Produkts (etwa in Form einer gemischten Bündelung, s Punkt 6.1.) die Transaktionskosten nicht gesenkt werden können.[852]

Bei der Koppelung des *Windows Media Player* mit dem Betriebssystem *Windows* wurde das in diese Richtung gehende Argument von *Microsoft* zurückgewiesen, da ein „out-of-the-box" Betriebssystem mit Multimediafunktion auch mit weniger wettbewerbsschädlichen Mitteln als einer Koppelung erreicht werden könne: So könnten Zwischenhändler Medienabspielsoftware von Drittanbietern hinzufügen und damit die Transaktionskosten für Endabnehmer senken; eine zwangsweise Integration des *Windows Media Players* sei nach Ansicht des EuG daher nicht das gelindeste Mittel.[853]

Kann der Nachweis erbracht werden, dass eine Koppelung das gelindeste Mittel zur Verringerung der Transaktionskosten darstellt, müssen die resultierenden Effizienzen noch mit den Nachteilen durch diese Praktik abgewogen werden. Dabei ist der Professionalitätsgrad der Marktgegenseite von besonderer Bedeutung, da gut informierte Abnehmer meist geringere Transaktionskosten haben als uninformierte; bei wenig informierten Abnehmern kann diese Rechtfertigung daher wohl eher durchdringen.[854]

---

[850] S etwa *Tirole*, CPI 2005, 15: „*Tying is a ubiquitous feature of economic activities*, *simply because it economizes on transaction costs*".
[851] MwN *Langer*, Tying and Bundling as a Leveraging Concern, 8.
[852] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.505ff.
[853] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1155.
[854] So zumindest *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.506.

6.5.3.2. Standardisierung

Bei der Koppelung des *Windows Media Player* mit dem Betriebssystem *Windows* brachte *Microsoft* vor, dass durch die mit der Koppelung einhergehenden Standardisierung Effizienzen entstünden, da Software- und Inhalteanbieter auf dem *Windows Media Player* basierend Angebote lancieren könnten. Effizienzen würden dadurch entstehen, dass für diese Anbieter keine Kosten für die Kompatibilität mit unterschiedlicher Medienabspielsoftware anfielen.[855]

Dieses Vorbringen wurde vom EuG zurückgewiesen, da eine Standardisierung „*nicht einseitig von einem Unternehmen in beherrschender Stellung durch Koppelungsgeschäfte*" aufgezwungen werden darf.[856] Dies wird von der hA dahingehend interpretiert, dass aus der Standardisierung resultierende Effizienzen im Kontext von Art 102 generell nicht zur Rechtfertigung von wettbewerbsschädlichem Verhalten verwendet werden können.[857]

6.5.3.3. Produktverbesserungen

Wird durch die Koppelung zweier Produkte der Nutzen für die Abnehmer gesteigert, entstehen Effizienzen, die eine objektive Rechtfertigung begründen können. Dies ist insb der Fall bei Koppelungen durch Produktintegration, wenn das integrierte Produkt hochwertiger als die beiden separaten Produkte für sich genommen ist.[858]

Microsoft brachte iZm der Koppelung des *Windows Media Player* vor, dass das Betriebssystem Windows mit integrierter Medienfunktionalität reibungsloser funktioniert als ohne diese Funktionen.[859] Diese Vorbringen wurden vom EuG mangels Beweise zurückgewiesen; die Ausführungen des Gerichts werden jedoch dahingehend interpretiert, dass ein substantiiertes Vorbringen, dass die Koppelung mit einer Produktverbesserung einhergeht, eine Rechtfertigung nach sich ziehen könne.[860]

Bei den Ermittlungen der US-amerikanischen FTC betreffend die Besserreihung von *Google*-eigenen Services im Suchergebnis wurde ausführlich auf die Verbesserungen für die Nutzer der Suchmaschine eingegangen.[861] Hierbei wurde festgestellt, dass durch die prominente Darstellung von eigenen Suchservices – wie etwa *Google Maps* – die Qualität der Internetsuche für Nutzer

---

[855] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1151.
[856] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1152.
[857] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 537; *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 239; differenzierend *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.514ff.
[858] So auch *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 526, dessen Beispiele jedoch nicht vollends überzeugen.
[859] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 1160ff; *Heiner*, Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration: A Suggested Framework for Applying the Rule of Reason Analysis, Chicago L. Rev. 2005, 123 (142ff).
[860] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.511.
[861] FTC 3.1.2013, FTC File Number 111-0163 – *Google's Search Practices*.

gesteigert wurde, weshalb keine gegen Sect 2 des Sherman Act verstoßende Praktik festgestellt werden konnte.[862]

Kann nachgewiesen werden, dass die Produktverbesserung nur durch eine Produktintegration möglich ist und somit das gelindeste Mittel darstellt, folgt eine Abwägung der Effizienzen mit den nachteiligen Effekten für den Wettbewerb. Nach dem in der Prioritätenmitteilung der EK ausgeführten Konzept muss daher der gesteigerte Nutzen des gekoppelten Produkts dem Nachteil für den Wettbewerb gegenübergestellt werden. Diese Herangehensweise ist mE bei Produktverbesserungen nur begrenzt zielführend: Die nachgewiesene Besserstellung des marktbeherrschenden Unternehmens im Wettbewerb ist dabei nicht zwangsläufig auf den Gebrauch von Marktmacht, sondern uU auch auf den Nutzenzuwachs durch das verbesserte Produkt zurückzuführen. Dies kann an Hand der *Google Search* illustriert werden: Wenn Endabnehmer in der bevorzugten Anzeige von Kartendiensten im Suchergebnis einen gesteigerten Nutzen erkennen, ist der Rückgang der Zugriffe bei alternativen Kartendiensten nicht zwangsläufig auf eine marktmachtmissbräuchliche Praktik von *Google* zurückzuführen. Vielmehr könnte auch eine nicht marktbeherrschende Suchmaschine ihre Wettbewerbsposition durch selbige Produktverbesserung verstärken.

Daraus folgt, dass Produktverbesserungen wesentliche Bestandteile des Leistungswettbewerbs sind; jener ist eben dadurch gekennzeichnet, dass Produkte, welche einen größeren Nutzen versprechen, vom Abnehmer bevorzugt werden. Es stellte mE eine unsachliche Benachteiligung von marktbeherrschenden Unternehmen dar, wenn diese Produktverbesserungen nur in dem Ausmaß vornehmen könnten, als dass etwaige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb damit aufgewogen werden. Wettbewerblich schlechter gestellt durch Produktverbesserungen werden gerade jene Anbieter, die ihre Produkte nicht im selben Maß verbessern oder verbessern können. Dies würde bedeuten, dass eine bahnbrechende Produktverbesserung, welche einen großen Nutzenzuwachs nach sich zieht und nur durch das marktbeherrschende Unternehmen selbst vollzogen werden kann, kartellrechtlich verpönt wäre. Im Kontext von Produktverbesserungen ist die von der EK vorgeschlagene Abwägung daher mE nicht geeignet, den Charakteristika von dynamischen Märkten Rechnung zu tragen.

[862] Im Wortlaut: „*While Google's prominent display of its own vertical search results on its search results page had the effect in some cases of pushing other results "below the fold," the evidence suggests that Google's primary goal in introducing this content was satisfy, its users' search queries by providing directly relevant information. Notably, the documents, testimony and quantitative evidence the Commission examined are largely consistent with the conclusion that Google likely benefited consumers by prominently displaying its vertical content on its search results page*."

Eine geeignetere Interessensabwägung könnte mE mit der Übernahme der Wertungen des im amerikanischen Antitrust-Recht etablierten *Plausible-Benefit-Test* erfolgen.[863] Kann ein Unternehmen nachweisen, dass durch die Koppelung das Produkt derartig verbessert wird, dass die Abnehmer einen plausiblen Vorteil daraus ziehen können, ist diese Geschäftspraktik als zum Leistungswettbewerb gehörend zu qualifizieren und somit nicht kartellrechtswidrig. Es kommt daher nicht zu einer Abwägung mit etwaigen wettbewerbsschädigenden Effekten der Geschäftspraktik. Marktbeherrschenden Unternehmen[864] kommt daher die Nachweispflicht zu, dass Koppelungen den Nutzen von Abnehmern steigern.[865] Diese Nachweispflicht ist mE gerechtfertigt: Einerseits kommt marktmächtigen Unternehmen nach der Rsp[866] eine besondere Verantwortung zu, dass die Marktstruktur durch ihr Handeln nicht weiter geschwächt wird. Entschließen sich diese Unternehmen, kartellrechtlich problematische Geschäftspraktiken durchzuführen, folgt daraus eine erhöhte Nachweispflicht. Andererseits ist es durch die Beweisnähe für die inkriminierten Unternehmen einfacher, relevante Daten zu erheben.

6.5.3.4. Mehrseitige Märkte

Inwiefern Koppelungspraktiken bei mehrseitigen Märkten eine Schädigung des Wettbewerbs bzw eine Verbraucherschädigung nach sich ziehen, wurde in der ökonomischen Lit im Zuge der *Visa Check/Master Money Antitrust Litigation* in den USA diskutiert.[867] Streitgegenständlich waren hierbei sog Honour-All-Cards-Rules: Besitzer von Zahlterminals wurden dabei vertraglich verpflichtet, neben Kreditkarten auch Debit-Karten von *Visa* zu akzeptieren. Es kam aus der Sicht der Terminalbesitzer daher zu einer Koppelung von Kreditkarten und Debit-Karten durch *Visa*.

Der Grundtenor in der ökonomischen Lit ist, dass Koppelungspraktiken in mehrseitigen Märkten geringere wettbewerbliche Auswirkungen und sogar tw positive Effekte für Verbraucher zeitigen.[868] Koppelungspraktiken sieht *Tirole* bei mehrseitigen Märkten als weniger wettbewerbsschädlich an, da Mitbewerber auch auf anderen Marktseiten die Möglichkeit zur

---

[863] S dazu weiterführend *Körber*, Machtmissbrauch durch Multimedia? Der Fall Microsoft zwischen Produktinnovation und Behinderungsmissbrauch, RIW 2004, 568 (575); *Körber*, Geistiges Eigentum, essential facilities und „Innovationsmissbrauch" - Überlegungen zum Microsoft-Fall im Lichte der EuGH-Entscheidung IMS Health GmbH, RIW 2004, 881 (890).

[864] Durchaus diskussionswürdig ist mE der Ansatz, diese Nachweispflicht im Rahmen von Art 101 AEUV nicht dem Unternehmen aufzuerlegen.

[865] So führte etwa *Google* vor der Einführung einer neuen Suchreihung, welche eine Bevorzugung von eigenen Services beinhaltet, sog „live experiments" durch, bei denen einem kleinen Teil der User die neue Oberfläche angezeigt wurde, den restlichen jedoch noch die alte. Dadurch konnte die Akzeptanz der neuen Oberfläche beurteilt werden; User bevorzugten dabei die neue Oberfläche gegenüber der alten. S dazu High Court of Justice 12.2.2016, [2016] EWHC 253 (Ch) – *Streetmap vs Google*, Rz 74ff.

[866] Etwa EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, *United Brands,* Rz 184/194; EuGH 9.11.1983, Rs 322/81, *Michelin,* Rz 57; EuG 7.10.1999, T-228/97, *Irish Sugar,* Rz 112.

[867] S etwa *Rochet/Tirole*, Tying in two-sided markets and the honor all cards rule, Int. J. Ind. Organ. 2008, 1333.

[868] Was manche dazu bewegt, mehrseitige Märkte als „Schild" gegen kartellrechtliche Vorwürfe anzusehen, s *Lamadrid de Pablo*, The double duality of two-sided markets, Comp. Law. 2015, 5 (11).

Produktdifferenzierung haben.[869] Andere gehen davon aus, dass bei mehrseitigen Märkten ein spezifischer Verdrängungseffekt darin bestehen kann, dass durch die Koppelungspraktik eines marktbeherrschenden Unternehmens Mitbewerber am Erreichen der kritischen Masse (s dazu 2.1.3.3.) gehindert werden können.[870] *Choi* differenziert in seinem Modell bei den Auswirkungen von Koppelungspraktiken bei mehrseitigen Märkten danach, ob Multi-Homing möglich ist; wählen die Abnehmer stets nur ein Produkt (Single-Homing), führt eine Koppelungspraktik zu einer Schädigung der Marktstruktur; ansonsten besteht keine Verdrängungswirkung.[871]

Eine Besonderheit besteht bei mehrseitigen Märkten darin, dass die Schwächung der Marktstruktur durch eine Koppelungspraktik nicht zwangsläufig mit einem Sinken der Verbraucherwohlfahrt einhergeht.[872] Dies wird damit begründet, dass durch Koppelungen negative Preise ermöglicht werden, welche bei mehrseitigen Märkten uU das soziale Optimum darstellen.[873] Durch indirekte Netzwerkeffekte ist es zudem denkbar, dass die Abnehmer des gekoppelten Guts selbst besser gestellt werden; dies ist der Fall, wenn auf Grund der größeren Abnehmerschaft des gekoppelten Guts die Attraktivität der koppelnden Plattform auf einer anderen Marktseite steigt und es dort mehr Abnehmer erreichen kann, was wiederum einen gesteigerten Nutzen für die Abnehmer des gekoppelten Guts verspricht.[874] Nach *Rochet/Tirole* sind die Wohlfahrtsauswirkungen von Koppelungspraktiken bei mehrseitigen Märkten uneindeutig, aber wohl positiv.[875]

Im Rahmen der objektiven Rechtfertigung ist einer mehrseitigen Plattform daher der Nachweis möglich, dass durch eine Koppelungspraktik die Gesamtwohlfahrt unter angemessener Beteiligung der Verbraucher gesteigert wird. Im Einzelnen wird dabei wohl regelmäßig der Umstand, dass durch die inkriminierte Praxis der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet wird, mit Beweisproblemen einhergehen.

---

[869] *Tirole*, CPI 2005, 12.
[870] *Evans/Schmalensee*, The antitrust analysis of multi-sided platform businesses, 29.
[871] *Choi*, Tying in two-sided markets with multi-homing, J. Ind. Econ. 2010, 607.
[872] „(…) *tying can be welfare-enhancing if multi-homing is allowed, even in cases where its welfare impacts are negative in the absence of multi-homing*." *Choi*, J. Ind. Econ. 2010, 608.
[873] *Amelio/Jullien*, Tying and freebies in two-sided markets, Int. J. Ind. Organ. 2012, 436.
[874] *Evans/Schmalensee*, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, CPI 2007, 151.
[875] *Rochet/Tirole*, Int. J. Ind. Organ. 2008, 1333.

6.5.4. Qualitätssicherung

Als Rechtfertigungsgrund, der außerhalb der Sphäre des marktbeherrschenden Unternehmens liegt, wird von der Rsp[876] die Anwendungssicherheit von Produkten anerkannt.[877] Kann ein Unternehmen nachweisen, dass für den bestimmungsgemäßen und sicheren Gebrauch eines Produkts eine Koppelung notwendig ist, kann diese Geschäftspraktik objektiv gerechtfertigt werden.

Zwei Narrative stehen hinter der Rechtfertigung einer Koppelung auf Grund der Qualitätssicherung: Einerseits sollen durch die Verwendung des Hauptprodukts mit Zusatzprodukten mit geringerer Qualität Fehlfunktionen verhindert und so Haftungsfälle vermieden werden.[878] Andererseits kann bei Verwendung von minderwertigen Zusatzprodukten die mangelhafte Funktionalität insb bei komplexen Produkten fälschlicherweise dem Hauptprodukt zugerechnet werden.[879] So wird vorgebracht, dass die Koppelung von Kartuschen und Bolzen im Fall *Hilti* nicht den Zweck der Gewinnoptimierung, sondern jenen der Qualitätssicherung hatte: Fehlfunktionen, die mit der Verwendung von minderwertigen Kartuschen einhergehen können, sollten nicht mit den Geräten von *Hilti* assoziiert werden.[880]

IZm digitalen Plattformen steht weniger die Vermeidung von Haftungsfällen als viel die Gewährleistung der Qualität des Hauptprodukts im Fokus der Rechtfertigung. Nach *Körber* kann etwa das Hintanhalten von Viren und Trojaner einen Rechtfertigungsgrund darstellen, wenn diese für ein Softwareprodukt eine besondere Bedrohung darstellen.[881]

Die Rsp ist bei der Anerkennung des objektiven Rechtfertigungsgrunds der Qualitätssicherung restriktiv. Grund dafür ist die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, die bei Rechtfertigungsgründen durchgeführt wird: Regelmäßig bestehen weniger wettbewerbsschädigende Maßnahmen, um die Produktqualität zu gewährleisten als eine Koppelung; ein gerichtliches Vorgehen gegen Anbieter von minderqualitativen Ersatzteilen muss etwa einer Koppelung vorgezogen werden.[882] Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, den Kunden technische Spezifikationen für die Verwendung eines gekoppelten Produkts mitzuteilen.[883]

ME ist diesen Wertungen der Rsp zuzustimmen: Eine Koppelung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen schließt potentiell den Wettbewerb mit Drittherstellern aus. Selbst wenn die Produkte

---

[876] Bisher jedoch allein im Fall *Industriegase*, s 19. Wettbewerbsbericht 1989, Rz 62.
[877] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 531ff; *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 473ff.
[878] MwN *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 473.
[879] Bspw EK 24.7.1991, IV/31.043, *Tetra Pak II*, Rz 118ff.
[880] MwN *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 629.
[881] *Körber*, NZKart 2014, 385.
[882] ZB EuG 12.12.1991, T-30/89, *Hilti*, Rz 118; EuG 6.10.1994, T-83/91, *Tetra Pak II*, Rz 84.
[883] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 533.

von Drittherstellern von minderer Qualität als die des marktbeherrschenden Unternehmens sind, präferieren Endabnehmer uU diese Produkte, wenn diese günstiger sind. Im o.g. Beispiel mit Kartuschen und Bolzen ist etwa durchaus denkbar, dass für wenig anspruchsvolle Arbeiten kostengünstigere Kartuschen von geringerer Qualität gewählt werden. Durch eine Koppelungspraktik wird die Wahl von Zusatzprodukten von geringerer Qualität gänzlich verunmöglicht. Dieser Ausschluss des Wettbewerbs kann mE nicht durch die Vermeidung von Haftungsfällen gerechtfertigt werden, solange sonstige Normen Mindestqualitätsstandards für diese Produkte vorschreiben. Eine Abwägung hat mE zu erfolgen, wenn Abnehmer (etwa auf Grund von Informationsdefiziten) die Qualität eines Produkts nicht beurteilen können und daher die mangelhafte Qualität des Zusatzprodukts fälschlicherweise dem Hauptprodukt zurechnen.[884]

[884] So auch *Hovenkamp*, Tying Arrangements and Lawful Alternatives, SSRN-paper 2011, 5.

7. Geschäftsverweigerung

Es steht jedem Unternehmen – sei es marktmächtig oder nicht – generell frei, Geschäfte mit anderen einzugehen oder den Abschluss eines Geschäfts zu verweigern. Im Unionsrecht lässt sich das hinter diesem Umstand stehende Prinzip der Vertragsfreiheit in Art 16 GrCh – der expliziten Anerkennung der unternehmerischen Freiheit – verorten, da die unternehmerische Freiheit stets auch die freie Wahl des Geschäftspartners gewährleistet.[885]

Im Kartellrecht wird die Behandlung von Geschäftsverweigerungen unter dem Schlagwort *Essential-Facilites-Doctrine* seit langem diskutiert. Die Konzeption dieser Doktrin lässt sich auf die Entscheidung des US Supreme Courts im *Terminal Railroad Case*[886] aus dem Jahr 1912 zurückführen.[887] Der zu Grunde liegende Sachverhalt ist für die weitere Behandlung illustrativ: Eine Kooperative von Eisenbahnunternehmen erwarb die Infrastruktur für die Zufahrt nach St. Louis und verweigerte Konkurrenzunternehmen fortan deren Benützung. Der US-Supreme Court sprach dazu aus, dass es sich bei der Schieneninfrastruktur für die Zufahrt nach St. Louis um eine notwendige Einrichtung (*Essential-Facility*) handelt; eine Verweigerung des Zugangs zu dieser stellt einen Missbrauch dar.

Die EK legt in ihrer Prioritätsmitteilung offen wann aus ihrer Sicht Geschäftsverweigerungen wettbewerbswidrig sind. So werden insb Geschäftsverweigerungen geprüft, die (i) ein Produkt bzw eine Dienstleistung betreffen, die objektiv notwendig sind, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können, (ii) die wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten und (iii) wahrscheinlich den Verbrauchern schaden können.[888] Darüber hinaus bekennt sich die EK dazu, dass eine Abschlusspflicht Anreize für Investition und Innovation auf dem vorgelagerten Markt zu reduzieren vermag.[889]

Unter gewissen Umständen kann die Verweigerung eines Geschäftsabschlusses daher einen Marktmachtmissbrauch darstellen. Ziel dieses Abschnitts ist es, diese Umstände aus der Sicht des Unionsrechts zu beleuchten, wobei insb auf Konstellationen iZm digitalen Plattformen eingegangen wird. Dafür soll zuerst darauf eingegangen werden, wann aus ökonomischer Sicht ein Wohlfahrtsverlust mit einer Geschäftsverweigerung einhergeht. Danach sollen die Voraussetzungen einer kartellrechtlichen Intervention aus juristischer Sicht untersucht werden.

---

[885] S bereits für die Zeit vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta EuGH 10.7.1991, C-90/90, *Jean Neu*, Rz 13.
[886] US vs. Terminal R.R. Ass'n 224 U.S. 383 (1912).
[887] *Areeda*, Essential facilities: an epithet in need of limiting principles, ALJ 1989, 841 (842).
[888] EK, Prioritätenmittelung, Rz 81.
[889] EK, Prioritätenmittelung, Rz 82.

7.1. Ökonomische Einordnung

Einer ökonomischen Analyse der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung muss vorausgeschickt werden, dass das wettbewerbliche Grundmodell von einem Konkurrenzverhältnis zwischen Wettbewerbern ausgeht. Ein vollkommenes Konkurrenzverhältnis zwischen nicht marktmächtigen Wettbewerbern wird nach genereller ökonomischer Theorie als wohlfahrtsoptimal angenommen. Kooperationen zwischen Wettbewerbern sind geeignet, den Wettbewerb zu schädigen, weshalb diese nach Art 101 AEUV nur eingeschränkt zugelassen sind. Es müssen daher auch aus ökonomischer Perspektive besondere Umstände gegeben sein, dass gerade das Abstandnehmen von einer Kooperation durch einen Vertragsabschluss als wettbewerbsschädlich angesehen wird.

Dieser Umstand wird bereits in frühen Entscheidungen darin erblickt, dass der Gegenstand des Geschäfts, dessen Verweigerung Gegenstand der kartellrechtlichen Analyse ist, *conditio sine qua non* für den Wettbewerb sein kann. Eine Geschäftsverweigerung wäre dann als Marktzutrittsschranke zu qualifizieren, die so hoch ist, dass ein Marktzutritt unmöglich wäre.[890]

Dieser Zusammenhang lässt sich aus ökonomischer Sicht mit dem Bestehen von zwei voneinander abhängigen Märkten beschreiben: Die Leistung des vorgelagerten Marktes ist dabei essenziell für den nachgelagerten Markt.[891] Problematisch sind in diesem Kontext Konstellationen, in denen ein Unternehmen in beiden Märkten tätig ist und den Geschäftsabschluss mit einem Unternehmen, welches nur in einem nachgelagerten Markt tätig ist, verweigert. Kommt dem verweigernden Unternehmen am vorlagerten Markt Marktmacht zu, kann der Leistungswettbewerb am nachgelagerten Markt nachhaltig gestört werden, da Wettbewerber nicht in diesen Markt eintreten können. Damit geht einher, dass weniger Wahlmöglichkeiten für Abnehmer im nachgelagerten Markt bestehen und ein geringerer Preisdruck auf dem vertikal integrierte Unternehmen lastet – kurzum es entstehen Wohlfahrtsverluste.[892]

Eine sich auf diesem Umstand beschränkende ökonomische Analyse bleibt jedoch unvollständig, da sie allein allokative Effizienzkriterien beachtet; es wird daher nur statisch der Wettbewerbszustand betrachtet, in dem die *Essential-Facility* bereits besteht.[893]

Darüber hinaus sind jedoch auch die Anreize, die zur Schaffung einer *Essential-Facility* führen, zu beachten. Durch den Zwang zum Vertragsabschluss sinkt *ex ante* die Attraktivität, in eine *Essential-Facility* zu investieren, da diese angesichts der drohenden Verpflichtung zum Geschäftsabschluss weniger wahrscheinlich langfristig Einnahmen über Grenzkosten generiert werden können.[894] Dies

[890] MwN *Müller/Rodenhausen*, The rise and fall of the essential facility doctrine, ECLR, 2008, 310 (322).
[891] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 325.
[892] *Motta*, Competition policy, 373.
[893] *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, 250.
[894] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 524.

führt in einer ökonomischen Betrachtungsweise dazu, dass wohlfahrtssteigernde Investitionsmaßnahmen nicht getätigt werden; ein rationaler Entscheider wird daher eher versuchen, bei einer *Essential-Facility* eines Mitbewerbers zu partizipieren als selbst in eine wesentliche Einrichtung zu investieren. Die dynamische Effizienz sinkt daher durch die Statuierung einer Abschlusspflicht. Daraus folgt, dass – auf einen langen Zeitraum betrachtet – die Gesamtwohlfahrt uU durch Investitionen, die alleine durch die einkalkulierte Möglichkeit eines Abschlusszwangs nicht getätigt werden, genauso bzw stärker beeinflusst wird als durch mögliche allokative Ineffizienzen, die aus einer Geschäftsverweigerung resultieren.

Es hat daher eine Abwägung zwischen dynamischen Effizienzkriterien und allokativen Effizienzkriterien zu erfolgen.[895] Eine solche ist aber von größter Schwierigkeit, da die genannten Effizienzkriterien in unterschiedlichen Zeiträumen wirken: Während die Steigerung der allokativen Effizienz kurzfristig messbar ist, kann die dynamische Effizienz nur schwer identifiziert und quantifiziert werden.[896] Es kann daher aus ökonomischer Sicht keine generelle Aussage darüber getroffen werden, in welchen Konstellationen ein Abschlusszwang wohlfahrtssteigernd wirkt.

Da keine abstrakte ökonomische Aussage darüber getroffen werden kann, wann durch die Verpflichtung zum Vertragsabschluss Wohlfahrtsgewinne entstehen, muss diese Abwägung in einer juristischen Einzelfallprüfung erfolgen.

[895] Ob verschiedene Effizienzen gegeneinander abgewogen werden können, ist in der Lit heftig umstritten. S dazu bspw *Bork*, Antitrust Paradox, 124ff, der dies ablehnt.
[896] *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, 251.

7.2. Vertragsverweigerung

Der primäre Anknüpfungspunkt für die Anwendung der *Essential-Facilities-Doctrine* ist die Vertragsverweigerung. Im Kern des Begriffs der Vertragsverweigerung befindet sich unweigerlich die abschlägige Behandlung einer Anfrage eines Konkurrenten; es kommt mangels Annahme des Angebots daher zu keinem Vertragsabschluss.

Fraglich ist jedoch, ob die *Essential-Facilities-Doctrine* auch bei Konstellationen Anwendung findet, in denen (i) dem Angebot zwar nicht entsprochen wird, jedoch auch keine explizite Ablehnung erfolgt, (ii) dem Angebot ein Gegenangebot zu inakzeptablen Konditionen entgegengesetzt wird und (iii) ein Vertragsverhältnis bereits bestand, dieses jedoch aufgelöst wird.

7.2.1. Fehlende explizite Ablehnung

Nach Auffassung der EK ist eine ausdrückliche Weigerung eines Unternehmens zum Geschäftsabschluss nicht notwendig; es reicht vielmehr eine sog konstruktive Verweigerung. Diese ist mit einer expliziten Geschäftsverweigerung gleichzusetzen. Eine konstruktive Verweigerung liegt etwa dann vor, wenn es zu unangemessenen Verzögerungen bei den Vertragsverhandlungen oder zu Beeinträchtigungen der Lieferungen kommt.[897] So wurde das wiederholte Verschieben von Vertragsverhandlungen als Hinhaltetaktik qualifiziert, welche mit einer Geschäftsverweigerung gleichzusetzen ist.[898]

Ebenfalls als Verweigerung ist es zu qualifizieren, wenn statt dem angefragten Vertragsgegenstand ein *aliud* geliefert wird. Ein Geschäft gilt im kartellrechtlichen Sinn nur dann als eingegangen, wenn sich der beabsichtigte Zweck des angebahnten Geschäfts verwirklichen lässt. [899] Dies wurde im *Microsoft* Fall verneint: *Microsoft* stellte seinem Wettbewerber *Sun* nicht die angefragten Interoperabilitätsinformationen zur Verfügung, sondern verwies diesen auf Methoden, die nur einen geringeren Interoperabilitätsgrad ermöglichen; dies wurde vom EuG trotz des Angebots von weitergehenden Hilfestellungen zur Implementierung als Geschäftsverweigerung qualifiziert.[900]

7.2.2. Angebot zu inakzeptablen Konditionen

Daneben bestehen Konstellationen, in denen die Anfrage weder ausdrücklich noch konkludent abgelehnt wird, sondern ein Angebot erstellt ist, welches für den Anfrager nicht annehmbar ist. Als inakzeptabel ist ein Angebot etwa zu qualifizieren, wenn dieses nicht den Mindeststandards, welche sich aus der Telekommunikationsregulierung ergeben, entspricht.[901] Nicht inakzeptabel im Sinne

[897] EK, Prioritätenmittelung, Rz 79.
[898] EK 22.6.2011, COMP/39.525, *Telekommunikacja Polska,* Rz 722 ff.
[899] *Hengst* in *Langen/Bunte*, Art 101 AEUV Rz 250.
[900] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 745.
[901] EK 22.6.2011, COMP/39.525, *Telekommunikacja Polska,* Rz 714.

der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung sind Angebote, die die Belieferung von Ausschließlichkeitsbindungen oder Koppelungen abhängig machen; diese Klauseln werden von der EK eigenständig gewürdigt.[902]

Nach Ansicht der EK sind einer Geschäftsverweigerung Konstellationen gleichzusetzen, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen den Preis auf einem nachgelagerten Markt so ansetzt, dass es für einen ebenso effizienten Wettbewerber nicht möglich ist, am nachgelagerten Markt rentabel zu wirtschaften.[903] Es handelt sich hierbei um die Fallgruppe der Kosten-Preis-Schere[904]: Diese Fallgruppe erfasst Konstellationen, in denen ein vertikal integriertes Unternehmen, welches auf einem vorgelagerten Markt beherrschend ist, die Gewinnmarge von Wettbewerbern beschneidet, indem der Preis für das vorgelagerte Produkt erhöht und der Preis für das nachgelagerte Produkt gesenkt wird.

Dem Gleichlauf der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung und jener der Kosten-Preis-Schere wurde vom EuGH mit der vielkritisierten[905] Erk *TeliaSonera*[906] ein Ende gesetzt. Bei diesem Vorabentscheidungsverfahren sprach der EuGH aus, dass es sich bei der Fallgruppe der Kosten-Preis-Schere um eine eigenständige Form des Missbrauchs handelt. Dies wurde von der hL dahingehend aufgefasst, dass die weiteren Voraussetzungen, welche in der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung zu prüfen sind, für die Kosten-Preis-Schere ohne Belang seien; insb wäre daher nicht nachzuweisen, dass ein Vorprodukt unentbehrlich sei.[907] Ob dem in dieser Generalität gefolgt werden kann, kann an dieser Stelle offen gelassen werden; wesentlich für die weitere Behandlung ist dahingegen, dass bei Vorliegen eines stark überteuerten Angebots nicht zwangsläufig dieselben Prüfungsschritte zu vollziehen sind wie bei der Geschäftsverweigerung. Dies kann dahingehend interpretiert werden, dass der Unternehmenspraktik der Kosten-Preis-Schere ein eigener wettbewerbswidriger Gehalt zukommt, welcher über bloße marktstrukturelle Überlegungen hinausgeht.

---

[902] EK, Prioritätenmittelung, Rz 77.
[903] EK, Prioritätenmittelung, Rz 80.
[904] Wobei in der dt Sprache wohl die Metapher der Zange besser geeignet wäre als die Schere.
[905] Statt vieler besonders deutlich *Petit*, Droit européen de la concurrence (2013) 364" *D'emblée, il nous faut dire que cet arrêt constitue l'une des plus malheureuses contributions jurisprudentielles contemporaines"*.
[906] EuGH 17.2.2011, C-52/09, *TeliaSonera*.
[907] *De la Mano/Nazzini/Zenger* in The EU law of competition, Art 102 Rz 4.692; *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, 267.

7.2.3. Vertragsauflösung

Generell könnte auch der Abbruch bereits bestehender Geschäftsverbindungen als Geschäftsverweigerung qualifiziert werden, da sich der Zweck des angebahnten Geschäfts mit der Vertragsauflösung nicht mehr verwirklichen lässt.

In der Rsp wurde der Vertragsauflösung von marktbeherrschenden Unternehmen jedoch eine eigenständige Bedeutung zugemessen. Dies wurde damit gerechtfertigt, dass Geschäftspartner von marktbeherrschenden Unternehmen regelmäßig im Vertrauen auf den Bestand der Vertragsbeziehung Investitionen tätigen, die durch einen Geschäftsabbruch frustriert werden.[908] Daraus folgte eine strengere Behandlung von Vertragsauflösungen als von Geschäftsverweigerungen: So wurde der Abbruch von Geschäftsbeziehungen als marktmachtmissbräuchlich qualifiziert, wenn dadurch der Wettbewerb ausgeschaltet werden kann, sich der Abnehmer den Handelsbräuchen gemäß verhält und der Marktbeherrscher keinen sachlichen Grund für seine Entscheidung anführen kann.[909] Dies wurde von der L so interpretiert, dass als Grundannahme ein kartellrechtliches Verbot von Vertragsauflösungen für marktbeherrschende Unternehmen besteht, wenn diese den Wettbewerb schädigen können; freilich kann ein marktbeherrschendes Unternehmen diese Annahme durch das Vorbringen von sachlichen Gründen entkräften.[910]

Die Prioritätenmitteilung aus dem Jahr 2009 wird von Teilen der Lehre dahingehend interpretiert, dass aus der Sicht der EK Vertragsauflösungen nicht anders als Fälle der Geschäftsverweigerung zu qualifizieren sind; insb werde nicht mehr von der Grundannahme ausgegangen, dass der Abbruch von Geschäftsbeziehungen wettbewerbswidrig sei.[911] Wettbewerbswidrig sind nach Ansinnen der EK nur Vertragsauflösungen, wenn zum Ausschalten des Wettbewerbs die in Punkt 7. erwähnten Voraussetzungen – namentlich die Unentbehrlichkeit des Vorprodukts für den nachgelagerten Markt sowie die Wahrscheinlichkeit des Verbraucherschadens – erfüllt sind.[912] Der Umstand, dass durch die Auflösung eines Vertrags etwaige vertragsspezifische Investitionen des Vertragspartners frustriert werden können, steigert jedoch nach Aussage der EK die Wahrscheinlichkeit, dass der Vertragsgegenstand als unerlässlich eingestuft wird.[913]

---

[908] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 366.
[909] EuGH 14.2.1978, 27/76, *United Brands*, Rz 182; EuGH 16.8.2008, C-468/06, *GlaxoSmithKline*, Rz 34.
[910] *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 311; *Bulst* in *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV Rz 256; *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 365.
[911] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 373.
[912] EK, Prioritätenmittelung, Rz 84.
[913] EK, Prioritätenmittelung, Rz 84.

7.3. Ausschluss des Wettbewerbs

Die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts setzt voraus, dass durch eine Geschäftspraktik der Wettbewerb tangiert wird. Bei der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung setzt die EK voraus, dass durch diese Praktik der Wettbewerb im nachgelagerten Markt wahrscheinlich ausgeschaltet wird.

Hieraus ergeben sich zwei zu analysierende Folgefragen: (i) Inwiefern kommt diesem Kriterium eine eigenständige Bedeutung zu und (ii) worin können aus der Sicht die Gründe für den Ausschluss des Wettbewerbs liegen.

7.3.1. Bedeutung des Kriteriums

Die EK führt in ihrer Prioritätenmitteilung aus, dass sie von der Vulnerabilität eines nachgelagerten Marktes auf die Wahrscheinlichkeit der Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs schließt: Je höher der Marktanteil des am vorgelagerten Markt marktbeherrschenden Unternehmens, je geringer der Kapazitätsdruck des marktbeherrschenden Unternehmens und je mehr Mitbewerber am nachgelagerten Markt vorhanden sind, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit für den Ausschluss des Wettbewerbs.[914] Dies deckt sich mit dem ökonomischen Grundsatz, dass eine Geschäftsverweigerung zu keiner Schädigung der Verbraucher führt, wenn am nachgelagerten Markt ein effektiver Wettbewerb stattfindet.[915]

Das Kriterium des Ausschlusses des Wettbewerbs ist zudem dem Umstand geschuldet, dass – wie weiter oben in Punkt 5.2.3. ausgeführt – die Fälle des Marktmachttransfers stets nur dann nach Art 102 AEUV verboten sind, wenn konkrete bzw potentielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur nachgewiesen werden können.

Manche bezweifeln, dass dem Erfordernis des Ausschlusses des Wettbewerbs im Kontext der Geschäftsverweigerung eine eigenständige Bedeutung zukommt, da Märkte, die von einem vorgelagerten Markt, in dem der Wettbewerb durch die Existenz eines marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt ist, abhängig sind, wohl in der Regel vulnerabel sind.[916] Dem ist mE zuzustimmen, als analytischer Zwischenschritt erscheint die Prüfung des Ausschlusses des Wettbewerbs aber jedenfalls geeignet, die Wettbewerbswidrigkeit des untersuchten Verhaltens zu erfassen. So können durch die Verfassung des nachgelagerten Marktes die wettbewerblichen Auswirkungen einer Geschäftsverweigerung gesteigert werden. IdZ ist insb zu prüfen, ob im nachgelagerten Markt starke Netzwerkeffekte auftreten; ist dies der Fall, sind hohe Marktanteile des geschäftsverweigernden Unternehmens nur schwer reversibel und sohin der Wettbewerb in

[914] EK, Prioritätenmittelung, Rz 85.
[915] *Bishop/Walker*, The economics of EC competition law, 328.
[916] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 550; *Fuchs/Möschel* in *Immenga/Mestmäcker*, Art 102 AEUV Rz 350.

einem höheren Ausmaß bedroht ist.[917] Geschäftsverweigerungen in Märkten mit starken Netzwerkeffekten sind daher in einem stärkeren Maße wettbewerbsschädigend und werden daher von der EK bei der Durchsetzung des Unionsrechts prioritär verfolgt.

Das Erfordernis des Ausschlusses des Wettbewerbs kann auch dahingehend interpretiert werden, dass – wie bereits in Punkt 4.1.1. ausgeführt dem *Telos* des Kartellrechts entsprechend – der gesamte Wettbewerb an sich und nicht einzelne Wettbewerber, welche einen Geschäftsabschluss wünschen, im Schutzbereich dieser Fallgruppe sind. Ein einzelner Mitbewerber kann nicht auf Grund seiner eigenen vulnerablen Stellung aus dem Rechtsgrund des Art 102 AEUV einen Vertragsabschluss begehren.[918] Die Prüfung, ob ein Wettbewerb ausgeschlossen wird, beinhaltet jedoch nicht die Frage, ob durch diese Geschäftspraktik alle Wettbewerber vom Markt beseitigt werden; es reicht wenn Mitbewerber soweit marginalisiert werden, dass kein effektiver Wettbewerb mehr am nachgelagerten Markt vorhanden ist.[919]

7.3.2. Ursachen des Ausschlusses des Wettbewerbs

Die Wettbewerbsschädigung durch Geschäftsverweigerungen kann sich – wie sich in den entschiedenen Fallkonstellationen zeigt – aus unterschiedlichen Ursachen ergeben. Primäres Unterscheidungsmerkmal ist hierbei, ob das vorgelagerte Produkt vermarktet wird oder nicht. Besteht ein Markt für ein Vorprodukt, so ist ein marktbeherrschendes Unternehmen nach Art 102 lit c AEUV verpflichtet, Handelspartner bei der Vermarktung nicht durch eine Geschäftsverweigerung zu benachteiligen. Wird ein Vorprodukt frei verkauft, so muss das Abstandnehmen von einem Geschäftsabschluss sachlich gerechtfertigt sein. Wird eine länger andauernde Vertragsbeziehung aufgelöst, weil der Abnehmer seinen Bedarf zunehmend bei anderen Wettbewerbern deckt,[920] oder wird ein Geschäft verweigert, weil der Vertragssucher im Begriff ist, in den vorgelagerten Markt einzutreten,[921] liegt klarerweise keine sachliche Rechtfertigung für eine Geschäftsverweigerung vor. Die Geschäftsverweigerung erfolgt vielmehr mit dem Ziel, den Wettbewerb am vorgelagerten Markt zu stören bzw zu verhindern. Die Geschäftsverweigerung wird bei dieser Gruppe von Fällen zum Instrument einer wettbewerbsschädigenden Diskriminierung am vorgelagerten Markt; sie ist daher nicht als Marktmachttransfer zu qualifizieren und soll sohin nicht weiter thematisiert werden.

IZm dem Marktmachttransfer sind Fälle von Bedeutung, in denen die Geschäftsverweigerung *erga omnes* erfolgt; das marktbeherrschende Unternehmen nützt das essenzielle Vorprodukt daher nur

[917] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 552.
[918] „*The test applied is an objective one, concerning competitors in general. Thus a particular competitor cannot plead that it is particularly vulnerable.*" GA *Jacobs* 28.5.1998, C-7/97.
[919] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 563.
[920] EuGH 14.2.1978, 27/76, *United Brands*.
[921] EK 29.7.1987, IV/32.279, *BBI/Boosey & Hawkes.*

selbst oder für verbundene Unternehmen. Hier kommt klarerweise keine Diskriminierung in Betracht, da alle Wettbewerber gleich behandelt werden: Es wird kein Vertrag abgeschlossen. Vielmehr wird in diesem Fall der Leistungswettbewerb im nachgelagerten Markt dadurch ausgeschlossen, dass die im vorgelagerten Markt vorhandene Marktmacht auf den nachgelagerten Markt transferiert wird.

7.4. Abgeleiteter Markt

Grundlegende Voraussetzung für die Fallgruppe des Marktmachttransfers ist die Existenz von zwei unterschiedlichen Märkten: ein Markt, in dem ein Unternehmen marktbeherrschend ist und ein separater, zweiter Markt, auf den diese Marktmacht ausgedehnt werden soll. Es ist nicht erforderlich, dass das untersuchte Unternehmen auf beiden Märkten marktbeherrschend ist;[922] das wettbewerbswidrige Verhalten liegt vielmehr gerade darin, dass ein nicht beherrschter Markt durch den Einsatz von leistungswidrigen Wettbewerbsmitteln monopolisiert werden soll. Eine marktbeherrschende Stellung auf beiden Märkten schließt mE jedoch nicht im Umkehrschluss die Möglichkeit einer kartellrechtlichen Intervention aus.

Das Erfordernis von zwei Märkten dient zur Einschränkung des regulatorischen Spielraums der Wettbewerbsbehörden zu Gunsten der unternehmerischen Freiheit: Ein kartellrechtlich bedingter Kontrahierungszwang besteht nicht, wenn die Geschäftsverweigerung nur einen Markt betrifft, auf dem die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens auf Leistungswettbewerb beruht.[923] Aus kartellrechtlicher Sicht ist etwa der (einzige) Anbieter eines Reiki-Kurses in Österreich nicht verpflichtet, einen Teilnehmer zu unterweisen.[924] Dies ergibt sich daraus, dass es generell als wettbewerbsfördernd angesehen wird, wenn marktbeherrschende Unternehmen die Früchte des Wettbewerbs für sich behalten können und diese nicht mit Wettbewerbern teilen müssen.[925]

Damit es zu einem Marktmachttransfer kommen kann, müssen der bereits beherrschte Markt und der Markt, auf den die Marktmacht ausgedehnt werden soll, reaktionsverbunden sein; die Geschäftsverweigerung *erga omnes* auf dem einen Markt muss daher Auswirkungen auf einen anderen Markt zeitigen. Eine solche Verbindung zweier Märkte bestand bei bisherigen Fallkonstellationen va bei vertikalen Marktverhältnissen, bei denen der Ouput des einen Markt ein Input für den anderen Markt ist;[926] man spricht daher von einem vorgelagerten (*upstream market*) und nachgelagerten Markt (*downstream market*).

Im Kontext von digitalen Plattformen sind in der Folge zwei Fragen näher zu thematisieren: Kann man *erstens* von zwei verschiedenen Märkten ausgehen, wenn für das vorgelagerte Produkt keine Markttätigkeit besteht und *zweitens*, ob dem Verhältnis von mehreren Marktseiten dieselbe Reaktionsverbundenheit wie vertikalen Marktkonstellationen zukommt.

---

[922] Dies ist im Schrifttum jedoch str, s für wN *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 353.
[923] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 541.
[924] So die (zivilrechtliche) Fallkonstellation in OGH 13.4.2000, 6 Ob 187/99i.
[925] S etwa GA *Jacobs* 28.5.1998, C-7/97, *Bronner*, Rz 57.
[926] S etwa *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, Vol III, 1996, Para. 771a.

7.4.1. Hypothetische Märkte

Wie bereits in Punkt 3.1. ausgeführt, kann ein Markt als Zusammenkunft von Angebot und Nachfrage aufgefasst werden. Für die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung müssen daher jeweils zwei unterschiedliche Angebots- und Nachfragepositionen bestehen, wobei im vertikalen Verhältnis das Angebot im nachgelagerten Markt mit der Nachfrage am vorgelagerten Markt eng verbunden ist. Wenn nun ein marktbeherrschendes Unternehmen das vorgelagerte Produkt nicht auf dem Markt anbietet, kann man daher nicht von einem vorgelagerten Markt *sensu strictu* ausgehen; zwar besteht eine Nachfrage nach einer vorgelagerten Leistung, das dazu korrespondierende Angebot fehlt jedoch.[927]

Nun stellt sich die Frage, ob dem Erfordernis nach zwei voneinander abhängigen Märkten auch dadurch Genüge getan werden kann, dass für das vorgelagerte Produkt kein Markt im strengen Wortsinn, sondern nur ein hypothetischer Markt besteht. Hypothetisch ist ein Markt dann, wenn mangels Angebot keine Marktmechanismen wirken; sich diese aber mit Beginn der Vermarktungstätigkeit einstellen würden.

Eine Verneinung dieser Frage verbietet sich alleine aus dem Konzept der generellen Geschäftsverweigerung. Wird der Vertragsabschluss allen Mitbewerbern verweigert, tritt das verweigernde Unternehmen nicht am vorgelagerten Markt auf. Ein vorgelagerter Markt besteht daher nur insoweit, als dass Angebote von Mitbewerbern verfügbar sind. Geht man jedoch davon aus, dass das geschäftsverweigernde Unternehmen als Monopolist das Vorprodukt alleine anbietet, bestünde bei einer Geschäftsverweigerung *erga omnes* kein Markt für ein vorgelagertes Produkt; ein Monopolist wäre daher uU besser gestellt als ein Unternehmen mit geringerer Marktmacht. Daher eröffneten sich mannigfaltige Umgehungsmöglichkeiten für monopolistische Unternehmen. Sie könnten selbst wählen, ob sie durch die Vermarktung des Vorprodukts der kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle unterworfen sein würden oder nicht.[928]

Die Rsp geht iZm Geschäftsverweigerungen von einem weiten Marktbegriff aus, der auch hypothetische Märkte umfasst. So wurde in der Rs *Bronner* ein getrennter Markt für Hauszustellungsservices von Zeitungen angenommen, obwohl diese nicht eigens vermarktet wurden,[929] dasselbe gilt für eine nicht eigens vermarktete Datenstruktur für Pharmastudien.[930] Ein hypothetischer Markt sei gegeben, wenn „*1. Die fraglichen Vorleistungen unerlässlich sind (...), um auf einem bestimmten Markt tätig zu werden und 2. Für sie eine tatsächliche Nachfrage durch*

---

[927] *Höppner*, Die Pflicht interne Produktionsmittel zu vermarkten - zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil IMS, EuZW 2004, 748 (749).
[928] *Conde Gallego*, Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf „unerlässliche" Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass-Urteile, GRUR Int 2006, 16 (19).
[929] EuGH 26.11.1998, C-7/97, *Bronner*, Rz 25.
[930] EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*, Rz 44.

die Unternehmen besteht."[931] Das Angebot der Vorleistung auf dem Markt ist daher nicht vonnöten; es ist daher uU – anders als nach Art 2 Sherman Act[932] – ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang an internen Produktionsmitteln im Unionsrecht möglich.[933]

Wenn für den Zweck der Analyse von Fällen der Geschäftsverweigerung Märkte betrachtet werden, in denen kein Angebot vorliegt, stellt sich das Problem der Abgrenzung dieser vorgelagerten Märkte. Ein Rückgriff auf die in Punkt 3.1.3. erörterten Grundsätze der Marktabgrenzung und insb auf ökonometrische Methoden ist klarerweise nicht möglich, da mangels Angebot eine Preisbildung unterbleibt. Der EuGH präzisiert nur im Grundsatz, dass „*zwei verschiedene Produktionsstufen*"[934] involviert sein müssen. Dies ist mE dahingehend zu interpretieren, dass der EuGH einen weiten Raum für hypothetische Märkte definiert: Hypothetische Märkte existieren nur tatsächlichen Märkten vorgelagert. Ein hypothetischer Markt und der tatsächliche nachgelagerte Markt können nicht zusammenfallen, da sie sich auf zwei verschiedenen Produktionsstufen befinden. Das Feld für hypothetische Märkte wird daher soweit eröffnet, als dass nicht das vermarktete Endprodukt betroffen ist; es muss zwischen dem Vorprodukt und den tatsächlich nachgefragten Produktionsstufen ein Mehrwert geschaffen werden.[935] Dieser weite Raum wird beschränkt durch das Erfordernis, dass nach der fraglichen Vorleistung eine spezifische Nachfrage von Unternehmen – dh Wettbewerbern – bestehen muss. Notwendig ist daher, dass die relevante Vorleistung vom Wettbewerber genau benannt werden kann.

Besonders str ist idZ die Behandlung von Immaterialgüterrechten, da für diese stets ein eigenständiger Markt für die Lizenzierung identifiziert werden kann. Immaterialgüterrechte werden von Unternehmen nachgefragt, die Produkte, mit welchen die nachgefragte Technologie genützt wird, herstellen; man kann daher iZm gewerblichen Schutzrechten von einem vorgelagerten Technologiemarkt und einem nachgelagerten Produktmarkt ausgehen.[936] Aus diesem Grund seien Rechteinhaber nach Ansicht von *Geradin et al* stets gezwungen, Lizenzen zu erteilen.[937] Andere verneinen die Trennung zwischen Technologie- und Produktmarkt und werfen dem EuGH vor, die Fallgruppe des Marktmachttransfers bei *IMS-Health* falsch angewendet zu haben.[938] *Eilmansberger* versucht aus dem Erfordernis nach einem neuen Produkt (s Punkt 7.5.2.) zu schließen, dass die

---

[931] *GA Tizzano* 2.10.2003, C-418/01, *IMS-Health*, Rz 59.
[932] *Drexl*, Intellectual Property and Antitrust Law IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, IIC 2004, 788 (799).
[933] *Höppner*, EuZW 2004, 749.
[934] EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*, Rz 45.
[935] *GA Tizzano* 2.10.2003, C-418/01, *IMS-Health*, Rz 43.
[936] *Ullrich/Heinemann* in *Immenga/Mestmäcker* (Hg), EU-Wettbewerbsrecht[5] (2012) VII. Abschnitt, Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf die Verwertung von Schutzrechten und sonst geschützten Kenntnissen Rz 39.
[937] *Geradin/Layne-Farrar/Petit*, EU competition law and economics, Rz 4.325.
[938] *Conde Gallego*, GRUR Int 2006, 20; *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 424.

involvierten Märkte nicht zu eng beieinander liegen dürfen.[939] ME beruhen diese Einschätzungen auf einem Fehlverständnis des Begriffs des Technologiemarktes:[940] Dieser besteht unabhängig vom Produktmarkt, ist diesem aber logisch vorgelagert.[941] IZm Immaterialgüterrechten ist daher zu fragen, ob ein Unternehmen durch eine Geschäftsverweigerung seine Marktmacht vom Technologiemarkt auf einen Produktmarkt zu transferieren vermag. Ist für ein Produkt die Verwendung eines Immaterialgüterrechts notwendig, geht die Rsp[942] und L[943] davon aus, dass dieses Immaterialgüterrecht einen eigenen sachlich relevanten (Technologie-) Markt darstellt; der Inhaber des Schutzrechts hält daher ein Monopol am betreffenden Technologiemarkt. Verweigert der einzige Marktteilnehmer auf einem Technologiemarkt die Lizenzierung, kann ein kartellrechtlicher Eingriff nur durch die Definition eines hypothetischen Technologiemarkts erfolgen.[944]

7.4.2. Mehrseitige Märkte

Soweit ersichtlich wurden in der europäischen Kartellrechtspraxis Fälle der Geschäftsverweigerung bei mehrseitigen Märkten bisher ausschließlich von der französischen Rsp thematisiert. Hierbei wurde wiederholt[945] die Frage gestellt, ob ein Abbruch von Geschäftsverbindungen der Suchmaschine *Google* mit verschiedenen Werbeträgern im Einklang mit dem Kartellrecht steht.[946] Besonders illustrativ für die vorliegende Untersuchung ist hierbei der Fall *E-Kanopi*, welcher von der französischen Wettbewerbsbehörde und den französischen Gerichten ausführlich thematisiert wurde.[947] *E-Kanopi* betreibt neben unterschiedlichen Websiten auch eine eigene Suchmaschine, welche basierend auf dem Algorithmus von *Google* zusätzliche Informationen anbietet.[948] *Google* kündigte den Adwords- und Adsense Werbevertrag mit *E-Kanopi*, da dessen Websiten zu einer Installation eines Browser-Plugins führten, durch welches die Suchmaschine von *E-Kanopi* als

---

[939] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 350; *Eilmansberger*, The essential facilities doctrine under art 82: What is the state of affairs after IMS-Health and Microsoft?, KCLJ 2005, 329 (338).
[940] Dazu ausführlich *Früh*, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, 235.
[941] *Früh*, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, 258.
[942] EK 13.2. 2012, COMP/M.6381 - *Google/MMI*, Rn. 51 ff.
[943] *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht (2013) 32.
[944] Für die Besonderheiten bei der Beurteilung von Lizenzverweigerungen s weiterführend Punkt 7.5.2.
[945] Über eine Geschäftsverweigerung mit diskriminierendem Charakter entschied die französische Kartellbehörde im Fall *Navx*: *Google* brach die Geschäftsverbindungen mit *Navx*, einem Hersteller für Warnsysteme gegen mobile Geschwindigkeitsmesssysteme, ab, obwohl diese in Frankreich zum Entscheidungszeitpunkt nicht gesetzlich verboten waren. Die Kartellbehörde sah darin eine gegen Art 102 AEUV verstoßende diskriminierende Geschäftsverweigerung, da die Geschäftsverbindungen mit vergleichbaren Herstellern beibehalten wurden. S Autorité de la concurrence 28.10.2010, Décision n° 10-D-30. Am Zivilrechtsweg wurden auch Schadenersatzansprüche geltend gemacht, s Tribunal de commerce de Paris 27.12.2012, R.G. 2010070465.
[946] Über eine Geschäftsverweigerung zur Aufnahme in den Suchindex wurde zwar noch nie gerichtlich abgesprochen, thematisiert wurde dies jedoch aus anderen Gründen bei der Homepage von BMW, s mwN *Babey*, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen (2010) 99.
[947] Autorité de la concurrence 28.2.2013, Décision n° 13-D-07; Cour d'appel de Paris 24.6.2014, RG n° 2013/06758; Cour de cassation 19.1.2016, ECLI:FR:CCASS:2016:CO00071.
[948] Autorité de la concurrence 28.2.2013, Décision n° 13-D-07, Rz 11ff.

Startseite des Internetusers festgesetzt wurde. Um zu prüfen, ob bei dem oben geschilderten Fall ein Marktmachttransfer vorliegt, soll – zu Zwecken der Illustration[949] – davon ausgegangen werden, dass sowohl *E-Kanopi* als auch *Google* auf zwei verschiedenen Markten agieren: einerseits ein Markt für Suchmaschinenleistungen, welcher Homepagebetreiber und Suchmaschinennutzer umfasst, andererseits ein separater Markt für Suchmaschinenwerbung, welcher Werbeträger und Suchmaschinennutzer umfasst.[950]

Wird die Geschäftsverweigerung als Fallgruppe des Marktmachttransfers bei mehrseitigen Märkten betrachtet werden, so ist die Existenz von zwei verschiedenen Märkten logisch zwingend: Es müssen ein bereits beherrschter Markt und ein Markt, auf den die Marktmacht ausgedehnt werden soll, definiert werden. Daraus folgt zwingend, dass eine Geschäftsverweigerung auf mehrseitigen Märkten nur kartellrechtlich relevant ist, wenn für die einzelnen Marktseiten zumindest zwei unterschiedliche Märkte zu definieren sind. Besteht nur ein einziger plattformübergreifender Markt, der von einem Unternehmen beherrscht wird, ist ein Marktmachttransfer und somit die kartellrechtliche Fallgruppe der Geschäftsverweigerung denkunmöglich.

Wenn zwei unterschiedliche Märkte abgegrenzt werden, ist nachzuweisen, dass diese reaktionsverbunden sind. Aktionen, die auf einem Markt gesetzt werden, müssen daher Auswirkungen auf den anderen Markt haben. Im Kontext von mehrseitigen Märkten ist das Marktergebnis des einen Markts aber nicht deshalb von Belang für den anderen Markt, weil ein Produkt iS einer Produktionsstufe Voraussetzung für das andere ist. Vielmehr zeitigen Geschäftsentscheidungen durch indirekte Netzwerkeffekte, welche bei mehrseitigen Plattformen – wie in Punkt 2.2. ausgeführt – wesensnotwendig sind, stets Auswirkungen auf einen anderen Markt. Dies ergibt sich daraus, dass der Nutzen des angebotenen Gutes für die Nutzer eines Marktes von der Anzahl der Nutzer des anderen Marktes abhängt. Verweigert eine Plattform am beherrschten Markt die Kompatibilität ihrer Produkte mit jenen des Wettbewerbers, erhöhen sich die Marktzutrittsschranken am durch Netzwerkeffekte verbunden Markt der anderen Plattformseite, da den Produkten des Marktbeherrschers ein höherer Nutzen zugemessen wird. Wenn der Abschluss eines Vertrags, welcher zB den Zugang zu einer Plattform wie *Google* zum Inhalt hat, verweigert wird, kann die Marktposition des Vertragssuchers am Markt für Onlinewerbung potentiell negativ beeinflusst werden. Dasselbe kann aber – wie im Fall *E-Kanopi* – auch umgekehrt gelten; durch eine Geschäftsverweigerung am Markt für Onlinewerbung kann potentiell auch Marktmacht auf einen nachgelagerten Content-Markt transferiert werden. Aus diesem Grund kann mE das

[949] Was im Schrifttum aber heftig umstritten ist, s bspw *Ratliff/Rubinfeld*, Jcle 2014, 517.
[950] *In casu* wurde die Geschäftsverweigerung als sachlich gerechtfertigt angesehen, da die Regelungen von *Google*, welche die Installation von ungewünschter Software unterbinden sollen und deren Verletzung zum Geschäftsabbruch geführt hat, ein legitimes Interesse verfolgen.

Verhältnis der verschiedenen Märkte einer Plattform bei Vorhandensein genügend starker Netzwerkeffekte grundsätzlich einer vertikalen Marktsituation gleichgesetzt werden.

In Konstellationen von mehrseitigen Märkten ist die wettbewerbliche Wirkung von Geschäftsverweigerungen jedoch eine andere als bei herkömmlichen einseitigen Märkten. Während bei einseitigen Märkten die Wettbewerbsschädigung darin liegt, dass durch die Geschäftsverweigerung der Zugang zu den für die Leistungserstellung notwendigen Einsatzmitteln eingeschränkt wird, ist bei mehrseitigen Märkten wohl regelmäßig der Zugang zu den Kunden kritisch. Gerade der Zugang zu einer großen Kundengruppe erlaubt es marktmächtigen Plattformen, bedeutende Netzwerkeffekte zu nützen. Der Zugang zu Kunden ist bspw dann von besonderer Bedeutung, wenn die Plattform als Flaschenhals beim Zugang zu einer gewissen Kundengruppe dient (zum Begriff des Bottlenecks s Punkt 4.3.2.2.).

Inwiefern der Zugang zu den Kunden ein von der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung geschütztes Interesse ist, wurde bis dato – soweit ersichtlich – noch nicht diskutiert und verdient eine nähere Betrachtung. ME können dazu Überlegungen zur vertikalen Integration von Unternehmen frurchtbar gemacht werden: Vertikale Unternehmenszusammenschlüsse können Geschäftsverweigerungen gleich eine Abschottung des Zugangs zu den Einsatzmitteln bewirken[951] und sind im Zuge der Fusionskontrolle dahingehend zu überprüfen. Daneben prüft die EK aber auch eine mögliche Abschottung des Zugangs für die Kunden[952]. Eine solche liegt vor, wenn ein Unternehmen „*den Zugang zu einer ausreichenden Anzahl von Kunden für ihre tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber* (…) *abschotten und damit deren Fähigkeit oder Anreiz verringern, in Wettbewerb mit der fusionierten Einheit zu treten*."[953] Dies könnte mE als Indiz dafür gewertet werden, dass eine durch eine Geschäftsverweigerung bewirkte Abschottung zu den Kunden mit der Abschottung zu den Einsatzmitteln gleichzuhalten ist. Daraus kann geschlossen werden, dass die Reaktionsverbundenheit zwischen verschiedenen kartellrechtlichen Märkten einer Plattform mit jener von vertikal verbundenen Märkten gleichzuhalten ist. Eine Geschäftsverweigerung, welche in einem Markt gesetzt wird, kann das Wettbewerbsumfeld im anderen Markt daher entscheidend stören.

[951] EK, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, 2008/C 265/07, Rz 31.
[952] Wohl treffender wäre die Formulierung: Abschottung des Zugangs zu den Kunden.
[953] EK, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse, Rz 58.

7.5. Vorprodukt

Gegenstand der kartellrechtlichen Analyse ist die Geschäftsverweigerung für ein Vorprodukt, welches für den Wettbewerb am nachgelagerten Markt unerlässlich ist.

Der Begriff des Produkts ist hierbei weit auszulegen; es sind davon sämtliche Einsatzmittel erfasst, unabhängig davon, ob es sich um immaterielle Güter oder materielle Güter handelt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es zu einer uniformen Behandlung sämtlicher Einsatzmittel für die Analyse von Geschäftsverweigerungen kommt – tatsächlich lässt sich (wie in Punkt 7.5.2. ausgeführt) in der Rsp eine unterschiedliche Bewertung von Sachverhalten mit Immaterialgüterrechten und materiellen Gütern konstatieren.[954] Die größte Bedeutung als Vorprodukte haben wohl Immaterialgüterrechte und Infrastruktureinrichtungen; im weiteren Verlauf wird der Fokus auf erstere gesetzt werden.

Im Folgenden soll zuerst abstrakt auf die Charakteristika von Vorprodukten eingegangen werden, welche Voraussetzung für einen Kontrahierungszwang sind. Danach soll spezifisch auf Vorprodukte eingegangen werden, welche im Kontext von digitalen Plattformen von besonderer Bedeutung sind.

7.5.1. Unentbehrlichkeit

Ein Marktmachttransfer kann nur dann vonstatten gehen, wenn die Marktmacht in einem Markt Auswirkungen auf einen anderen Markt zeitigt. In einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis, wie es der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung zu Grunde gelegt ist, liegt dies vor, wenn das Produkt des vorgelagerten Marktes unentbehrlich für den nachgelagerten Markt ist.

Die Unentbehrlichkeit eines Vorprodukts lässt sich der Rs *Bronner* folgend durch ein zweistufiges Prüfungsschema ermitteln:[955] Einerseits darf kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für das Vorprodukt bestehen. Andererseits muss die Verweigerung des Zugangs zum Vorprodukt denjenigen, der die Leistung begehrt, vollkommen vom Wettbewerb ausschließen.

[954] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 343; *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 404; *Ullrich/Heinemann* in *Immenga/Mestmäcker*, EU-Wettbewerbsrecht[5] (2012) VII. Abschnitt Rz 56.
[955] EuGH 26.11.1998, C-7/97, *Bronner*, Rz 41.

7.5.1.1. Fehlende Substituierungsmöglichkeiten für das Vorprodukt

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, ob es zu dem begehrten Vorprodukt Alternativen gibt, auch wenn diese weniger günstig[956] sind.[957] In seiner Struktur ähnelt dies der Vorgangsweise bei der Marktabgrenzung; die Zielsetzung ist jedoch eine andere: Während bei der Marktabgrenzung iW auf die Gleichwertigkeit der Produkte abgestellt wird, steht im Mittelpunkt der Unentbehrlichkeitsprüfung die Frage, ob überhaupt eine – gegebenenfalls weniger vorteilhafte – Alternative besteht.[958] Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Unentbehrlichkeitsprüfung weniger streng als die Prüfung der Substituierbarkeit ist. Ob ein Produkt als Alternative zu dem begehrten Vorprodukt angesehen werden kann, ergibt sich aus den Erfordernissen des Wettbewerbs: Durch die Wahl eines qualitativ weniger hochwertigen Alternativprodukts darf kein Ausschluss vom Wettbewerb erfolgen.

Besteht keine gangbare Alternative, muss gefragt werden, inwieweit es dem vertragssuchenden Unternehmen zumutbar ist, die angefragte Leistung selbst zu erbringen. Die Rsp legt hierbei einen strengen Maßstab an: So müssen technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse vorhanden sein, die die Duplizierung des Vorprodukts unmöglich machen oder unzumutbar erschweren.[959] Dabei ist ein objektiver Maßstab an die Zumutbarkeit der Duplizierung des Vorprodukts anzulegen: Es muss dargelegt werden, dass „*die Entwicklung dieser Produkte oder Dienstleistungen unrentabel wäre, wenn sie in vergleichbarem Umfang hergestellt bzw erbracht würden wie von dem Unternehmen, das die bestehenden Produkte oder Dienstleistungen kontrolliert*."[960] Der Einwand, dass auf Grund fehlender Skaleneffekte keine eigene Herstellung des Vorprodukts möglich ist, greift daher nicht.[961]

Nicht duplizierbar iSd Rsp ist ein Vorprodukt daher dann, wenn auf Grund von Skalenvorteilen insgesamt nur ein Vorprodukt wirtschaftlich existieren kann. Dies ist der Fall bei Infrastruktur wie etwa Stromnetze, die ein natürliches Monopol darstellen. Andererseits kann die Möglichkeit, ein eigenes Vorprodukt zu schaffen auch durch das Vorhandensein von Netzwerkeffekten vereitelt werden.[962] Diese sind regelmäßig besonders stark, wenn es bislang nur eine Möglichkeit zur Deckung des Bedarfs gab, da dann die Möglichkeit des Multi-Homings ausscheidet. Die Rentabilität eines neu zu erstellenden Vorprodukts wäre in diesem Fall schwerer zu gewährleisten als bei der Erstellung des Vorprodukts, zu dem der Zugang gewährt werden soll, da die Abnehmer trotz hoher Wechselkosten von dem neuen Vorprodukt überzeugt werden müssen. Es kann daher

[956] Die englische Fassung des Urteils ist hierbei klarer, „*even if they are less advantageous*".
[957] EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*, Rz 28.
[958] *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 338.
[959] EuGH 26.11.1998, C-7/97, *Bronner*, Rz 44.
[960] EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*, Rz 28.
[961] EuGH 26.11.1998, C-7/97, *Bronner*, Rz 45.
[962] *Höppner*, EuZW 2004, 748 (750).

davon ausgegangen werden, dass eine Duplizierung von Vorleistungen bei Vorhandensein von starken Netzwerkeffekten nicht möglich ist, da es nur schwerlich wirtschaftlich ist, ein alternatives Nebenprodukt zu entwickeln.

In Bezug auf Immaterialgüterrechte ist verdeutlichend hinzuzufügen, dass eine Duplizierung des Vorprodukts *sensu stricto* auf Grund des vorhandenen Ausschließlichkeitsrechts nicht möglich wäre. Vielmehr wäre zu fragen ob ein *design around* möglich ist,[963] dh das Produkt am nachgelagerten Markt erstellt werden kann, ohne in das jeweilige Schutzrecht einzugreifen. Dabei muss gefragt werden, ob der Bedarf nach einer gedanklichen Leistung, welche für die Produktion eines nachgelagerten Gutes notwendig ist, auch durch andere Lösungen als derjenigen, für die ein Geschäftsabschluss begehrt wird, gedeckt werden kann. Zu beantworten ist daher die Frage, ob für ein bspw technisches Problem eine andere Lösung besteht als bisher gefunden wurde. Dabei ist nach Rsp der Umstand, dass das Ausschließlichkeitsrecht häufig gegen Mitbewerber gerichtlich durchgesetzt wurde, ein Hinweis darauf, dass keine Möglichkeit zum *design around* besteht.[964]

7.5.1.2. Ausschluss des Wettbewerbs

In einem zweiten Schritt muss nachgewiesen werden, dass das gegenständliche Vorprodukt unentbehrlich ist, um im nachgelagerten Markt zu bestehen. In einer frühen Entscheidung umschrieb die EK dieses Kriterium mit den Worten „*a facility or a part of an infrastructure which its competitors must use to carry on their business*“[965], nach *GA Jacobs* ist darauf abzustellen, „*whether the handicap resulting from the denial of access is one that can reasonably be expected to make competitors' activities in the market in question either impossible or permanently, seriously and unavoidably uneconomic*“[966].

In der Rechtsprechungspraxis war genau dieses Kriterium tw entscheidungserheblich: So wurde bspw die Live-Übertragung von Pferderennen als nicht unentbehrlich für Wettbüros angesehen, obwohl es sich um eine „*ergänzende und sogar ganz angebrachte Dienstleistung*“[967] handelt. Wenn ein Unternehmen für längere Zeit am Markt ohne die fragliche Vorleistung bestehen kann, ist dies ebenso ein starkes Indiz dafür, dass das Vorprodukt nicht unentbehrlich ist.[968]

Str ist, ob das Fehlen des Vorprodukts mit einer vollkommenen Unmöglichkeit, am nachgelagerten Markt im Wettbewerb zu bestehen, einhergehen muss oder ob es bereits ausreicht, wenn das

[963] S auch *Eilmansberger*, KCLJ 2005, 339; aA *Conde Gallego*, GRUR Int 2006, 16 (21).
[964] EuG 1.07.2010, T-321/05, *AstraZeneca,* Rz 271.
[965] EK 11.6.1992, IV/34.174, *Sealink*, Rz 15.
[966] GA *Jacobs* 28.5.1998, C-7/97, *Bronner*, Rz 51.
[967] EuG 12.6.1997, T-504/93, *Tiercé Ladbroke*, Rz 10.
[968] EuG 17.6.2006, T-52/00, *Coe Clerici Logistics*, Rz 25.

Vorprodukt im Wettbewerb einen signifikanten Vorteil vermittelt.[969] Die europäische Gerichtsbarkeit folgte dabei dem zweiten Ansatz: So führte das EuG in der *Microsoft* Entscheidung aus, dass es hinreichend sei, wenn das Vorprodukt „*von wesentlicher Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit*“[970] auf dem nachgelagerten Markt wäre; notwendig wäre es, dass ein Mitbewerber am nachgelagerten Markt nur durch Rückgriff auf das Vorprodukt seine Produkte „*nachhaltig vermarkten*“[971] kann. Dies wurde dahingehend interpretiert, dass ein Vorprodukt dann als unentbehrlich gilt, wenn die Kunden an das nachgelagerte Endprodukt Erwartungen stellen, die nur mit Rückgriff auf das Vorprodukt erfüllt werden können.[972]

Dieses Absenken der Erfordernisse für ein unentbehrliches Vorprodukt wurde sowohl von der Lit[973] als auch von der Rsp[974] tw heftig kritisiert. ME kann dieser Rechtsprechungsrichtlinie jedoch mit Blick auf die Rolle der Unentbehrlichkeit in der Fallgruppe des Marktmachttransfers zugestimmt werden: Durch das Kriterium der Unentbehrlichkeit sollen mE solche Fälle ausgeschieden werden, in denen das Marktergebnis am vorgelagerten Markt keinen hinreichenden Einfluss auf das Marktergebnis auf den nachgelagerten Markt hat. Freilich kann die Reaktionsverbundenheit zwischen zwei Märkten in vielfältiger Weise ausgestaltet sein; der Umstand, dass die Marktbeherrschung auf dem vorgelagerten Markt den Wettbewerb am nachgelagerten Markt vollständig ausschließt, kann jedoch unweigerlich als Extremfall angesehen werden. Legte man das Erfordernis des unentbehrlichen Vorprodukts dahingehend aus, dass nur dieser Extremfall umfasst wäre, ginge man gleichwohl davon aus, dass Konstellationen, in denen der Wettbewerb am nachgelagerten Markt zwar geschwächt, aber nicht vollständig ausgeschaltet würden, von der Fallgruppe des Marktmachttransfers nicht umfasst wären. Da Ziel des Wettbewerbsrechts der Schutz des Wettbewerbs vor jedweden Schädigungen ist, müsste eine solche einschränkende Interpretationsvariante eine besondere Legitimation finden, welche aus meiner Sicht nicht besteht. Aus diesem Grund ist mE auf die konkreten Marktgegebenheiten am nachgelagerten Markt abzustellen und zu fragen, ob durch die Verweigerung von Geschäftsabschlüssen der Wettbewerb soweit geschwächt wird, dass ein Marktmachttransfer vonstattengehen kann.

---

[969] Für den vollkommen Ausschluss des Wettbewerbs eintretend *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 550; für das Erfordernis eines „significant competititve edge“ eintretend *Eilmansberger*, KCLJ 2005, 329 (340).
[970] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 381.
[971] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 388.
[972] *Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, 61.
[973] Etwa *Körber*, RIW 2004, 889.
[974] So etwa OLG Düsseldorf 20.1.2011, 2 U 92/10: „*Das EuG – dessen Rechtsprechung für den Senat anders als die Rechtsprechung des EuGH nicht verbindlich ist – hat damit allerdings das Unerlässlichkeitskriterium des EuGH nicht nur aufgeweicht, sondern den Ausgangspunkt der bisherigen Gemeinschaftsrechtsprechung verlassen*“.

Im Fall *Microsoft* wurde genau dies untersucht: So wurde davon ausgegangen, dass auf Grund der vorhandenen Netzwerkeffekte der Ausschaltung des Wettbewerbs nur schwer rückgängig gemacht werden könnte.[975] Der Wettbewerb am untersuchten Markt ist daher soweit geschwächt, dass die untersuchte Geschäftsverweigerung den Transfer von Marktmacht ermöglicht.

Im Fokus der vorliegenden Untersuchung ist die Geschäftsverweigerung bei Immaterialgüterrechten, da diese im Kontext von digitalen Plattformen eine entscheidende Rolle spielen. Diese können in zweierlei Hinsicht unentbehrlich im Sinn einer wesentlichen Bedeutung für den Wettbewerb sein: Einerseits können Immaterialgüterrechte notwendig sein, um ein neues Produkt auf den Markt zu bringen und andererseits können sie unentbehrlich sein, um ein kompatibles Produkt zu vermarkten.[976] Dies soll nun für den Kontext von digitalen Plattformen weiter untersucht werden.

7.5.2. Immaterialgüterrechte

Nach einhelliger Auffassung der EK[977] und der europäischen Gerichte[978] muss bei einer Geschäftsverweigerung im Kontext von Immaterialgüterrechten ein zusätzliches Element gegeben sein, um einen Marktmachtmissbrauch nach Art 102 AEUV zu begründen: Das Unternehmen, das eine immaterialgüterrechtliche Lizenz begehrt, darf sich nicht im Wesentlichen darauf beschränken, Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die vom Inhaber des Immaterialgüterrechts bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden. Es muss vielmehr neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anbieten, die der Inhaber des Rechts nicht anbietet und für die eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht.[979]

Daraus folgt, dass eine Geschäftsverweigerung bei Immaterialgüterrechten nur unter engeren Voraussetzungen kartellrechtlich relevant ist als eine Geschäftsverweigerung bei materiellen Gütern. Im Folgenden soll die Legitimation für diese unterschiedliche Behandlung untersucht werden, um daraus Schlüsse für die Interpretation des Kriteriums des neuen Produkts zu ziehen.

Eine kartellrechtliche Ungleichbehandlung von Immaterialgüterrechten und Sacheigentum, welche sich im Erfordernis eines neuen Produkts bei der Beurteilung von Lizenzverweigerungen äußert, kann einerseits auf einer ökonomischen Besonderheit von Immaterialgüterrechten, andererseits im besonderen rechtlichen Schutz von Immaterialgüterrechten beruhen.

---

[975] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 562.
[976] *Conde Gallego*, GRUR Int 2006, 22.
[977] EK, Discussion paper, Rz 239.
[978] EuG 10.7.1991, T-69/89, *Magill,* Rz 49; EuGH 6.4.1995, C-241/91 P, *Magill*, Rz 29; EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*, Rz 49; EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 647.
[979] EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*, Rz 49.

7.5.2.1. Ökonomische Ungleichheit Immaterialgüterrechte – Sacheigentum

In der ökonomischen Diskussion werden meist drei Argumente für eine gesonderte Behandlung von Immaterialgüterrechten vorgebracht.[980] Erstens sei es das den Immaterialgüterrechten zu Grunde liegende Ziel, Innovationen durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten zu fördern, weshalb diese einen besonderen Schutz genießen. Dieses Argument übersieht jedoch, dass das Gewähren von Eigentumsrechten stets einen trade-off zwischen allokativer Effizienz und dynamischer Effizienz beinhaltet – niemand würde in ein materielles Gut investieren, wenn mangels Ausschließlichkeitsrecht eine Amortisation und ein Gewinn aus dem Investitionsobjekt nicht möglich wären. Dies trifft auf Sacheigentum genauso zu wie auf Immaterialgüterrechte.[981]

Tw wird vorgebracht, dass der entscheidende Unterschied zwischen Immaterialgüterrechten und Sacheigentum in der temporalen Begrenztheit von Immaterialgüterrechten zu erblicken sei. Während unentbehrliche physische Einrichtungen wie etwa Häfen wohl meist auf unbegrenzte Zeit ein natürliches Monopol darstellen, sind sämtliche Immaterialgüterrechte – mit Ausnahme des Markenrechts[982] – zeitlich beschränkt.[983] Daraus folgt, dass Investitionen in Immaterialgüterrechte sich innerhalb einer begrenzten Zeitspanne amortisieren müssen, was nach *Höppner* zu einem besonderen Schutz von Immaterialgüterrechten führt.[984] Dagegen wird vorgebracht, dass auch physische Güter realiter zeitlich begrenzt sind und Investitionen benötigen, die bei der Berechnung der Amortisationsdauer bedacht werden müssen.[985]

Als letztes Argument wird vorgebracht, dass Immaterialgüterrechte ein höheres Schutzniveau als Sacheigentum verlangen, da erstere ohne wesentliche Kosten vervielfältigt werden können.[986] Im Kontext von Geschäftsverweigerungen kann dem jedoch keine Bedeutung zugemessen werden, da jedenfalls ein unerlässliches Vorprodukt vonnöten ist. Es ist in diesen Fällen nun gerade nicht möglich, ein Vorprodukt zu duplizieren, sei es auf Grund eines gesetzlichen Ausschließlichkeitsrechts, sei es auf Grund der vorliegenden Kostenstruktur. Die Möglichkeit, unter Umgehung des Ausschließlichkeitsrechts ein Immaterialgüterrecht zu verwenden, kann im kartellrechtlichen Kontext mE unbeachtet bleiben.

---

[980] MwN *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 525.
[981] *W. Schuhmacher*, Die Essential Facility Doctrine als Herausforderung für das Urheberrecht, in *Dittrich* (Hg), Beiträge zum Urheberrecht VII (2003) 85 (109).
[982] Nach § 19 MSchG kann der Markenschutz durch Zahlung einer Erneuerungsgebühr immer wieder um 10 Jahre verlängert warden.
[983] Nach Höppner stellen die begrenzten Schutzfristen ihrerseits bereits eine Balance zwischen Wettbewerb und Innovation dar, s *Höppner*, Missbräuchliche Verhinderung „neuer" Produkte durch Immaterialgüterrechte: Zur Anwendung von Art. EGV Artikel 82 EG auf Lizenzverweigerungen, GRUR Int 2005, 457 (460).
[984] *Höppner*, GRUR Int 2005, 457 (461).
[985] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 526.
[986] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 526.

7.5.2.2. Rechtliche Ungleichheit Immaterialgüterrechte – Sacheigentum

In der älteren Rsp[987] wurde ein absoluter Vorrang des Immaterialgüterrechts gegenüber dem Kartellrecht gesehen. Dies wurde damit begründet, dass der Zweck von Immaterialgüterrechten gerade das Gewähren von Monopolen sei. Der Regelungsgegenstand von Immaterialgüterrechten und dem Kartellrecht seien daher derselbe – nämlich die Regulierung von Monopolen.[988] Dieser Herangehensweise zufolge wäre der Unterschied zwischen Immaterialgüterrechten und Sacheigentum aus kartellrechtlicher Sicht maximal, da das Kartellrecht ausschließlich Anwendung auf Sacheigentum hätte. Diese Ansicht ist – wie die vorliegende Betrachtung zeigt – längst überholt:[989] Das immaterialgüterrechtliche Ausschließlichkeitsrecht sieht kein Monopol iSd Kartellrechts vor, sondern schließt nur den Imitationswettbewerb aus (s zugleich).

Grundsätzlich schützt das Unionsrecht Immaterialgüterrechte im selben Umfang wie Sacheigentum. So sieht Art 17 Abs 2 GrCh ausdrücklich vor, dass geistiges Eigentum wie Sacheigentum geschützt wird und trägt dabei der zunehmenden Bedeutung von Immaterialgüterrechten Rechnung.[990] Art 345 AEUV, welcher statuiert, dass die Eigentumsordnung in den verschiedenen MS von den Verträgen unberührt bleibt, ist nach hL ebenfalls gleichermaßen auf Sacheigentum und Immaterialgüterrechte anwendbar.[991]

Auf normativer Ebene lässt sich eine Ungleichbehandlung von Immaterialgüterrechten und Sacheigentum in internationalen Abkommen verorten, welche Immaterialgüterrechte betreffen. So haben sowohl die Mitgliedsstaaten der EU als auch die EU selbst bspw das TRIPS-Abkommen unterzeichnet, welches in Art 13 die Möglichkeit von Einschränkungen von Immaterialgüterrechten – etwa durch kartellrechtliche Interventionen – beschränkt: Diese sind nur unter besonderen Umständen möglich, wenn sie mit der normalen Verwertung des Ausschließlichkeitsrechts nicht in Konflikt geraten und die Interessen der Rechteinhaber nicht unverhältnismäßig einschränken.[992] Eine generelle Einschränkung von Immaterialgüterrechten könnte demnach als Verstoß gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der EU aufgefasst werden.[993] Dass eine Lizenzverweigerung nur unter besonderen Umständen kartellrechtsrelevant sein kann, wurde von der Rsp rezipiert: Es wurde

---

[987] Etwa der US-amerikanische Fall Bement v. National Harrow Co. 186 U.S. 70 (1902), in dem selbst Preisabsprachen bei Patentpools als kartellrechtlich nicht relevant angesehen wurden.
[988] *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums (2002) 41.
[989] S auch *Conde Gallego*, GRUR Int 2006, 27.
[990] *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union [2] (2013) Art 17 Rz 9.
[991] *Bertold/Bär-Bouyssière* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hg), Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Art 345 AEUV Rz 20; *Wernicke* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hg), Das Recht der Europäischen Union (2015) Art 345 AEUV Rz 21.
[992] Im Originalwortlaut: "*Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder*".
[993] *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 515.

ausgesprochen, dass eine Lizenzverweigerung als solche keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann;[994] es können jedoch besondere Umstände vorliegen, die bewirken, dass eine Lizenzverweigerung kartellrechtlich relevant ist.

Aus den normativen Anknüpfungspunkten lässt sich zwar grundsätzlich erklären, dass Immaterialgüterrechte ausdrücklich nur unter besonderen Umständen eingeschränkt werden können; eine Auslegungshilfe dafür, wann diese vorliegen, bieten diese jedoch nicht. In einer vordringenden Ansicht wird versucht, aus einer teleologischen Interpretation von Immaterialgüterrechten den offenen Begriff der besonderen Umstände genauer auszuloten. Hierbei wird von einem Komplementaritätsverhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht ausgegangen: Beide sollen den Wettbewerb stärken. Vorrangiges Ziel des Immaterialgüterrechts ist hierbei der dynamische Wettbewerb: Innovationen sollen mit der Aussicht auf suprakompetitive Preise gefördert werden.[995] Dies erfolgt dadurch, dass durch das immaterialgüterrechtliche Ausschließlichkeitsrecht der Imitationswettbewerb, welcher ein reiner Preiswettbewerb ist, ausgeschlossen wird. Der Inhaber eines pharmazeutischen Patents kann bspw sicher gehen, dass ein Mitbewerber während der Patentlaufzeit nicht die patentierte Erfindung imitiert und in einen Preiswettbewerb mit dem Rechteinhaber tritt. Ein auf Imitation beruhender Preiswettbewerb kann erst ab Ablauf des Ausschließlichkeitsrechts einsetzen (Stichwort Generika). Dies ist wesensnotwendig für die Förderung des dynamischen Wettbewerbs: Ohne Ausschließlichkeitsrecht am Immaterialgüterrecht könnte ein immaterielles Gut mit geringen Kosten dupliziert werden, was die Amortisation für der die Erstellung dieser Güter getätigten Investitionen unmöglich machen würde. Diesen Grundsatz hat der EuGH in der Rs Volvo[996] bestätigt: Ein marktbeherrschender Schutzrechtsinhaber unterliegt demnach ausdrücklich keiner kartellrechtlichen Lizenzierungspflicht, wenn er ein bloßes Plagiat des bereits angebotenen Produktes anzubieten gedenkt.[997]

Immaterialgüterrechte schließen jedoch ausdrücklich keinen Substitutionswettbewerb aus – sie sollen diesen sogar fördern. Durch den Umstand, dass der Rückgriff auf ein bereits geschaffenes Immaterialgüterrecht nur zu suprakompetitiven Kosten möglich ist, soll ein Anreiz geschaffen werden, eigenständige Produkte zu schaffen, welche nicht auf den bestehenden Immaterialgüterrechten basieren (*design around*). Vorhandene Patentrechte hindern bspw ein Pharmaunternehmen nicht daran, eigenständige Erfindungen zu tätigen, damit die resultierenden Medikamente mit den etablierten Medikamenten in einen Substitutionswettbewerb treten.

[994] EuGH 5.10.1988, 238/87, *Volvo/Veng*, Rz 8.
[995] *Höppner*, GRUR Int 2005, 460; *Drexl*, IIC 2004, 792.
[996] EuGH 5.10.1988, 238/87, *Volvo/Veng*.
[997] So auch *Ernsthaler/Bock*, Verhältnis zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht am Beispiel der Essential-facility-Rechtsprechung von EuGH und EuG, GRUR 2009, 1 (5).

Grundsätzlich sind Immaterialgüterrechte so ausgestaltet, dass sie die Substitution nicht ausschließen. Dies trifft etwa auf den Schutz von Schnittstelleninformationen (s Punkt 7.5.3.), aber auch den Schutz von Mustern[998] zu.

Die Rechtsprechungspraxis wurde in letzter Zeit zunehmend mit Sonderkonstellationen[999] konfrontiert, in denen ein immaterialgüterrechtliches Ausschließlichkeitsrecht nicht nur den Ausschluss von Imitationswettbewerb, sondern auch den Ausschluss von Substitutionswettbewerb nach sich zog. Solche Situationen können nach *Conde Gallego* als systemfremd eingestuft werden, da Immaterialgüterrechte nicht mehr als Mittel zum Wettbewerb dienen, sondern den Wettbewerb ausschließen.[1000]

Aus diesen Überlegungen lässt sich folgern, dass dann, wenn im Kontext von Immaterialgüterrechten nicht nur der Imitationswettbewerb, sondern auch der Substitutionswettbewerb ausgeschaltet wird, eine Sonderkonstellation vorliegt, die wettbewerblich relevant ist. In diesen Fällen besteht uU ein immaterialgüterrechtliches Regelungsdefizit, welches durch eine kartellrechtliche Intervention behoben werden kann. In einer abstrakten Betrachtungsweise liegt ein besonderer Umstand iSv Art 13 TRIPS-Abk und der Rsp mE immer dann vor, wenn der Substitutionswettbewerb durch ein Immaterialgüterrecht ausgeschaltet wird.

7.5.2.3. Kriterium des neuen Produkts

In der juristischen Anwendungspraxis wurden in frühen Fällen die notwendigen besonderen Umstände darin erblickt, dass ein neues Produkt verhindert wird: „[Man] *kann deshalb mit gutem Grund meinen, dass ein besonderer Umstand vorliegt, aufgrund dessen die Ausübung von* [immaterialgüterrechtlichen] *Befugnissen (…) als Missbrauch angesehen werden kann, wenn diese Ausübung erfolgt, um das Auftreten eines neuen Erzeugnisses zu verhindern*“[1001]

Das Kriterium des neuen Produkts war insb dazu geeignet, Konstellationen, in denen der Substitutionswettbewerb durch zu weit reichende – also nicht nur den Imitationswettbewerb ausschließende – Immaterialgüterrechte verhindert wurde, zu regeln.[1002] Ein illustratives Beispiel bietet der Fall *Magill*: Ohne kartellrechtliche Intervention erlaubten es die Urheberrechte eines TV-Senders an seinen Programminformationen ein neues Produkt – nämlich eine senderübergreifende

[998] So sieht § 2b MuSchG vor, dass Erscheinungsmerkmale, die zur Interoperabilität von Erzeugnissen zwingend notwendig sind, nicht musterrechtlich geschützt werden können.
[999] Von besonderer Bedeutung waren in idZ sg standardessenzielle Patente, welche durch die Aufnahme in eine technische Norm nicht mehr substituierbar waren.
[1000] *Conde Gallego*, GRUR Int 2006, 27.
[1001] GA *Gulmann* 1.6.1994, C-241/91 P, *Magill,* Rz 92.
[1002] *Drexl*, IIC 2004, 792; *Drexl*, Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License, in *Ehlermann/Atanasiu* (Hg), The interaction between competition law and intellectual property law (2007) 649 (654).

Programmzeitschrift – zu verhindern. Dies wurde von der hL[1003] als Überdehnung des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts aufgefasst: Durch Immaterialgüterrechte sollen Produkte, welche eine vollkommen andere Nachfrage bedienen als diejenigen des Rechteinhabers, nicht vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Kann das Produkt des Vertragssuchers in einem anderen Markt als dasjenige des Rechteinhabers situiert werden, ist das Kriterium des neuen Produkts daher jedenfalls erfüllt.

In einer früheren Auffassung wurde vertreten, dass das Kriterium des neuen Produkts ausschließlich dann erfüllt sei, wenn durch die Lizenzverweigerung das Auftreten eines Erzeugnisses verhindert wird, das zu dem Erzeugnis des Rechteinhabers nicht in Wettbewerb steht.[1004] *E contrario* sei dieses Kriterium jedoch nach Ansicht von GA *Gulmann* nicht erfüllt, wenn das Erzeugnis, das mit Rückgriff auf das streitgegenständliche Immaterialgüterrecht hergestellt wird, mit den Erzeugnissen der Rechteinhaber in Wettbewerb steht.[1005] Dieser Ansicht folgte der EuGH explizit nicht; demnach reiche es, wenn die Lizenzverweigerung „*das Auftreten eines neuen Erzeugnisses*, (…) *nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestand, verhindert*".[1006] Daraus folgt, dass das Kriterium des neuen Produkts auch dann erfüllt sein kann, wenn das neue Produkt in direktem Wettbewerb mit den Erzeugnissen des Rechteinhabers steht.[1007]

Diese Auffassung ist mE im Grundsatz begrüßenswert: Ein Immaterialgüterrecht geht nicht mit dem Ausschluss von Wettbewerb schlechthin einher sondern sistiert nur den Imitationswettbewerb. Es sind Konstellationen denkbar, in denen eine Lizenzverweigerung mit einer Behinderung des Substitutionswettbewerbs am Markt, an dem der Schutzrechtsinhaber seine Erzeugnisse anbietet, einhergeht. In diesen soll – dieser Auslegung des EuGH zu Folge – ein Wettbewerb geschützt werden, der nicht bloß im Anbieten von Kopien der Erzeugnisse des Rechteinhabers besteht.

Bei dem Kriterium des neuen Produkts muss daher – sofern die Produkte des Rechteinhabers mit denjenigen des Lizenzsuchers in einem Konkurrenzverhältnis stehen – im Einzelfall nachgewiesen werden, ob durch ein Immaterialgüterrecht der Imitationswettbewerb oder der Substitutionswettbewerb ausgeschlossen wird. Nur im zweiten Fall besteht uU ein Kontrahierungszwang. Entscheidendes Kriterium dafür, ob durch eine Lizenzverweigerung der Imitationswettbewerb oder der Substitutionswettbewerb betroffen ist, ist nach Ansicht des EuGH die Sicht der Verbraucher.

[1003] *Brand* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Art 102 Rz 425; *Ullrich/Heinemann* in *Immenga/Mestmäcker*, VII. Abschnitt Rz 58; *Eilmansberger/Bien* in Münchener Kommentar, Art 102 AEUV Rz 314.
[1004] GA *Gulmann* 1.6.1994, C-241/91 P, *Magill,* Rz 96.
[1005] GA *Gulmann* 1.6.1994, C-241/91 P, *Magill*, Rz 97.
[1006] EuGH 6.4.1995, C-241/91 P, *Magill,* Rz 57.
[1007] S auch *Wielsch*, Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht, EuZW 2005, 391 (395).

Hierbei ist nach Ansicht von GA *Tizzano* darauf abzustellen, ob die Produkte des Vertragssuchers „*besondere Bedürfnisse der Verbraucher erfüllen, die von den existierenden Waren oder Dienstleistungen nicht befriedigt werden*“[1008]. Aus ökonomischer Sichtweise kann daher von dem Erfordernis einer Erweiterung des betroffenen Marktes gesprochen werden: Die aggregierte Nachfrage am betroffenen Markt muss durch das neue Produkt erhöht werden; maW müssen Verbraucher, die ansonsten Abstand von einem Kauf genommen hätten, durch das neue Produkt zum Konsum motiviert werden.[1009] Kommt es durch ein neues Produkt nur zu einer Umverteilung der Käufer des Produkts des Rechteinhabers zu dem Produkt des Lizenzsuchers, kann von einem bloßen Imitationswettbewerb ausgegangen werden.

Dies eröffnet die schwierige Rechtsfrage, welches Maß an Markterweiterung durch ein neues Produkt notwendig ist, damit eine Lizenzverweigerung in die Sphäre des Marktmachtmissbrauchs reichen kann. Wegweisend dabei ist das *Microsoft* Erk des EuG: Hierbei war fraglich, ob ein konkreter Nachweis gebracht werden muss, dass die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens ein neues Produkt entwickeln, nach dem eine eigene Nachfrage besteht,[1010] oder ob bereits die Verhinderung von Anschlussinnovationen ausreichen.[1011] Aus einer teleologischen Betrachtungsweise von Immaterialgüterrechten ist dies mE unstrittig: Sobald es einem Unternehmen durch ein Immaterialgüterrecht möglich ist, den Substitutionswettbewerb, der besonders auf kontinuierlicher Innovation basiert, auszuschließen, verlässt es den genuinen Schutzbereich der Immaterialgüterrechte. Das EuG nahm in einer vielzitierten[1012] und –kritisierten[1013] Passage dazu Stellung und sprach aus, dass „*das Auftreten eines neuen Produkts (...) nicht der einzige Parameter sein* [kann], *anhand dessen geklärt werden kann, ob eine Weigerung, für ein Recht des geistigen Eigentums eine Lizenz zu erteilen, den Verbrauchern im Sinne von Art 82 Abs 2 Buchst b EG schaden kann*“[1014]. Es sei daher hinreichend, wenn es zu einer Einschränkung der technischen Entwicklung komme, sofern der Lizenzsucher durch das Immaterialgüterrecht nicht in der Lage ist, das Produkt des Rechteinhabers zu kopieren.[1015]

[1008] GA *Tizzano* 2.10.2003, C-418/01, *IMS Health*, Rz 49.
[1009] So zutreffend *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 560.
[1010] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 624.
[1011] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 632.
[1012] Auf Grund der überbordenen Lit sind hier nur wenige Nachweise möglich. S etwa *Walsh*, Microsoft v Commission: interoperability, ermerging standards and innovation in the software industry, in *Rubini* (Hg), Microsoft on trial: legal and economic analysis of a transatlantic antitrust case 282 (309ff); *Anderman*, Microsoft v Commission and the interoperability issue, in *Rubini* (Hg), Microsoft on trial: legal and economic analysis of a transatlantic antitrust case 258 (266ff); *Körber*, RIW 2004, 884; *Hausmann*, MMR 2008, 384.
[1013] Besonders prononciert *Petit*, Droit européen de la concurrence (2013) 360; *Geradin*, Limiting the scope of Article 82: What can the EU learn from the U.S. Spreme Court's Judgement in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?, CML 2004, 1519 (1531); mwN *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 556.
[1014] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 647.
[1015] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 657.

7.5.3. Schnittstelleninformation

Im Kontext der Digital Economy spielte in der Rechtsprechungspraxis bei der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung Schnittstelleninformationen die wohl wichtigste Rolle. So verpflichtete sich bereits in den 80 er Jahren *IBM*, Wettbewerbern Schnittstelleninformationen für die Interoperabilität ihrer Hardware mit konkurrierenden Hardware – und Softwarelösungen offen zu legen.[1016] Gut 20 Jahre später erlangte die Verpflichtung von *Microsoft*, Schnittstelleninformationen, welche die Interoperabilität von Windows-Betriebssystemen für Client-PCs mit Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver von Wettbewerbern gewährleisten sollen, weiterzugeben, große öffentliche Aufmerksamkeit.[1017] Im Jahr 2014 stelle die EK ein Verfahren gegen *MathWorks* ein, welches die fehlende Interoperabilität seiner Produkte wie etwa *Matlab* mit Produkten von Mitbewerbern zum Inhalt hatte.[1018]

Bereits an dieser Stelle wird evident, dass Schnittstelleninformationen eng verbunden mit dem Konzept von Interoperabilität sind. Hierzu stellt die Softwarerichtlinie 2009/24/EG im Erwägungsgrund klar, dass „die Teile des Programms, die eine […] *Verbindung und Interaktion zwischen den Elementen von Software und Hardware ermöglichen sollen*, […] *allgemein als „Schnittstellen" bekannt (sind). Diese funktionale Verbindung und Interaktion ist allgemein als „Interoperabilität" bekannt; diese Interoperabilität kann definiert werden als die Fähigkeit zum Austausch von Informationen und zur wechselseitigen Verwendung der ausgetauschten Informationen."* Die Ablehnung der Bereitstellung von Schnittstelleninformationen kann daher mit der Verweigerung der Kompatibilität zwischen zwei digitalen Gütern gleichgesetzt werden. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht folgt daher, dass marktbeherrschende Unternehmen – bei Erfüllen der beschriebenen Voraussetzungen der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung – ihr Produkt kompatibel mit den Produkten ihrer Wettbewerber gestalten müssen.

Um diese Umstände genauer zu beleuchten, soll nun zuerst der rechtliche Schutz von Schnittstelleninformationen thematisiert werden, bevor auf die Frage eingegangen wird, wann die Interoperabilität mit einem Produkt eines marktbeherrschenden Unternehmens als unentbehrlich angesehen werden kann.

[1016] S Bulletin of the European Communities, No. 10-1984, http://aei.pitt.edu/65294/1/BUL280.pdf [28.2.2016], 96.
[1017] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft.*
[1018] S EK 1.3.2012, IP/12/208, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-208_de.htm; http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39840/39840_1248_3.pdf [abgerufen am 28.2.2016].

7.5.3.1. Schutz von Schnittstelleninformationen

Wie bereits in Punkt 2.1.2.1. angeklungen, richtet sich der urheberrechtliche Schutz von Software unionsweit nach der Softwarerichtlinie. Diese sieht in Art 1 Abs 2 der RL vor: „*Ideen und Grundsätze, die irgendeinem Element eines Computerprogramms zugrunde liegen, einschließlich der den Schnittstellen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze, sind nicht im Sinne dieser Richtlinie urheberrechtlich geschützt*". Dies bedeutet, dass Schnittstelleninformationen nicht generell – wie in früheren Fassungen der RL intendiert – aus dem Schutzbereich des Urheberrechts fallen, sondern nur dann, wenn diese als Ideen und Grundsätze qualifiziert werden können.[1019] Der Quellcode und der Objektcode von Schnittstellen können urheberrechtlich geschützt werden, wenn das Erfordernis der Eigentümlichkeit erfüllt ist.[1020] Das Erfordernis der Eigentümlichkeit ist jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn die konkrete Ausgestaltung durch die technische Funktionalität vorgegeben ist.[1021] Dabei ist weder die Funktionalität eines Computerprogramms noch die Programmiersprache oder das Dateiformat, die im Rahmen eines Computerprogramms verwendet werden, um bestimmte Funktionen des Programms zu nutzen, als Werk iSd der Softwarerichtlinie zu qualifizieren.[1022] Inwiefern Programmierschnittstellen aus der Sicht des Unionsrechts unter den Softwareschutz fallen, ist jedoch noch ungeklärt.[1023]

Selbst wenn Schnittstelleninformationen unter den Softwareschutz fallen, geht das Ausschließlichkeitsrecht nach Art 6 der Softwarerichtlinie nicht so weit, die Dekompilierung von Software zur Herstellung von Interoperabilität zu verbieten. Daneben kann nach Art 5 Abs 3 *leg cit* das Funktionieren des Programms beobachtet, untersucht oder getestet werden, um die einem Programmelement zu Grunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln. Das Softwareschutzregime sieht daher explizit die Möglichkeit, Interoperabilitätsinformationen durch *Reverse Engineering* zu erschließen, vor.[1024]

7.5.3.2. Substituierbarkeit von Schnittstelleninformationen

Aus der gesetzlich vorgesehenen Berechtigung des *Reverse Engineerings* zur Erschließung von Schnittstelleninformationen lässt sich für die vorliegende Betrachtung folgern, dass die Zurverfügungstellung von Schnittstelleninformationen nur dann unentbehrlich ist, wenn kein *Reverse Engineering* zumutbar ist. Die Prüfung der Unentbehrlichkeit hat daher ein

---

[1019] *Weston*, Software Interfaces – Stuck in the Middle: The Relationship Between the Law and Software Interfaces in Regulating and Encouraging Interoperability, IIC 2012, 427 (435).
[1020] EuGH 22.12.2010, C-393/09, *Bezpečnostní*, Rz 25.
[1021] EuGH 22.12.2010, C-393/09, *Bezpečnostní*, Rz 49.
[1022] EuGH 2.5.2012, C-406/10, *SAS Institute*, Rz 35.
[1023] *Graef*, How can Software Interoperability be achieved under Euoprean Competition Law and Related Regimes?, Jeclap 2014, 6 (14).
[1024] *Weston*, IIC 2012, 429.

Prognoseelement zu enthalten, ob ein Rückschluss auf die den Schnittstelleninformationen zu Grunde liegenden Ideen und Grundsätze möglich ist.

Diese Problematik wurde von der EK im Fall *Microsoft* explizit untersucht. Demnach ist ein Reverse Engineering eines Betriebssystems wie Windows mit erheblichen Problemen[1025] verbunden, da mehr als 30 Millionen Zeilen Code analysiert werden müssten, was zu einem erheblichen Zeitverlust bei der Markteinführung von neuer Software führt.[1026] Darüber hinaus kann *Microsoft* die Interoperabilität einfach durch Änderungen, die mittels Software-Update vorgenommen werden, verhindern.[1027]

7.5.3.3. Wettbewerbsausschluss durch fehlende Schnittstelleninformationen

Aus ökonomischer Sicht ist die Verweigerung der Kompatibilität zweier Produkte insb bei Märkten mit starken Netzwerkeffekten problematisch, bei denen neu in den Markt eintretende Unternehmen – anders als das bereits etablierte Unternehmen – auf keine Kundenbasis zurückgreifen können.[1028] In diesen Fällen ist der Markteintritt weitgehend davon abhängig, ob das bereits am Markt etablierte Unternehmen die Interoperabilität mit den bereits etablierten Produkten erlaubt. Etablierte Unternehmen haben dafür jedoch nur dann einen Anreiz, dies zu gewähren, wenn durch die Existenz zweier kompatibler Netze eine hohe Anzahl neuer Kunden akquiriert werden kann.[1029]

Aus diesem Grund stellt die Rsp bei der Beurteilung der Frage, ob durch die fehlende Kompatibilität zweier Produkte der Wettbewerb geschädigt wird, auf das Vorhandensein von Netzwerkeffekten in den betroffenen Märkten ab. So wurden von der Kommission Netzwerkeffekte im *Microsoft* Fall ausführlich thematisiert.[1030] Bei der Fusion zwischen *Cisco* und *Tandberg*, die mit der Auflage der Offenlegung von Schnittstelleninformationen genehmigt wurde, wurde ebenso die Rolle von Netzwerkeffekten betont.[1031] Man könnte daher von der Vermutung ausgehen, dass bei Vorhandensein von starken Netzwerkeffekten einer Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen ein wettbewerbsschädigender Gehalt zukommt.

Es greift jedoch zu kurz, statisch das Verhältnis zwischen zweier Produkte „kompatibel" und „nicht-kompatibel" zu beschreiben; es besteht vielmehr eine graduelle Abstufung der Interoperabilität, welche von einer vollkommenen Inkompatibilität zu einer vollkommenen Kompatibilität zweier

---

[1025] So führt sie in Rz 685 aus: „*Reverse-engineering the Win32 API has proven not to be a commercially viable means of challenging Microsoftís client PC operating system monopoly*".
[1026] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 685.
[1027] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 686.
[1028] *Motta*, Competition policy, 483.
[1029] „The large firm then prefers to share a larger market with the small rival over dominating a smaller market." *Motta*, Competition policy, 484.
[1030] EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, Rz 483.
[1031] EK 29.6.2010, COMP/M. 5669, *Cisco/Tandberg*, Rz 80.

Produkte reicht.[1032] Fraglich ist daher, in welchem Ausmaß Schnittstelleninformationen vom marktmächtigen Unternehmen offen gelegt werden müssen. Die EK prüfte diesen Aspekt der Unerlässlichkeit von Schnittstelleninformationen an Hand eines zweistufigen Schemas: Zuerst wird gefragt, welcher Grad an Interoperabilität notwendig ist, damit sich Wettbewerber am Markt behaupten können. Zweitens wird darauf eingegangen, ob die bereits vorhandenen Schnittstelleninformationen dazu geeignet sind, dieses Maß an Interoperabilität zu gewährleisten.[1033]

Der anzulegende Standard ist daher – dem *Telos* des Wettbewerbsrechts folgend – die Markterwartungen an die Interoperabilität von Produkten mit den Produkten des marktbeherrschenden Unternehmens. Die technische Möglichkeit der Interoperabilität alleine ist nicht hinreichend, wenn Wettbewerber bei deren Anwendung nur als Anbieter von Nischenlösungen auftreten könnten,[1034] von denen kein wesentlicher Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen ausgeht.[1035] Es ist daher konkret auf die Marktumstände einzugehen.

Im *Microsoft* Fall war die Interoperabilität mit den Client-PC Betriebssystemen von größter Bedeutung. So wies die EK mit Marktumfragen nach, dass die reibungslose Interoperabilität ein wesentliches Verkaufsargument für Serverbetriebssysteme sei.[1036] Dazu kam, dass seit dem Einstieg von *Microsoft* in den Markt für Serverbetriebssysteme die Marktanteile der Wettbewerber stetig im Sinken begriffen waren. Das rechtfertigte aus der Sicht des EuG ein sehr hohes Maß an Interoperabilität, welche Wettbewerbern das Recht einräumt, Zugang zu den Schnittstelleninformationen zu den gleichen Bedingungen wie Windows-Betriebssysteme zu bekommen.[1037]

7.5.4. Zugang zu Plattformen

Eine andere im Zuge des Verfahrens gegen *Google* in der Lit diskutierte Form der Geschäftsverweigerung ist die Verweigerung des Zugangs zu einer Plattform. Hierbei wird vorgebracht, dass *Google* Mitbewerbern keine diskriminierungsfreie Reihung im Suchergebnis ermögliche und daher gegen einen kartellrechtlichen Kontrahierungszwang verstoße.[1038]

[1032] „Interoperability is a question of degree," *Höhn/Lewis*, Interoperability remedies, FRAND licensing and innovation: a review of recent case law, ECLR 2013, 101 (101).
[1033] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 207.
[1034] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 355.
[1035] Krit *Hausmann*, MMR 2008, 383, da durch diese Lösung auch wenig effektive Unternehmen am Markt verbleiben können.
[1036] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 395.
[1037] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 390.
[1038] Abl *Bork/Sidak*, Jcle. 8 (2012) 663 (678); *Körber*, ECLR 2015, 239 (241).

Instruktiv ist hierbei der Fall *Westbahn II*, in dem das privatwirtschaftliche Eisenbahnunternehmen *Westbahn*, auf Art 102 AEUV gestützt, Zugang zu einer marktbeherrschenden Plattform für Fahrplandaten begehrte.[1039] Es handelt sich bei dieser Plattform um einen mehrseitigen Markt, auf dem informationsbedürftige Eisenbahnnutzer und verschiedene Eisenbahnunternehmen aufeinander treffen. Hierbei unterschied der OGH als KOG danach, ob das marktbeherrschende Unternehmen bereits mit anderen Unternehmen kontrahiert hat – diesen daher Zugang zu der Plattform gewährt hat (s bereits Punkt 7.3.2.). Nur wenn dies nicht der Fall ist, sind die Voraussetzungen der Geschäftsverweigerung zu prüfen; ansonsten besteht tendenziell eine Pflicht zur Geschäftsaufnahme, so keine sachliche Rechtfertigung für eine Geschäftsverweigerung vorliegt.

Hieraus folgt, dass marktbeherrschende Plattformen grundsätzlich dazu verpflichtet sind, Mitbewerbern einen diskriminierungsfreien[1040] Zugang zu ermöglichen. Str ist, ob dieser diskriminierungsfreie Zugang auch die Bevorzugung von Diensten der Plattform selbst ausschließt.[1041] Eine ähnliche Fallkonstellation wurde in der europäischen Rsp bisher iZm digitalen Flugreservierungssystemen thematisiert, bei denen *Lufthansa* eine eigene Plattform betrieb und konkurrierenden Plattformen Flugreisen zu ungünstigeren Konditionen anbot; hierbei ging die EK von einem Verstoß gegen das Kartellrecht aus.[1042] Für das deutsche Kartellrecht weist hingegen *Körber* nach, dass nach ständiger Rsp des BGH eine Bevorzugung von eigenen Diensten keine Diskriminierung darstellt.

ME würde es zu weit reichen, marktbeherrschenden Unternehmen basierend auf dem Diskriminierungsverbot die Verpflichtung zuzuweisen, fremde Leistungen gleich wie eigene Leistungen zu behandeln, da dies einen tiefen Einschnitt in die Wettbewerbsmöglichkeiten von marktbeherrschenden Unternehmen darstellte. Dies würde nach sich ziehen, dass marktmächtige Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen im Wettbewerb benachteiligt würden, was mE keine im Zweck des Kartellrechts, welcher im Schutz des Wettbewerbsprozesses besteht, widerspiegelt. Eine Besserstellung von eigenen Services kann aber uU einen verbotenen Marktmachttransfer nach der Fallgruppe der Koppelung bedingen, wenn dadurch der Wettbewerb nachweislich gestört wird und keine sachliche Rechtfertigung besteht. Daraus folgt mE, dass keine generelle Pflicht für marktbeherrschende Unternehmen besteht, fremde Leistungsergebnisse gleich wie die eigenen zu behandeln; entsteht durch die Besserstellung des eigenen Leistungsergebnisses

[1039] KOG 11.10.2012, 16 Ok 1/12, *Westbahn II*.
[1040] Diskriminiert eine Plattform einen Mitbewerber beim Zugang zur Plattform, wäre nach Art 102 lit c AEUV ebenfalls ein Marktmachtmissbrauch verwirklicht.
[1041] S dazu ausführlich Punkt 6.3.2. Dies ist Gegenstand des momentan anhängigen Verfahrens rund um die *Google-Search*.
[1042] EK 20.7.1999, Pressemitteilung, IP/99/542.

jedoch eine Verzerrung des Wettbewerbs, ist mangels sachlicher Rechtfertigung ein kartellrechtliches Verbot gerechtfertigt.

Davon sind Konstellationen zu unterscheiden, in denen sich der Plattformbetreiber besonders prominente Teile der Plattform für seine eigenen Dienste vorbehält und diese besonders gut sichtbar platziert. Beispiele dafür werden von der EK in der Einblendung von *Google-Shopping* Ergebnissen bei der *Google Search* erblickt.[1043] Diese Positionen werden nicht an Mitbewerber vergeben, es besteht daher kein Wettbewerb dafür; eine Anzeige von Einschaltungen von Konkurrenten ist dabei nur möglich, wenn die Voraussetzungen der Geschäftsverweigerung erfüllt sind. Hierbei muss insb beurteilt werden, inwiefern die spezielle Positionierung für den Vertragssuchenden unentbehrlich ist. Bei Plattformen ist hierbei die entscheidende Frage, ob neben dem bevorzugten Zugang zu der Plattform noch andere Möglichkeiten bestehen, mit den anderen Marktseiten in Kontakt zu treten. Es hat daher eine doppelte Unentbehrlichkeitsprüfung zu erfolgen: Einerseits muss nachgewiesen werden, dass die Plattform selbst unentbehrlich ist, andererseits, dass die besondere Platzierung unentbehrlich ist. Zum Ersten wird für Suchmaschinen von der wohl hL ausgegangen, dass diese nicht als unentbehrlich gelten, da es Internetusern auch ohne die Zwischenschaltung einer Suchmaschine möglich ist, auf bestimmte Webpages zu gelangen.[1044]

In der Tat werden mE wohl nur jene Plattformen unentbehrlich sein, die einen exklusiven Zugang zu einer wettbewerbsrelevanten Anzahl von Nutzern auf einer anderen Marktseite haben und sohin als Bottleneck fungieren.[1045] Dies könnte bei sozialen Netzwerken der Fall sein, bei denen manche Teilnehmer exklusiv mit einem Anbieter verbunden sind. Verweigert eine solche Plattform den Zugang zu dieser exklusiven Kundengruppe, kann sie den Wettbewerb schädigen, wenn die exklusiv verbundene Gruppe groß genug ist.[1046] Bei dem Zugang zu Plattformen ist daher für das Erfordernis der Unentbehrlichkeit mE eine zweifache Prüfung erforderlich: Es muss geprüft werden, inwiefern Alternativen für den Zugang zu anderen Marktseiten bestehen; wird dies verneint, muss gefragt werden, ob ein nachhaltiger Wettbewerb auch ohne Zugang zu diesen exklusiv gehaltenen Kundenkreisen möglich ist.

[1043] EK 15.4.2015, Pressemitteilung, IP/15/4780.
[1044] *Körber*, Common errors regarding search engine regulation - and how to avoid them, ECLR 2015, 239 (242); Monopolkommission, 68. Sondergutachten Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Rz 234.
[1045] *Economides*, The Economics of Networks, IJIO 1996, 673 (692).
[1046] Als Verdeutlichung, ein hypothetisches Beispiel: Man nehme an, es gibt einen eigenen Markt für Werbung in sozialen Netzwerken. Wenn nun das größte soziale Netzwerk F, welches den exklusiven Zugang zu einer großen Anzahl von Internetusern hat, einem Werbeträger den Zugang verweigert, sind dessen Wettbewerbschancen wohl minimal.

7.5.5. Daten

Wie bereits in Punkt 4.2.2.3. ausgeführt, kommt Daten in der digitalen Ökonomie eine besonders wichtige Rolle zu, sie werden idZ als das „neue Öl" bezeichnet. Es ist – wie bereits ausgeführt – unstrittig, dass der Zugriff auf Daten eine wichtige Voraussetzung für den Wettbewerb im digitalen Umfeld ist. Dies hat einige Kommentatoren zu der Schlussfolgerung geführt, dass Daten im europäischen Kartellrecht als *Essential-Facility* angesehen werden können und sohin die Pflicht besteht, die im Geschäftsbetrieb gesammelten Daten auch Wettbewerbern zur Verfügung zu stellen.[1047] Dies könnte der Fall sein, wenn durch das Vorenthalten von Daten neue Produkte verhindert werden. Soweit ersichtlich wurde bislang die Anwendung der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung auf Daten in der Rechtsprechungspraxis noch nicht thematisiert.

Eine Anwendung der kartellrechtlichen Fallgruppe der Geschäftsverweigerung auf Daten setzt voraus, dass Daten ein unentbehrliches Vorprodukt für das Angebot von digitalen Leistungen sind. Der *IMS-Health* Rsp folgend ist es dabei nicht notwendig, dass ein eigener Markt für Daten abgegrenzt werden muss, solange dieser hypothetisch vorhanden ist.[1048] Der fehlenden Notwendigkeit der Marktabgrenzung zum Trotz darf mE nicht übersehen werden, dass heterogene Märkte für Daten bestehen. So werden für das Anbieten von Suchservices andere Daten erforderlich sein als für die Etablierung eines Onlineshops. Dies trifft auch dann zu, wenn nur hypothetische Märkte bestehen; alleine der Umstand, dass es kein Angebot gibt, ändert nichts an der Tatsache, dass unterschiedlichste Qualitäten von Daten nachgefragt werden. Für die Analyse der Unentbehrlichkeit von Daten ist daher zuerst nachzuweisen, dass das marktmächtige Unternehmen genau diese Qualität von Daten hält, die für das Agieren am nachgelagerten Markt unentbehrlich ist.

Wie an anderer Stelle ausgeführt, wurde bislang die wettbewerbliche Qualität von Daten nur in der Fusionskontrolle thematisiert. Eine Schädigung des Wettbewerbs wurde dabei bislang bei keinem Zusammenschluss festgestellt, obzwar Internetgiganten wie *Google* und *Facebook* am Prüfstand waren. Dies ist darauf zurückzuführen, dass – zumindest in den von der Kommission geprüften Sachverhalten – die betroffenen Daten von Userverhalten in der Internetökonomie relativ weit verbreitet sind und nur wenige Daten exklusiv von einem Unternehmen gehalten werden.[1049] Daraus lässt sich mE für die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung schließen, dass die Unentbehrlichkeit der betroffenen Daten in den bisherigen Fallkonstellationen durchwegs zu verneinen gewesen wäre.

[1047] ZB *Evans*, Antitrust Issues raised by the emerging global internet economy, SSRN-paper 2008, 19.
[1048] Im europäischen Recht wird wohl kein eigenständiger Markt für Daten abgegrenzt werden können; für eine weitere Diskussion s *Graef*, Market definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms, WoCo 2015, 473 (491); Für diesbezügliche Vorschläge im amerikanischen Antitrustrecht s weiterführend *Harbour/Koslov*, Section 2 in a web 2.0 world: An expanded vision of relevant product markets, ALJ 2010, 769.
[1049] *Holzweber*, Daten als Machtfaktor in der Fusionskontrolle, NZKart 2016, 104 (109).

Dies bedeutet jedoch ausdrücklich nicht, dass keine Konstellationen denkbar sind, in denen ein Unternehmen Zugang zu einer einzigartigen Qualität von Daten hat, welche für den Wettbewerb unentbehrlich sind.

Doch selbst wenn Daten als unentbehrlich angesehen werden können, stellt sich – zumindest bei personenbezogenen Daten – die Frage, ob das datenspezifische regulatorische Umfeld einem Abschlusszwang zugänglich ist. Wie an anderer Stelle ausgeführt,[1050] ist für die Verarbeitung personenbezogener Daten eine Einwilligung des Datensubjekts ohne Zwang iSd Art 2 lit. h der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG[1051] erforderlich. Es besteht zudem nach Art 6 Abs 1 lit. b *leg cit* ein striktes Zweckbindungsgebot, nach dem die erhobenen Daten nur für einen im Vorhinein definierten Zweck verarbeitet werden dürfen. Wenn nun ein Datensubjekt ein marktbeherrschendes Unternehmen zur Verarbeitung seiner Daten autorisiert, erstreckt sich diese Erlaubnis jedoch nicht auch auf Unternehmen, die den Zugang zu diesen Daten aus Gründen des Kartellrechts verlangen. Daraus folgt, dass mit Rücksicht auf das Datenschutzrecht ein Abschlusszwang an Daten nur dann möglich ist, wenn das Datensubjekt einer Verarbeitung durch ein anderes Unternehmen zustimmt.

[1050] *Holzweber*, NZKart 2016, 110.
[1051] ABl 1995 L 281/31.

7.6. Objektive Rechtfertigungsgründe

In der Rsp der Unionsgerichte wurde früh anerkannt, dass eine Geschäftsverweigerung nicht kartellrechtswidrig ist, wenn diese objektiv gerechtfertigt werden kann.[1052] Dies lässt sich auf den von *Areeda* formulierten Gedanken zurückführen, dass die Verweigerung eines Vertragsabschlusses nie per se kartellrechtswidrig ist, solange sie aus der Sicht des Leistungswettbewerbs sinnvoll ist.[1053] Dabei gelten für die objektiven Rechtfertigungsgründe bei der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung die entsprechenden Ausführungen bei der Fallgruppe der Koppelung (s Punkt 6.5.).

Den Einzelheiten des Einzelfalls geschuldet ist eine Vielzahl von objektiven Rechtfertigungsgründen denkbar. Diese können *grosso modo* in drei unterschiedliche Kategorien geteilt werden: der Einwand, dass (i) ein Geschäftsabschluss dem eigenen unternehmerischen Interesse schadet, (ii) ein Geschäftsabschluss auf Grund des künftigen Vertragspartners unzumutbar ist und (iii), es durch eine Geschäftsverweigerung zu Effizienzsteigerungen kommen könnte.

7.6.1. Geschäftsabschluss zu Lasten des Inhabers

Generell ist es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht zumutbar, einen Vertrag abzuschließen, wenn dieser dem eigenen Geschäftsbetrieb schadet. So wurden die fehlende Kapazität für einen weiteren Geschäftsabschluss,[1054] ein Lieferengpass und die Tatsache, dass das verlangte Produkt nicht mehr angeboten wurde, als Rechtfertigungsgrund anerkannt.[1055] Daraus lässt sich der Grundsatz erkennen, dass es auch marktbeherrschenden Unternehmen nicht auferlegt werden soll, für die Bereitstellung der Produkte dermaßen erhöhte Kosten zu tragen, dass eine wirtschaftliche Leistungserbringung unmöglich ist.

Da die Grenzkosten bei digitalen Plattformen typischerweise sehr gering sind (s Punkt 2.1.3.1.), spielt diese Rechtfertigungsform im untersuchten Kontext keine eigenständige Bedeutung und soll daher nicht weiter beleuchtet werden.

[1052] EuGH 6.3.1974, 6/73, *Commercial Solvents*, Rz 25; EuGH 26.11.1998, C-7/97, *Bronner*, Rz 25; EuGH 29.4.2004, C-418/01, *IMS Health*, Rz 44.

[1053] „(...) *denial of access is never pe se unlawful; legitimate business purpose always saves the defendant*“ *Areeda*, ALJ 1989, 852.

[1054] S aber EK 18.3.2009, COMP/39.402, *RWE Gas*, Fn 25: „*a dominant essential facility holder is under the obligation to take all possible measures to remove the constraints imposed by the lack of capacity and to organise its business in a manner that makes the maximum capacities of the essential facility available.*“

[1055] MwN zu den nationalstaatlichen Kartellverfahren *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 565.

7.6.2. Person des Vertragssuchers

Ein wesentliches Element der Vertragsfreiheit ist die Möglichkeit, unliebsamen Vertragssuchern den Geschäftsabschluss zu verweigern. Nun sind objektive Gründe in der Person des Vertragssuchers denkbar, die trotz einem vorhandenen Kontrahierungszwang Beachtung finden. Diese können einerseits an vergangenen Handlungen des Vertragssuchers liegen, die das Vertrauen in den Vetragssucher soweit erschüttern, dass der Geschäftsabschluss unzumutbar erscheint. Andererseits können – insb bei Abschluss von Dauerschuldverhältnissen wie Lizenzen – auch Zweifel an der wirtschaftlichen Potenz des Lizenzsuchers als Rechtfertigungsgrund für eine Vertragsverweigerung dienen.

Diese objektiven Gründe können im Kontext von Immaterialgüterrechten etwa darin bestehen, dass dem Vertragssucher die fachliche Qualifikation zur Ausübung des Rechts fehlt oder dass der Know-How-Schutz durch den etwaigen Lizenznehmer nicht gewährleistet ist.[1056] Die EK setzt dabei strenge Anforderungen an den Nachweis der Unzumutbarkeit des Vertragssuchers, welche auf dem früheren Handeln des Vertragssuchers basiert: So wurde der Umstand, dass leitende Angestellte des Vertragssuchers wegen der Entwendung von Geschäftsgeheimnissen des marktbeherrschenden Unternehmens angeklagt waren, nicht als objektive Rechtfertigung anerkannt. Dies wurde ua dadurch begründet, dass die Straftaten von natürlichen Personen begangen wurden, welche nicht unbedingt dem vertragssuchenden Unternehmen zuzurechnen sind.[1057]

Der EuGH präzisierte in der *Huawei* Rsp die Verhaltensanforderungen an die Person des Vertragssuchers, wenn dieser den Abschluss einer Lizenz begehrt: Dieser müsse auf das „*Angebot auf Vertragsabschluss* (…) *mit Sorgfalt, gemäß den in dem betreffenden Bereich anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten und nach Treu und Glauben* [reagieren].[1058]“ Dies ist objektiv zu beurteilen; es muss aber jedenfalls sichergestellt werden, dass keine Verzögerungstaktik verfolgt wird. Dabei muss mE insb einfließen, ob der Vertragssucher für die dem Vertragsschluss vorangehende Nutzung des Immaterialgüterrechts Rechnung legt und eine angemessene Gebühr für die Nutzung entrichtet.[1059] Jedenfalls hat der Lizenzsucher jedoch ab Beginn der Nutzung des Immaterialgüterrechts eine angemessene Sicherheit in Form etwa einer Bankgarantie beizubringen.[1060] Hält sich der Vertragssucher nicht an diese Verhaltensanordnungen, ist zumindest im Kontext von Immaterialgüterrechten mE ein objektiver Rechtfertigungsgrund für eine Geschäftsverweigerung realisiert.

[1056] *Appl*, Technische Standardisierungen und geistiges Eigentum (2012) 452.
[1057] EK 3.9.2001, COMP D3/38.044, *IMS Health* (Interim measures) Rz 173.
[1058] EuGH 16.7.2015, C-170/13, *Huawei Technologies*, Rz 65.
[1059] *Holzweber*, Unterlassungsanspruch bei standardessentiellen Patenten, ÖBl 2015, 279 (281).
[1060] EuGH 16.7.2015, C-170/13, *Huawei Technologies*, Rz 67.

7.6.3. Effizienzvorteile

In der Prioritätenmitteilung führt die EK unter der etwas missverständlichen Überschrift Effizienzvorteile aus, dass eine Geschäftsverweigerung gerechtfertigt werden kann, wenn diese notwendig ist, „*damit die Investitionen in den Ausbau [s]eines Inputgeschäfts eine adäquate Rendite erzielen, und auf diese Weise einen Anreiz besteht, trotz des Risikos von Misserfolgen auch künftig zu investieren.*“[1061] Diese Überlegung trägt dem Umstand Rechnung, dass – wie in Punkt 7.1. ausgeführt – die ökonomische Beurteilung des kartellrechtlich bedingten Kontrahierungszwangs von einer Abwägung von dynamischen und allokativen Effizienzkriterien abhängt. Die EK sieht daher eine objektive Rechtfertigung für eine Geschäftsverweigerung darin, dass die dynamischen Effizienzkriterien schwerer wiegen als allokative.

Diese Rechtfertigung kann nach Ansicht der EK nicht greifen, wenn bereits aus mitgliedsstaatlichen Normen ein Kontrahierungszwang besteht, da hier die widerlegbare Vermutung gilt, dass der nationale Gesetzgeber eine Abwägung zwischen allokativen und dynamischen Effizienzkriterien vorgenommen hat. Eine Abwägung kann auch dann unterbleiben, wenn „*das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung auf dem vorgelagerten Markt im Schutze von Sonder- oder Exklusivrechten oder mit Hilfe staatlicher Mittel erworben hat.*“[1062] Im diesem Fall bleiben auf dynamischen Effizienzkriterien fußende Argumente ohne Belang, da die marktbeherrschende Stellung ohne nennenswertes unternehmerisches Risiko errungen wurde.

Alleine die Existenz dieses Rechtfertigungsgrundes ist geeignet, die negativen Auswirkungen des kartellrechtlich vorgesehenen Abschlusszwangs auf die dynamische Effizienz von Märkten zu mindern: Ein rationaler Unternehmer kann damit rechnen, dass die Amortisation von wesentlichen Investitionen nicht durch einen Kontrahierungszwang vereitelt wird, da in diesem Fall die Möglichkeit besteht, die Geschäftsverweigerung zu rechtfertigen. Ein Rechtfertigungsgrund besteht daher mE soweit, als dass die Aufwendungen für Investitionen sowie eine angemessene Wagnisprämie durch einen Abschlusszwang nicht gedeckt werden können.

Besonders schwierig ist dieser Nachweis, wenn vom Abschlusszwang Immaterialgüterrechte betroffen sind, da bei diesen die angefallenen Investitionskosten und somit der Zeitpunkt der Amortisation schwieriger nachzuweisen sind (s zur Behandlung von Immaterialgüterrechten weiterführend Punkt 7.5.2.). Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass bei der Verwendung von Immaterialgüterrechten grdstzl dynamische Effizienzkriterien überwiegen und sohin die Geschäftsverweigerung bei Immaterialgüterrechten keine weitere kartellrechtliche Relevanz aufweist. So wurde bereits in der *Volvo/Veng* Entscheidung ausgesprochen, dass eine

[1061] EK, Prioritätenmittelung, Rz 84.
[1062] EK, Prioritätenmittelung, Rz 82.

willkürliche Verweigerung der Lizenzierung eines Immaterialgüterrechts kartellrechtliche Relevanz haben kann;[1063] eine Immunisierung durch den immaterialgüterrechtlichen Schutz findet daher nicht statt.

In der Rs *Microsoft* wandte *Microsoft* gegen eine etwaige Abschlusspflicht zu Interoperabilitätsinformationen ein, dass erhebliche Investitionen getätigt wurden, um die streitgegenständlichen Kommunikationsprotokolle auszuarbeiten und der wirtschaftliche Erfolg der Produkte daher die „*gerechte Belohnung sei*".[1064] Zudem sei die betroffene Technologie geheim und von großem Wert.[1065] Das EuG verwarf diese Argumentation als zu vage und rein theoretisch;[1066] insb wurde vorgeworfen, dass *Microsoft* nicht dargebracht habe, für welche spezifischen Technologien und Produkte ein Kontrahierungszwang negative dynamische Anreize schaffen könnte.[1067] Dies muss mE dahingehend interpretiert werden, dass das belangte Unternehmen durch konkrete Nachweise der Aufwendungen für F&E für die betroffenen Vorprodukte darlegen muss, dass ein Geschäftsabschluss unzumutbar wäre. Von einer generellen Rechtfertigung von Geschäftsverweigerungen in dynamischen Märkten kann gerade nicht ausgegangen werden.[1068]

Bei einer Analyse der bisher ergangenen Fälle der Geschäftsverweigerung iZm Immaterialgüterrechten weist *Eilmansberger* mE zurecht darauf hin, dass in bisherigen Fallkonstellationen im Unionsrecht stets Schutzrechte betroffen waren, deren Wirkung auf den dynamischen Wettbewerb nur beschränkt war.[1069] Dies kann (i) auf das der Geschäftsverweigerung zeitlich vorgelagerte Lizenzierungsverhalten des Unternehmens, (ii) auf die Qualität des Immaterialgüterrechts als Beiprodukt und (iii) auf den Kontext von Standards und Normierungen zurückgeführt werden.

So hatte *Microsoft* die bereits thematisierten Schnittstelleninformationen (zu diesen bereits weiterführend Punkt 7.5.3.) ihren Wettbewerbern anfänglich unentgeltlich zu Verfügung gestellt; eine Geschäftsverweigerung erfolgte erst zum Zeitpunkt, als das Produkt von *Microsoft* „*am Markt für Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver hinreichend etabliert war*"[1070]. Dies erschütterte naturgemäß das Vorbringen, dass durch eine erzwungene Bereitstellung der

[1063] EuGH 5.10.1988, 238/87, *Volvo/Veng*, Rz 9; explizit EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 690.
[1064] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 666.
[1065] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 667.
[1066] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 697.
[1067] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 698.
[1068] Anders *O'Donoghue/Padilla*, The law and economics of Article 102 TFEU, 568.
[1069] *Eilmansberger*, KCLJ 2005, 344.
[1070] EuG 17.9.2007, T-201/04, *Microsoft*, Rz 702.

Schnittstelleninformationen negative Anreize für die Innovationstätigkeit von *Microsoft* entstehen würden.

Immaterialgüterrechte, die Gegenstand von kartellrechtlichen Verfahren waren, sind nach *Eilmansberger* häufig Nebenprodukte bei der Entwicklung oder Produktion und nicht Gegenstand gezielter innovativer Tätigkeit.[1071] So waren die in der Rs *Magill*[1072] gegenständlichen Informationen ein Nebenprodukt für TV-Kanäle, welche für Fernsehzeitschriften von Bedeutung sein können, und die Kundendaten in der Rs *ITT Promedia*[1073] ein Nebenprodukt, welches von einem Vertreiber von Telefonbüchern verlangt wurde. Da für deren Schaffung kein größerer Aufwand vonnöten ist und die Grenzkosten für die Vervielfältigung von Immaterialgüterrechten sehr gering sind, werden die innovationsschädlichen Auswirkungen dieser Interventionen wohl begrenzt bleiben.

Zuletzt besteht eine Gruppe von Immaterialgüterrechten, die nicht durch die in ihnen enthaltene innovative Idee, sondern durch die Aufnahme in eine Norm Marktgeltung haben. Wird an einem solchen Immaterialgüterrecht ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang statuiert, fällt die Schädigung des dynamischen Wettbewerbs geringer aus, da die marktbeherrschende Stellung nicht auf eine Innovation, sondern auf den Normierungsprozess zurückzuführen ist. So legt der EuGH an die Geschäftsverweigerung von Schutzrechten, die in eine technische Norm eingeflossen sind (sog standardessenzielle Patente), strengere Voraussetzungen an als bei Schutzrechten ohne Normierungskontext.[1074] Dies könnte bei der Rs *IMS-Health* ausschlaggebend gewesen sein: Es handelte sich hierbei um einen Industriestandard, bei dem auch Kunden von IMS-Health mitgewirkt haben.

Daraus kann mE gefolgert werden, dass aus der bisher ergangenen Rsp nur eingeschränkt auf mögliche objektive Rechtfertigungsgründe iZm Immaterialgüterrechten geschlossen werden kann. Die besprochenen Fallkonstellationen waren jeweils Sonderkonstellationen, in denen nur geringe Investitionen in die Schaffung des Rechts notwendig waren oder in denen das Interesse an der Geltendmachung des Ausschließlichkeitsrechts nicht durchwegs gegeben war. Man könnte daher mE jedenfalls davon ausgehen, dass die Amortisation von Investitionen in Immaterialgüterrechte – wie etwa bspw bei Pharmapatenten – ein berücksichtigungswürdiger Rechtfertigungsgrund ist.

[1071] *Eilmansberger*, KCLJ 2005, 344.
[1072] EuGH 6.4.1995, C-241/91 P, *Magill*.
[1073] EuG 17.7.1998, T-111/96, *ITT Promedia*.
[1074] *Holzweber*, ÖBl 2015, 282.

8. Zusammenfassende Abschlussthesen

1. Digitale Güter haben besondere ökonomische Eigenschaften: Sie sind nicht rivalisierend, Erfahrungs- und Vertrauensgüter und Träger von direkten und indirekten Netzwerkeffekten. Aus diesen Charakteristika folgt, dass Märkte für digitale Güter zu einer temporären Monopolisierung neigen: Sie werden häufig durch ein Unternehmen dominiert, auf Grund eines überaus kurzen Innovationszyklus wirkt Marktmacht jedoch regelmäßig nur zeitlich beschränkt.
2. Im digitalen Kontext sind Plattformen häufig mehrseitig. Dies bedeutet, dass sie als Intermediäre zwischen mehreren Abnehmergruppen agieren, die jeweils ein unterschiedliches Nachfrageverhalten aufweisen. Durch Quersubventionierung ist es bei mehrseitigen Plattform uU ökonomisch rational, die Leistung für eine der Nachfragegruppen unter den Grenzkosten zu erbringen, häufig erfolgt die Leistung für eine der Nachfragegruppen sogar unentgeltlich.
3. Mehrseitige Plattformen werden in der Ökonomie als idealisiertes Marktkonzept untersucht, welches einen Gegenentwurf zum Modell des herkömmlichen, einseitigen Marktes darstellt. Die tatsächliche Marktverfassung vereint jedoch häufig Elemente einseitiger und mehrseitiger Märkte. Für die juristische Behandlung von mehrseitigen Märkten muss es daher zu einer Bildung von Fallgruppen kommen; eine uniforme Behandlung von mehrseitigen Märkten ist somit abzulehnen.
4. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bildet meist den ersten Schritt einer kartellrechtlichen Analyse. Bei digitalen Märkten fordert die Lit dabei eine stärkere Einbeziehung der Angebotssubstituierbarkeit und des potentiellen Wettbewerbs als bei analogen Märkten. In der hier vertretenen Rechtsansicht ist die verstärkte Einbeziehung des potentiellen Wettbewerbs bei der Marktabgrenzung abzulehnen, da Prognosen im dynamischen Marktumfeld nur eingeschränkt möglich sind und zu einer verzerrten Marktabgrenzung führen können.
5. In der Rechtsprechungspraxis erfolgt die Marktabgrenzung im digitalen Kontext weitgehend nach denselben Maßstäben wie bei analogen Märkten. Insb wird kein umfassender Markt für Internetdienstleistungen definiert, der unabhängig von ihrer Funktionalität aus der Sicht der Endabnehmer sämtliche Internetangebote umfasst.
6. Bei der Marktabgrenzung von mehrseitigen Märkten ist fraglich, ob für jede der Abnehmergruppen ein eigener Markt abgegrenzt werden muss oder ob alle Marktseiten gemeinsam einen Markt bilden. In der hier vertretenen Rechtsansicht handelt es sich hierbei um eine Rechtsfrage, welche durch analoge Anwendung der Herangehensweise bei der Marktabgrenzung von Systemmärkten gelöst werden kann. Grundsätzlich kann unter Heranziehung der Marktabgrenzungspraxis zu Teilmärkten davon ausgegangen werden, dass je ein Markt pro Marktseite abgegrenzt werden kann, wenn (i) zum Zeitpunkt des Verkaufs

festgestellt werden kann, zu welcher Gruppe der jeweilige Abnehmer angehört, (ii) der Handel zwischen Kunden bzw Arbitrage nicht möglich ist und (iii) gegenüber den einzelnen Abnehmergruppen unterschiedliche Absatzstrategien möglich sind. Eine unterschiedliche Absatzstrategie gegenüber den einzelnen Abnehmergruppen ist nach Wertungen zur Marktabgrenzung bei Systemmärkten dann nicht möglich, wenn sich die Abnehmer einer Marktseite einer anderen Plattform zuwenden würden, wenn die Preise auf der anderen Marktseite erhöht würden. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn starke Netzwerkeffekte bestehen. Diese Herangehensweise befindet sich im Einklang mit der Kommissionpraxis bei der Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten.

7. Ein fehlender Leistungsaustausch – etwa in Form eines unentgeltlichen Angebots für eine der Marktseiten – steht der Abgrenzung eines Marktes im digitalen Kontext nicht entgegen. Grund dafür mag sein, dass in der Internetökonomie Nutzer zwar keine geldwerte Gegenleistung zu erbringen haben, sie bezahlen die Rechnung jedoch häufig mit ihren persönlichen Daten, denen ein monetärer Wert zukommt.
8. Für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der marktbeherrschenden Stellung ist bei digitalen Märkten der Rückgriff auf die Marktstruktur problematisch, da es sich hierbei um eine rein statische Betrachtungsweise handelt. Deswegen haben Marktanteile in diesem Kontext nur eine untergeordnete Bedeutung.
9. Von größerer Bedeutung für die Bestimmung der Marktbeherrschung sind bei digitalen Märkten Marktzutrittsschranken wie etwa hohe Wechselkosten. Selbst wenn ein Anbieterwechsel ohne monetäre Kosten möglich ist, bedeutet dies jedoch nicht, dass keine Wechselkosten auftreten: So kann Kundenträgheit einen Anbieterwechsel unterbinden. Ebenso gelten Netzwerkeffekte als Marktzutrittsschranken. Wesentlich ist dabei, ob sich Abnehmer nur für einen Anbieter (sog Singlehoming) oder für mehrere Anbieter gleichzeitig (sog Multihoming) entscheiden können. Im ersten Fall wirken Netzwerkeffekte besonders stark als Marktzutrittsschranken. Daneben können auch die gesammelten Daten von Abnehmern als Marktzutrittsschranke aufgefasst werden.
10. Bei mehrseitigen Plattformmärkten besteht der Sonderfall, dass ein Monopolmarkt uU das Wohlfahrtsoptimum gewährleisten kann. Dennoch ist nach der hier vertretenen Interpretation von Art 102 AEUV als Bestimmung, die den Wettbewerb an sich und nicht das Wohlfahrtsoptimum im Fokus hat, das Verbot des Marktmachtmissbrauchs auf mehrseitige Plattformen anwendbar.
11. Die Subsumption des Tatbestandsmerkmals der marktbeherrschenden Stellung bei Plattformmärkten erfordert eine Berücksichtigung aller Marktseiten – selbst wenn unterschiedliche Teilmärkte abgegrenzt werden.

12. Indirekte Netzwerkeffekte, welche für mehrseitige Märkte typisch sind, können als Marktzutrittsschranken qualifiziert werden. Besonders signifikant sind diese Effekte, wenn eine Plattform einen exklusiven Zugang zu einem Kundensegment hat, da diese Plattform dann als *competitive bottleneck* fungiert.
13. Der Marktmachttransfer umfasst Geschäftspraktiken, mit denen ein Unternehmen versucht, seine Marktmacht vom beherrschten Markt auf einen noch nicht beherrschten Markt auszudehnen. Es kommt daher zu einer Divergenz zwischen dem Markt, in dem ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat und jenem Markt, in dem die Geschäftspraktik getätigt wird oder auf den die Geschäftspraktik Auswirkungen zeitigt.
14. Nach Rsp des EuGH umfasst Art 102 AEUV auch Konstellationen der Marktdivergenz. Wird die Geschäftspraktik in einem anderen als dem beherrschten Markt gesetzt und zeitigt sie auch in diesem Auswirkungen, kommt Art 102 AEUV nach der Tetra Pak II Rsp nur dann zur Anwendung, wenn der beherrschte Markt und jener Markt, in dem die Geschäftspraktik gesetzt wird und auf den sie Auswirkungen hat, verbunden sind. Teilmärkte von mehrseitigen Plattformen können dabei als verbunden iSd *Tetra Pak II* Rsp angesehen werden.
15. Geschäftspraktiken, die einen Marktmachttransfers bewirken, sind zumindest bei Fällen im Kontext der Internetökonomie nur dann verboten, wenn nachgewiesen werden kann, dass diese negative wettbewerbliche Auswirkungen haben. Dabei reicht, wenn die Wettbewerbsschädigung nur potentiell eintritt. Ein Grund dafür liegt wohl darin, dass die ökonomischen Auswirkungen von marktmachttransferierenden Praktiken strittig sind.
16. Verschiedene Fallgruppen von Geschäftspraktiken können als Marktmachttransfer qualifiziert werden. Diese Fallgruppen überschneiden sich teilweise; die Fallgruppe der Koppelung kann gleichzeitig mit allen anderen Fallgruppen angewandt werden. Die Koppelung stellt daher den Grundtatbestand des Marktmachttransfers dar; andere Geschäftspraktiken können jedoch nach dem *lex specialis* Grundsatz zur Anwendung kommen.
17. Nach Art 102 lit d AEUV sind Koppelungen – dh die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen – durch marktbeherrschende Unternehmen verboten. Eine verbotene Koppelung liegt im digitalen Kontext vor, wenn drei Tatbestandselemente erfüllt sind: Es müssen (i) unterschiedliche Produkte miteinander verkauft werden, die Koppelung muss (ii) zu einer Marktverschließung führen und (iii) darf die Koppelung nicht sachlich gerechtfertigt sein.
18. Unterschiedliche Produkte liegen grundsätzlich dann vor, wenn die gekoppelten Produkte auf unterschiedlichen Märkten situiert sind. Fehlt jedoch eine eigenständige Nachfrage nach dem Hauptprodukt, liegen keine unterschiedlichen Produkte vor, obwohl sich die Produkte auf unterschiedlichen Märkten befinden. Dasselbe gilt, wenn eine selbstständige – dh von den

einzelnen gekoppelten Produkten unabhängige – Nachfrage nach dem integrierten Produkt besteht.

19. Bei mehrseitigen Plattformen kann das Tatbestandsmerkmal des unterschiedlichen Produkts auch dann gegeben sein, wenn sich die gekoppelten Produkte am selben Markt befinden, da durch indirekte Netzwerkeffekte ein anderer Markt geschädigt werden kann.
20. Im digitalen Kontext wird – anders als bei Fällen in der analogen Welt – das Tatbestandselement des Zwangs zur gemeinsamen Abnahme in modifizierter Form geprüft. Hinreichend dafür ist, wenn durch eine Geschäftspraktik die gemeinsame Abnahme beider Produkte wahrscheinlicher wird. Dies ist – wie die Koppelung des Windows Media Players und des Internet Explorers mit dem Betriebssystem Windows gezeigt hat – regelmäßig bei der Integration eines Produkts in ein anderes der Fall. Ebenso kann aber auch die bevorzugte Platzierung von eigenen Produkten im Suchergebnis die Abnahme beider Produkte wahrscheinlicher machen.
21. Für das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverschließung besteht kein rechtliches Erfordernis, den Schaden einer Geschäftspraktik für Verbraucher zu substantiieren; die Schädigung der Marktstruktur indiziert eine Verbraucherschädigung. Anderes gilt jedoch für mehrseitige Märkte, bei denen Koppelungspraktiken zwar zu einer Schwächung der Marktstruktur, jedoch nicht unbedingt zu einer Verbraucherschädigung führen. Bei mehrseitigen Märkten kann daher der Nachweis geführt werden, dass eine wettbewerbsschädigende Geschäftspraktik die Verbraucherwohlfahrt steigert.
22. Eine wettbewerbsverschließende Koppelungspraktik kann objektiv gerechtfertigt werden. Eine auf Effizienzen basierende Rechtfertigung dringt nur dann durch, wenn die Effizienzen (i) auf das fragliche Verhalten zurückgeführt werden können, für ihr Erreichen (ii) keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Alternativen vorhanden sind, (iii) sie etwaige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb aufwiegen. Dazu darf (iv) der Wettbewerb trotz der Effizienzen nicht vollständig ausgeschalten werden. Letzteres Tatbestandsmerkmal ist jedoch eng auszulegen.
23. Eine Koppelung geht regelmäßig mit einer Senkung von Transaktionskosten einher. Dabei ist regelmäßig der Nachweis, dass die Koppelungspraktik die gelindeste Maßnahme zur Erreichung dieser Effizienzen darstellt, mit Problemen behaftet. Allenfalls kann diese Rechtfertigung durchdringen, wenn die Abnehmer des Produkts nur wenig informiert sind, da diese idR höhere Transaktionskosten haben.
24. Eine Rechtfertigung besteht auch darin, dass durch die Koppelung – insb in der Form einer Produktintegration – das Produkt verbessert wird. Produktverbesserungen sind ein wesentlicher Bestandteil des Leistungswettbewerbs und daher grundsätzlich nicht kartellrechtlich verpönt. Die vorzunehmende Abwägung zwischen der Schädigung des Wettbewerbs und der Produktverbesserung kann durch den im US-amerikanischen Antitrustrecht verbreiteten

Plausible Benefit Test erfolgen: Kann ein Unternehmen nachweisen, dass durch die Koppelung das Produkt derart verbessert wird, dass die Abnehmer einen plausiblen Vorteil daraus ziehen können, ist die Koppelung zum Leistungswettbewerb zu zählen und daher nicht wettbewerbswidrig.

25. Ebenso kommt eine Rechtfertigung auf Grund der Qualitätssicherung in Betracht; im Kontext von digitalen Plattformen könnte dies etwa der Schutz vor Schadsoftware sein. Diese Rechtfertigung wird idR jedoch nicht durchdringen, da häufig weniger wettbewerbsschädliche Maßnahmen zum Schutz der Produktqualität bestehen als eine Koppelung.
26. Es steht auch marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich frei, Geschäfte mit anderen einzugehen oder den Abschluss eines Geschäfts zu verweigern. Eine Geschäftsverweigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens an einem nicht vermarkteten Produkt ist jedoch kartellrechtswidrig, wenn drei Tatbestandsmerkmale erfüllt sind: Die Geschäftsverweigerung muss (i) Produkte oder Dienstleistungen betreffen, die objektiv notwendig sind, um auf einen nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können, (ii) wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten und (iii) wahrscheinlich den Verbrauchern schaden. Wurde das streitgegenständliche Produkt bereits vermarktet, reicht es, wenn die Geschäftsverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt ist, da ansonsten eine kartellrechtswidrige Diskriminierung vorliegt.
27. Eine Geschäftsverweigerung liegt gleichermaßen bei einer expliziten Ablehnung des Vertragsanbots, bei einer impliziten Ablehnung des Angebots etwa durch das Verlangen von unerfüllbaren Gegenleistungen und bei einer Vertragsauflösung vor.
28. Erste Tatbestandsvoraussetzung der Geschäftsverweigerung ist die Existenz eines abgeleiteten Marktes; dies bedeutet, dass die Geschäftsverweigerung auf den einen Markt Auswirkungen auf einen anderen Markt zeitigt. Es ist dabei nicht notwendig, dass tatsächlich ein Markt für das streitgegenständliche Produkt identifiziert werden kann; es reicht ein hypothetischer Markt, in dem zwar die Nachfrage, aber kein Angebot nach dem Produkt besteht. Bei der Verweigerung einer Lizenzierung von Immaterialgüterrechten ist dabei davon auszugehen, dass ein eigener Technologiemarkt besteht, welcher mit dem Produktmarkt reaktionsverbunden ist. Mehrere Teilmärkte einer mehrseitigen Plattform gelten ebenfalls als abgeleitete Märkte.
29. Gegenstand der Geschäftsverweigerung muss ein Produkt sein, das unerlässlich für den Wettbewerb auf einem anderen Markt ist. Unerlässlich ist ein Produkt dann, wenn erstens keine Möglichkeit zur Substituierung oder zur Eigenerstellung besteht und zweitens, wenn die Kunden an das Endprodukt Erwartungen stellen, die nur mit Rückgriff auf das Vorprodukt erfüllt werden können.
30. Sind Immaterialgüterrechte Gegenstand der Geschäftsverweigerung, verlangt die Rsp, dass der Vertragssucher neue Produkte anbietet, die der Rechteinhaber selbst nicht anbietet und für die

eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht. Dieses Erfordernis ist durch die rechtliche Ungleichheit von Immaterialgüterrechten und Sacheigentum zu erklären: Anders als Sacheigentum sind Immaterialgüterrechte durch das TRIPS-Abkommen, welches von den MS sowie von der EU selbst unterzeichnet wurden, geschützt. Einschränkungen von Immaterialgüterrechten sind nach diesen völkerrechtlichen Vorgaben nur möglich, wenn sie mit der normalen Verwertung des Ausschließlichkeitsrechts nicht in Konflikt geraten und die Interessen der Rechteinhaber nicht unverhältnismäßig einschränken. Für die normale Verwertung von immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten ist der Ausschluss des Imitationswettbewerbs unbedingt notwendig. Das reine Kopieren des Produkts eines Rechteinhabers kann somit nicht kartellrechtlich durchgesetzt werden. Durch das Erfordernis des neuen Produkts sollen nur Konstellationen geschützt werden, in denen der Substitutionswettbewerb, welcher mit der normalen Verwertung von Immaterialgüterrechten nicht im Widerspruch steht, eingeschränkt wird.

31. Bei digitalen Märkten war häufig die Geschäftsverweigerung an Schnittstelleninformationen Gegenstand kartellrechtlicher Ermittlungen. Schnittstelleninformationen fallen unter den Softwareschutz, wenn das Erfordernis der Eigentümlichkeit erfüllt wird. Jedoch sieht das Softwareschutzregime ausdrücklich die Möglichkeit der Dekompilierung vor; *Reverse Engineering* ist daher gesetzlich ausdrücklich erlaubt. Ein Abschlusszwang an Schnittstelleninformation besteht folglich nur dann, wenn ein *Reverse Engineering* auf Grund der Komplexität des Einzelfalls nicht möglich ist. Zudem ist auf die Markterwartungen bei der Kompatibilität abzustellen.
32. Grundsätzlich kann auch die Verweigerung des Zugangs zu einer Plattform kartellrechtlich verpönt sein. Wurde der Zugang in selbiger Weise bereits anderen gewährt, muss gefragt werden, ob die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist. Behält sich ein Plattformbetreiber jedoch besonders gut sichtbare Anzeigeflächen vor, die er ansonsten nicht weiterverkauft, kann – so alle anderen Tatbestandsmerkmale gegeben sind – ein Geschäftsabschluss kartellrechtlich durchgesetzt werden.
33. Es ist denkbar, dass eine kartellrechtliche Pflicht besteht, Wettbewerbern den Zugang zu gesammelten Daten von Nutzern zu ermöglichen, so diese eine unentbehrliche Vorleistung für den Wettbewerb darstellen. Das datenspezifische regulatorische Umfeld steht – zumindest bei personenbezogenen Daten – in den meisten Fällen jedoch einem Abschlusszwang entgegen: Für die Datenverarbeitung ist eine Einwilligung des Datensubjekts erforderlich. Es würde daher einen Verstoß gegen das Datenschutzregime bedeuten, würde man Unternehmen, denen das Datenobjekt keine Einwilligung erteilt hat, auf Grund kartellrechtlicher Wertungen Zugang zu personenbezogenen Daten gewähren.

34. Auch bei der Fallgruppe der Geschäftsverweigerung ist eine objektive Rechtfertigung möglich. Eine solche Rechtfertigung kann etwa die Person des Vertragssuchers betreffen: Hat dieser auf ein Vertragsangebot nicht mit Sorgfalt gemäß den in dem betreffenden Bereich anerkannten geschäftlichen Gepflogenheiten und nach Treu und Glauben reagiert, muss kein Vertrag abgeschlossen werden. Bei in digitalen Märkten häufig streitgegenständlichen Immaterialgüterrechten hat der Nutzer für die vorhergegangene Nutzung Rechnung zu legen und eine angemessene Gebühr zu entrichten; zudem hat er eine angemessene Sicherheit in Form etwa einer Bankgarantie beizubringen.
35. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann eine Geschäftsverweigerung auch dann rechtfertigen, wenn eine Geschäftsverweigerung notwendig ist, damit für die Investitionen in das Vorprodukt eine angemessene Rendite erzielt werden kann. Dieser Nachweis ist insb bei Immaterialgüterrechten schwierig zu erbringen. In den bisherigen Fallkonstellationen war das streitgegenständliche Immaterialgüterrecht jedoch stets mit geringen Investitionen verbunden, weshalb die konkrete Reichweite dieses Rechtfertigungsgrundes noch offen bleibt.

9. Literaturverzeichnis

1. *Ahlenstiel:* Marktabgrenzung in der Internetökonomie: die Geltung der Wettbewerbsregeln des Artikels 82 EGV im Falle der Marktdivergenz, 2008.

2. *Ahlborn/Evans*: The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe, Antitrust Law Journal 2009, 887.

3. *Ahlborn/Evans/Padilla*: The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per-Se Illegality, The Antitrust Bulletin 2004, 287.

4. *Akman*: The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2811789

5. *Alves de Almeida*: Market dominance in the new economy, Revista Direito GV 2006, 67.

6. *Amelio/Jullien*: Tying and freebies in two-sided markets, International Journal of Industrial Organization 2012, 436.

7. *Anderman*: Microsoft v Commission and the interoperability issue, in *Rubini* (Hg): Microsoft on trial: legal and economic analysis of a transatlantic antitrust case, 2010, 258.

8. *Appl*: Technische Standardisierungen und geistiges Eigentum, 2012.

9. *Areeda*: Essential facilities: an epithet in need of limiting principles, Antitrust Law Journal 1989, 841.

10. *Argentesi/Filistrucchi*: Estimating market power in a two-sided market: The case of newspapers, Journal of Applied Economics 2007, 1247.

11. *Argenton/Prufer:* Search engine competition with network externalities, Journal of Competition Law and Economics 2012, 73.

12. *Argenziano*: Differentiated Networks: Equilibrium and Efficiency, The Rand Journal of Economics 2008, 747.

13. *Armstrong*: Competition in two-sided markets, The RAND Journal of Economics 2006, 668.

14. *Armstrong/Wright*: Two-sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts, Economic Theory 2007, 353.

15. *Auer/Petit*: Two-sided markets and the challenge of turning economic theory into competition policy, SSRN-Paper 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552337.

16. *Ayal*: Monopolization via Voluntary Network Effects, Antitrust Law Journal 2010, 799.

17. *Babey*: Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, 2010.

18. *Bain*: Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, 1956.

19. *Baker*: Market definition: An analytical overview, Antitrust Law Journal 2007, 129.

20. *Ben-Zie*: Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften, 2008.

21. *Berasategi*: Supermarket Power: Serving Consumers or Harming Competition, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2401723.

22. *Beyer/Carl*: Einführung in die Medienökonomie, 2012.

23. *Biglaiser*: Middlemen as experts, The RAND Journal of Economics 1993, 212.

24. *Bishop/Walker*: The economics of EC competition law: concepts, application and measurement, 2010.

25. *Blaschczok,* Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, 2015.

26. *Bode*: Der Informationsbegriff in der Betriebswirtschaftslehre, Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 1997, 449.

27. *Bork*: The antitrust paradox: a policy at war with itself, 1978.

28. *Bork/Sidak.*: What does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?, Journal of Competition Law and Economics, 2012, 663.

29. *Bornkamm/Montag/Säcker* (Hg): Europäisches Wettbewerbsrecht[2. Aufl], 2015.

30. *Bowman*: Tying Arrangements and the Leverage Problem, Yale Law Review 1957, 19.

31. *Buchholz*: Gibt es einen Fernsehzuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, ZUM 1998, 108.

32. *Bydlinski, F.*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2011.

33. *Camesasca/Meulenbelt/Chellingsworth/Daems/et al*: The Dutch Yellow Pages merger case - 2-1 will go!, ECLR 2009, 4.

34. *Carlton/Waldman*: The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries, The RAND Journal of Economics 2002, 194.

35. *Choi*: Tying in two-sided markets with multi-homing, Journal of Industrial Economics 2010, 607.

36. *Choi/Stefanadis*: Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory, The RAND Journal of Economics 2001, 52.

37. *Clement/Schreiber*: Internet-Ökonomie, 2013.

38. *Coates*: Competition law and regulation of technology markets, 2011.

39. *Colomo*: Beyond the „More Economics-Based Approach“: A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law, Common Market Law Review 2016, 709.

40. *Conde Gallego*: Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf „unerlässliche” Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass-Urteile, GRUR Int 2006, 16.

41. *Crocioni*: Leveraging of market power in emerging markets: A review of cases, literature and a suggested framework, Journal of Competition Law and Economics 2007, 449.

42. *Cournot*: Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses, 1838.

43. *Cusumano/Mylonadis/Rosenbloom*: Strategic Maneuvering and Mass-Market Dynamics: The Triumph of VHS over Beta, The Business History Review 1992, 51.

44. *Darby/Karni*: Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, The Journal of Law & Economics 1973, 67.

45. *Dewenter/Rösch*: Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte: Eine wettbewerbsökonomische Betrachtung aus Sicht der Theorie der zweiseitigen Märkte, 2015.

46. *Dewenter/Rösch/Terschüren*: Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, 387.

47. *Dietrich*: Wettbewerb in Gegenwart von Netzwerkeffekten: eine kartellrechtliche Untersuchung des Wettbewerbs zwischen inkompatiblen proprietären Systemen, 2006.

48. *Dolmans/Graf*: Analyisis of Tying Under Article 82 EC. The European Commission's Microsoft Decision in Perspective, World Competition Co 2004, 225.

49. *Dranove/Gandal*: The Dvd-vs.-Divx Standard War: Empirical Evidence of Network Effects and Preannouncement Effects, Journal of Economics & Management Strategy 2003, 363.

50. *Dreher*: Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, ZWeR 2009, 149.

51. *Drexl*: Intellectual Property and Antitrust Law IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2004, 788.

52. *Drexl*: Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License, in *Ehlermann /Atanasiu* (Hg): The interaction between competition law and intellectual property law, 2007, 649.

53. *Economides*: The Economics of networks, International Journal of Industrial Organization 1996, 673.

54. *Economides*: Public policy in network industries, NetInst 2004, http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Public_Policy_In_Network_Industries.pdf.

55. *Edelman/Geradin*: Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile, 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833476.

56. *Edelmann*: Does Google leverage market power through tying and bundling?, Journal of Competition Law and Economics 2015, 365.

57. *EDPS*, Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Big%20data/14-07-11_EDPS_Report_Workshop_Big_data_EN.pdf.

58. *Eilmansberger*: How to Distinguish Good and Bad Competition under Article 82 EC: In Search of Clearer and more Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses, Common market law review 2005, 129.

59. *Eilmansberger*: The essential facilities doctrine under art 82: What is the state of affairs after IMS-Health and Microsoft?, King's College Law Journal 2005, 329.

60. *Eilmansberger*: Verbraucherwohlfahrt, Effizienzen und ökonomische Analyse - Neue Paradigmen im europäischen Kartellrecht, ZWeR 2009, 437.

61. *Eilmansberger*: Zum Verhältnis zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und Regulierungsrecht, MR 2010, 353.

62. *Emch/Thompson*: Market Definition and Market Power in Payment Card Networks, Review of Network Economics 2006, 45.

63. *Elhauge*: Tying, Bundling, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory, 123 Harvard Law Review 2009.

64. *Elhauge*: Research handbook on the economics of antitrust law, 2012.

65. *Erhard:* Marktmachtverlagerung durch Suchmaschinenbetreiber: Suchmaschinenneutralität im europäischen, deutschen und US-amerikanischen Kartellrecht, 2014.

66. *Ernsthaler/Bock*: Verhältnis zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht am Beispiel der Essential-facility-Rechtsprechung von EuGH und EuG, GRUR 2009, 1.

67. *Evans*: Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, Yale Journal on Regulation 2003, 325.

68. *Evans*: Antitrust Issues raised by the emerging global internet economy, SSRN-paper 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1279686.

69. *Evans*: Competition and Regulatory Policy for Multi-Sided Platforms with Applications to the Web Economy, SSRN-paper 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090368.

70. *Evans/Noel*: Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms, Columbia Business Law Review, 2005, 101.

71. *Evans/Padilla*: Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf, World Competition 2004, 503.

72. *Evans/Schmalensee*: The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 2007, 151.

73. *Evans/Schmalensee,* The antitrust analysis of multi-sided platform businesses, NBER Working Paper Series 2013, http://www.nber.org/papers/w18783.pdf.

74. *Evans/Schmalensee*: Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries, NBER Working paper series 2001, http://www.nber.org/papers/w8268.pdf.

75. *Farrell/Klemperer*: Handbook of Industrial Organization 3, 2007.

76. *Farrell/Shapiro/Nelson/Noll*: Standard setting in high-definition television, Brookings papers on economic activity, 1992, 1.

77. *Faull/Nikpay/Taylor* (Hg): The EU law of competition[3], 2014.

78. *Filistrucchi/Geradin/van Damme*: Identifying Two-Sided Markets, World Competition 2013, 33.

79. *Filistrucchi/Geradin/van Damme*: Assessing Mergers in Two-Sided Markets: Some Suggestions, Report to Nma, https://www.acm.nl/download/documenten/nma/NMa_Two-Sided_Markets_-_Report_-_16_July_2010.pdf

80. *Filistrucchi*: A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media, SSRN-papers 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287442.

81. *Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt*: Market definition in two-sided markets: Theory and practice, Journal of Competition Law and Economics 2014, 293.

82. *Frey*: Die europäische Fusionskontrolle und die Medienvielfalt, ZUM 1998, 985.

83. *Früh*: Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, 2012.

84. *Gauß:* Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) in innovativen Märkten, 2010.

85. *Geradin*: Limiting the scope of Article 82: What can the EU learn from the U.S. Spreme Court's Judgement in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?, Common market law review 2004, 1519.

86. *Geradin/Layne-Farrar/Petit*: EU competition law and economics[1st ed], 2012.

87. *Geroski*: Thinking creatively about markets, International Journal of Industrial Organization 1998, 677.

88. *Goldfarb/Tucker*: Privacy Regulation and Online Advertising, Management Science 2011, 57.

89. *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hg): Das Recht der Europäischen Union, 2015.

90. *Graef*: How can Software Interoperability be achieved under Euoprean Competition Law and Related Regimes?, Journal of European Competition Law and Practice 2014, 6.

91. *Graef*: Sneak preview of the future application of European competition law on the Internet?, Common Market Law Review 2014, 1263.

92. *Graef*: Market definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms, World Competition 2015, 473.

93. *Hagiu*: Merchant or Two-Sided Platform?, Review of Network Economics 2007, 115.

94. *Hagiu*: Two-Sided Platforms: Product Variety and Pricing Structures, Journal of Economics & Management Strategy 2009, 1011.

95. *Hagiu*: Software Platforms, in *Peitz/Waldfogel* (Hg): The Oxford handbook of the digital economy, 2012, 59.

96. *Handig*: Erste Umrisse eines europäischen Werkbegriffs, wbl 2012, 191.

97. *Harbour/Koslov*: Section 2 in a web 2.0 world: An expanded vision of relevant product markets, Antitrust Law Journal 2010, 769.

98. *Harte-Bavendamm/Wiebe:* Urheberrecht, in *Kilian/Heussen* (Hg): Computerrechts-Handbuch: Computertechnologie in der Rechts - und Wirtschaftspraxis, 2013.

99. *Hausmann*: Das Microsoft-Urteil: Zwischen Kartellrecht und gewerblichen Schutzrechten, MMR 2008, 381.

100. *Heinemann*: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung: eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums, 2002.

101. *Heiner*: Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration: A Suggested Framework for Applying the Rule of Reason Analysis, Chicago Law Review 2005, 123.

102. *Heinrich*: Medienökonomie I, 2010.

103. *Hesse*: Two-Sided Platform Markets and the Application of the Traditional Antitrust Analytical Framework, Competition Policy International 2007, 191.

104. *Hoeren/Sieber/Holznagel* (Hg): Handbuch Multimedia-Recht, 2014.

105. *Höhn/Lewis*: Interoperability remedies, FRAND licensing and innovation: a review of recent case law, European Competition Law Review 2013, 101.

106. *Holzweber*: Google im Fokus des Kartellrechts: Anmerkungen zum Settlement zwischen der EK und Google, ÖZK 2014, 123.

107. *Holzweber*: Unterlassungsanspruch bei standardessentiellen Patenten, ÖBl 2015, 279.

108. *Holzweber*: Daten als Machtfaktor in der Fusionskontrolle, NZKart 2016, 104.

109. *Höppner*: Missbräuchliche Verhinderung „neuer" Produkte durch Immaterialgüterrechte: Zur Anwendung von Art. Artikel 82 EGV auf Lizenzverweigerungen, GRUR Int 2005, 457.

110. *Höppner*: Die Pflicht interne Produktionsmittel zu vermarkten - zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil IMS-Health, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2004, 748.

111. *Höppner/Grabenschröer*: Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162.

112. *Immenga/Mestmäcker* (Hg): EU-Wettbewerbsrecht[5], 2012.

113. *Jahnel* (Hg): IT-Recht, Wien: Verlag Österreich, 2012.

114. *Jarass*: Charta der Grundrechte der Europäischen Union[2], 2013.

115. *Jones/Sufrin*: EU competition law: text, cases, and materials[5], 2014.

116. *Jullien*: Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer, American Economic Journal: Microeconomics 2011, 186.

117. *Kaiser/Song*: Do media consumers really dislike advertising? An empirical assessment of the role of advertising in print media markets, International Journal of Industrial Organization 2009, 292.

118. *Kaiser/Wright*: Price structure in two-sided markets: Evidence from the magazine industry, International Journal of Industrial Organization 2006, 1.

119. *Katz/Shapiro*: Network Externaltities, Competition and Compatibility, The American Economic Review 1985, 424.

120. *Katz/Shelanski*: "Schumpeterian" Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets, Competition 2005, 47.

121. *Kehder*: Konzepte und Methoden der Marktabgrenzung und ihre Anwendung auf zweiseitige Märkte, 2013.

122. *Klein*: Evaluating the Potential of Interactive Media through a New Lens: Search versus Experience Goods, Journal of Business Research 1998, 195.

123. *Knieps*: Wettbewerbsökonomie Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2008.

124. *Kokkoris/Shelanski.*: EU merger control: a legal and economic analysis, 2014.

125. *Körber*: Machtmissbrauch durch Multimedia? Der Fall Microsoft zwischen Produktinnovation und Behinderungsmissbrauch, RIW 2004, 568.

126. *Körber*: Geistiges Eigentum, essential facilities und „Innovationsmissbrauch“ - Überlegungen zum Microsoft-Fall im Lichte der EuGH-Entscheidung IMS Health GmbH, RIW 2004, 881.

127. *Körber*: Sektorspezifische Rundfunkregulierung oder „Wettbewerb 2.0“?, ZWeR 2009, 315.

128. *Körber*: Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, 2013.

129. *Körber*: Machtmissbrauch durch Android, NZKart 2014, 378.

130. *Körber*: Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW 2015, 120.

131. *Körber*: Common errors regarding search engine regulation - and how to avoid them, ECLR 2015, 239.

132. *Körber*: The Commission’s „Next Big Thing“?, NZKart 2015, 415.

133. *Kundan,* Kartellrecht und Medien, in *Depprich* (Hg): Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht, 2011, 335.

134. *Kühn/Stillman/Caffara*: Economic Theories of Bundling and Their Policy Implications in Abuse Cases: An Assessment in Light of the Microsoft Case, European Competition Journal 2005, 85.

135. *Lagemann*: Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften auf Fälle mit Drittmarktbezug: Eine Untersuchung zu Paragraphen 19, 20 GWB und Art. 102 AEUV, 2012.

136. *Lamadrid de Pablo*: The double duality of two-sided markets, Competition Law, 2015, 5.

137. *Langen/Bunte* (Hg): Kartellrecht[12], 2014.

138. *Langer*: Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition law, 2007.

139. *Lee:* Videogame Platforms, in *Peitz/Waldfogel* (Hg): The Oxford handbook of the digital economy, 2012, 83.

140. *Lehofer*: Dynamische Derogation des KartG?, MR 2009, 392.

141. *Lemley*: Antitrust and the Internet Standardization Problem, Connecticut Law Review 1996, 1041.

142. *Lenßen*: Der kartellrechtlich relevante Markt, 2009.

143. *Lestari*: Die Leverage-Theorie zu Koppelungsgeschäften im Rahmen des Art 82 EG-Vertrag, 2006.

144. *Lianos/Motchenkova*: Market dominance and search quality in the search engine market, Journal of Competition Law & Economics 2013, 419.

145. *Lim/Longdin*: Fresh Lessons for First Movers in Software Copyright Disputes – A Cross-Jurisdictional Convergence, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2009, 374.

146. *Linde/Stock*: Informationsmarkt: Informationen im I-Commerce anbieten und nachfragen, 2011.

147. *Loewenheim/Meessen/et al* (Hg): Kartellrecht[3], 2016.

148. *Luchetta*: Is the Google Platform a Two-Sided Market?, Journal of Competition Law and Economics 2014, 185.

149. *Marly*: Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen: zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung „BSA/Kulturministerium", GRUR 2011, 204.

150. *Marly*: Praxishandbuch Softwarerecht[5], 2009.

151. *McAfee/Mialon/Williams.*: What is a Barrier to Entry?, The American Economic Review 2004, 461.

152. *Messerschmitt*: Networked applications: a guide to the new computing infrastructure, 1999.

153. *Mobius/Fudenberg/Ellison*: Competing Auctions, Journal of the European Economic Association 2004, 30.

154. *Monopolkommission*: Hauptgutachten VI, 1984.

155. *Monti*: EC competition law, 2007.

156. *Motta*: Competition policy: theory and practice, 2004.

157. *Müller/Rodenhausen*: The rise and fall of the essential facility doctrine, European Competition Law Review, 2008, 310.

158. *Nalebuff*: Bundling, Yale ICF Working Paper No 99-14 1999, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=185193.

159. *Nazzini*: Google and the (Ever-streching) Boundaries of Article 102 TFEU, Journal of European Competition Law and Practice 2015, 301.

160. *Nelson:* Information and Consumer Behavior, Journal of Political Economy 1970, 311.

161. *Nelson*: Advertising as Information, Journal of Political Economy 1974, 729.

162. *O'Donoghue/Padilla*: The law and economics of Article 102 TFEU[2], 2013.

163. *Ortiz Blanco*: Market power in EU antitrust law, 2012.

164. *Ott*: Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195.

165. *Park*: Market power in competition for the market, Journal of Competition Law & Economics 2009, 571.

166. *Parker/Van Alstyne*: Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design, Management Science 2005, 1494.

167. *Patterson*: Google and search-engine market power, Harvard Journal of Law & Technology 2013, http://jolt.law.harvard.edu/antitrust/articles/Patterson.pdf.

168. *Petit*: Droit européen de la concurrence, 2013.

169. *Petit*: Theories of self-preferencing under article 102 TFEU: A reply to Bo Vesterdorf, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2592253 2015.

170. *Petit/Neyrinck*: Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A fresh look at the Article 102 TFEU Case-Law, ÖZK 2010, 203.

171. *Petit/Neyrinck*: Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic, Journal of European Competition Law & Practice 2011, 117.

172. *Pindyck/Rubinfeld*: Mikroökonomie, 2009.

173. *Pleatsikas/Teece*: The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation, International Journal of Industrial Organization 2001, 665.

174. *Podszun/Franz*: Was ist ein Markt? – Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht, NZKart 2015, 121.

175. *Pohlmeier*: Netzwerkeffekte und Kartellrecht, 2004.

176. *Potacs*: Parallele Anwendung von sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TK-Sektor?, MR 2009, 335.

177. *Potacs*: Nochmals zum „Parallelitätsgrundsatz" im TK-Sektor, MR 2010, 54.

178. *Quah,* Digital goods and the new economy, in *Jones* (Hg): New Economy Handbook, 2003, 289.

179. *Ratliff/Rubinfeld*: Is there a market for organic search engine results and can their manipulation give rise to antitrust liablity?, Journal of Competition Law & Economics 2014, 517.

180. *Rato/Petit*: Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets: Established Standards Reconsidered?, European Competition Journal 2013, 1.

181. *Rayna*: Understanding the challenges of the digital economy: The nature of digital goods, Communications & Strategies 2008, 13.

182. *Rochet/Tirole*: Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association 2003, 990.

183. *Rochet/Tirole*: Tying in two-sided markets and the honor all cards rule, International Journal of Industrial Organization 2008, 1333.

184. *Rochet/Tirole*: Two-sided markets: A progress report, The RAND Journal of Economics, 2006, 645.

185. *Rubinfeld*: Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries, Antitrust Bulletin 1998, 859.

186. *Rubinfeld*: Wettbewerb, Innovation und die Durchsetzung des Kartellrechts in dynamischen, vernetzten Industrien, GRUR Int 1999, 479.

187. *Rysman*: The Economics of Two-Sided Markets, Journal of Economic Perspectives 2009, 125.

188. *Salop*: The first principles approach to antitrust, Kodak and antitrust at the millennium, Antitrust Law Journal 2000, 187.

189. *Schmidt*: Gibt es einen Fernsehzuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, ZUM 1997, 472.

190. *Schmidt*: Competition law, innovation and antitrust: an analysis of tying and technological integration, 2009.

191. *Schuhmacher, Florian*: Effizienz und Wettbewerb: ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht, 2011.

192. *Schuhmacher, Wolfgang*: Die Essentail Facility Doctrine als Herausferoderung für das Urheberecht, in *Dittrich* (Hg): Beiträge zum Urheberrecht VII, 2003, 85.

193. *Shapiro*: Information rules: a strategic guide to the network economy, 1999.

194. *Sjurts*: Strategien in der Medienbranche: Grundlagen und Fallbeispiele, 2005.

195. *Sonntag*: Die Beurteilung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Computerprogrammen, JusIT 2009, 125.

196. *Spulber*: Market microstructure and intermediation, Journal of Economic Perspectives 1996, 135.

197. *Stelzer:* Produktion digitaler Güter, in *Braßler/Corsten* (Hg): Entwicklungen im Produktionsmanagement, 2004, 233.

198. *Teece/Coleman*: The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries, The Antitrust Bulletin 1998, 801.

199. *Temple Lang*: Comparing Microsoft and Google: The Concept of Exclusionary Abuse, World Competition 2016, 5.

200. *Thalmann*: Die missbräuchliche Verschließung sekundärer Produktmärkte – Instrumente, Wirkungsweisen, kartellrechtliche Grenzen, 2014.

201. *Thiele/Staudegger*: EuGH: Zum urheberrechtlichen Schutz grafischer Benutzeroberflächen, JusIT 2011, 44.

202. *Tirole*: The analysis of tying cases: A primer, Competition Policy International 2005.

203. *Varian./Ginkō*: Markets for information goods, 1999, http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.66.1159&rep=rep1&type=pdf.

204. *Vesterdorf*: Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?, Competition Law & Policy debate 2015, 4.

205. *Von der Groeben/Schwarze/Hatje* (Hg): Europäisches Unionsrecht, 2015.

206. *Walsh:* Microsoft v Commission: interoperability, emerging standards and innovation in the software industry, in *Rubini* (Hg), Microsoft on trial: legal and economic analysis of a transatlantic antitrust case.

207. *Walter*: Softwareschutz, Medien&Recht 2005, 378.

208. *Weck*: Fusionskontrolle in der digitalen Welt, NZKart 2015, 290.

209. *Werden*: Demand elasticities in antitrust analysis, Antitrust Law Journal 1998, 363.

210. *Weston*: Software Interfaces – Stuck in the Middle: The Relationship Between the Law and Software Interfaces in Regulating and Encouraging Interoperability, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2012, 427.

211. Weyl: A Price Theory of Multi-Sided Platforms, The American Economic Review 2010, 1642.

212. *Whish/Bailey*: Competition law[8], 2015.

213. *Wielsch*: Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht, EuZW 2005, 391.

214. *Wiethaus*: Google's Favouring of Own Services: Comments from an Economic Perspective, Journal of European Competition Law and Practice 2015, 506.

215. *Wils*: The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called „More Economic Approach" to Abuse of Dominance, World Competition 2014, 405.

216. *Wright*: One-sided Logic in Two-sided Markets, Review of Network Economics 2004, 44.

217. *Yu*: Software interoperability information disclosure and competition law, European Competition Law Review 2014, 235.

218. *Yu*: Technically tying applications to a dominant platform in the software market and competition law, European Competition Law Review 2015, 160.

219. *Zhang*: How have network effects affected the European Commission's enforcement of competition law in technology enabled markets?, European Competition Law Review 2015, 82.

220. *Zimmerlich*: Marktmacht in dynamischen Märkten: die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes in Märkten der Internetökonomie, 2007.

10. Judikaturverzeichnis

10.1. Europäischer Gerichtshof

EuGH 9.7.1969, 5/69, Voelk Vervaecke.

EuGH 21.2.1973, 6/72, Continental Can.

EuGH 6.3.1974, Rs 6 & 7/73, Commercial Solvent.

EuGH 13.2.1979, 85/76, Hoffmann-La Roche.

EuGH 14.2.1978, Rs 27/76, United brands.

EuGH 9.11.1983, 322/81, Michelin.

EuGH 3.10.1985, Rs 311/84, Télémarketing.

EuGH 22.10.1986, C-75/84, Metro/Saba.

EuGH 26.4.1988, 352/85, Bond van Adverteerders.

EuGH 5.10.1988, 238/87, Volvo/Veng.

EuGH 23.4.1991, C-41/90, Höfner&Elsner/Macrotron.

EuGH 3.7.1991, C-62/86, AKZO.

EuGH 10.7.1991, C-90/90, Jean Neu.

EuGH 6.4.1995, C-241/91 P, Magill.

EuGH 14.11.1996, C-333/94, Tetra Pak II.

EuGH 18.6.1998, C-35/96, Kommission/Italien.

EuGH 26.11.1998, C-7/97, Bronner.

EuGH 25.10.2001, C-475/99, Ambulanz Glöckner.

EuGH 24.10.2002, C-82/01, Aéroports de Paris.

EuGH 29.4.2004, C-418/01, IMS Health.

EuGH 15.2.2005, C-12/03P, Tetra Laval.

EuGH 16.8.2008, C-468/06, GlaxoSmithKline.

EuGH 22.12.2010, C-393/09, Bezpečnostní softwarová.

EuGH 17.2.2011, C-52/09, TeliaSonera.

EuGH 2.5.2012, C-406/10, SAS Institute.

EuGH 11.09.2014, C-382/12P, MasterCard.

EuGH 16.7.2015, C-170/13, Huawei Technologies.

EuGH 6.10.2015, C-23/14, Post Danmark II.

10.2. Europäisches Gericht

EuG 12.12.1991, T-30/89, Hilti.

EuG 1.4.1993, T-65/89, BPB Industries.

EuG 6.10.1994, T-83/91, Tetra Pak II

EuG 12.6.1997, T-504/93, Tiercé Ladbroke,

EuG 17.7.1998, T-111/96, ITT Promedia.

EuG 7.10.1999, T-228/97, Irish Sugar.

EuG 30.3.2000, T-65/96, Kish Glass.

EuG 14.2.2001, T-115/99, SEP.

EuG 22.11.2001, T-139/98, AAMS.

EuG 28.2.2002, T-86/95, Compagnie générale maritime.

EuG 17.12.2003, T-219/99, British Airways.

EuG 17.6.2006, T-52/00, Coe Clerici Logistics.

EuG 30.1.2007, T-340/03, France Télécom.

EuG 17.9.2007, T-201/04, Microsoft.

EuG 1.07.2010, T-321/05, AstraZeneca.

EuG 15.12.2010, T-427/08, CEAHR.

EuG 24.05.2012, T-111/08, Mastercard.

EuG 11.12.2013, T-79/12, Cisco.

EuG 12.6.2014, T-286/09, Intel.

10.3. Europäische Kommission

EK 14.12.1985, IV/30.698, AKZO.

EK 29.7.1987, IV/32.279, BBI/Boosey & Hawkes.

EK 17.7.1991, IV/M.112, EDS/SD Scicon.

EK 2.10.1991, IV/M.53, Aerospatiale-Alenia/de Havilland.

EK 9.12.1991, Comp/M.149, Lucas/Eaton.

EK 11.6.1992, IV/34.174, Sealink.

EK 21.12.1994, M.525, VOX II.

EK 17.5.1995, M.566, CLT/Disney/SuperRTL

EK 20.9.1995, COMP IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol.

EK, 24.4.1996, M.619, Gencor/Lonrho.

EK 8.7.1998, IV/M.1069, WorldCom/MCI.

EK 9.3.1999, M.1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier.

EK 13.12.2000, COMP/33.133-C, Soda Ash/Solvay.

EK 13.3.2001, M.1915, The Post Office/TGP/SPPL.

EK 3.9.2001, COMP D3/38.044, IMS Health (Interim measures).

EK 17.10.2001, M.2416, CVC/Lenzing.

EK 13.11.2001, M.2483, Canal+/RTL/GJCD/JV.

EK 31.1.2002, M.2609, HQ/Compaq.

EK 24.7.2002, COMP/M.2706, Carnival Corporation/P&O Princess.

EK 5.11.2002, M.2996, RTL/CNN/Time Warner/N-TV.

EK 16.7.2003, COMP/38.233, Wanadoo.

EK 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft.

EK 26.10.2004, COMP/M.3216, Oracle/Peoplesoft.

EK, 5.7.2005, COMP/M.3836, Goldman Sachs/Pirelli Cavi.

EK 21.08.2007, COMP/M.4523, Travelport/Worldspan.

EK 19.12.2007, COMP/34.579, MasterCard.

EK 18.03.2008, COMP/M.4731, Google/DoubleClick.

EK 17.12.2008, COMP/M.5141, KLM/Martinair.

EK 18.3.2009, COMP/39.402, RWE Gas.

EK 21.1.2010, COMP/M.5529, Oracle/Sun.

EK 18.02.2010, COMP/M.5727, Microsoft/Yahoo!.

EK 29.6.2010, COMP/M. 5669, Cisco/Tandberg.

EK 21.12.2010, COMP/M.5932, News Corp/BSkyB.

EK 22.6.2011, COMP/39.525, Telekommunikacja Polska.

EK 07.10.2011, COMP/M.6281, Microsoft/Skype.

EK 04.9.2012, COMP/M.6314, Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV.

EK 13. 02. 2012, COMP/M.6381, Google/MMI.

EK 03.10.2014, COMP/M.7217, Facebook/*WhatsApp*.

10.4. Österreichische Judikatur

OGH 07.12.2005, 4 Ob 45/05d.

KOG 11.10.2012, 16 Ok 1/12, Westbahn II.

10.5. Deutsche Judikatur

BGH 09.05.1985, I ZR 52/83.

BGH 03.03.2005, I ZR 111/02.

BGH 24.10.2011, KZR 7/10.

OLG Düsseldorf 20.1.2011, 2 U 92/1.

10.6. Sonstige Judikatur

US vs. Terminal R.R. Ass'n 224 U.S. 383 (1912).

Standard Oil Co. of Cal. v. United States (Standard Stations), 337 U.S. 293, 305¬06 (1949).

US v. Western Elec. Co, Civil No. 17-49.

US v. IBM Corp, No 69. Civ. 200.

Irish High Court 22.10.2004, [2004] IRLHC 330, 71.

United States District Court, N.D. California, San Jose Division 16.3.2007, C 06-2057 JF – Kinderstart.com vs Google Inc.

Irish Supreme Court 8.5.2007, 2005 No. 77.

Autorité de la concurrence 28.10.2010, Décision n° 10-D-30.

Tribunal de commerce de Paris 27.12.2012, R.G. 2010070465.

FTC 3.1.2013, FTC File Number 111-0163 – Google Inc.

Autorité de la concurrence 28.2.2013, Décision n° 13-D-07.

Cour d'appel de Paris 24.6.2014, RG n° 2013/06758.

Cour de cassation 19.1.2016, ECLI:FR:CCASS:2016:CO00071.

High Court of Justice 12.2.2016, [2016] EWHC 253 (Ch) – Streetmap vs Google.

11. Abstract (deutsch)

Die Anwendung des kartellrechtlichen Verbots des Marktmachtmissbrauchs nach Art 102 AEUV auf digitale Plattformen wirft eine Vielzahl dogmatischer Probleme auf. Mehrseitige Plattformmärkte sind durch indirekte Netzwerkeffekte geprägt, welche zu Preisanomalien und damit zur eingeschränkten Anwendbarkeit von ökonometrischen Methoden führen. Zu untersuchen ist daher die kartellrechtliche Marktabgrenzung für Plattformen und deren Implikation für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der marktbeherrschenden Stellung. Es sollen die Fallgruppe der Geschäftsverweigerung (Essential-Facility-Doktrin) und der Koppelung, welche jeweils einen Marktmachttransfer bedingen können, beleuchtet werden. Im Kontext der *digital economy* wurden diese in besonderem Maße diskutiert. Ziel der Dissertation ist somit eine Analyse, inwiefern die Spezifika von digitalen Plattformmärkten eine Modifikation dieser Fallgruppen notwendig machen.

12. Abstract (english)

Applying Art 102 TFEU – the prohibition of market abuse by a dominant undertaking – on digital platforms raises numerous problems. Multi-sided platform markets are characterised by indirect network effects which cause price anomalies and thus limit the applicability of econometric tests. Therefore, it will be analysed from a competition law perspective how markets for platforms should be delimited and how market definition influences the assessment of market power. Particularly, leveraging practices such as tying and refusal to deal (Essential-Facility-Doctrine) will be examined in detail, since they have vividly been discussed in the context of the digital economy. The aim of this dissertation is to analyse how the substantive assessment of these cases is modified in the context of digital platforms.