

Maximilian Volmar

Digitale Marktmacht



Nomos

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
Einleitung	33
A. Anlass der Untersuchung	33
B. Digitale Marktmacht in der kartellrechtlichen Diskussion	35
I. Marktmacht im Kartellrecht	35
II. Die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung	36
III. Digitale Herausforderungen für die Marktmachtbestimmung	37
C. Ziele der Untersuchung	39
D. Untersuchungsgegenstand	42
E. Gang der Untersuchung	43
Kapitel 1: Marktmacht	47
A. Marktmacht im Unionsrecht	47
I. Marktabgrenzung	49
1. Die sachliche Marktabgrenzung	49
2. Die räumliche Marktabgrenzung	51
3. Die zeitliche Marktabgrenzung	51
II. Einzelmarktbeherrschung	51
III. Kollektive Marktbeherrschung	53
IV. Fusionskontrolle	54
B. Marktmacht im deutschen Wettbewerbsrecht	56
I. Legaldefinition in § 18 GWB	56
II. Kollektive Marktbeherrschung	58
III. Fusionskontrolle	59
IV. Wirtschaftspläne	60
C. Marktmacht im US-amerikanischen Antitrust Law	60
I. Behördliche Kompetenzverteilung und Rechtsquellen	60
II. Das Missbrauchs- bzw. Monopolisierungsverbot in Sec. 2 Sherman Act	61

III. Das Kartellverbot in Sec. 1 Sherman Act	64
1. Eine Ansicht: synonyme Verwendung	64
2. Gegenansicht: monopoly power als substantial market power	65
3. Ansicht des Supreme Courts	66
4. Stellungnahme	67
IV. Fusionskontrolle	68
V. Direkte Marktmachtbestimmung	69
D. Zusammenfassung	70
I. Grundsätzliche Methode der Marktmachtbestimmung	70
II. Fusionskontrolle	70
III. Kopplungsvereinbarungen	71
Kapitel 2: Definition der Internetplattform	73
A. Mehrere Nutzergruppen	73
B. Interaktion zwischen den Nutzergruppen	74
C. Netzwerkeffekte	76
I. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte	76
II. Datenbedingte Größeneffekte	79
D. Preisstruktur	82
E. Zusammenfassung des Plattformbegriffs	84
Kapitel 3: Abgrenzung digitaler Märkte	85
A. Was ist ein Markt?	85
I. „Unentgeltliche Märkte“	86
1. Überblick über die klassische Entscheidungspraxis zu „unentgeltlichen“ Märkten	86
2. Begründung für die Ablehnung des Vorliegens eines Marktes	87
a) Die Wettbewerbstheorie als Fundament des Kartellrechts	87
aa) Preise bei vollständigem Wettbewerb	87
bb) Preise in der Monopolsituation	89
b) Spiegelung der Marktanteile von Nutzermärkten und Werbemärkten	91
3. § 18 Abs. 2a GWB und die jüngere Praxis zu unentgeltlichen Märkten	91

II. Wann liegt ein Markt ohne Geld vor?	94
1. Zwei Willenserklärungen	94
a) Das Verfahren VG Media/Google	94
b) Willenserklärungen im Internet	97
c) Google Shopping	98
2. Kein Markt für Allgemeingüter	100
3. Nicht-monetäre Gegenleistungen	101
a) Begriff der Unentgeltlichkeit im Zivilrecht	101
b) Daten als Gegenleistung	102
c) Aufmerksamkeit als Gegenleistung	104
4. Wirtschaftliche Tätigkeit	106
a) Die Ansicht der herrschenden Meinung	106
b) Marktbeginn und Unternehmensbeginn	108
5. Offener Marktbeginn	110
6. Autonome Auswahlentscheidung	111
7. Teleologisches Verständnis: Orientierung am Wettbewerbsbeginn	112
8. Zwischenfazit zu unentgeltlichen Märkten	117
III. Datenmärkte	117
1. Die Wettbewerbsrelevanz von Daten	117
2. Das Spannungsfeld zwischen Datenschutzrecht und Kartellrecht	119
3. Probleme bei der Abgrenzung von Datenmärkten	125
4. Vergleich mit der Rspr. zu Datenmärkten und Datenmacht	126
IV. Wettbewerb vor der Marktreife des Produkts	128
1. Anfänge in der Literatur	129
2. Die Praxis der amerikanischen Behörden	130
3. Die Praxis der Europäischen Kommission	131
4. Praxis des BKartA	134
5. Internetplattformprodukte vor ihrer Marktreife	136
V. Zusammenfassung zum Marktbeginn	138
B. Mehrseitige Märkte im Bedarfsmarktkonzept	139
I. Die Problematik der Marktabgrenzung bei mehrseitigen Plattformen	139
1. Die Abgrenzung separater Märkte nach dem Bedarfsmarktkonzept	139
2. Zusammenfassung mehrerer Märkte zu einem einheitlichen Plattformmarkt	140

3. Ausnahme bei competitive bottlenecks	144
a) Eigenschaften eines competitive bottlenecks	144
b) Besondere Wettbewerbsbedingungen bei competitive bottlenecks	145
c) Beispiele für competitive bottlenecks	148
d) Gegenansicht der US-amerikanischen Rspr. in Bezug auf Kreditkartenunternehmen	148
4. Relevanz der Marktabgrenzung	150
5. Zwischenergebnis zur Problemstellung	151
II. Der CEAHR-Test des EuG	152
III. Die Plattformtheorie des BKartA und des US Supreme Court	155
1. Die Theorie	155
2. Die Kritik an der Plattformtheorie des BKartA	157
a) Wann liegt ein Matching vor?	157
b) Welcher Markt wird abgegrenzt, wenn eine Werbeplattform ein Matching herbeiführt?	159
c) Die Vertreterausnahme	160
aa) Europarechtliche Vorgaben	161
(1) Grundsätzliche Bindungswirkung des BKartA an die europäische Rspr.	162
(2) Keine Bindungswirkung im konkreten Fall	164
(3) Begrenzte Kompetenzen der europäischen Gerichte	165
bb) Fehlende Interaktion zwischen den Plattformseiten	166
cc) Verfahrensökonomische Erwägungen	167
3. Zwischenergebnis	169
IV. Die Erweiterung des Bedarfsmarktkonzepts als Alternative	169
1. Separate Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept als Grundsatz	169
a) Beispiel Internetwerbemärkte	170
b) Gegenbeispiel Fernsehwerbung?	171
c) Bedarfsmarktkonzept als Basis der Plattformlehre des BKartA?	173
2. Einheitliche Marktabgrenzung bei reziprokem Bedarf	174
a) Der Ansatz	174
b) Rechtsfolge bei einheitlich abgegrenzten Märkten	176
c) Vorteil der rechtlichen Klarheit aus rechtsvergleichender Sicht	179
d) Konkretisierung des Merkmals der Reziprozität	180

e) Absage an das Konzept in MasterCard I?	182
3. Competitive bottlenecks	185
a) Ausnahme von der einheitlichen Marktabgrenzung bei competitive bottlenecks	185
b) Konkretisierung des Begriffs des competitive bottlenecks	186
aa) Praxis des BKartA	186
(1) Überwiegende Nutzung mehrerer Plattformen	187
(2) Gleichberechtigte Nutzung	187
bb) Praxis der Kommission	188
cc) Mittelbares multi-homing bei Interoperabilität	190
4. Keine Vertreterausnahme	190
V. Fazit zum Bedarfsmarktkonzept bei mehrseitigen Märkten	191
C. Der Hypothetical Monopolist Test	193
I. Welche Plattformseite ist für den SSNIP-Test maßgeblich?	194
1. Preiserhöhung bei separater Marktabgrenzung	194
2. Preiserhöhung bei einheitlicher Marktabgrenzung	194
a) Ansicht von Filistrucchi et al.	195
b) Ansicht von Emch/Thompson	196
c) Ansicht des EuG in CEAHR	197
II. Preiserhöhung ohne Preis	198
1. Absolute statt relative Preiserhöhung	198
2. Der SSNDQ-Test	200
a) Typische Qualitätsfaktoren im Internet	201
b) Subjektivität und Quantifizierbarkeit von Qualität	202
c) Nutzerwechsel bei Qualitätsreduzierung?	205
d) Gefahr einer cellophane fallacy?	206
e) Vergleich des SSNDQ- mit dem SSNIP-Test	207
3. Zwischenergebnis zum SSNIP-Test auf unentgeltlichen Märkten	209
III. Stärkere Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten	209
1. Beiderseitig wirkende positive indirekte Netzwerkeffekte	209
2. Einerseits positive, andererseits negative indirekte Netzwerkeffekte	211
3. Diskussion und Stellungnahme	214
IV. Zusammenfassung zum hypothetischen Monopolistentest bei Online-Plattformen	216
1. Welche Plattformseite ist für den SSNIP-Test maßgeblich?	217

2. Preiserhöhung ohne Preis	217
3. Stärkere Wirkung von Preiserhöhungen aufgrund von Netzwerkeffekten	218
D. Räumliche Marktabgrenzung bei Online-Plattformen	219
I. Internetzugang, Sprachbarrieren und Transportkosten als Hauptfaktoren	219
II. Abgrenzung einheitlicher räumlicher Märkte	221
E. Zwischenfazit zur Abgrenzung digitaler Märkte	222
Kapitel 4: Digitale Marktmacht	224
A. Definition digitaler Marktmacht	224
I. Preisbestimmungsmacht bei mehrseitigen Plattformen	224
II. Qualitätsbestimmungsmacht	226
B. Ökonomie digitaler Marktmacht	230
I. Begründung digitaler Marktmacht	230
1. Marktinterne Netzwerkeffekte	230
a) Wirkungsweise der Netzwerkeffekte	230
aa) Direkte und indirekte Netzwerkeffekte	230
bb) Datenmacht als Netzwerkeffekt	234
cc) Daten als Produkt	235
b) Fazit zu marktinternen Netzwerkeffekten	236
2. Marktexterne Netzwerkeffekte	237
a) Erscheinungsformen	237
b) Welcher Markt ist relevant?	239
aa) Die Verfahren VG Media/Google	239
bb) Der Fall Google Shopping	241
cc) Vermutung des Vorliegens einer engen Verbindung bei Online-Plattformen?	245
dd) Zwischenergebnis	247
c) Marktexterne Netzwerkeffekte als Markteintrittsbarriere am Beispiel der Datenmacht	250
aa) Die Rspr. zu Datenbeständen	251
bb) Marktanteile im Datenverarbeitungsmarkt als Indikator für Eintrittsbarrieren	255
d) Competitive bottlenecks	257
aa) Wettbewerbliche Situation bei competitive bottlenecks	257
bb) Rechtliche Berücksichtigung als Nachfragemacht?	258

cc) Rechtliche Berücksichtigung als essential facility?	261
dd) Rechtliche Berücksichtigung als Marktmachtvermutung?	262
(1) Kartellrechtliche Vermutungen im Verwaltungsverfahren	263
(2) Kartellrechtliche Vermutungen im Zivilprozess	265
ee) Alleinige oder parallele Marktbeherrschung?	267
(1) Die rechtliche Problematik: mehrere Marktbeherrscher im selben Markt	267
(2) Die Lösung des deutschen Rechts: Mehrfachdominanz	268
(3) Die Lösung des europäischen Rechts	273
(3.1) Behandlung von competitive bottlenecks als Mehrfachdominanz im Rahmen des Art. 102 AEUV?	273
(3.1.1) Ansicht des BGH in Reisestellenkarten	273
(3.1.2) Die Entscheidung des EuGH in Magill	274
(3.1.3) Die Entscheidung der Kommission in Travelport/ Worldspan	276
(3.1.4) Systematik und Konzeption des Art. 102 AEUV	277
(3.2) Behandlung von competitive bottlenecks als Einzeldominanz	279
ff) Zwischenergebnis zu competitive bottlenecks	283
e) Aftermarkets	284
f) Fazit zu marktexternen Netzwerkeffekten	286
3. Konglomerate Marktmacht	287
a) Digitale Konglomerate	287
b) Rechtliche Berücksichtigung	290
aa) Ansicht von Petit	290
bb) Ansicht von Schweitzer/Haucap/Kerber/ Welker	290
II. Begrenzung digitaler Marktmacht	292
1. Konglomerater Wettbewerbsdruck	292
2. Reverse Network Effects und Wechselkosten	294
3. Abnehmender Grenznutzen	296

4. Qualitätsfaktoren jenseits von Netzwerkeffekten	297
5. Multi-homing, Transparenz und Produktdifferenzierung	298
6. Randsubstitution	302
a) Randsubstitution in der rechtlichen Beurteilung	302
b) Hoher Substitutionswettbewerb bei Online-Plattformen	304
c) Die Probleme der wettbewerblichen Würdigung von Substitutionswettbewerb	306
aa) Wann ist Substitutionswettbewerb ausschlaggebend für das (Nicht-)Vorliegen einer beherrschenden Stellung?	306
bb) Wann ist die Schwelle zwischen Randsubstitution und Marktgleichwertigkeit überschritten?	307
cc) Das Neutralitätsgebot des BGH	309
d) Zwischenergebnis zur Randsubstitution	311
7. Dynamik in der Internetwirtschaft	312
a) Das Phänomen aus wirtschaftlicher Sicht	312
aa) Beispiele	312
bb) Aktualität und Nachhaltigkeit der dynamischen Entwicklung	313
cc) Gründe für eine langfristige Dynamik der Branche	315
b) Die Rechtsprechung zur Dynamik als Marktmachtfaktor im Internet	317
aa) Berücksichtigung in der Marktabgrenzung	317
bb) Berücksichtigung als potentieller Wettbewerb	318
cc) Unterscheidung nach Marktphase	322
dd) Divergenz von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht	323
c) Divergenz von Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht geboten?	326
aa) Entscheidungstheoretischer Imperativ	326
bb) Vergleich mit der Rechtsprechung	328
cc) Unterschiedliche zeitliche Ausrichtung der Tatbestände	331
dd) Bessere Verortung in der Missbrauchsprüfung	332
8. Fazit zum Marktmachtverlust bei Internetplattformen	334

C. Indikatoren digitaler Marktmacht	336
I. Der Marktanteil	336
1. Der theoretische Zusammenhang zwischen Marktanteilen und Marktmacht	336
2. Keine Gültigkeit des Zusammenhangs bei Internetplattformen	338
3. Berücksichtigung als potentieller Wettbewerb?	340
4. Marktmacht aus Netzwerkeffekten	343
5. Quantifizierung von Netzwerkeffekten	344
a) Der CEAHR-Test	344
b) Marktanteile	346
aa) Nutzeranteile	346
bb) Umsatzanteile	350
cc) Gesamtbetrachtung mehrerer Kennzahlen	352
dd) Berücksichtigung von Offline-Wettbewerb	354
ee) Die Schwelle zur Marktbeherrschung: das „tipping“	355
6. Die Aussagekraft von Marktanteilen	358
a) Subjektivität der Marktabgrenzung	358
b) Die erforderliche Höhe des Marktanteils	361
II. Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator	364
1. Unternehmensverhalten als Marktmachtindikator in der Rechtsprechung	364
2. Zulässigkeit im deutschen Kartellrecht	366
a) Wortlaut	366
b) Zirkelschluss?	370
3. Fallgruppen	375
a) Grundsätzliches	375
b) Ausbeutungsmissbräuche	378
aa) Preishöhenmissbrauch	378
(1) Wann ist ein Preis unangemessen?	378
(2) Kausalität zwischen einem Preishöhenmissbrauch und Marktmacht	380
(2.1) Grundsätzlich liegt Kausalität vor	380
(2.2) Ausnahme bei „Trittbrettfahrern“	381
(2.3) Ausnahme bei Werbeauktionen?	382
bb) Unangemessene Geschäftsbedingungen	384
(1) Gegenüber Verbrauchern („B2C“)	384
(1.1) Wann ist eine Geschäftsbedingung unangemessen?	384

(1.2) Kausalität zwischen unangemessenen Geschäftsbedingungen und Marktmacht	387
(1.2.1) Das Privacy Paradox	388
(1.2.2) Patterson: Marktmacht aufgrund der Indifferenz der Nutzer	391
(1.2.3) BKartA: akzessorischer Kausalitätsbegriff in Facebook	395
(2) Gegenüber Unternehmen („B2B“)	398
cc) Preisdiskriminierung durch personalisierte Preise	401
(1) Preisdiskriminierung im Internet	401
(2) Rechtfertigung der Diskriminierung	403
(3) Kausalität zwischen der Preisdiskriminierung und Marktmacht	404
dd) Einschränkung der technischen Entwicklung	407
(1) Innovationsträgheit als Marktmachtindikator	407
(2) Innovationsaktivität als Argument gegen das Vorliegen von Marktmacht	409
c) Behinderungsmisbräuche	412
aa) Benachteiligung von Drittanbietern auf der Plattform	412
bb) Kopplungsgeschäfte	415
cc) Zugangsverweigerungen	418
dd) Kampfpreise	419
(1) Vorliegen von Kampfpreisen bei Internetplattformen	420
(2) Ist Marktmacht eine Bedingung für Kampfpreise?	423
4. Fazit zum Unternehmensverhalten	425
 Kapitel 5: Fazit	 429
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	429
I. Marktabgrenzung	429
1. Was ist ein Markt?	430
2. Das Bedarfsmarktconcept bei mehrseitigen Märkten	431
3. Der Hypothetical Monopolist Test bei mehrseitigen Märkten	432
4. Die räumliche Marktabgrenzung bei Internetplattformen	433
II. Marktmachtbestimmung	434
1. Definition digitaler Marktmacht	434
2. Ökonomie digitaler Marktmacht	434

3. Nachweis digitaler Marktmacht	439
III. Schema für die Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei Internetplattformen	443
B. Rechtsvergleichende Ergebnisse	444
C. Bewertung der 9. GWB-Novelle vor dem Hintergrund der Untersuchung	448
D. Rechtspolitische Implikationen	450
I. Ziel weiterer Reformbemühungen	450
II. Marktabgrenzung	451
III. Gesetzliche Vermutungen	453
1. Competitive bottlenecks	453
2. Der verhaltensbasierte Ansatz	456
IV. Relative Marktmacht	457
V. Intermediationsmacht	459
E. Ausblick	460
Literaturverzeichnis	463