

# Missbräuchliches Verhalten auf digitalen Märkten

Von

Eugen Reismann



Duncker & Humblot · Berlin

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	17
I. Einleitung und Problemstellung .....	17
II. Ziel der Untersuchung und Themenbegrenzung .....	18
III. Vorgehen .....	20

## *Teil 1*

<b>Grundlagen</b> .....	22
<b>A. Ökonomische Rahmenbedingungen</b> .....	22
I. Strukturelles Umfeld .....	22
II. Ökonomischer Hintergrund .....	24
1. Netzwerkeffekte .....	24
a) Indirekte und direkte Netzwerkeffekte .....	24
b) Netzwerkeffektstrukturen und Modelle mehrseitiger Konstrukte .....	26
aa) Matching-Plattformen im weiteren Sinne .....	26
bb) Nicht-Transaktions- bzw. Aufmerksamkeitsplattformen .....	27
c) Preisgestalterische Folgen .....	28
2. Ergänzende Faktoren .....	30
a) Skaleneffekte .....	31
b) Wechselkosten und Multi-Homing-Aufwand .....	31
c) Differenzierung .....	33
III. Wettbewerbliches Umfeld .....	33
1. Dynamisches Wettbewerbsumfeld .....	34
2. Daten als Triebkraft und ihre wettbewerbliche Relevanz .....	35
IV. Relevante digitale Branchen im Überblick .....	38
1. Suchmaschinen .....	39
2. (Soziale) Netzwerke .....	42
3. Sonstige Inhalteanbieter .....	44
4. Handelsplattformen/Sonstige Vermittlung .....	45
5. Software .....	45
<b>B. Feststellung von Marktmacht</b> .....	46
I. Marktabgrenzung als Ausgangspunkt .....	46
1. Konzeptionelle Grundlagen .....	47

2. Herausforderungen auf digitalen Märkten .....	48
a) Unentgeltlichkeit als Ausschlussfaktor .....	49
b) Tauglichkeit herkömmlicher Substitutionskonzepte .....	52
aa) Bedarfsmarktkonzept .....	52
bb) SSNIP-Test .....	54
cc) Konzept der Angebotsumstellungs- bzw. Produktionsflexibilität .....	58
dd) Zwischenergebnis .....	60
ee) Räumliche Marktabgrenzung .....	61
II. Kriterien zur Feststellung von Marktmacht .....	61
1. Konzeptionelle Grundlagen .....	62
2. Herausforderungen auf digitalen Märkten .....	63
a) Strukturelle Charakteristika als Marktmachtbegrenzungsfaktoren .....	63
b) Aussagekraft von Marktanteilen .....	64
c) Daten als Marktmachtindikator? .....	69
aa) Wettbewerbliche Relevanz .....	70
bb) Fazit .....	74

## *Teil 2*

<b>Missbräuchliches Verhalten</b>	<b>76</b>
A. Konzeptionelle Grundlagen des Marktmachtmissbrauchs .....	76
I. Der Missbrauchs begriff .....	77
II. Wettbewerbliche Auswirkungen .....	79
1. Rolle ökonomischer Erkenntnisse .....	79
2. Maßgebliches Leitbild .....	81
III. Rechtfertigungsmöglichkeiten .....	83
IV. Kausalitätsanforderungen .....	85
B. Fallgruppen missbräuchlichen Verhaltens .....	88
I. Ausbeutungsmisbrauch .....	90
1. Preishöhenmissbrauch .....	90
a) Normative Anknüpfung .....	90
b) Anwendung auf digitalen Märkten .....	92
aa) Tauglichkeit des Gewinnspannenbegrenzungskonzepts .....	93
bb) Tauglichkeit des Vergleichsmarktkonzepts .....	96
cc) Wachstum und Größe als wertprägende Faktoren auf mehrseitigen Märkten .....	98
dd) Fazit .....	100
c) Besonderheit: Umgehung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger .....	101
aa) Kartellrechtliche Relevanz .....	101

bb) Hintergrund .....	102
cc) Rechtliche Würdigung .....	103
2. Konditionenmissbrauch .....	106
a) Normative Anknüpfung .....	106
b) Missbräuchliche Datennutzung und -verwertung .....	109
aa) Verhältnis von Datenschutz- und Kartellrecht .....	110
(1) Verfassungsrechtliche Einflüsse .....	112
(2) Kartellrechtliche Relevanz von Verstößen gegen außerkartellrechtliche Vorschriften .....	114
(a) Grundsätzliche Symbiose .....	115
(b) Qualität des Wettbewerbsbezugs beim Konditionenmissbrauch .....	116
(aa) Konkretisierung .....	118
(bb) Tatbestandliche Umsetzung bei Datenschutzkonstellationen – eigener Ansatz und bundeskartellamtliche <i>Facebook</i> -Verfügung .....	122
(cc) Gerichtliche Beurteilung durch das OLG Düsseldorf und den BGH .....	128
bb) Erhöhte Anforderungen an den kausalen Zusammenhang im Rahmen des Ausbeutungsmissbrauchs .....	133
(1) Implikationen durch bisherige Rechtsprechung .....	134
(2) Legitimation für erhöhte Anforderungen .....	136
(3) Korrektur durch Rückbesinnung auf allgemeine Kausalitätsgrundsätze .....	141
c) Datenbezogener Behinderungsmissbrauch .....	143
d) Fazit und Erkenntnisse aus dem Facebook-Verfahren .....	147
II. Behinderungsmissbrauch .....	150
1. Kampfpreisstrategien .....	151
a) Normative Anknüpfung .....	152
b) Relevanz auf digitalen Märkten .....	152
c) Beurteilungsmaßstäbe .....	153
d) Anwendung auf digitalen Märkten .....	154
aa) Wider Kampfpreise sprechende strukturelle Elemente .....	155
(1) Systemimmanente Quersubventionierung .....	156
(2) Struktureller Druck durch indirekte Netzwerkeffekte .....	159
bb) Klassische Quersubventionierungen .....	160
cc) Kostenfreie Produkterweiterungen .....	161
e) Fazit .....	162
2. Strukturimmanente Bepreisung als missbrauchsrelevante Preisdiskriminierung .....	163
3. Ausschließlichkeitsbindungen .....	165
a) Normative Anknüpfung .....	165

b) Relevanz und Anwendung auf digitalen Märkten	167
aa) Ausschließlichkeitsbindungen in Verbindung mit positiven indirekten Netzwerkeffekten	168
bb) Ausschließlichkeitsbindungen in Verbindung mit neutralen/negativen indirekten Netzwerkeffekten	170
c) Fazit	170
d) Die Vorwürfe gegen <i>Google</i>	172
aa) <i>AdSense</i>	172
bb) <i>Android</i>	173
e) Bestpreis- bzw. Meistbegünstigungsklauseln	173
4. Rabatte	177
a) Rechtliche Grundlagen	177
b) Relevanz und Anwendung auf digitalen Märkten	179
5. Kopplungen	180
a) Normative Anknüpfung	181
b) Relevanz auf digitalen Märkten	183
aa) Maßgebliche Fallpraxis	184
(1) Microsoft	184
(a) <i>Windows Media Player</i>	184
(b) <i>Internet Explorer</i>	186
(2) <i>Android</i>	187
(3) Nationale Ebene	188
bb) Anwendung auf digitalen Märkten	188
(1) Separate Produkte	189
(2) Abnahmezwang	193
(a) Unentgeltlichkeit	194
(b) Berücksichtigung von Multi-Homing?	195
(c) Zwischenfazit	197
(3) Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen/Marktverschließung	198
(a) Kopplung/Bündelung gegenüber der Nutzergruppe, von der positive indirekte Netzwerkeffekte ausgehen	201
(b) Kopplung/Bündelung gegenüber der Nutzergruppe, von der keine/negative indirekte(n) Netzwerkeffekte ausgehen	204
(c) Sonstige Konstellationen	204
(d) Zusammenfassende Überlegungen	205
(4) Konzeptuelle Rechtfertigungsüberlegungen	208
(5) Rechtsfolgenbetrachtung als Implikation für notwendige Prüfungs- dichte	211
(6) Würdigung gegen Google erhobener Vorwürfe	212
(a) Separate Produkte	213
(b) Abnahmezwang	215

(c) Auswirkungsanalyse und rechtfertigende Aspekte .....	216
(aa) Isolierte Kopplung .....	216
(bb) Wechselwirkung mit Ausschließlichkeitsbindung .....	221
(cc) Rechtfertigende Aspekte .....	224
c) Fazit .....	226
6. Missbräuchliche Produktinnovation .....	228
7. Geschäftsverweigerung .....	231
a) Normative Anknüpfung .....	232
b) Anwendung auf digitalen Märkten .....	233
aa) Bisherige praktische Relevanz .....	234
(1) <i>Microsoft</i> .....	234
(2) <i>Google</i> .....	237
bb) Plattformen/Netzwerke im Lichte der <i>essential-facility</i> -Doktrin .....	238
(1) Begriffliche Ausgangsüberlegungen .....	238
(2) Konkretisierung des Zugangsobjekts .....	240
(3) Nutzergruppen als Zugangspetenten .....	242
(4) Partizipation am Geschäftsmodell als reguläres Geschäftsaufnahmebegehren .....	249
cc) Sonstige Komponenten .....	253
(1) Daten .....	253
(a) Rivale Natur als Grunderfordernis für das Eingreifen der <i>essential-facility</i> -Doktrin .....	254
(aa) Personenbezogene Daten .....	254
(bb) Nicht personenbezogene Daten .....	255
(b) Marktöffnende Datenbeschaffenheit .....	259
(c) Fazit .....	262
(2) Anderweitige Inputs .....	263
dd) Auswirkungen und Rechtfertigungsmöglichkeiten .....	264
8. Sonstige Arten des Leveragings .....	265
a) Notwendigkeit eines isolierten Leveraging-Tatbestandes? .....	265
b) Einflussnahme auf Suchergebnisse .....	267
aa) Erfordernis der Suchmaschinenneutralität als Ausgangspunkt kartellrechtlicher Intervention .....	268
bb) Bevorzugung eigener Leistungen .....	270
(1) Rechtliche Umsetzung durch die Kommission .....	271
(2) Notwendigkeit einer zweistufigen Betrachtung .....	272
(3) Diskriminierungsverbot als Ausgangspunkt und seine tatbestandlichen Anforderungen .....	275
(a) Mangelnde Handelspartnerschaft .....	275
(b) Mangelnde Unternehmensqualität .....	276
(c) Prinzip des Konzernprivilegs? .....	277

(d) Nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung .....	279
(4) Anwendung der Grundsätze zur Beurteilung von Geschäftsverweigerungskonstellationen .....	282
(5) Kopplung .....	289
(6) Begleitende Schlechterstellung konkurrierender Dienste .....	292
(7) Zusammenfassende Anmerkung .....	296
cc) Ungleichbehandlung konkurrierender Produkte untereinander .....	297
c) Leveraging mit Hilfe von durch Marktmacht erlangter Daten .....	301
aa) Übertragung von Marktmacht auf den angrenzenden Werbemarkt .....	301
bb) Sonstige Konstellationen .....	302
9. Sonstige Diskriminierungen .....	305
a) Preisdifferenzierung .....	306
aa) Grundlagen und Erscheinungsformen .....	306
bb) Rechtliche Beurteilung .....	308
(1) Individuelle Preise .....	309
(2) Dynamic Pricing .....	310
(3) Fazit .....	311
b) Geographisch bedingte Ungleichbehandlungen .....	311
aa) Grundlagen und Erscheinungsformen .....	311
bb) Rechtliche Beurteilung .....	312
(1) Geoblocking im Online-Handel .....	313
(a) Gänzlicher Ausschluss .....	314
(b) Unterschiedliche Preise .....	315
(2) Geoblocking im audiovisuellen Bereich .....	315
(a) Sendeland- vs. Bestimmungslandprinzip .....	316
(b) Keine Erschöpfung .....	319
(c) Sonstige Rechtfertigungsgründe .....	321
(3) Portabilität .....	321
cc) Fazit .....	322
III. Missbrauchsprobleme unterhalb der Marktbeherrschungsebene .....	322
1. Normative Anknüpfung .....	323
2. Rechtliche Einschätzung .....	323
a) § 20 Abs. 1 GWB .....	323
b) § 20 Abs. 3 GWB .....	328
3. Generelle Absenkung der Eingriffsschwelle .....	328
IV. Vorschläge/Initiativen zum (präventiven) Umgang mit marktbeherrschenden Unternehmen auf digitalen Märkten .....	329
1. Plattformregulierung .....	329
2. Neue GWB-Tatbestände nach der 10. GWB-Novelle .....	334
3. Entflechtung .....	338

4. Verstärkte Nutzung des Instruments der Verpflichtungszusage .....	340
5. Erweiterung der Kompetenzen des Bundeskartellamtes im Verbraucherschutzrecht .....	342
6. Regulierungsabbau zwecks Wettbewerbsbelebung? .....	343
C. Schlussfazit .....	343
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>345</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>365</b>