

# NZKart

# Neue Zeitschrift für Kartellrecht

[www.nzkart.de](http://www.nzkart.de)

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann

RA Prof. Dr. Albrecht Bach

RiBGH Dr. Klaus Bacher

RA Prof. Dr. Rainer Bechtold

Prof. Dr. Florian Bien

RA Dr. Ingo Brinker

Dr. Friedrich Wenzel Bulst

RiEuG Alfred Dittrich

RA Dr. Michael Esser

MinRat Dr. Thorsten Käseberg

VorsRiLG Dr. Gerhard Klumpe

Prof. Dr. Torsten Körber

VorsRiOLG Prof. Dr. Jürgen Kühnen

RA Dr. Thorsten Mäger

VPräs. b. BKartA Prof. Dr. Konrad Ost

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Prof. Dr. Heike Schweitzer

RA Dr. Kathrin Westermann

## Aus dem Inhalt

*G. Klumpe*

Die Legende von Sisyphos oder: Vorschläge für  
anwaltliche Neujahrsvorsätze (Editorial)

1

*M. Wolf*

Algorithmengestützte Preissetzung im Online-Einzel-  
handel als abgestimmte Verhaltensweise

2

*R. Hoffer/L. A. Lehr*

Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand  
(Amazon, Google und Facebook)

10

*M. Wirtz/M. Schulz*

Innovationswettbewerb in der Fusionskontrolle –  
Bayer/Monsanto und Dow/DuPont

20

*C. Baudenbacher*

Are the UK and Switzerland Part of the Eastern  
Forefield of the EU?

29

*EuGH*

Urteil Gascogne Sack

32

*EuGH*

Urteil Kendrion

34

*EuG*

Urteil Breitbandmarkt Slowakei

36

*EuG*

Urteil Perindopril (Biogaran)

44

*EuG*

Urteil Coveris Rigid

51

Fallberichte des Bundeskartellamtes

67



# 1/2019

S. 1–68 10. Januar 2019



P350201901

ersichtlich ist.<sup>113</sup> Die für eine Abstimmung i. S. des Art. 101 Abs. 1 AEUV erforderliche Gewissheit wird vermittelt, so wie die Algorithmen sich auf eine Preisgefüge festgelegt haben, d. h. der gegenseitige Preisvorstellungsprozess vorerst abgeschlossen ist.

#### 4. Dynamic Algorithmic Pricing & Preisvergleichsportale

Preisvergleichsportale haben vor diesem Hintergrund eine ambivalente Funktion. Einerseits sind sie normativ erwünscht, weil sie dem Verbraucher ebenso wie vergleichende Werbung<sup>114</sup> eine informiertere Auswahlentscheidung ermöglichen und die Unternehmen darüber ihre Leistung zum Ausdruck bringen können.<sup>115</sup> Dementsprechend sind vertragliche Verbote zur Nutzung von Preisvergleichsportalen nicht freistellbare Kernbeschränkungen des Wettbewerbs.<sup>116</sup> Auf der anderen Seite erweitert die geschaffene Transparenz, weil sie nicht nur zugunsten des Verbrauchers, sondern auch des Wettbewerbers eintritt, die Möglichkeiten des zeitnahen Angleichens der Preise. Eine Preissuchmaschine kann genau den Ort darstellen, an dem Preissetzungsalgorithmen unter Ausschluss des Verbrauchers in einen nachfragefernen Preisdialog treten. Wenn ein Preisvergleichsportale unter solchen Voraussetzungen einen andauernden Echtzeitabgleich ermöglicht, würde der Preisportalbetreiber als Abstimmungsvermittler ebenfalls zum Kreis der Teilnehmer zählen.<sup>117</sup>

Davon zu unterscheiden ist die Preisgabe zusätzlicher Informationen durch das Portal, zB. einen aufbereiteten, nicht anonymisierten Datenbestand über die Preisstrategien der Wettbewerber oder das Einkaufs- und Klick-Muster der Portalnutzer bereitstellt, wie ihn das britische Office of Fair Trading mit der Tarifvergleichssoftware „WhatIf“ zu bewerten hatte, die Konkurrenten untereinander ermöglichte, geplante, noch nicht freigeschaltete Angebote der Wettbewerber vorab einzusehen und sich darauf einzurichten.<sup>118</sup> Die Bereitstellung nicht-öffentlicher, strategischer Informationen kann eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder sogar bezwecken.<sup>119</sup> Ist diese auf einheitliche Nutzungsbedingungen zwischen Portalbetreiber und Portalnutzern zurückzuführen, beruht sie auf einer Vereinbarung.<sup>120</sup>

#### V. Ergebnisse

Preisalgorithmen etablieren in einem transparenten digitalen Marktumfeld Hochgeschwindigkeitsmechanismen, welche

die Preise auf ein ultrakompetitives Niveau anheben helfen. Ein generelles Verbot algorithmenbasierten Marktverhaltens oder eine sektorübergreifende Regulierung erscheinen zum jetzigen Zeitpunkt nicht angebracht. Das Kartellverbot stellt aber über das Merkmal der „abgestimmten Verhaltensweise“ ein Instrument zur Bewältigung einiger Gefahren für den Wettbewerb dar. Wenn Preise algorithmengestützt unter weitgehender Ausschaltung spontaner Kaufentscheidungen der Verbraucher durch hochaktive Reaktionsprozesse angeglichen werden, handelt es sich nicht mehr nur um ein autonomes Parallelverhalten, sondern um eine Koordinierung, mit der das Konkurrenzrisiko des durch Trial-and-Error geprägten wettbewerbsrisikos beseitigt wird. Dieser Ausschluss des Verbrauchers als Schiedsrichter im Wettbewerb kann Folge der bloßen Anpassungsgeschwindigkeit sein, aber auch auf sonstigen Gründen beruhen, wenn z. B. ein interaktiver Preisabgleich zu Nachtzeiten erfolgt, in denen spürbare wettbewerbsrelevante Verbraucherentscheidungen nicht zu erwarten sind. Dann handelt es sich nicht mehr um einen bloßen Marktauftritt, sondern ein Aushandeln der Preise vor dem eigentlichen Marktauftritt, das als abgestimmte Verhaltensweise einer weiteren wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nach Art. 101 AEUV zugänglich ist. ■

113 *Ezrachii/Stucke*, a. a. O. Fn. 27, 50; Monopolkommission, HG XXII, Rn. 195 f.; ausführlich zu diesem Konzept *Gall/Elkin-Koren*, Harv. J. Law & Technology, Vol. 30/2 (2017), 309 ff.

114 Art. 4 RL 2006/114/EG. Es wird sogar ein Mindestmaß an Transparenz auch hinsichtlich der Preisbestandteile gefordert, soweit etwa der BGH im Fehlen der Information darüber, dass ein Preisvergleichsportale nur Anbieter aufnimmt, die sich zur Zahlung einer Provision verpflichtet haben, als Verstoß gegen das Irreführungsverbot i. S. des §§ 5, 5 a UWG ansieht. BGH, Urt. v. 27.4.2017, I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265 – *Preisportal*.

115 *Fiedler/Serafimova*, NZKart 2018, 252, 254 f., die darin eine Stärkung des Preiswettbewerbs, insbesondere des intra-brand-Wettbewerbs sehen; vgl. auch *Franz*, WRP 2018, 20 ff.

116 BGH, Beschl. v. 12.12.2017, KVZ 41/17, MMR 2018, 830 (zu Art. 4 lit. c Vertikal-GFVO).

117 EuGH, Urt. v. 22.10.2015, C-194/14 P, Rn. 26 ff. – *AC-Treuhand/Kommission*.

118 OFT, Decision to accept binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, OFT1395, December 2011.

119 Dazu *Stöcker*, WuW 2012, 935, 936 ff.; *Liesegang*, WuW 2012, 1036, 1044 ff.; siehe auch EuGH, Urt. v. 19.3.2015, C-286/13 P, Rn. 128 ff. – *Dole/Kommission*.

120 Vgl. Kommission, Entscheidung v. 17.2.1992, IV/31.370 und 31.446, Abl. EG 1992 Nr. L 68/19 – *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*; bestätigt durch EuG v. 27.10.1994, T-35/92, Slg. 1994, II-957 – *John Deere/Kommission*; bestätigt durch EuGH v. 28.5.1998, C-7/95 P, Slg. 1998, I-3111 – *John Deere/Kommission*.

Dr. Raoul Hoffer und Mag. Leo Alexander Lehr, Wien\*

## Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand – Gemeinsame Betrachtung der Fälle Amazon, Google und Facebook

Betreiber von Onlineplattformen gehören inzwischen weltweit zu den wirtschaftlich dominierenden Unternehmen. Naturgemäß geraten sie dadurch auch immer stärker in den Fokus der Wettbewerbsbehörden, die sich dadurch intensiv mit Phänomenen wie mehrseitigen Märkten und vertikaler Integration von Plattformen beschäftigen müssen. Der folgende Artikel soll versuchen, die aktuell brisantesten und kartellrechtlich interessantesten „Big-Tech Fälle“ aufzubereiten und zu strukturieren. Daraus sollen zwei größere Fallgruppen zur Anwendung der Missbrauchsaufsicht gemäß Art 102 AEUV (und analogen Bestimmungen) in der digitalen Welt abgeleitet werden. Insbesondere wird auch auf

Probleme der Marktdefinition und der Feststellung einer Missbrauchshandlung eingegangen werden.

### I. Einleitung

Eine sehr aktuelle Thematik des Kartellrechts ist die Befassung mit Onlineplattformen. Nicht, dass dieses Thema ein gänzlich neues wäre – die ersten Verfahren gegen Google

\* Dr. Raoul Hoffer LL.M, ist Partner, Mag. Leo Alexander Lehr, LL.M. MSc Rechtsanwaltsanwärter bei Binder Grösswang Rechtsanwälte GmbH in Wien.

wurden bereits durch die Europäische Kommission (Kommission) im Jahre 2007 eingeleitet – aber zurzeit scheinen Onlineplattformen wie Google, Amazon und Facebook besonders im Fokus der Wettbewerbsbehörden zu stehen. Nicht nur auf Ebene der Kommission, sondern auch in den EU-Mitgliedstaaten<sup>1</sup> – aber auch in anderen Staaten<sup>2</sup> – befassen sich Wettbewerbsbehörden zunehmend mit den Auswirkungen der Marktmacht und Datensammlung und -verarbeitung solcher Onlineplattformen. Die Brisanz der Thematik zeigt sich zudem dadurch, dass ein Entwurf des Europäischen Parlaments zum Jahresbericht über die Wettbewerbspolitik etwa kürzlich die Aufforderung an die Europäische Kommission enthalten hat, derartige Online-Plattformen einer umfangreicheren Analyse und rechtlichen Prüfung zu unterziehen.<sup>3</sup>

Das Geschäftsmodell von Online-Plattformen auf zwei- oder mehrseitig verbundenen Märkte zu agieren ist in der vernetzten und digitalen Wirtschaft nämlich auch längst keine Seltenheit mehr. Besonders im digitalen Bereich hat sich das Plattformmodell immer stärker durchgesetzt – 7 der 10 weltweit größten Unternehmen benutzen Online-Plattformen als ihr zentrales Geschäftsmodell.<sup>4</sup> Zwei davon, Apple und Amazon, haben erst kürzlich die beachtliche Marke von einer Billion Dollar an Börsenwert überschritten, was auch Ausdruck einer immer stärkeren Marktkonzentration sein kann.

Eine neue Entwicklung stellt jedoch die immer weitergehende vertikale Integration solcher Unternehmen dar. Während die ersten Plattformmodelle nahezu vollständig darauf aufbauten, Anbieter und Konsumenten bestimmter Produkte oder Dienstleistungen zusammenzuführen, d. h. die Plattform als sog. „match-maker“ fungierte<sup>5</sup>, versuchen Amazon, Google und Co derzeit auch ihre selbst vertriebenen Produkte<sup>6</sup> oder ihre eigenen Dienstleistungen<sup>7</sup> immer prominenter auf ihren eigenen Plattformen zu platzieren. Dies geschieht u. a. auch durch Akquisition und Integration von bereits bestehenden Unternehmen aus klassischen Märkten.<sup>8</sup>

Diese rapiden Entwicklungen stellen das Kartellrecht naturgemäß vor gänzlich neue Herausforderungen. Erst kürzlich befasste sich die Europäische Kommission mit Google in den bisher kontrovers diskutierten Entscheidungen *Google Shopping* und *Google Android*. Die Kommission wirft Google vor, seine Marktmacht im Suchmaschinenmarkt auf weitere Märkte auszuweiten und zu missbrauchen, insbesondere indem Google seine eigenen Dienste bevorzugen würde.

Auch das deutsche Bundeskartellamt (BKartA) sieht sich als Vorreiter in digitalen Märkten und befasst sich dabei intensiv mit der Rolle von Plattformen im Kartellrecht.<sup>9</sup> Neben Facebook<sup>10</sup> und verschiedenen Arten von Plattform-Verboten im Online-Handel,<sup>11</sup> sieht man sich auch hier seit kurzem die „Doppel-Rolle“ von Plattformen näher an, sogenannte Hybridplattformen, „die einerseits als Intermediäre für Onlinehändler und andererseits als autorisierter Händler für dieselben Produkte agieren“.<sup>12</sup>

Dazu meinte Andreas Mundt, Präsident des BKartA, konkret zur erst kürzlich verlautbarten Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen Amazon:

*„Amazon ist selbst der größte Online-Händler und das Unternehmen betreibt den mit Abstand größten Online-Marktplatz in Deutschland. Viele Händler und Hersteller sind beim Online-Vertrieb auf die Reichweite des Amazon*

*Marktplatzes angewiesen. Amazon fungiert so als eine Art „gatekeeper“ gegenüber den Kunden. Die Doppelrolle als größter Händler und größter Marktplatz birgt das Potential für Behinderungen von anderen Händlern auf der Plattform.“<sup>13</sup>*

Darüber hinaus regen sich sogar in den USA, die ansonsten im Bereich Big Tech Regulierung eher für Zurückhaltung stehen, einige Tendenzen, Hybridplattformen im Kartellrecht strenger zu behandeln.<sup>14</sup> *Lina Khan* widmete in ihrem viel beachteten Artikel zur Marktmacht von Plattformen der vertikalen Integration ein eigenes Kapitel<sup>15</sup>, aber auch führende Ökonomen sprachen sich bereits für die nähere Überprüfung der Verhaltensweisen von derartigen Onlineplattformen aus.<sup>16</sup> Zusätzlich beschäftigt sich auch die Federal Trade Commission (FTC) in ihren Hearings bereits explizit mit mehrseitigen Plattformmärkten und speziell mit den Problemen der vertikalen Integration von Plattformen.<sup>17</sup> Diesbezüglich besteht auch in den USA ein wachsendes Interesse an der derzeitigen europäischen Entscheidungspraxis.

Insgesamt spielt bei all diesen Überlegungen wohl auch eine Rolle, dass sonstige Maßnahmen, wie rein zivilrechtliche Ansprüche oder auch datenschutzrechtliches Vorgehen, als wenig effizient betrachtet werden, um den besonders brisanten Problemen und Thematiken, die sich mit zunehmender Vernetzung und Big Data stellen, Herr zu werden. Es gibt

- 1 Hier besonders das deutsche Bundeskartellamt bzw. die französische Autorité de la concurrence, siehe gemeinsames Arbeitspapier Competition Law and Data, 2016.
- 2 Siehe z. B. den umfassenden Report der Australian Competition & Consumer Commission (ACCC), Digital Platforms Inquiry, 2018.
- 3 Europäisches Parlament, Entwurf eines Berichts über den Jahresbericht über die Wettbewerbspolitik, 2018, Rz. 4 ff.
- 4 Siehe PwC, Global Top 100 companies by market capitalisation, 2018.
- 5 Bspw. Dating-Plattformen oder Ebay als reine Auktionsplattform.
- 6 Bspw. Amazon Eigenmarken.
- 7 Etwa Google Shopping, Maps, Flights etc.
- 8 Vgl. etwa die Verknüpfung von amazon.com mit den Whole Foods Market Supermarktfilialen in den USA, in denen Amazon Prime Mitglieder extra Rabatte angeboten bekommen. Gleichzeitig erhält Amazon von Whole Foods Kundendaten, die das Onlinegeschäft verbessern sollen, siehe <https://www.cnbc.com/2018/06/15/a-year-after-amazon-announced-whole-foods-deal-heres-where-we-stand.html>.
- 9 BKartA Präsident Mundt begründete dies in einem Interview, F. A. Z., 6.8.2018, wie folgt: „Wir sprechen hier von Hybridplattformen. Bei solchen Plattformen besteht immer auch ein gewisses Potenzial für eine Wettbewerbsbehinderung der anderen Händler auf der Plattform. Uns liegen hierzu auch Beschwerden vor.“
- 10 Das BKartA definiert hier den mehrseitigen Markt für soziale Netzwerke, als sog. „Aufmerksamkeitsplattformen“, siehe BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes, 2017.
- 11 Vgl. dazu BKartA, Wettbewerbsbeschränkungen im Internetvertrieb nach Coty und Asics – wie geht es weiter? 2018.
- 12 Ebd., 6.
- 13 BKartA, Pressemitteilung v. 29.11.2018, Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen Amazon.
- 14 Anzumerken ist hier allerdings, dass die FTC bereits in einem Verfahren 2013 Googles Verhaltensweisen im Suchmaschinenmarkt als nicht rechtswidrig, sondern vielmehr als „Produktverbesserung“ klassifizierte, siehe FTC, Statement of the Federal Trade Commission regarding Google's Search Practices, In the Matter of *Google Inc.*, 111-0163, 2013.
- 15 Khan legte damit den Grundstein für das sog. 'New Brandeis Movement', welches Monopolisierungstendenzen der digitalen Wirtschaft eher kritisch sieht, vgl. *Khan*, Amazon's Antitrust Paradox, *The Yale Law Journal*, 126, 2017, 731.
- 16 Bspw. Hal Singer oder Joseph Stiglitz, siehe <https://halsinger.wordpress.com/2018/10/17/my-remarks-at-the-ftcs-competition-and-consumer-protection-hearings-understanding-exclusionary-conduct-in-cases-involving-multi-sided-platforms-issues-related-to-vertically-integrated-platforms/>.
- 17 Vgl. *Petit*, Competition Cases Involving Platforms: Lessons from Europe – Comment on Federal Trade Commission ("FTC") Hearing #3, 2018; *Wright/Yun*, Platforms in the Spotlight at the FTC Hearings, 2018.

daher auch Überlegungen Onlineplattformen einer spezifischen *ex ante* Regulierung zu unterwerfen, neben jener, die ohnedies bereits beschlossen ist und demnächst umgesetzt wird.<sup>18</sup>

Schlussendlich ist jedoch auch hervorzuheben, dass das Wettbewerbsrecht das Plattformmodell und die vertikale Integration bisher nicht als *per se* negativ für die Konsumentenwohlfaht klassifiziert hat. Vertikale Integration und Bevorzugung der eigenen Distribution können im Einzelfall nämlich durchaus auch prokompetitive Effekte haben, insbesondere in Märkten in denen bereits hoher *inter-brand* Wettbewerb bzw. hohe Transaktions- oder Kontrahierungskosten vorherrschen.<sup>19</sup> Zeichnet sich also durch die beschriebenen Verfahren im Internetplattform-Bereich nun langsam eine gewisse Re-Evaluierung dieser Wertungen durch die Wettbewerbsbehörden ab?<sup>20</sup>

Im folgenden Artikel soll auf dieser Basis versucht werden, zunächst einen Überblick über die wesentlichen Fallgruppen, die die Europäische Kommission bzw. nationale Wettbewerbsbehörden in Europa bearbeiten, zu geben und daraufhin die kartellrechtlichen Probleme darzustellen, die sich im Zusammenhang mit der Behandlung solcher Onlineplattformen nach den herkömmlichen kartellrechtlichen Instrumentarien ergeben. Schlussendlich sollen auch eigene Lösungsansätze zu einigen der in diesem Zusammenhang in der Literatur bzw. Rspr aufgeworfenen Fragestellungen gegeben werden.

## II. Aktuelle Fälle

Die wesentlichen aktuellen Fälle auf europäischer Ebene betreffen die drei Internetkonzerne Google, Amazon und Facebook. Dabei geht es kurz zusammengefasst um folgende Themen:

### 1. Google

a) *Google Shopping*. Das Verfahren *Google Shopping*<sup>21</sup>, das mit einer damaligen Rekord-Geldbuße von EUR 2,42 Mrd. gegen Alphabet/Google endete, stellt einen der größten und meistbeachteten Fälle dar, in denen sich die Europäische Kommission mit digitalen Plattformmärkten befasste und den Missbrauch durch Bevorzugung eigener Dienste einer vertikal integrierten Online-Plattform beschreibt. Damit befasst sich die Entscheidung mit einer bisher im EU-Wettbewerbsrecht neuartigen Konstellation und die Kommission bezeichnet die Rechtsache explizit als „Testfall“, der dazu dienen könnte ein Rahmenwerk für zukünftige Verhaltensweisen von derartigen Hybridplattformen zu etablieren.<sup>22</sup> Obwohl diese Causa wohl noch Jahre vor europäischen Gerichten verbringen wird, ist die mögliche Präcedenzwirkung – insbesondere auf die zukünftige Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörden – nicht zu unterschätzen.

Die Entscheidung gegen Google dreht sich um die Ausdehnung der Marktmacht, die Google auf dem Suchmaschinenmarkt innehat, auf den davon getrennt definierten Markt der Preisvergleichsdienste.<sup>23</sup> In diesen trat Google selbst bereits 2004 mit seiner Unternehmung „Froogle“ ein, welche sich im Laufe der Zeit zu „Google Shopping“ entwickelte. Dieser Dienst ermöglicht es Produkte und Preise zu vergleichen und verschafft einen Überblick über die Angebote von Online-Händlern.<sup>24</sup> Derartige Dienste sind stark von der Anzahl an Online-Zugriffen von Konsumenten abhängig, die laut Kommission von Google durch seine marktbeherrschende Stellung am allgemeinen Suchmaschinenmarkt<sup>25</sup> maßgeblich beeinflusst werden können.

Die Kommission meint weiter, dass Google seine marktbeherrschende Stellung missbraucht habe, indem es seinen Preisvergleichsdienst auf den eigenen allgemeinen Suchergebnissen im Verhältnis zu konkurrierenden Preisvergleichsdiensten bevorzugt platziert und angezeigt hat, was zu einer signifikant höheren Nutzerzugriffsrates für den eigenen Preisvergleichsdienst geführt habe. Demnach würden Internetnutzer eben bevorzugt auf Links klicken, die auf der allgemeinen Ergebnisseite besonders hervorgehoben werden.

Das Verhalten schotte somit den Markt gegenüber anderen Preisvergleichsdiensten ab, und verringere die Möglichkeit für Konsumenten die für sie relevantesten Webseiten zu erreichen.

b) *Streetmap/Google*. Eine konträre Vorgehensweise zeigt der britische Fall *Streetmap/Google*<sup>26</sup> auf, der vom High Court of England and Wales entschieden wurde. Auch hier wurde Google vorgeworfen seinen eigenen Dienst, nämlich Google Maps, im Verhältnis zu Wettbewerbern wie Streetmap auf der Suchmaschinen-Seite missbräuchlich bevorzugt zu positionieren. Bei örtlichen Suchanzeigen wurde demnach ein klickbares Bild von Google Maps am oberen Ende der Seite gezeigt, während ein blauer Link für Streetmap nur am unteren Ende zu sehen war.

Das Gericht kam zum Schluss, dass die Praxis von Google nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine spürbare wettbewerbswidrige Wirkung haben würde und dass sie objektiv gerechtfertigt sei. Hauptsächlich wurde dies auf Basis von Nutzerzugriffsdaten damit begründet, dass andere, qualitäts- und kostenbasierte Faktoren der Grund für den Rückgang von Nutzern bei Streetmap waren<sup>27</sup> und eben nicht die Platzierung bei Suchresultaten.<sup>28</sup>

### 2. Facebook

Eine weitere Fallkategorie bietet das Facebook-Verfahren des BKartA. Dieses behandelt zentral die Erhebung und Verarbeitung von Daten durch die Onlineplattform Facebook.

Es wird dabei u. a. geprüft, ob die Vertragsbedingungen gegenüber Benutzern des sozialen Netzwerkes, die eine weitreichende Überlassung von Daten verlangen, missbräuchlich seien. Dies betrifft *in casu* nur jene Daten, die „off-Facebook“ also auf Drittseiten oder Apps anfallen. Haben etwa andere Unternehmen Facebook-Funktionen wie den „like-Button“ in ihren Webseiten oder Apps implementiert, fließen über bestimmte Schnittstellen (das sog. „Application programming interface“ (API)) automatisch Daten an Facebook, die sodann mit dem Benutzerkonto verknüpft werden können, sogar wenn der Nutzer einem Webtracking durch

18 Siehe dazu unten zur P2B Verordnung.

19 Siehe *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law*, 2010, 5-034 ff.

20 Genannt sei hier auch die Sektoruntersuchung E-Commerce der Kommission, die insbesondere verschiedene Vertikalbeschränkungen hervorhob, siehe Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, 2017.

21 Kommission, 27.6.2017, AT.39740 – *Google Shopping*.

22 Siehe dazu Kommission, Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service, STATEMENT/17/1806, 2017.

23 *Google Shopping*, Rz. 649.

24 Kommission, 27.6.2017, IP/17/1784.

25 *Google Shopping*, Rz. 271 ff.

26 High Court of Justice, *Streetmap.EU Ltd v Google Inc. & Ors* [2016] EWHC 253.

27 So war die Implementierung von Streetmaps API für gewisse Unternehmen kostenpflichtig, während dies für Google Maps kostenlos zur Verfügung gestellt wurde, *Streetmap/Google*, Rz. 138.

28 *Streetmap/Google*, Rz. 99 ff.

seine Einstellungen im Browser widerspricht.<sup>29</sup> Im Gegensatz dazu könnten Nutzer nämlich innerhalb des Netzwerkes in einem weiteren Umfang Privatsphären-Einstellungen beeinflussen. Facebook machte die Nutzung seines Netzwerkes jedoch von der uneingeschränkten Zustimmung zur Sammlung solcher Drittdata abhängig.

Das BKartA analysiert derzeit die Vertragskonditionen anhand des Verbots des Preishöhen- und Konditionenmissbrauchs. Gemäß einem normativen Ansatz soll dabei anhand gesetzlicher Wertungen, konkret des Datenschutzrechtes, geprüft werden, ob Facebook unangemessene Konditionen verlangt.<sup>30</sup> Die Vertragsbedingungen sind hierbei am Maßstab der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) zu messen. Gem Art 7 DSGVO „*muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind*“. Ob die Sammlung von Daten aus Drittseiten für die Erfüllung des Vertrages erforderlich oder verhältnismäßig ist, ist wohl *prima facie* zumindest diskussionswürdig.<sup>31</sup>

Die bisherigen Informationen des BKartA bezogen sich im Wesentlichen auf das Erheben von Daten durch Facebook, ob diesbezüglich zusätzlich eine missbräuchliche Verwendung stattfindet, wurde noch offengelassen.

### 3. Amazon

Sowohl die Kommission, aufbauend auf früheren Erfahrungen aus der Sektoruntersuchung E-Commerce<sup>32</sup>, als auch das BKartA haben kürzlich jeweils eigene Untersuchungen der Verhaltensweisen der Onlineplattform Amazon eingeleitet. Im Zentrum steht hierbei insbesondere die Doppelrolle von Amazon als vertikal integrierte Plattform, welche sowohl den „Amazon Marktplatz“ bereitstellt, als auch selbst als Händler verschiedenster Produkte auf diesem tätig ist. Auch die österreichische Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) geht einer Beschwerde wegen unangemessenem Austausch von Daten innerhalb des Konzerns zwischen der Plattform und Amazons Eigenhandelstätigkeit nach.<sup>33</sup>

Das BKartA sieht hier, gemeinsam mit der Kommission, zwei komplementäre Verfahren. Die Kommission befasst sich mit Datenerhebung und -verwendung durch Amazon, während das BKartA sich vor allem auf die Verhaltensweisen gegenüber Händlern auf dem deutschen Amazon-Marktplatz fokussiert. Auch EU-Wettbewerbskommissarin Vestager bekräftigte dieses Komplementärverhältnis und führte aus, dass diese beiden Untersuchungen gemeinsam mit der geplanten EU „platform-to-business (P2B) Verordnung“<sup>34</sup> zu einem insgesamt „faireren“ Online-Markt führen würden.

Diese Verfahren betreffen damit im Kern zwei maßgebliche kartellrechtliche Thematiken: (i) die möglicherweise missbräuchlichen Geschäftsbedingungen und Verhaltensweisen gegenüber abhängigen Händlern, und (ii) die Erhebung und Nutzung von Transaktionsdaten durch Amazon unter Ausnutzung seiner Rolle als Hybridplattform.

Ersteres, nämlich die Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen, scheint ähnlich zum Missbrauch in der Sache Facebook, geht jedoch über den digitalen Sachverhalt hinaus, da hier auch „klassische“, nicht-datenbezogene Geschäftsbedingungen inkludiert werden wie Sperrung von Händlerkonten oder der Einbehalt von Zahlungen.<sup>35</sup>

Zweitens häufen sich jedoch insbesondere die Bedenken über den Markteintritt Amazons in die profitablen Märkte seiner eigenen Kunden (und damit Wettbewerber) durch Ausnutzen seiner in großen Mengen verfügbaren Verkaufsdaten aus dem Amazon-Marktplatz.<sup>36</sup> Diese Verfügbarkeit von Big Data erlaubt dem Unternehmen das ökonomische Marktrisiko einer neuen Produktentwicklung oder Investition, ein entscheidendes Charakteristikum im Wettbewerb, nahezu auszuschließen. Derartige Bedenken wurden auch teilweise durch empirische Untersuchungen über das Markteintrittsverhalten von Plattformen untermauert, obwohl für abschließende ökonomische Wertungen wohl längerfristige Untersuchungen notwendig sind.<sup>37</sup> Die Kommission hat hier auch bereits Fragebogen ausgesandt, vor allem an Einzelhändler von Produkten, die Amazon in den letzten 5 Jahren als Eigenproduktion ins Sortiment aufgenommen hat.<sup>38</sup>

## III. Strukturierung und Diskussion der kartellrechtlichen Probleme

Im Weiteren sollen nun die kartellrechtlichen Fragestellungen und Probleme der vorgestellten Entwicklungen herausgearbeitet und strukturiert werden und gleichzeitig Lösungsansätze für einige strittige Problematiken geboten werden. Dies betrifft vor allem die Definition des Marktes und die Einordnung potentiell missbräuchlicher Verhaltensweisen.

### 1. Marktdefinition und Marktmacht

Die erste wesentliche Stufe bei der Prüfung eines Verstoßes gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot im Zusammenhang mit oben genannten Fällen, ist (i) jene der Feststellung auf welchem mehrseitigen Markt oder welchen Teilmärkten die Plattformen tätig sind und die zu beurteilenden Verhaltensweisen gesetzt wurden und (ii) ob sie auf diesen Märkten auch tatsächlich als marktbeherrschend i. S. d. kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht eingestuft werden können. Erst bei Bejahung dieser Fragen trifft ein Plattform-Unternehmen die „besondere Verantwortung“ eines Marktbeherrschers.<sup>39</sup>

a) *Definition mehrseitiger Märkte.* Im ersten Schritt ist daher die Abgrenzung des relevanten Marktes wesentlich. Hier stößt man bereits an die Hürde, dass die Tätigkeit dieser

- 29 Siehe BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren, 2.  
 30 Vgl. BKartA, Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht? Hintergrundpapier zum Arbeitskreis Kartellrecht, 2016, 29; auch Thomas, Wettbewerb in der digital economy: Verbraucherschutz durch AGB-Kontrolle im Kartellrecht? NZKart 2017, 92, 98.  
 31 Vgl. z. B. Holzweber/Scharf, Datenmissbrauch im Kartellrecht? Der Fall Facebook, *ecolex* 2018, 258.  
 32 Kommission, COM(2017) 229 final- Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, 2017.  
 33 Siehe Der Standard, 9.12.2018, Wettbewerbsbehörde untersucht bei Amazon Marktmanipulation, <https://derstandard.at/2000093527401/Wettbewerbsbehoerde-ermittelt-gegen-Amazon-wegen-Marktmanipulation>.  
 34 Vgl. COM/2018/238 final – Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, 2018.  
 35 So nennt Art 102 AEUV etwa explizit die Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, vgl. auch Münchener Kommentar, 2. Aufl., Art 102 AEUV, Rz. 234 ff.  
 36 Vgl. z. B. The Guardian, Jeff Bezos v the world: why all companies fear 'death by Amazon', 2018, <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/24/amazon-jeff-bezos-customer-data-industries>.  
 37 Für einen Überblick siehe z. B. Zhu, Friends or Foes? Examining Platform Owners' Entry into Complementors' Spaces, 2018.  
 38 Siehe, wortfilter.de Der Marktplatz Blog, Amazon: EU Kommission untersucht mögliches wettbewerbswidriges Verhalten, 2018.  
 39 Dazu Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl, Art 102 AEUV, Rz. 86 und dort zitierte Lit.

Plattformen auf sogenannten zwei- oder mehrseitigen Märkten stattfindet.<sup>40</sup> Im Unterschied zur gängigen ökonomischen Betrachtung als einzelner mehrseitiger Markt für die Vermittlung von bestimmten Diensten oder Produkten<sup>41</sup>, werden durch die Wettbewerbsbehörden üblicherweise eigenständige Teilmärkte für die jeweiligen Marktseiten abgegrenzt (sog marktseitenspezifische Marktabgrenzung).<sup>42</sup> Auf jedem dieser Teilmärkte kann Marktbeherrschung bestehen bzw. Missbrauch einzeln stattfinden. Eine solche Vorgehensweise hat auch den Zweck zu verhindern, dass eine Verhaltensweise, die sich auf einer Seite positiv und auf der anderen negativ auswirkt in der Gesamtschau neutral gesehen werden könnte.<sup>43</sup> Eine einheitliche Marktabgrenzung für Vermittlung (von Diensten oder Produkten), unter Einbeziehung aller Marktseiten, liegt lediglich dann nahe, „wenn die Nutzergruppen einen im Wesentlichen einheitlichen Bedarf nach einer Vermittlung zur anderen Nutzergruppe haben und sich daher die Sicht der Gruppen hinsichtlich der funktionalen Austauschbarkeit nicht wesentlich unterscheiden.“<sup>44</sup>

Als Beispiel sei hier die Internetsuchmaschine genannt, die auf einem mehrseitigen Markt tätig ist, der mindestens drei Nutzergruppen, namentlich Internetnutzer, Werbekunden und Anbieter von Inhalten, verbindet.<sup>45</sup> In der Zusammenschlusskontroll-Entscheidung *Google/DoubleClick*<sup>46</sup> wurde demgemäß ein gesonderter Markt für die Bereitstellung bzw. Vermittlung von Online-Werbung definiert. Kürzlich hat die Kommission in *Google Shopping* einen separaten, allgemeinen Markt für Internetsuchdienste bzw. einen speziellen Markt für Preisvergleichsdienste (jeweils aus Nutzersicht) definiert.<sup>47</sup>

Potentielle Substitutionsbeziehungen auf den jeweiligen Marktseiten identifiziert die Kommission dafür hauptsächlich durch qualitative Methoden. Preisbasierte Methoden, wie SSNIP-Test oder Preiselastizitäten, werden von den Wettbewerbsbehörden hier tendenziell abgelehnt, da Dienste kostenlos angeboten würden bzw. Netzwerkeffekte zwischen den Benutzergruppen nicht angemessen miteinbezogen werden könnten. Die Preissetzung einer Plattform orientiere sich demnach meist nicht an anteiligen Kosten, sondern vielmehr an erzeugten positiven Netzwerkeffekten durch die jeweilige Marktseite.<sup>48</sup>

Für die Zwecke der Marktdefinition in *Google Shopping* ist die Kommission wie folgt vorgegangen: Es wurde (i) qualitativ auf Basis von Marktbeobachtungen, Googles eingebrachten Informationen, der bisherigen Geschichte der Parteien<sup>49</sup> und ausgesandten Fragebögen ein Markt für allgemeine Suchdienste und Preisvergleichsdienste identifiziert. Dabei wurde vor allem auf fehlende nachfrage- und angebotsseitige Substituierbarkeit für Internetsuche, z. B. durch Drittwebseiten wie soziale Netzwerke, eingegangen.<sup>50</sup> Geographisch wurden die Märkte (ii) als national betrachtet, da die Suche in unterschiedlichen Sprachen ablaufe und für kleinere Anbieter die Kosten einer Expansion über nationale Grenzen hinweg prohibitiv teuer sei.

Ähnlich sieht dies offensichtlich auch das BKartA im Facebook-Verfahren, dort allerdings betreffend den Markt für soziale Netzwerke. Das BKartA hat nach bisher verfügbaren Informationen einen Markt für soziale Netzwerke abgegrenzt, der allgemeine Anbieter wie Facebook und Google+<sup>51</sup> beinhaltet, jedoch nicht spezialisierte soziale Netzwerke wie z. B. das Berufsnetzwerk LinkedIn. Letztere dienen demnach nicht als volles Substitut, sondern vielmehr als Komplementär zu Facebook. Soziale Netzwerke seien weiters geogra-

phisch national abzugrenzen, da Nutzer diese überwiegend zur Kommunikation mit Freunden im Inland nutzen.<sup>52</sup>

b) *Feststellung der Marktmacht*. Wurde ein (mehrseitiger) Markt so definiert, stellt sich im nächsten Schritt immer noch das Problem der Feststellung von Marktmacht. Nach der klassischen Herangehensweise und Entscheidungspraxis ist dafür in erster Linie ein entsprechend hoher Marktanteil indiziell. Dieser kann nach Umsatz, aber etwa auch nach alternativen Maßstäben, wie Kundenanzahl, berechnet werden.<sup>53</sup>

Dies entspricht im Wesentlichen auch der Vorgangsweise der Kommission in *Google Shopping*. Die Kommission stellte zuerst Marktanteile, basierend auf Zugriffen auf die Webseite, jenseits von 80% in allen untersuchten EWR-Staaten fest. In der Entscheidung wird daraufhin auch noch umfassend auf andere Effekte eingegangen, die eine solche Marktmacht noch verstärken oder verfestigen. So etwa die verschiedenen Netzwerkeffekte einer mehrseitigen Plattform oder die Markteintrittsbarrieren durch immense Investments, die nötig wären, eine vergleichbare Suchmaschine aufzubauen.<sup>54</sup> In Übereinstimmung mit der generellen Tendenz wurde auch die potentielle Marktmacht durch Big Data thematisiert.<sup>55</sup> So könnte Kontrolle über oder Zugang zu bestimmten Daten dem Betreiber der Plattform einen einzigartigen Vorteil und damit Marktbeherrschung verschaffen. Das wäre selbst dann relevant, wenn ein solches Unternehmen noch nicht oder noch unwesentlich auf einem neuen Markt tatsächlich tätig ist.

Nach den Feststellungen des BKartA in *Facebook* beruht auch Facebooks Marktmacht sowohl auf Marktanteilen an Nutzern als auch auf sog identitätsbasierten Netzwerkeffekten, d. h. für Nutzer ist die Größe eines sozialen Netzwerkes sowie die Möglichkeit eine große Anzahl von bestimmten Personen dort zu finden, essentiell. Erwähnt wird auch hier die besondere Bedeutung des Besitzes großer Mengen an Daten, die eine Markteintrittsbarriere darstellen können.<sup>56</sup>

c) *Würdigung*. Die vorgestellten Marktdefinitionen der Wettbewerbsbehörden in Sachen Google und Facebook, einerseits für die Abgrenzung des Suchmaschinenmarktes an-

40 Zur ökonomischen Theorie der „mehrseitigen Märkte“ siehe z. B. *Evans*, Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses, Competition Policy International, 2011; *Evans/Schmalensee*, The antitrust analysis of multi-sided platform businesses, 2013.

41 Vgl. schon *Evans*, The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, Yale Journal on Regulation, 2003, 340 f.

42 Siehe *Höppner/Grabenschroer*, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162.

43 *Schweitzer et al*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, 95.

44 BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, 31.

45 Ebd., 168.

46 Kommission, 11.3.2008, M.4731 – *Google/DoubleClick*, 18 ff.

47 *Google Shopping*, Rz. 145 ff.

48 *Höppner/Grabenschroer*, 164.

49 So wird etwa die Tatsache herangezogen, dass spezialisierte Suchmaschinen bereits länger parallel zu Google existierten und von Google selbst als unterschiedliche Leistung angeboten werden.

50 *Google Shopping*, Rz. 145 ff.

51 Google+ soll von Google bis Mitte 2019 eingestellt werden.

52 BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren, 3.

53 Vgl. *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV, Rz. 49 f.

54 *Google Shopping*, Rz. 285 ff.

55 Dies wurde z. B. im Zusammenschlussfall *Apple/Shazam* für nutzerbezogene Daten zum Musik-Streaming kürzlich von der Kommission verneint. Basis der Prüfung waren dabei die „4 V“ Big-Data-Kriterien (*variety, velocity, volume, value of data*), vgl. Kommission, 6.9.2018, M.8788 – *Apple/Shazam*, Rz. 313 ff.

56 Siehe BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren, 3.

dererseits des Marktes für soziale Netzwerke, erscheinen weitgehend konsistent.

Betreffend *Google Shopping* wird teilweise moniert, dass es sich um einen zweiseitigen Markt handle, d. h. die Marktstärke von Google gegenüber den Suchmaschinennutzern nicht alleine ausschlaggebend sei, sondern tatsächlich die Verwertungsmöglichkeit der Daten auf dem zweiten relevanten Markt, namentlich jenem für das Angebot von Werbeleistungen auf der Plattform von Google eine Rolle spiele.<sup>57</sup> Dies wurde aber in der *Google Shopping* Entscheidung nur marginal thematisiert.

Tatsächlich ist diese Kritik nicht unbeachtlich – denn, wenn man einerseits bei Plattformmärkten die Besonderheit der mehrseitigen Märkte thematisiert, dann müsste man konsequenterweise hier wohl auch vertieft analysieren, inwiefern die Marktdefinition auch auf alle Seiten abstellen muss. Dennoch ist die Ansicht der Kommission hier die wesentlich praktikablere Lösung und für die Nutzer, wie auch andere Vergleichsplattformen ist auch tatsächlich relevant, inwiefern Google die anderen Vergleichsplattformen als Suchergebnis zeigt und nicht, wie sich dieses Verhalten für Google z. B. auf den Internet-Werbemärkten auswirkt. Allerdings ist es dann wieder fraglich, ob – wenn man de facto nur eine Seite des Plattformmarktes betrachtet – wirklich zur Gänze auf das bewährte System des SSNIP-Tests verzichtet werden muss. Wenn die Kommission nämlich ohnedies jeweils die (einseitigen) Teilmärkte der Plattformen für sich heranzieht, fällt hier das Argument, der SSNIP-Test wäre aufgrund der Interaktionen mit den anderen Märkten, auf denen die Plattform tätig ist, weg. Bei dieser einseitigen Marktdefinition spricht daher nichts dagegen zumindest bei entgeltbasierten Märkten, wie sie bspw. bei Amazon existieren, den SSNIP-Test anzuwenden. Bei kostenlosen Leistungen wie jenen von Google und Facebook, könnte eventuell ein adaptierter qualitätsbasierter „SSNIP-Test“ angewandt werden, der nicht auf das klassische Kriterium der Preiserhöhung abstellt, sondern der die Effekte schätzt, die eine signifikante Reduktion der Qualität, etwa der Suchmaschinenergebnisse, auf das Verbraucherverhalten hätte.

Das Abstellen der Wettbewerbsbehörden auf Marktanteile zur Bemessung der Marktmacht in *Google Shopping* wurde zusätzlich teilweise mit dem Argument kritisiert, dass man den reinen nominellen Marktanteilen auf einem derartigen Markt ohne vertragliche Bindungen und, anders als z. B. bei sozialen Netzwerken, auch ohne entsprechende Behalteeffekte, eben nicht die gleiche Bedeutung geben kann wie in anderen Märkten. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die extrem hohen Marktanteile von Google und Facebook in Kombination mit den anderen oben genannten Faktoren (wie z. B. die Verfügung über entsprechende Datenmengen) gesehen werden können, und insofern eine zumindest sehr starke Vermutung für Marktbeherrschung gegeben ist. Dies trifft wohl – in etwas adaptierter Form – auch auf Amazon zu. Der Plattformbetreiber hat die Möglichkeit diese Vermutung durch entsprechendes Faktenvorbringen zu entkräften. Gleichzeitig ist auch vorstellbar, dass in Einzelfällen trotz geringer Marktanteile Marktmacht der Plattform vorliegt.

Die Marktmacht lässt sich auch am Verhalten der Nutzer ermesen. Die Kommission prüft in *Google Shopping* Beschränkungen im Nutzerverhalten hauptsächlich auf Ebene der Missbrauchshandlung.<sup>58</sup> Das konkrete Nutzerverhalten müsste aber verstärkt in dem vorhergehenden Schritt gesondert für die Marktdefinition betrachtet werden. Für eine

integrierte Onlineplattform besteht z. B. aus ökonomischer Sicht meist ein gewisser „trade-off“ zwischen der Qualität des Angebots auf der Plattform (oder dem Marktplatz) – die z. B. im Fall von Google oder Amazon eine objektiv-neutrale Suche impliziert – und z. B. der Bevorzugung der eigenen Dienste darauf.<sup>59</sup> Würde Amazon hauptsächlich (oder ausschließlich) seine eigenen Produkte anbieten, würde der wesentliche Nutzen der Plattform für den Endkonsumenten, namentlich die Vielfalt des Angebots, stark zurückgehen. So wäre es ein Zeichen der verstärkten Marktmacht, wenn etwa Nutzer aus verschiedensten Gründen, trotz Qualitätsverschlechterung die Plattform nicht wechseln (können).<sup>60</sup> Als besonders relevant stellt sich dieses Kriterium natürlich bei Plattformen dar, bei denen kein sog. „multi-homing“, d. h. das Verwenden von mehreren, gleichartigen Plattformen, sinnvoll oder praktikabel erscheint.

Schlussendlich erscheint die nationale Abgrenzung der Märkte i. S. Google zumindest fragwürdig. Suchmaschinen werden wohl genutzt, um global auf verschiedenste Internetseiten zuzugreifen. Gleichzeitig ist Englisch im Internet vorherrschend und es werden auch Übersetzungsprogramme durch künstliche Intelligenz immer leistungsfähiger, was das Argument der Sprachbarriere – zumindest in Zukunft – entkräften könnte. Im Gegensatz dazu, scheint eine nationale Abgrenzung für soziale Netzwerke durchaus passend. Netzwerke wie Facebook werden zum Großteil lokal genutzt, sei es um Freundschaften zu pflegen oder Events im nahen Umfeld zu organisieren.

## 2. Fallgruppen eines Marktmachtmissbrauchs bei (hybriden) Onlineplattformen

Wird die Marktbeherrschung in einem konkreten Markt festgestellt, ist das zweite wesentliche Problem bei der Anwendung des Artikel 102 AEUV in diesem Kontext, welche Art von Verhalten einer Onlineplattform tatsächlich einen Missbrauch der Marktmacht darstellt. Im Wesentlichen lassen sich aus den oben genannten prominenten Fällen zwei Fallgruppen kategorisieren, die hier getrennt dargestellt werden sollen.

Der erste Punkt ist die Selbstbegünstigung durch eine Hybridplattform („self preferencing“), wie es Google in *Google Shopping* oder Amazon hinsichtlich seiner eigenen Produkte vorgeworfen wird.<sup>61</sup> In *Google Shopping* ging es darum, dass Google als allgemeine Suchplattform selbst ebenfalls einen eigenen Preisvergleichsdienst, nämlich Google Shopping, betreibt, und Google vorgeworfen wurde, dass es beim Ausweis der Suchergebnisse gegenüber seinen Kunden die eigene Plattform bevorzugen würde. Amazon wird vorgeworfen, dass es einerseits als Marktplatz für Drittunternehmen, die dort ihre Produkte anbieten, fungiert und gleichzeitig selbst konkurrierende Produkte verkauft und diese auf der Plattform bevorzugt darstellt.

57 Anzumerken ist, dass diese Argumentation die einseitige Marktdefinition der Kommission noch nicht per se konterkariert – denn die Markt-machtbegrenzung durch Einflüsse aus zusammenhängenden oder benachbarten Märkten ist dann eben erst auf der Ebene der Feststellung, ob die festgestellten Marktanteile auch tatsächlich eine entsprechende Marktmacht vermitteln oder nicht, relevant.

58 *Google Shopping*, Rz. 453 ff.

59 Siehe *Wiethaus*, Google's Favouring of Own Services: Comments from an Economic Perspective, *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 7, 2015, 510.

60 Etwa durch fehlende Transparenz von Seiten der Plattform oder durch inhärenten Bias der Nutzer, nur die ersten Zeilen der Suchmaschinenergebnisse anzusehen.

61 Vgl. dazu insb. *Vesterdorf*, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal, 2015 sowie *Petit*, Theories of Self-preferencing under Article 102 TFEU, 2015.

Die zweite Fallgruppe ist die missbräuchliche Sammlung von Daten, die eine derartige Plattform von ihren Nutzern generiert und die sie dann für eine optimale Verwertung der eigenen Produkte oder die Platzierung derselben verwendet. Das Beispiel ist hier Facebook, dem vorgeworfen wird, Daten in unangemessenem Umfang von Drittquellen zu sammeln, wobei diese Erfassung von Daten nicht mehr von der Einwilligung der Nutzer gegenüber Facebook erfasst sei. Demgegenüber wird Amazon vorgehalten, die Daten der Dritthändler dafür zu verwenden, die eigenen Produkte entsprechend günstiger anzubieten oder auf andere Weise die Konditionen insofern zu optimieren, dass die konkurrierenden Produkte dieser Dritthändler entsprechend aus dem Markt gedrängt werden.

a) *Selbstbegünstigung* („*self preferencing*“). Seit der Entscheidung *Google Shopping* stellt sich die Frage, inwieweit die Selbstbegünstigung von eigenen Produkten oder Dienstleistungen durch eine vertikal integrierte Onlineplattform *sui generis* einen Missbrauch darstellen kann.

Die Kommission definiert in der Entscheidung zu *Google Shopping* nämlich nicht explizit einen neuen Missbrauchstatbestand, sondern weist vielmehr darauf hin, dass das Konzept einer missbräuchlichen Handlung nicht von der demonstrativen Aufzählung der Beispiele des Art 102 AEUV abhängt.<sup>62</sup> Zudem müssten die spezifischen Kriterien einer bestimmten Art des Missbrauchs nicht automatisch für alle weiteren gelten.<sup>63</sup>

Laut Kommission habe Google seine marktbeherrschende Stellung am Suchmaschinenmarkt auf den angrenzenden Markt der Preisvergleichsdienste durch die bevorzugte Platzierung und Anzeige von *Google Shopping* auf seinen allgemeinen Suchergebnisseiten transferiert. Die Handlung sei missbräuchlich, da Online-Verkehr von konkurrierenden Preisvergleichsdiensten zu *Google Shopping* umgelenkt wird, also der Verkehr von den allgemeinen Suchergebnisseiten zu konkurrierenden Preisvergleichsdiensten reduziert und der Verkehr von den allgemeinen Suchergebnisseiten von Google zu seinem eigenen Preisvergleichsdienst erhöht wird. Dieses Verhalten sei demnach durch den Leistungswettbewerb („*competition on the merits*“) nicht zu rechtfertigen und habe das Potential den Wettbewerb zu beschränken.<sup>64</sup>

Um dies näher zu ergründen hat die Kommission zuerst das Verhalten der Nutzer umfangreich auf quantitative Weise untersucht. Aus den Daten sei ersichtlich geworden, dass (i) Weiterleitungen von Google einen Großteil der Zugriffe für Preisvergleichsdienste ausmachten, und (ii) der Google-Algorithmus die Wettbewerber signifikant vom Internet-Verkehr ausschließe.

Daraus ergebe sich die reale Gefahr von wettbewerbsbeschränkenden Effekten. Erstens sei das Verhalten von Google geeignet, den Markt gegenüber konkurrierenden Preisvergleichsdiensten abzuschotten, da diese in den Google-Ergebnissen zu wenig aufscheinen würden und somit keine Nutzerzugriffe bekämen. Dies würde Google erlauben in Zukunft höhere Gebühren für seinen eigenen Shopping-Dienst zu verlangen, während es keinen Anreiz hätte, seinen eigenen Dienst zu verbessern.<sup>65</sup>

Zweitens werde es für Verbraucher erschwert, die relevantesten Preisvergleichsseiten zu finden. Es sei für diese nämlich nicht ersichtlich, dass *Google Shopping* einen Vorteil in der Positionierung hat. Das Verhalten sei somit der Kontrol-

le durch den Wettbewerb entzogen, da die Nutzer trotz Anzeige eines visuellen Hinweises (z. B. mit dem Label „Sponsored“) die Selbstbegünstigung nicht als solche wahrnehmen würden. Somit werde die wettbewerbliche Struktur des Marktes verzerrt.<sup>66</sup>

### Würdigung

Obwohl der Argumentation der Kommission einiges abgewonnen werden kann, ist zunächst festzuhalten, dass sich schon die grundsätzliche Frage stellt, inwieweit die Fallkonstellation der Selbstbegünstigung ein zulässiges Konzept des Missbrauchs im Wettbewerbsrecht darstellt.<sup>67</sup> Der Missbrauchstatbestand der „Selbstbegünstigung eigener Dienste/Produkte“ ist in der Literatur nämlich nicht unumstritten<sup>68</sup> und von Google wurde dies im Verfahren als neuer rechtlicher Tatbestand klassifiziert, und argumentiert, dass bei einem erstmaligen Verstoß gegen eine solche neuartige Interpretation des Art 102 AEUV eigentlich keine Strafe verhängt werden sollte.<sup>69</sup>

Als möglicher Ansatz der Einordnung wird in der Literatur diskutiert, ob Google u. U. als eine *essential facility* betrachtet werden könnte, und ihr somit die besondere Verantwortung einer solchen zukäme. Dem wird aber entgegengehalten, dass dann die strengen Kriterien einer *essential facility* i. S. d. *Bronner*-Entscheidung des EuGH<sup>70</sup> vorliegen müssten. Dies wird aber in *Google Shopping* auch von der Kommission nicht argumentiert, sodass wohl nicht ohne weiteres von einer *essential facility* ausgegangen werden kann. Daraus wird von manchen Kritikern der *Google Shopping* Entscheidung geschlossen, dass, wenn ein Unternehmen nicht gezwungen werden kann mit einem anderen eine Geschäftsbeziehung einzugehen (also keine *essential facility* vorliegt), es auch am *self-preferencing* nicht gehindert werden könne.<sup>71</sup> Sozusagen wäre das *self-preferencing* immer noch ein geringerer Eingriff als die gänzliche Lieferverweigerung. Ein Unternehmen, das nämlich mit einem Wettbewerber bereits eine Vereinbarung eingeht, obwohl es kartellrechtlich gar nicht müsste, könne darüber hinaus dann nicht „gezwungen“ werden, seine Wettbewerber im Markt noch weiter zu unterstützen.<sup>72</sup>

Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass wohl zwischen Zugangsverweigerung für einen (potentiellen) Wettbewerber und der tatsächlichen Selbstbegünstigung, d. h. „Schlechterbehandlung“ des Wettbewerbers, nach dem Eingehen einer (vertraglichen) Beziehung mit diesem, differenziert werden muss. Entscheidet sich nämlich ein marktbeherrschendes Unternehmen dazu, einem anderen Unternehmen Zugang zu seiner Plattform zu gewähren, zieht es auch einen bestimmten wirtschaftlichen Nutzen aus dieser vertraglichen Beziehung. Insofern kann man daher auch

62 *Google Shopping*, Rz. 335 und dort ausgiebig zitierte Referenzen.

63 Mit Verweis auf *den margin squeeze* und die *Bronner* Kriterien, *Google Shopping* Rz. 335; *TeliaSonera* Rz. 55.

64 Vgl. auch *Schweitzer et al*, 102.

65 *Google Shopping*, Rz. 592 f.

66 *Google Shopping*, Rz. 598 ff.

67 Vgl. z. B. *Höppner*, *Google Search (Shopping)*, WuW 09, 2017, 421.

68 Vgl. *Petit*, *Theories of Self-Preferencing under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf, 2015 und Vesterdorf, Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal – Two Sides of the Same coin? 2015.*

69 *Google Shopping* Rz. 646.

70 Ein Anspruch auf Zugang für Dritte besteht demnach, wenn die Zugangsverweigerung geeignet ist jeglichen Wettbewerb am nachgelagerten Markt auszuschalten, nicht objektiv gerechtfertigt wird und unentbehrlich für die Tätigkeit des Wettbewerbers ist, siehe EuGH, 26.11.1998, C-7/97 – *Bronner*.

71 Siehe Argumentation in *Vesterdorf*, 6 f.

72 Ähnlich auch *Googles* Ansicht, siehe *Google Shopping*, Rz. 645.



einen erhöhten Maßstab an die Verhaltenspflichten des Marktbeherrschers stellen. Im Gegensatz dazu erhält das marktbeherrschende Unternehmen bei Verweigerung des Zugangs bzw. Lieferverweigerung auch keine Gegenleistungen. Die Zugangsverweigerung stellt somit zu der Selbstbegünstigung einen konträren, und nicht abgestuften, Sachverhalt dar.

Andererseits wird diskutiert, inwiefern eine Verhaltensweise, wie z. B. im Fall Amazon, als sog. *margin squeeze* kategorisiert werden könnte.<sup>73</sup> Ein solcher kann vorliegen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen, das gleichzeitig mit dem Abnehmer auf einem nachgelagerten Markt konkurriert, den Preis für ein Produkt oder die Vorleistung auf dem vorgelagerten Markt gegenüber seinem Preis auf dem nachgelagerten Markt so ansetzt, dass es sogar für einen ebenso effizienten Wettbewerber nicht mehr möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt langfristig rentabel zu bleiben.<sup>74</sup> Es kommt beim *margin squeeze* nach der Rspr nicht auf die genaue Form des Verhaltens<sup>75</sup> an, vielmehr ist die Kosten-Preis-Schere dann missbräuchlich, wenn von ihr die Gefahr einer Verdrängungswirkung ausgeht.

*Margin squeeze* spielte insbesondere nach Liberalisierung der Netzwerkindustrien wie Telekom, Elektrizität oder Gas eine wichtige Rolle. Gerade in diesen Sektoren waren oder sind Wettbewerber auf nachgelagerten Märkten sehr stark oder ganz von einem ehemaligen (staatlichen) Monopolisten abhängig. Die abstrakte Marktstruktur dieser Netzwerkindustrien ähnelt natürlich einerseits in gewisser Weise den Gegebenheiten auf heutigen mehrseitigen (online) Plattformmärkten mit einem vertikal integrierten Unternehmen. Auch hier steht ein Marktteilnehmer, dem eine für den Wettbewerb durchaus gewichtige (digitale) Infrastruktur in Form der jeweiligen Plattform gehört, seinen Konkurrenten auf dieser Plattform, und somit auf demselben Markt, gegenüber. Zusätzlich sind diese Märkte durch beträchtliche Netzwerkeffekte und *economies of scale* gekennzeichnet.<sup>76</sup> Insbesondere besteht in derartigen digitalen Märkten oft auch eine starke Verbindung mit den jeweiligen nachgelagerten Märkten, was eine Verlagerung der Marktmacht vereinfacht.<sup>77</sup>

Gegen die Anwendung des *margin squeeze*-Konzeptes könnte aber damit argumentiert werden, dass Onlineplattformen weitgehend von privaten Unternehmen aufgebaut wurden, und historisch nie ein vergleichbares staatliches Monopol besaßen. Außerdem sind selbst die größten Onlineplattformen, wie Amazons Marktplatz oder die Google-Suchmaschine, von ihrer Bedeutung für den nachgelagerten Wettbewerb wohl immer noch nicht mit solcher Netzwerk-Infrastruktur vergleichbar. So hat Amazon zwar im Onlinehandel in manchen Ländern Marktanteile von über 50%, andererseits existieren für Dritthändler doch Alternativen. In manchen Ländern gibt es sogar andere, lokale marktbeherrschende Plattformen.<sup>78</sup> Obwohl diese Plattformen heutzutage wohl durchaus große Marktmacht besitzen, ist zumindest fraglich, ob sie schon mit den Netzwerkstrukturen vergleichbar sind, auf die ursprünglich das *margin squeeze* Konzept angewandt wurde. Die Anwendung des *margin squeeze* Konzeptes stellt sich auch dort als schwierig dar, wo am vorgelagerten und nachgelagerten Markt kein Preis verrechnet wird, und somit keine Kosten-Preis-Schere existiert, wie in *Google Shopping*. Zuletzt ist auch hier festzuhalten, dass die Kommission in *Google Shopping* nicht erwähnt, dass sie einen *margin squeeze* annimmt. Dieses Konzept scheint sie daher zumindest nicht primär angewandt zu haben.

Nimmt man folglich hier weder *essential facility* noch *margin squeeze* an, ist es fraglich, nach welchem Konzept man die Verhaltensweise der gegenständlichen Fallkonstellationen bewerten kann. Da es im Kern um einen Marktmachttransfer auf einen angrenzenden, *in casu* nachgelagerten Markt geht, läge hier auch eine Parallele mit Fällen wie *AKZO*<sup>79</sup> nahe und man könnte „*predatory pricing*“ heranziehen. Die Verhaltensweise des *predatory pricings*, d. h. das Setzen von Kampfpreisen, könnte nämlich u. U. auch auf das Verhalten der Selbstbegünstigung von Amazon umgelegt werden. Ein solches liegt vor, wenn ein Unternehmen seine Finanzkraft nutzt um Wettbewerber auf einem (anderen) Markt durch Kampfpreise unter Kosten zu verdrängen. Gem. EuGH ist dabei der Maßstab hauptsächlich das interne Preis-Kosten-Verhältnis.<sup>80</sup> Preise die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen sind demnach jedenfalls missbräuchlich, Preise die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, sind es dann, wenn eine explizite Strategie zur Verdrängung von Wettbewerbern besteht.<sup>81</sup> Die Art der Kostenkalkulation ist teilweise fallspezifisch, für bestimmte Industrien, etwa Netzwerkinfrastruktur, wurden weitere Kostenberechnungsmethoden etabliert.<sup>82</sup> Weiters kann auch sog. „non-price predation“, z. B. durch Konditionen, vorliegen.<sup>83</sup> Im Unterschied zu *margin squeeze* kommt es hierbei grundsätzlich somit nicht auf die Höhe des Entgelts für die vorgelagerte Input-Leistung an.<sup>84</sup> Angewandt auf den Amazon-Fall würde *predatory pricing* vorliegen, wenn Amazon auf dem nachgelagerten Markt Preise anbietet, die für Dritthändler nicht wirtschaftlich wären, aber auch für Amazon langfristig nicht profitabel sind.

Zu beachten ist in diesem Kontext, dass bei der Berechnung von Amazons tatsächlichen Kosten etwaige Effekte der vertikalen Integration mitbetrachtet werden müssen. Wenn nämlich für die Kalkulation der Vertriebspreise der Eigenprodukte von Amazon (rechnerisch) die Kosten und Investitionen zur Errichtung und zum Betrieb der Plattform oder zur Präsentation und Werbung dieser Produkte<sup>85</sup> nicht einkalkuliert werden, diese hingegen bei Preisen und Konditionen gegenüber Händlern sehr wohl aufgeschlagen werden, scheint klar, dass Amazon seine eigenen Produkte billiger anbieten kann. Derartig kalkulierte Preise wären für ein „stand-alone“ Handelsunternehmen Amazon jedoch niemals möglich. Amazon würde dann seine realen Kosten für die Plattform jeweils nur den Dritthändlern verrechnen und damit die anteiligen (rechnerischen) Kosten von vornherein nicht entsprechend in die eigenen Produktpreise einkalkulieren.

73 Bostoen, Online Platforms and vertical integration: the return of the margin squeeze, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018.

74 Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, C 45/02, 2009, Rz. 76, 80.

75 Etwa die Preiserhöhung für eine Vorleistung, oder die Preissenkung für das Endprodukt.

76 Vgl. dazu BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016.

77 Vgl. Kadar, European Union competition law in the digital era, *ZWeR*, 4/2015, p. 350 ff.

78 So z. B. in Schweden, siehe <https://www.politico.eu/article/sweden-amazon-competition-ecommerce/>.

79 EuGH, 3.7.1991, C-62/86 – AKZO.

80 Siehe AKZO sowie EuGH, 14.11.1996, C-333/94 P – *Tetra Pak*.

81 *Langen/Bunte*, Art 102 AEUV, Rz. 310.

82 Z.B. die durchschnittlichen langfristigen inkrementellen Kosten, siehe *Bellamy/Child*, *European Union Law of Competition*, 10.072.

83 O'Donoghue/Padilla, 645 ff.

84 Vgl. *Bellamy/Child*, 10.114.

85 Etwa in der begehrten „Amazon Buy Box“.

Um zu überprüfen, inwiefern das hier überhaupt der Fall ist, müsste ein modifizierter Ansatz für die Beurteilung des *predatory pricings* im Rahmen von Plattformmärkten angewandt werden.<sup>86</sup> Zur Beurteilung müssten, gemeinsam mit den Gestehungskosten der Produkte, stets objektivierte interne Verrechnungspreise der Plattform mit ihren vertikal integrierten Teilen hinzugezogen oder geschätzt werden. Weiters müssten Kosten für Dienstleistungen, wie eine bestimmte Anzeige auf der Webseite, sowie die vollen Transportkosten, die auch die Dritthändler zu tragen haben, eingerechnet werden. Wenn relevant, müsste man auch den Wert etwaiger von den Dritthändlern zur Verfügung gestellter Daten, die ebenfalls einen geldwerten Vorteil für Amazon darstellen können, hinzurechnen. Daraufhin könnte zweistufig beurteilt werden: (i) Liegen die von Amazon für die eigenen Produkte verrechneten Preise unter diesem Referenzmaßstab, kann eine missbräuchliche Verdrängungswirkung vermutet werden. (ii) Liegen die Preise darüber, würde es wiederum auf eine konkrete Verdrängungsstrategie, wie z. B. in *Google Shopping* von der Kommission für Google festgehalten, seitens des Plattforminhabers ankommen.

Eine solche Vorgangsweise wäre unabhängig von der Einordnung der vorgelagerten Leistung als *essential facility* oder der Verhaltensweise als *margin squeeze*. Der Vorteil besteht darin, dass direkt bei den (objektivierten rechnerischen) Kosten der dominanten Plattform angesetzt wird. Dabei könnten diese errechneten Kosten u. U. auch eine Begründung für die Rechtmäßigkeit der Anwendung günstigerer Preise der Eigenprodukte von Amazon sein, wenn sich Amazon aufgrund der Kostenstruktur als besonders effizient darstellt, ähnlich der Argumentation eines „as-efficient-competitor“ Tests.<sup>87</sup>

Insgesamt besteht beim Thema der Einordnung von Selbstbegünstigung im Moment daher eine gewisse Rechtsunsicherheit. Es ist nicht auszuschließen, dass in Einzelfällen verschiedene der beschriebenen Arten des Missbrauchs vorkommen, oder auch Kombinationen davon in einem beweglichen System. Schlussendlich ist der Rückzug auf eine allgemeine Kategorie des Missbrauchs durch Wettbewerbsbehandlungen, die nicht dem Leistungswettbewerb („*competition on the merits*“) entsprechen, zwar immer noch möglich.<sup>88</sup> Aber aufgrund der Dehnbarkeit dieses Begriffs in Zeiten, in denen sich gerade durch die neuen Plattformmärkte das Marktgeschehen sehr schnell ändert, ist dieses sehr allgemeine Konzept auch wenig greifbar. Darauf sollte daher, gerade im Hinblick auf das Ziel einer möglichst großen Rechtssicherheit und auch im Sinne der Innovationskraft, die von derartigen Plattformen und neuen Unternehmenskonzepten ausgeht, nur in Ausnahmefällen zurückgegriffen werden.

Es bleibt daher zu hoffen, dass es hier noch zu Klarstellungen durch die europäischen Gerichte kommen wird.

b) *Datensammlung und -verwendung* („*Datenmissbrauch*“). Die genannte „Big Data Problematik“, die derzeit vor allem durch die Kommission untersucht wird und die bereits in der Sektoruntersuchung E-Commerce erwähnt wird, ergibt sich aus der Menge an wettbewerbsrelevanten sensiblen Daten, die eine Handelsplattform wie Amazon von den auf ihr aktiven Dritthändlern zu sammeln fähig ist, kombiniert mit einer möglichen missbräuchlichen Verwendung derselben.<sup>89</sup>

So könnten wettbewerbsrelevante Daten, die von Drittanbietern auf Marktplätzen zur Verfügung gestellt oder im Zusammenhang mit Transaktionen Dritter generiert werden (z. B. Verkaufszahlen, Transaktionspreise und Preispläne, Lagerbestände, Lieferantendaten), genutzt werden, um die

integrierten Handelsaktivitäten der Marktplatzbetreiber selbst auf Kosten von Drittanbietern zu steigern bzw. Drittanbieter gänzlich aus dem Markt zu drängen. Die Zurverfügungstellung solcher Daten könnte somit womöglich missbräuchlich durch Ausnutzung der Marktmacht des Plattformbetreibers i. S. d. Art 102 AEUV „erzwungen“ werden und danach gegen die Dritthändler (und damit u. U. auch gegen jene Unternehmen, die sie zur Verfügung gestellt haben) verwendet werden. Denkbar ist auch, dass der Plattformbetreiber mit diesen konkurrierenden Unternehmen unter bewusster Kollusion sensitive Daten austauscht und damit gegen Art 101 AEUV verstößt. Auch ein solches Verhalten könne wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfen, soll jedoch hier nicht weiter vertieft werden, da diese andere Thematik bisher in der Rspr auch noch nicht sonderlich relevant war.<sup>90</sup>

Zur Analyse der Missbrauchsform durch unangemessene Datensammlung bietet sich auch der Vorwurf, der Facebook in dem durch das BKartA angestregten Verfahren gemacht wird, an. Dazu führt das BKartA aus:

„Lässt sich ein marktbeherrschendes Unternehmen als Voraussetzung für die Nutzung seines Dienstes einen umfangreichen Spielraum bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten einräumen, so kann dies als „Konditionenmissbrauch“ von den Kartellbehörden verfolgt werden.“<sup>91</sup>

Das BKartA sieht die Erhebung und sonstige Verarbeitung von Daten als wettbewerbsrelevanten Parameter und prüft, ob sich Facebook als marktbeherrschendes Unternehmen, als Bedingung für die Zurverfügungstellung seines Dienstes, einen unangemessenen großen Spielraum bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten einräumen lässt. In diesem Zusammenhang werden auch die Wertungen der DSGVO vom BKartA miteinbezogen.

Ähnlich sah dies die Kommission auch in einer frühzeitigen Untersuchung gegen die „*scraping*“ Praktiken<sup>92</sup> von Google in Bezug auf das Kopieren von Webinhalten konkurrierender Unternehmen.<sup>93</sup> Google verwendete in seiner eigenen Suchmaschine Originalmaterial von den Webseiten seiner Mitbewerber, z. B. Nutzerbewertungen, teilweise gegen deren ausdrücklichen Willen. Wollten spezialisierte Webseiten solche Information nicht mehr weitergeben, war dies gleichzeitig damit verbunden, von den allgemeinen Google-Suchmaschinenergebnissen ausgeschlossen zu werden.<sup>94</sup>

#### Würdigung

Auch im Fall der Untersuchung von Amazon erscheint es prinzipiell nicht undenkbar, dass ein vergleichbarer Fall von

<sup>86</sup> Zu den Kategorien vgl. *Bellamy/Child*, 10.072.

<sup>87</sup> Vgl. *De Coninck*, The as efficient competitor test: some practical considerations following the ECJ Intel Judgment, *Competition Law & Policy Debate*, 2018, 76.

<sup>88</sup> Dies wurde in einer Reihe von Fällen bereits in der Vergangenheit als wesentliches Entscheidungskriterium herangezogen, siehe z. B. GEI, 7.10.1999, T-228/97 – *Irish Sugar*, Rz. 111: „Artikel 86 verbietet es daher einem Unternehmen in beherrschender Stellung, einen Wettbewerber durch andere als die einen leistungsbezogenen Wettbewerbskennzeichnenden Mittel auszuschalten...“

<sup>89</sup> Kommission, Working Document, Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry, 2017, Rz. 648 ff.

<sup>90</sup> Vgl. E-commerce Sector Inquiry, 2017, Rz. 651.

<sup>91</sup> Siehe BKartA, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren, 4.  
<sup>92</sup> Durch sog. Scraping werden Inhalte einer Webseite extrahiert und auf einer anderen integriert, häufig in anderem Design oder für andere Zwecke. So werden z. B. Wikipedia-Einträge direkt auf der Google-Suchmaschinenseite angezeigt.

<sup>93</sup> Vgl. Kommission, IP/16/2532, 2016.

<sup>94</sup> Vgl. Kommission, MEMO/13/383, 2013.

„Datenmissbrauch“ vorliegen könnte. Dies insbesondere dann, wenn kleine und mittlere Unternehmen für ihren wirtschaftlichen Erfolg bereits derart stark auf die Plattform angewiesen sind, dass ein Ablehnen der vorgeschriebenen Konditionen zum Datenaustausch für diese von vorneherein nicht zur Debatte stünde. Hier herrscht ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien, sodass hinterfragt werden kann, ob die Zustimmung zur Datennutzung entsprechend beachtlich ist oder nicht.

In diesem Zusammenhang ist auch auf einen strukturellen Unterschied zwischen Facebook und Amazon im Hinblick auf die Daten der Nutzer ihrer Plattform hinzuweisen. Im Fall Facebook wird die Leistung des Netzwerkbetreibers gleichsam mit den Daten der Nutzer „entlohnt“ – sie erhalten dafür die Verwendungsmöglichkeit des sozialen Netzwerkes. Insofern ist – zumindest in gewissen Grenzen – davon auszugehen, dass Facebook diese Daten für Werbung etc. nutzt. Demgegenüber entrichten Händler (und auch Konsumenten, etwa für bevorzugte Lieferungen) an Amazon für die Leistungen des Marktplatzes ein Entgelt in Form einer Provisionszahlung – die Nutzung der Daten durch Amazon für andere Zwecke ist dort daher nicht zu erwarten. Weiters ist Amazon als Hybridplattform selbst Händler, steht somit auch in direktem Wettbewerb mit seinen Kunden.

Zumal nämlich bei der Frage des Datenmissbrauchs immer auch darauf abzustellen sein wird, für welche Zwecke oder mit welchen Erwartungen Daten der jeweiligen Plattform zur Verfügung gestellt werden, müssen wohl die jeweiligen Austauschverhältnisse zwischen den Parteien im Detail betrachtet werden. Das Konzept der „Bezahlung in Daten“ bzw. die kostenlose Zurverfügungstellung von Diensten<sup>95</sup> wird gerade auch im Kontext der relevanten Entscheidungspraxis und Lit immer häufiger releviert<sup>96</sup> und damit verbunden kann die berechtigte Frage gestellt werden, inwiefern daher eine entsprechende Nutzung dieser Daten durch die Plattform in einer solchen Entlohnung impliziert ist bzw. inwieweit zwischen monetärer und „datenbasierter“ Gegenleistung zu differenzieren ist. Von einem Händler, der Amazon monetär entlohnt, kann wohl *prima facie* nicht erwartet werden, dass er noch zusätzlich seine Daten als Gegenleistung für die Plattformdienstleistung zu liefern hätte, und Amazon diese auch benützen dürfe (sei es für Werbung oder Markterforschung). Es wird folglich auch die datenschutzrechtliche Angemessenheit der Datensammlung und -verwertung bei entgeltbasierten Plattformen wie Amazon (als – implizite – Nebenpflicht des Vertrages) noch strenger zu bewerten sein als bei Plattformen, die ihre Daten als „Bezahlung“ für einen sonst kostenlosen Dienst erhalten.

#### IV. Ausblick

Zunächst sei darauf hinzuweisen, dass als Reaktion auf viele der aufgetretenen Probleme auf europäischer Ebene derzeit eine Gesetzgebungsmaßnahme vorbereitet wird, die konkret zur Regelung gewisser (Teil-)Aspekte des Plattformmodells dienen soll. Die Europäische „P2B Verordnung“ soll dabei insbesondere Transparenz und Rechtsschutz i. R. v. Plattformen weiterentwickeln.

##### 1. Europäische „P2B Verordnung“

Die von der Kommission vorgeschlagene, und derzeit vom Rat diskutierte, Verordnung „zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten“<sup>97</sup> stellt eine der ersten regulatorischen

Gesetzgebungsmaßnahmen der EU im Bereich Online-Plattformen dar.

Europäische Unternehmen seien für ihr Geschäftsmodell immer stärker auf gewisse Plattformen angewiesen, weshalb durch Praktiken wie einer Auslistung ohne Angabe von Gründen, plötzliche Änderung der Geschäftsbedingungen oder Mangel an Transparenz hinsichtlich der Begünstigung der konkurrierenden eigenen Dienste der Anbieter erhebliche Nachteile entstehen können.<sup>98</sup> Deshalb sollen durch die Verordnung insbesondere Transparenz und Rechtsschutzmöglichkeiten bei Online-Vermittlungsdiensten gestärkt werden.

Einerseits ist vorgesehen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Online-Vermittlungsdienste und der Online-Suchmaschinen klar und eindeutig formuliert sein müssten und diese sämtliche Parameter über die Art und Weise der Behandlung von gewerblichen Nutzern und der von ihnen angebotenen Waren/Dienstleistungen enthalten sollen. So insbesondere die Art des „Rankings“, d. h. die durch die Plattform organisierte oder den Verbrauchern dargestellte Hervorhebung von Waren und Dienstleistungen, oder die Reihung der von Online-Suchmaschinen für Verbraucher indexierten Webseiten. Wird hierfür, wie üblich, ein bestimmter Algorithmus eingesetzt, müssten wohl auch die verschiedenen von diesem angewandten Parameter zu einem gewissen Grad dargestellt werden.

Zusätzlich ist von Hybridplattformen zu erläutern, ob, und wenn ja, wie sie eigene Waren oder Dienstleistungen im Gegensatz zu denen von Drittanbietern anders behandeln. Dies umfasst u. a. auch den Zugang der Plattform zu Daten des gewerblichen Nutzers.

Schließlich sieht die Verordnung auch eine Verpflichtung für Online-Plattformen zur Einrichtung eines internen Beschwerdesystems vor. Weiters müssen Mediatoren angegeben werden, um bei Streitfällen die außergerichtliche Beilegung zu erleichtern. Schlussendlich soll auch unternehmerischen Interessensverbänden das Recht eingeräumt werden, Klage wegen Nicht-Einhaltung dieser Vorschriften einzureichen.

##### 2. Weitere Regulierung?

Schlussendlich stellt sich nach all diesen Überlegungen auch die Frage nach einer noch weitergehenden Regulierung, insbesondere von Hybridplattformen. Diskutiert werden hier u. a. eine allgemeine Neutralitätspflicht, somit eine Pflicht zur Gleichbehandlung, oder sogar eine organisatorische, rechtliche oder gänzlich eigentumsrechtliche Entflechtung.<sup>99</sup>

In diesem Kontext sei erwähnt, dass sich erst kürzlich das BKartA mit der kartellrechtlichen Rechtmäßigkeit sogenannter „B2B Plattformen“ in Deutschland auseinandergesetzt hat.<sup>100</sup> Eine B2B-Handelsplattform wurde in diesem Fall von vorneherein als 100%ige Tochtergesellschaft aufgebaut, die organisatorisch, strukturell und personell von den restlichen Konzerngesellschaften getrennt operieren soll. Dies zeigt,

95 Vgl. z. B. kostenlose Google-Dienste rund um das Betriebssystem Android, in Kommission, 18.7.2018, AT.40099 – *Google Android*.

96 Vgl. z. B. *Google Shopping*, Rz. 320.

97 Kommission, COM/2018/238 final.

98 Vgl. Kommission, SWD/2018/139 – Zusammenfassung der Folgenabschätzung Begleitunterlage zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, 2018, A.

99 Vgl. *Schweitzer et al*, 119 ff.

100 BKartA, 27.2.2018, B5-1/18-001 – *XOM Metals*; BKartA, 7.12.2017, Pressemitteilung „CEMENT“.

dass solche strukturellen Überlegungen auch als eine von vielen Möglichkeiten in der Praxis aufgenommen werden.<sup>101</sup> Diese Maßnahmen betrachtete das BKartA als ausreichend betreffend den zulässigen Informationsaustausch, betonte jedoch gleichzeitig das Fehlen jeglicher Präzedenzwirkung für die Zukunft.

Weiters ist eine allgemeine Gleichbehandlungspflicht wohl nicht zielführend, da dies die gezielte Verbesserung eigener Produkte entlang den Verbraucherwünschen massiv beeinträchtigen könnte, wie auch die Überlegungen im britischen Fall *Streetmap/Google* aufzeigen. Dies würde es für eine Plattform sehr schwierig machen, ihre Produkte durch neue Features weiterzuentwickeln, wenn sie diese sogleich automatisch ihren Wettbewerbern zugänglich machen müsste.

Eine erhöhte Transparenz durch die P2B Verordnung könnte durchaus helfen, gewisse problematische Praktiken aus dem Verkehr zu ziehen. Gleichzeitig könnte dadurch eine Verzerrung am Markt, nämlich, dass Nutzer die Hintergründe eines Rankings auf einer Webseite nicht erkennen, vermieden werden. Werden diese Regelungen entsprechend effektiv durchgesetzt, wird für die Nutzer erkennbar, wenn Onlineplattformen ihre Produkte bevorzugen, und das Verhalten kann entsprechend angepasst werden. Ob eine rein interne Beschwerdestelle jedoch zur Durchsetzung ausreichen kann ist fraglich. In diesem Kontext wird auch weiterhin genau zu beobachten sein, wie sehr die Einführung der DSGVO und die Tätigkeit von Datenschutzbehörden Onlineplattformen in Zukunft zu genauerem Umgang und Transparenz mit Daten motivieren kann.

## V. Fazit

Die Verfahren i. S. Google, Amazon und Facebook, auf EU-Ebene wie auch durch nationale Wettbewerbsbehörden, zeigen eine strenger werdende Kontrolle dieser Internet-Giganten. Ganz kann man sich hier zwar nicht des Eindrucks erwehren, dass das Kartellrecht die mangelnde Regulierung ersetzen soll. Aber ganz so unvernünftig scheint dieser An-

satz auch nicht zu sein. Der Vorteil gegenüber einer strikten Regulierung ist die Flexibilität des Kartellrechts, auf jeweils neue Situationen mit einer angepassten Interpretation reagieren zu können und auch Rechtfertigungen zuzulassen. Im Gegensatz dazu hat eine engmaschige Regulierung immer das Problem, u. U. gewisse technologische Entwicklungen zu bremsen oder gar aufzuhalten.

Andererseits zeigt schon die Problematik, die Herangehensweise der Wettbewerbsbehörden i. S. *Google Shopping*, *Amazon* und *Facebook* dogmatisch korrekt einzuordnen, wie schwer diese neuen Märkte und Technologien mit herkömmlichen kartellrechtlichen Instrumentarien zu fassen sind. Das ist aber durchaus von Bedeutung, denn ein Rückzug auf allzu breite Kategorien wie den Leistungswettbewerb im Allgemeinen birgt immer das Risiko wenig nachvollziehbar zu sein und keine Leitschnur für zukünftige Fälle zu bieten. Gleichzeitig werfen neuartige Vorwürfe des Kartellrechtsverstößes wie jener i. S. *Facebook*, der mit einer Verletzung des Datenschutzrechtes begründet wird, die Frage auf, ob hier nicht besser direkt mit Datenschutzrecht vorgegangen werden sollte.

Man kann dieses Vorgehen der Wettbewerbsbehörden als mutig bezeichnen oder es kritisch sehen, aber eines ist klar – es gibt offensichtlich eminenten Bedarf dafür, der Marktmacht der großen Internet-Unternehmen in irgendeiner Form zu begegnen. Ob das Kartellrecht dafür in jeder Hinsicht die richtige Lösung bietet, kann hinterfragt werden. Insgesamt stehen wir aber wohl erst am Anfang einer Entwicklung, die zeigen wird, wie Rspr und Regulierung jeweils oder zusammen dem Phänomen dieser sich rasant entwickelnden Plattform-Landschaft begegnen werden. ■

<sup>101</sup> Siehe *XOM Metals*, 3; Dies erinnert auch an die in Deutschland und Österreich im Energiesektor geläufige organisatorische Entflechtung von Strom-/Gasnetzen, die auch im Kartellrecht zur Abstellung eines Verstoßes möglich ist, vgl. BKartA, Entflechtung als Instrument des Kartellrechts, 2010.

Dr. Markus Wirtz und Dr. Max Schulz, Düsseldorf\*

## Innovationswettbewerb in der Fusionskontrolle – Bayer/Monsanto und Dow/DuPont

Die Europäische Kommission hat in ihrer vielbeachteten Entscheidung Bayer/Monsanto<sup>1</sup> den Zusammenschluss nur unter umfangreichen Zusagen freigegeben. Ihre wettbewerblichen Bedenken stützte die Kommission dabei in wesentlichen Teilen auf erst kurz zuvor in der Entscheidung Dow/DuPont<sup>2</sup> entwickelte Schadenstheorien, in deren Fokus die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Innovationswettbewerb stehen.

Als Innovationswettbewerb kann die parallele Forschungs- und Entwicklungstätigkeit (F&E) zweier oder mehrerer Unternehmen, mit dem Ziel zukünftig neue oder verbesserte Produkte anbieten zu können, beschrieben werden. Die Kommission postuliert insoweit die Annahme, dass der Zusammenschluss zweier rivalisierender, innovativer Unternehmen unter bestimmten Bedingungen die Innovationstätigkeit in bestimmten „Innovationsräumen“ oder der Branche allgemein dämpfen könne. Mit diesem Ansatz löst die Kommission ihre wettbewerbsrechtliche Betrachtung von abge-

grenzten Produktmärkten und richtet ihren Blick verstärkt auf die Konsequenzen des Zusammenschlusses für die Innovationstätigkeit als solche.

Die Entscheidungen Dow/DuPont und Bayer/Monsanto geben Anlass zu hinterfragen, welche Herausforderungen die kartellrechtliche Analyse des Innovationswettbewerbs mit sich bringt und wie der neue Prüfungsansatz mit den materiell-rechtlichen Beurteilungskriterien der Zusammenschluss-

\* Dr. Markus Wirtz ist Kartellrechtspartner der Kanzlei Glade Michel Wirtz in Düsseldorf, Dr. Max Schulz ist dort Associate im Kartellrecht. Die Autoren danken Herrn Dr. Paul Fort und Herrn Dr. Stefan Gehring (beide Bayer AG) für einen Einblick in den Fusionsprozess. Dank gilt auch Herrn Dr. Thomas Köther und Herrn Konstantin Weidner für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts. Für Fehler sind ausschließlich die Autoren verantwortlich.

1 Europäische Kommission, Entsch. v. 21.3.2018, COMP/M.8084 – Bayer/Monsanto.  
2 Europäische Kommission, Entsch. v. 27.3.2017, COMP/M.7932 – Dow/DuPont.