

Missbräuchliches Verhalten auf digitalen Märkten

Von

Eugen Reismann



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Einleitung und Problemstellung	17
II. Ziel der Untersuchung und Themenbegrenzung	18
III. Vorgehen	20

Teil I

Grundlagen	22
A. Ökonomische Rahmenbedingungen	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. Feststellung von Marktmacht	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

Missbräuchliches Verhalten	76
A. Konzeptionelle Grundlagen des Marktmachtmissbrauchs	76
I. Der Missbrauchsbegriff	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. Ausbeutungsmissbrauch	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 außerkartellrecht- liche Vorschriften	114
(a) Grundsätzliche Symbiose	115
(b) Qualität des Wettbewerbsbezugs beim Konditionenmissbrauch	116
(aa) Konkretisierung	118
(bb) Tatbestandliche Umsetzung bei Datenschutzkonstellatio- nen – 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 Kausalitätsgrund- sätze	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 po- sitive 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) Rivalen 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 Verbraucherschutz- recht	342
6. Regulierungsabbau zwecks Wettbewerbsbelebung?	343
C. Schlussfazit	343
Literaturverzeichnis	345
Stichwortverzeichnis	365