
Missbrauchsaufsicht in der Plattformwirtschaft

Kurz gefasst

Summary

- 1 Einleitung
 - 2 Besonderheiten der Marktmacht von Plattformen und Informationsprobleme in der Plattformwirtschaft
 - 3 Lösungsansätze zu den marktmachtbezogenen Problemen
 - 3.1 Feststellung der Marktmacht digitaler Plattformen – bestehende Grundsätze zu Art. 102 AEUV ausreichend
 - 3.2 „Kippen“ von Märkten – Sammeln von Erfahrungen mit nationalen Regelungen
 - 3.3 „Ökosysteme“ – Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV grundsätzlich ausreichend
 - 3.4 Plattformen als zentrale Infrastrukturen
 - 4 Lösungsansätze zu den informationsbezogenen Problemen
 - 4.1 Informationsgefälle zwischen Plattform und Behörden
 - 4.2 Informationsprobleme zum Nachteil der Verbraucher auf Online-Marktplätzen
 - 5 Zusammenfassung: Eine kartellrechtliche Agenda für die deutsche Ratspräsidentschaft
-

Kurz gefasst

Die EU-Ratspräsidentschaft bietet Deutschland eine Gelegenheit, die von der Europäischen Kommission ins Auge gefasste Weiterentwicklung des europäischen **Regelungsrahmens für die digitalen Märkte** aktiv mitzugestalten. Das politische Ziel, gegen Wettbewerbsprobleme auf diesen Märkten wirksamer vorzugehen, ist sowohl auf nationaler Ebene als auch auf EU-Ebene formuliert worden. Marktmachtmissbräuche von Online-Plattformunternehmen sollten effektiver und schneller geahndet, wettbewerbsrechtliche Verfahren zu diesem Zweck erleichtert bzw. beschleunigt und gegebenenfalls Regulierungsinstrumente zum Schutz der Plattformnutzer entwickelt werden. Mit Blick auf die genannten Ziele sind in mehreren Expertengutachten Lösungsansätze entwickelt worden, welche die Monopolkommission in diesem Gutachten um eigene Überlegungen und Empfehlungen ergänzt.

Dabei geht es in Bezug auf **marktmachtbezogene Wettbewerbsprobleme** um mehrere Themenfelder, nämlich um die Kriterien zur Feststellung von Marktmacht bei digitalen Plattformen, das gebotene Vorgehen bei Verhaltensweisen, durch die der Markt dauerhaft zugunsten einer Plattform „kippt“ (*tipping*) oder durch die mehr oder weniger unangreifbare „Ökosysteme“ geschaffen werden und das Vorgehen, sofern sich die Marktstruktur dauerhaft zugunsten einer Plattform verfestigt hat. Was die Kriterien zur Feststellung von Marktmacht bei digitalen Plattformen betrifft, so erscheinen die bestehenden Grundsätze zu Art. 102 AEUV – ungeachtet zurzeit durchgeführter Reformen auf der nationalen Ebene – ausreichend.

Zum **Problem des „Kippens“ von Märkten** ist in Deutschland eine Regelung (§ 20 Abs. 3a GWB-E) vorgeschlagen worden, wonach die Kartellbehörden in die Lage versetzt würden, bereits bei einer Gefährdung des Wettbewerbs und unabhängig von einem Nachweis konkreter Auswirkungen des fraglichen Verhaltens tätig zu werden. Die angesprochene Regelung könnte auch eingesetzt werden, um gegen in Deutschland tätige europäische Plattformunternehmen vorzugehen, deren Verhalten zum Kippen von Märkten beitragen kann. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, zunächst die **deutsche Anwendungspraxis zu beobachten** und gegebenenfalls hierauf aufbauend Regelungen für das europäische Recht in Betracht zu ziehen.

Zum **Problem der Schaffung von „Ökosystemen“** erscheint das Missbrauchsverbot des **Art. 102 AEUV grundsätzlich ausreichend**. Die in Deutschland vorgeschlagene neue Missbrauchsregelung für Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung“ für den Wettbewerb (§ 19a GWB-E) weicht in mehrerlei Hinsicht von Art. 102 AEUV ab. Aus unionsrechtlicher Perspektive können die Erfahrungen mit dieser Neuregelung aber in zweierlei Hinsicht aufschlussreich sein: Dort, wo die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder einzelstaatliche Gerichte verpflichtet sind, parallel zum einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht auch Art. 102 AEUV anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003), wird sich zeigen, ob die **deutsche Neuregelung** die Missbrauchsaufsicht erleichtert oder behindert. Dort, wo ihr Anwendungsbereich über Art. 102 AEUV hinausgeht, wird sich **zeigen, ob sie geeignet ist, bisher gegebenenfalls unerkannte Regelungslücken auf Unionsebene effektiv zu verschließen**. Die Monopolkommission hält es vor diesem Hintergrund für sinnvoll, auch insoweit zunächst praktische Erfahrungen zu sammeln, bevor eine entsprechende Ergänzung des europäischen Regelungswerks in Angriff genommen wird.

Angeichts des Umstands, dass sich die **Marktstellung großer Plattformen nach einem Kippen des Marktes oder infolge der Ausbildung von Ökosystemen dauerhaft verfestigen kann**, sind in mehreren Expertengutachten Vorschläge gemacht worden. Ein Vorschlag war es, marktbeherrschende Plattformunternehmen dazu zu verpflichten nachzuweisen, dass sie keinen Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV begehen. Ein anderer Ansatz war es, beherrschende Online-Plattformunternehmen im Einzelnen festgelegten zusätzlichen Pflichten und einer verschärften Überwachung zu unterwerfen. Die Monopolkommission hält insbesondere den zweiten Ansatz für zielführend und macht **Vorschläge für eine neu zu erlassende Plattformverordnung**. Diese sollte **Verhaltensregeln für beherrschende Plattformen** enthalten. So könnten ein Selbstbegünstigungsverbot und mit datenschutzrechtlichen Erfahrungen abgestimmte verschärfte Interoperabilitäts- und Portabilitätsverpflichtungen vorgesehen werden. Ferner könnten in die Verordnung **Abstellungsregelungen für Marktmachtmissbräuche mit dauerhaften Auswirkungen auf die Marktstruktur und für Verstöße gegen die in der Plattformverordnung festgelegten zusätzlichen Pflichten von beherrschenden Plattformunternehmen** aufgenommen werden. Die Abstellungsregelungen sollten dann auch spezifizieren, unter welchen Voraussetzungen eine Veräußerung von Teilbereichen des Geschäfts (auch z. B. in Form

eines erzwungenen Zugangs zu Algorithmen bzw. Daten) verhältnismäßig sein kann und welche Merkmale die betreffenden Teilbereiche dann aufweisen müssen (z. B. lebens- und wettbewerbsfähiges Geschäft, Zulässigkeit von Alternativen, Nichterwerbsklauseln).

Zusätzlich zu den beschriebenen marktmachtbezogenen Problemen können sich auf Plattformmärkten **informationsbezogene Probleme** zeigen, die einen effektiven Wettbewerbsschutz praktisch erschweren. Zum einen besteht ein Informationsgefälle im Verhältnis zwischen Plattformunternehmen und Außenstehenden (Behörden bzw. kommerziellen/nichtkommerziellen Plattformnutzern). Zum anderen bestehen auf Online-Marktplätzen (z. B. Handels-/Buchungsportalen) Informationsprobleme im Verhältnis zwischen Händlern und Verbrauchern.

Im Verhältnis zwischen Plattformunternehmen und Außenstehenden sieht die Monopolkommission einen zusätzlichen Regelungsbedarf insbesondere mit Blick auf das **Informationsgefälle zwischen Plattformunternehmen und ermittelnden Behörden**. Die Behörden haben zwar umfassende Auskunftsbefugnisse, können bei deren Einsatz im Verfahren aber auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, die **verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflichten** in jenen Fällen **zu verschärfen**, in denen die Behörden alle zumutbaren Ermittlungsanstrengungen unternommen haben. Wenn Unternehmen in solchen Fällen Informationen nicht von sich aus offenlegen, können sie nämlich – ohne dass das unionsrechtliche Selbstbelastungsverbot eingreift – die **Ermittlung tatsachenbezogener Beweismittel** verhindern. Die Behörden sollten für solche Fälle ermächtigt werden, aus einer fehlenden Mitwirkung im Rahmen ihrer freien Beweiswürdigung Schlussfolgerungen zu ziehen.

In Hinblick auf das **Verhältnis zwischen Händlern und Verbrauchern auf Online-Marktplätzen** erscheint eine Präzisierung der Beurteilungskriterien für die automatisierte Preissetzung von Online-Händlern unter Einsatz von Preisalgorithmen wünschenswert. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, bei der Überarbeitung der Kommissionsbekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes ein **Augenmerk auf die Marktabgrenzung** auf Online-Marktplätzen zu legen, **soweit hier Preisdifferenzierungen der Händler darauf hindeuten, dass sich relevante Märkte fragmentieren**. Im Übrigen empfiehlt sie, eine **gesetzliche Schadensvermutung** einzuführen, um die Verbraucher wirksam gegen Schäden durch automatisiert festgesetzte und unangemessen überhöhte Preise im Sinne des Art. 102 AEUV zu schützen.

Summary

The EU Council Presidency offers Germany an opportunity to contribute to the further development of the European **regulatory framework for digital markets**, as has been envisaged by the European Commission. The political objective of taking more effective action against competition problems in these markets has been formulated both at national and at EU level. Abuses of market power by online platform companies should be sanctioned more effectively and rapidly, enforcement procedures should be facilitated or accelerated and, where appropriate, regulatory instruments should be developed to protect platform users. In view of the above-mentioned objectives, several expert reports have developed potential solutions, which the Monopolies Commission supplements with its own considerations and recommendations in this Report.

With regard to **competition problems related to market power**, the Monopolies Commission is concerned with several issues, namely the criteria for determining market power in the case of digital platforms, the necessary procedure in the case of conduct by which the market permanently tips in favour of a platform or by which more or less unassailable “ecosystems” are created, and the procedure in cases where the market structure has solidified permanently in favour of a platform. With regard to the criteria for determining market power in the case of digital platforms, the existing principles of Article 102 TFEU appear to be sufficient, notwithstanding the reforms currently underway at national level.

With regard to the **problem of tipping markets**, a provision has been proposed in Germany (Section 20 (3a) ARC-E), pursuant to which the cartel authorities would be empowered to take action already when competition is endangered and independently of proof of concrete effects of the conduct in question. The provision in question could also be used to take action against European platform companies operating in Germany whose conduct may contribute to the collapse of markets. The Monopolies Commission therefore recommends that **the German application practice be observed** first and, if necessary, regulations for European law be considered on this basis.

With regard to the **problem of “ecosystems”**, the prohibition of abuse in Article 102 TFEU seems to be sufficient in principle. The new abuse regulation proposed in Germany for companies of “paramount cross-market significance” for competition (Section 19a GWB-E) departs from Article 102 TFEU in several respects. However, from the perspective of EU law, experience with this new provision can be revealing under two aspects: In cases where the competition authorities of the Member States or national courts are obliged to apply Article 102 TFEU in parallel to national competition law (Art. 3 (1) sentence 2 of Regulation 1/2003), it remains to be seen whether the **new German provision** will facilitate or burden abuse control. Where the scope of application of the provision goes beyond Article 102 TFEU, it will be **revealed whether it is suitable to effectively close any previously unrecognised regulatory gaps at EU level**. Against this background, the Monopolies Commission considers it sensible to first gather practical experience in this respect as well before introducing a corresponding supplement to the European regulatory framework.

In view of the fact that the **market position of large platforms can become permanently entrenched after a tipping of the market or as a result of the formation of ecosystems**, proposals have been made in several expert reports. One proposal is to oblige dominant platform companies to prove that they do not commit any abuse within the meaning of Article 102 TFEU. Another approach is to subject dominant online platform companies to additional obligations and stricter monitoring. The Monopolies Commission considers the second approach to be particularly effective and makes **proposals for a new Platform Regulation**. This Platform Regulation should contain **rules of conduct for dominant platforms**. For example, it could provide for a ban on self-preferencing and for more stringent interoperability and portability obligations, which should be aligned with the experience in data protection law. The Regulation could also include **remedies for abuses of market power with lasting effects on the market structure, and for breaches of the additional obligations of dominant platform companies laid down in the Platform Regulation**. The remedies should then also specify the conditions under which the divestiture of parts of the business (including forced access to algorithms or data) may be proportionate and the necessary characteristics of those parts of the business (e.g., viability and competitiveness).

In addition to the market power-related problems described above, **information-related problems** may arise in platform markets, making effective protection of competition more difficult in practice. First, an information asymmetry exists between platform companies and outsiders (public authorities or commercial/non-commercial platform users). Second, online marketplaces (e.g., trading/booking portals) have information problems in the relationship between traders and consumers.

In the relationship between platform companies and outsiders, the Monopolies Commission sees a need for additional regulation, particularly with regard to the **information asymmetry between platform companies and the authorities investigating the case**. Although the authorities have extensive powers to collect information, they may encounter considerable difficulties when using their investigative powers in proceedings. The Monopolies Commission therefore recommends **the tightening of the procedural obligations to cooperate** in cases where the authorities have made all reasonable efforts to investigate. Companies can prevent the **investigation of factual evidence** – without the prohibition of self-incrimination under EU law coming into play – if they do not disclose information on their own initiative in such cases. In those cases, the authorities should be empowered to draw conclusions from a lack of cooperation in the context of their free assessment of the evidence.

With regard to the **relationship between merchants and consumers** in online marketplaces, it appears desirable to clarify the assessment criteria for automated pricing of online traders using pricing algorithms. The Monopolies Commission is in favour of **focusing on** the guidelines concerning the **market definition in online marketplaces** when the Commission notice on the definition of the relevant market is revised, **in so far as price differentiation by dealers indicates that relevant markets are becoming fragmented**. Furthermore, it recommends the introduction of a **statutory presumption of damage** in order to effectively protect consumers against harm caused by automatically fixed and unreasonably excessive prices within the meaning of Article 102 TFEU.

1 Einleitung

45. Die Digitalisierung hat zu Beschleunigungen in allen Lebensbereichen geführt.¹ Das schließt ein, dass wirtschaftliche Transaktionen erheblich schneller abgewickelt werden können. Allerdings hat sich gezeigt, dass Märkte auch schneller geschädigt werden können. Insbesondere im Zusammenhang mit plattformbasierten Geschäftsmodellen kann es zur Entstehung dauerhafter Machtpositionen und zu deren Ausdehnung über herkömmliche Marktgrenzen hinaus kommen.² Die damit verbundenen Wettbewerbsprobleme stellen die europäische Missbrauchsaufsicht aufgrund der Möglichkeiten zur schnellen Anpassung digitaler Angebote und der oftmals auch geographisch kaum begrenzten Märkte vor besondere Herausforderungen.³

46. Die am 1. Juli 2020 begonnene deutsche EU-Ratspräsidentschaft bietet Deutschland die Gelegenheit, eine Weiterentwicklung des europäischen Regelungsrahmens für die digitalen Märkte in Angriff zu nehmen. Das politische Ziel, die Wettbewerbsregeln gegenüber großen digitalen Plattformen und auf ihnen wirksamer durchzusetzen, ist sowohl auf nationaler Ebene als auch auf EU-Ebene formuliert worden.

47. So heißt es im Koalitionsvertrag der deutschen Regierungskoalition:

„Wir wollen das Wettbewerbsrecht für digitale Geschäftsmodelle ergänzen. Wir wollen die Verfahren im allgemeinen Wettbewerbsrecht spürbar beschleunigen, ohne dabei rechtsstaatliche Garantien einzuschränken. [...] Wir benötigen neben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht eine kompetentere und aktivere systematische Marktbeobachtung. Die Wettbewerbsbehörde muss Missbrauch von Marktmacht vor allem auf sich schnell verändernden Märkten zügig und effektiv abstellen können. Dazu werden wir die wettbewerbsbehördliche Aufsicht weiterentwickeln, insbesondere im Hinblick auf Missbräuche von Plattformunternehmen.“⁴

Um diesen Koalitionsvertrag umzusetzen, sind Änderungen des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geplant, in deren Rahmen unter anderem ein plattformspezifisches Marktbeherrschungskonzept („Intermediationsmacht“) und Vorschriften über Missbräuche im Zusammenhang mit dem sogenannten Kippen von Plattformmärkten (*tipping*) und dem Aufbau sogenannter Plattform-Ökosysteme eingeführt werden sollen.⁵ Zur Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts hat das deutsche Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zudem eine Kommission eingesetzt, die weitergehende Vorschläge, auch zum regulatorischen Umgang mit bereits dauerhaft vermachteten Plattformmärkten, unterbreitet hat.⁶

48. Die Europäische Kommission hat im Sommer 2020 öffentlich Konsultationen zu einem neuen Wettbewerbsinstrument und zu einem Gesetzgebungspaket betreffend digitale Dienstleistungen eingeleitet.⁷ In Bezug auf das

¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden 2015, Tz. 16 ff., insb. Tz. 19 (zur Beschleunigung durch verminderte Transaktions- bzw. Informationskosten).

² Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht, 9. September 2019, S. 1, 13; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 1, 4, 6 ff., 15 ff.

³ Vgl. Monopolkommission, Policy Brief 4, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, Januar 2020, S. 1-2.

⁴ Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land; Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018, Tz. 2756 ff.

⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), Bearbeitungsstand: 24.01.2020, 9:32 Uhr (nachfolgend: Referentenentwurf), Januar 2020.

⁶ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht, 9. September 2019; <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.html>, Abruf am 8. Mai 2020.

⁷ EU-Kommission, Proposal for a regulation: New competition tool, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>; Proposal for a regulation: Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers>, Abruf jeweils am 4. Juni 2020.

neue Wettbewerbsinstrument hat die Europäische Kommission vier Optionen zur Diskussion gestellt. Diese sollen jeweils eine Intervention ohne Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes gemäß Art. 102 AEUV erlauben. Option 1 wäre, dass die Europäische Kommission ermächtigt wird, in solchen Fällen zu intervenieren, in denen ein beherrschendes Unternehmen andere Unternehmen vom Markt zu verdrängen oder ihre Kosten hochzutreiben droht. Die Intervention könnte Verhaltens- oder strukturelle Abhilfemaßnahmen nach sich ziehen. Option 2 würde die beschriebene Befugnis auf bestimmte Wirtschaftssektoren beschränken (z. B. „*digital or digitally-enabled markets*“). Bei Option 3 würde die Interventionsbefugnis unabhängig von einer beherrschenden Stellung bestehen, wenn ein strukturelles Risiko für den Wettbewerb (insb. bei Risiko eines Marktkippens) besteht oder ein struktureller Mangel an Wettbewerb (insb. auf Märkten mit strukturell abgesicherten Monopolen; koordinierungsanfälligen Oligopolmärkten) herrscht. Option 4 würde die Befugnis erneut auf bestimmte Wirtschaftssektoren beschränken.

49. Das Gesetzgebungspaket betreffend digitale Dienstleistungen würde darauf abzielen, die von großen Plattformökosystemen betroffenen Märkte wettbewerbslich offen (bestreitbar) zu halten. Hierzu könnte die bestehende Verordnung 2019/1150 um Verhaltensaufgaben für alle erfassten Plattformunternehmen (z. B. Selbstbegünstigungsverbote, Datenzugangsverpflichtungen, Vorgaben für Nutzungsbedingungen) sowie Aufsichts-, Durchsetzungs- und Transparenzregeln ergänzt werden.⁸ Eine andere, nicht notwendig getrennt zu sehende Möglichkeit bestünde in der Ermächtigung einer auf EU-Ebene zu bestimmenden Behörde, von bestimmten großen Plattformen (*gatekeepers*) gezielt Informationen zu sammeln.⁹ Eine dritte Variante bestünde in einem präventiven Regulierungsrahmen für die betreffenden Plattformen, der bestimmte Verhaltensweisen verbietet („*blacklisted practices*“) und zusätzlich auf Einzelfälle zugeschnittene Abhilfemaßnahmen umfassen könnte (z. B. Datenzugangs- und Interoperabilitätsverpflichtungen).

50. Den Überlegungen ist gemeinsam, dass die Vermachtung digitaler Märkte bestenfalls in größerem Umfang als bisher verhindert oder dass zumindest ihre Folgen besser kontrolliert werden sollen. Dazu sollen Missbräuche großer Unternehmen auf den digitalen Märkten (Online-Plattformunternehmen) effektiver und schneller geahndet, wettbewerbsrechtliche Verfahren zu diesem Zweck erleichtert bzw. beschleunigt und gegebenenfalls flankierende Regulierungsinstrumente entwickelt werden.

51. Die Umsetzung dieser Forderungen setzt ein Verständnis der Besonderheiten der Marktmacht von digitalen Plattformen, aber auch von in der Plattformwirtschaft bestehenden Informationsproblemen voraus (Abschn. 2). Auf dieser Basis sind in mehreren Expertengutachten bereits Lösungsansätze entwickelt worden, welche die Monopolkommission in diesem Gutachten um eigene Überlegungen und Empfehlungen ergänzt (Abschn. 3 und 4).¹⁰ Zusammengefasst ergibt sich eine Agenda, deren Verfolgung im Rahmen der deutschen Ratspräsidentschaft dazu beitragen könnte, den europäischen Regelungsrahmen für marktmächtige Plattformunternehmen effektiver zu gestalten (Abschn. 5).

⁸ Verordnung 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. L 186 vom 11. Juli 2019, S. 57.

⁹ Vgl. hierzu auch die vorausgegangenen Überlegungen auf Ebene der Europäischen Kommission, die Beweislast in Bezug auf Wettbewerbsverstöße zu verschieben; hierzu näher Espinoza/Fleming, Margrethe Vestager eyes toughening 'burden of proof' for Big Tech, Financial Times vom 30. Oktober 2019; Crofts/Hirst, Vestager pledges to tame tech's 'dark side' in second EU mandate, MLex vom 27. November 2019.

¹⁰ Siehe Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O.; Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, Final Report, 2019; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht vom 29. August 2018; UK Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition, Bericht vom März 2019 (sog. Furman Report).

2 Besonderheiten der Marktmacht von Plattformen und Informationsprobleme in der Plattformwirtschaft

52. Die Besonderheit des Geschäftsmodells von Online-Plattformunternehmen besteht darin, dass sie ihr Dienstleistungsangebot an mehrere Gruppen unterschiedlicher Nutzer richten, die über die Plattform miteinander interagieren. Als Vermittler stehen Plattformen zwischen Nutzergruppen, aber nicht unbedingt zwischen „relevanten“ Märkten. So können Plattformen, z. B. soziale Netzwerke, zwischen Nutzern desselben Typs („einseitig“) vermitteln.¹¹ Sie können aber auch zwischen verschiedenen Nutzergruppen stehen, die entweder Online-Inhalte anbieten oder suchen, wie es bei Such- oder Handelsplattformen der Fall ist („mehreseitig“).¹² In beiden Fällen besteht das Angebot der Plattformen an die Nutzer darin, diesen einen direkten¹³ Austausch untereinander zu ermöglichen. Die Möglichkeit der Nutzer zum direkten Austausch bringt es mit sich, dass sich die Nutzer gegebenenfalls bei einer bestimmten Plattform konzentrieren. Denn die Plattform kann dadurch, dass sie auf einem Markt viele Nutzer hat, umso attraktiver für weitere Nutzer entweder derselben Nutzergruppe (direkter Netzwerkeffekt) oder einer anderen Gruppe (indirekter Netzwerkeffekt) werden.¹⁴ Der Umfang, in dem sich solche Netzwerkeffekte konzentrationsförderlich auswirken können, hängt allerdings von weiteren Faktoren ab, namentlich der Möglichkeit der Plattform, von Größenvorteilen zu profitieren, den Möglichkeiten für die Nutzer zur Parallelnutzung und ihr Wechselaufwand, den Differenzierungsmöglichkeiten der Plattform und der Nutzerheterogenität.¹⁵

53. Die Zwischenstellung von Plattformen als Vermittler führt im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Prüfungen dazu, dass die herkömmliche Vorgehensweise bei der Feststellung von Marktmacht angepasst werden muss. Die Behörden und Gerichte nehmen bei der Ermittlung von Marktmacht herkömmlich eine zweischrittige Prüfung vor, bei der sie zunächst die Marktsituation (Fakten) ermitteln und dann eine wertende Betrachtung vornehmen (rechtliche Beurteilung). Im Rahmen des ersten Schritts grenzen die Behörden und Gerichte die für ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung „relevanten“ Märkte ab und ermitteln die Tatsachen, die zur Beurteilung der Marktstellung des betreffenden Unternehmens erforderlich sind.¹⁶ Im zweiten Schritt prüfen die Behörden und Gerichte, ob das betreffende Unternehmen über eine beherrschende Stellung verfügt, die sich auf den betreffenden Märkten gegebenenfalls nachteilig auswirken kann.¹⁷

54. Im Fall von Plattformen muss demgegenüber eine modifizierte Prüfung stattfinden, um der Stellung der Plattform als Vermittler (Intermediär) Rechnung zu tragen. Infolge der Zwischenstellung von Plattformen lassen sich die im ersten Prüfungsschritt eingesetzten Marktabgrenzungsinstrumente auf die Plattfortmätigkeit nicht oder allenfalls mit Abstrichen anwenden. Der Grund hierfür ist, dass die jeweilige Plattform den Nutzern, an die sie sich mit

¹¹ Vgl. § 18 Abs. 3a Var. 2 GWB.

¹² Vgl. § 18 Abs. 3a Var. 1 GWB.

¹³ D. h., die Plattform ist nicht Teil einer Vertriebsstruktur, da sie von den Nutzern auf einer Plattformseite keine Waren zum Zwecke des Weiterverkaufs an die Nutzer der anderen Plattformseite bezieht und dabei das damit verbundene geschäftliche Risiko übernimmt; vgl. zur Abgrenzung Art. 1 Abs. 1 lit. a VO 330/2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23. April 2010, S. 1; zum Kriterium der geschäftlichen Risiken auch EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19. Mai 2010, S. 1 Tz. 12 ff. Vgl. zur hier verwendeten Begrifflichkeit auch z. B. BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B 6-57/15 – Datingportale, Tz. 72.

¹⁴ Vgl. BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B 6-57/15 – Datingportale, Tz. 74; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 36 ff.

¹⁵ § 18 Abs. 3a GWB; siehe auch Evans/Schmalensee, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, Competition Policy International 3 (1), 2007, S. 151–179; dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, 1. Aufl. 2015, Tz. 45 ff. Aus der Fallpraxis z. B. BKartA, E. v. 22.10.2015, B6-57/15 – Datingportale, Tz. 140 ff.; E. v. 23.11.2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists, Tz. 93, 94 ff., 143 ff.

¹⁶ EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 7-8.

¹⁷ EU-Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 9 ff.

ihrem Dienstleistungsangebot wendet, eine Möglichkeit zum direkten Kontakt untereinander vermittelt. Dabei kann es für sie erstens sinnvoll sein, nur von einer Nutzerseite eine Gegenleistung („Preis“) zu verlangen. Zweitens hat es für Zwecke der Marktabgrenzung keine Aussagekraft, wenn Leistungen im direkten Austausch einer Nutzerseite mit einer anderen unentgeltlich erbracht werden (wie das z. B. bei der Bereitstellung kostenfreier Online-Inhalte der Fall ist). Insbesondere der SSNIP-Test, wonach der Kundenwechsel zu anderen Produkten bei Preiserhöhungen für die Marktabgrenzung herangezogen wird, lässt sich unter solchen Umständen kaum anwenden. Das Bundeskartellamt ist infolgedessen dazu übergegangen, alle Plattformseiten unter bestimmten Voraussetzungen in einer Gesamtschau zu betrachten, soweit es um die Beurteilung der Marktmacht des betreffenden Plattformdienstleisters geht.¹⁸ Diese Gesamtschau erlaubt es, auch die im Rahmen der Nutzerinteraktion wirkenden (positiven oder negativen) Netzwerkeffekte in die Betrachtung einzubeziehen.¹⁹

55. Die im zweiten Schritt zu würdigenden Verhaltensspielräume sind richtigerweise aus dem Umfang der Abhängigkeit der Nutzergruppen vom Angebot der konkreten Plattform und der Wahrscheinlichkeit des Markteintritts potenzieller Wettbewerber abzuleiten.²⁰ Die Abhängigkeit der Nutzergruppen lässt sich feststellen, indem die Wahrscheinlichkeit gewürdigt wird, ob die durch das Angebot der Plattform hervorgerufenen Konzentrationstendenzen zukünftig noch einmal infrage gestellt werden könnten. Dies erfordert eine Gesamtschau der Faktoren, die Einfluss darauf haben, ob die Marktstellung der Plattform bestritten werden kann. Die Gesamtschau umfasst damit auch Faktoren, welche die Plattform attraktiv machen (und damit u. a. Netzwerkeffekte auslösen können), sofern es zugleich unwahrscheinlicher wird, dass die Nutzer zu anderen Anbietern wechseln (können).²¹ Eine Verstärkung der Marktkonzentration kann dann aus einem Zusammenspiel der Konzentrationstendenzen und weiterer Faktoren folgen, also z. B. aus einem exklusiven Datenzugriff des Plattformbetreibers oder des Aufbaus eines in sich geschlossenen und marktübergreifenden Leistungsangebots.²² Zentral für die Annahme eines marktmachtbegründenden Verhaltensspielraums ist, dass (potenzielle) Wettbewerber nicht in der Lage sind, Nutzer mit Alternativen abzuwerben, sodass die Marktstellung des Plattformbetreibers nicht mehr bestreitbar ist.²³

56. Speziell Online-Plattformunternehmen mit einem datenbasierten Geschäftsmodell beziehen ihre Marktmacht nicht nur aus gegebenenfalls starken (direkten und indirekten) Netzwerkeffekten, sondern auch aus der Wettbewerbsrelevanz der auf der Plattform aggregierten Daten. Dies gilt zumindest dann, wenn die Plattform die Daten unter Ausschluss anderer Marktteilnehmer nutzen kann. Je größer der verfügbare Datenbestand einer Plattform ist, umso besser kann die Plattform zwar ihre Vermittlungsleistung auf die Nutzerbedürfnisse abstimmen.²⁴ Je mehr relevante Daten eine Plattform aber im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern hat, desto schwieriger ist es zugleich für andere, mit der Plattform zu konkurrieren. Die Größe des Datenbestands einer Plattform hat daher sowohl positive Auswirkungen für ihre Nutzer als auch negative Auswirkungen durch den geringeren Wettbewerb.

57. Die durch große Online-Plattformen hervorgerufenen Wettbewerbsprobleme können struktureller Natur sein und sich in zweifacher Hinsicht zeigen:

¹⁸ BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6-57/15 – Datingportale, Tz. 71 ff., 129 ff.; Entscheidung vom 23. November 2017, B6-35/17 – CTS Eventim/Four Artists; auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, 1. Aufl. 2018, Tz. 605 ff.

¹⁹ Dabei können negative Netzwerkeffekte, z. B. im Verhältnis zwischen Verbrauchern und Anbietern von Werbeeinheiten, auftreten.

²⁰ BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werblocker III, Ls. b und Rz. 23 ff., 28 ff.; siehe dazu näher Tz. 371 ff. in diesem Hauptgutachten.

²¹ Mit Netzwerkeffekten können somit auch Faktoren, in denen sich Effizienzen zeigen, für die Beurteilung der Marktstellung relevant werden. Insofern weicht die Situation von der bei Nichtplattformunternehmen ab; vgl. einerseits EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 21, 25, 41 ff.; andererseits EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, ECLI:EU:T:2007:289, Rz. 1061-1067.

²² Vgl. erneut § 18 Abs. 3a GWB.

²³ Dazu z. B. BKartA, Beschluss vom 22. Oktober 2015, B6-57/15 – Datingportale, Tz. 168 ff.; BGH, Urteil vom 8. Oktober 2019, KZR 73/17 – Werblocker III, Ls. b) und Rz. 28 ff.

²⁴ Vgl. etwa EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Tz. 158; BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook, Tz. 496. In diesem Kontext sind insbesondere solche Daten relevant, aus denen sich Aussagen über das Nutzerverhalten ableiten lassen.

- der Markt kann zugunsten der Plattform „kippen“, was bedeutet, dass die Marktposition der Plattform dauerhaft nicht mehr bestreitbar ist (*tipping*).
- Plattformen können ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen, um mehr oder weniger unangreifbare „Ökosysteme“ zu schaffen.²⁵

Dabei sind plattformbasierte Ökosysteme ihrerseits ambivalent.²⁶ Denn einerseits profitieren die Plattformnutzer von einer Vielzahl von aufeinander abgestimmten Produkten und zusätzlich davon, dass das Ökosystem auch für andere Nutzer attraktiv ist. Andererseits kann ein solches Ökosystem den Wettbewerb von außerhalb des Ökosystems erheblich behindern. Denn Wettbewerbern wird es erschwert, Kunden für alternative Angebote zu finden, wenn die Verbraucher bereits an das Ökosystem eines marktbeherrschenden Anbieters gebunden sind.

58. Die Tatsache, dass große Online-Plattformen als Vermittler eine zentrale Infrastruktur für ihre Nutzer darstellen, hat weiterhin den strukturellen Effekt, dass die Plattformen die Organisation des Marktes beeinflussen und gestalten können. In dem für die Europäische Kommission erstellten Gutachten über eine „Wettbewerbspolitik für das digitale Zeitalter“ wird deshalb hervorgehoben, dass Plattformen als Regelsetzer („*rule-setters*“) agieren können.²⁷ Dies könne es rechtfertigen, beherrschende Plattformen strengeren Verhaltensanforderungen als andere beherrschende Unternehmen zu unterwerfen. Derartige Unternehmen trifft nach der europäischen Rechtsprechung *per se* eine „besondere Verantwortung“ dafür, durch ihr Verhalten die Marktstruktur nicht weiter zu schädigen.²⁸ Die Gutachter halten die Betreiber beherrschender Plattformen noch weitergehend dafür verantwortlich, dass der Wettbewerb auf den Plattformen fair, unparteiisch und nutzerfreundlich ist.²⁹

59. Ein weiteres Merkmal der Plattformwirtschaft ist die Verfügbarkeit von Informationen.³⁰ Gerade Online-Plattformunternehmen mit einem datenbasierten Geschäftsmodell können aufgrund ihres möglicherweise exklusiven Zugangs zu Daten Informationsvorteile haben, sowohl gegenüber ihren Nutzern als auch gegenüber den Behörden.³¹ Die Behörden verfügen zwar über umfassende Befugnisse zur Informationsermittlung in Verwaltungsverfahren. Dennoch kann es für sie als Außenstehende schwierig sein, zu verstehen, für welche Zwecke ein beherrschendes Plattformunternehmen die ihm zur Verfügung stehenden Daten verwendet. Davon abgesehen können sich die Marktbedingungen auf den digitalen Märkten rasch verändern, und die Marktteilnehmer passen ihr Verhalten ständig den sich ändernden Gegebenheiten an. Dies erhöht zusätzlich etwaige Schwierigkeiten bei der behördlichen Untersuchung des Sachverhalts (*moving target*).

60. Ein Informationsgefälle besteht allerdings nicht nur zwischen dem Plattformunternehmen und Außenstehenden, sondern kann sich gerade bei Online-Marktplätzen auch zwischen den Plattformnutzern auf der Händlerseite und auf der Seite der Verbraucher entwickeln. So wird insbesondere mit Blick auf die algorithmische Preissetzung vieler Online-Händler vermutet, dass diese möglicherweise zulasten der Verbraucher erfolgt – entweder aufgrund von Preisdiskriminierung oder durch eine verbraucherschädigende Koordination von Preisen (Kollusion).³²

²⁵ EU-Kommission, New Competition Tool, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)2836004 – 02/06/2020, S. 2; Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 2 f.

²⁶ Der Begriff „Ökosystem“ umfasst marktübergreifende Strukturen, in denen Daten aus verschiedenen Märkten auf den (technischen) Plattformen von einem oder gegebenenfalls mehreren Unternehmen zusammengeführt und den Nutzern auf dieser Basis komplementäre Dienste angeboten werden; vgl. Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O., S. 17 ff.; außerdem in diesem Hauptgutachten Tz. 382 mit Fn. 179.

²⁷ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 60 ff.

²⁸ Siehe EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Slg. 1983, 3461, ECLI:EU:C:1983:313, Rz. 57.

²⁹ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 61.

³⁰ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 63 f. (Abschn.: „Transparency is also a competition policy issue“).

³¹ Vgl. Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 5.

³² Siehe hierzu schon Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden 2018, Tz. 164 ff.

3 Lösungsansätze zu den marktmachtbezogenen Problemen

61. In den Gutachten und im Rahmen der 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz) sind Lösungsansätze für mehrere der zuvor beschriebenen Probleme entwickelt worden. Diese beziehen sich auf die Voraussetzungen für die Feststellung von Marktbeherrschung auf Plattformmärkten und auf missbräuchliche Verhaltensweisen, durch die Märkte dauerhaft zum Kippen gebracht oder unangreifbare Ökosysteme gebildet werden. Den Problemen kann auf Unionsebene allerdings zumindest teilweise bereits durch die Anwendung der bestehenden Art. 101 und 102 AEUV begegnet werden. Einer Weiterentwicklung des europäischen Rechtsrahmens bedarf es nur dort, wo diese Vorschriften die beschriebenen Probleme nicht vollständig erfassen.

3.1 Feststellung der Marktmacht digitaler Plattformen – bestehende Grundsätze zu Art. 102 AEUV ausreichend

62. Die zuvor beschriebenen Besonderheiten bei der praktischen Ermittlung der Marktmacht von Online-Plattformunternehmen dürften auf Unionsebene keine Änderung der rechtlichen Maßstäbe in Art. 102 AEUV (Missbrauchsverbot) oder in der europäischen Fusionskontrolle erfordern. Zwar wird in Deutschland das Konzept der sogenannten Intermediationsmacht diskutiert, um die Feststellung der Marktmacht im Fall von Plattformen zu erleichtern. Auch dieses Konzept lässt sich aber mit der Definition der beherrschenden Stellung des Europäischen Gerichtshofs vereinbaren, ohne dass eine Änderung der bestehenden Vorschriften erforderlich wäre.

63. Das Konzept der Intermediationsmacht wurde in einem vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebenen Gutachten zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ vorgeschlagen.³³ Die Überlegungen sind auch in einem Gutachten aufgegriffen worden, das kurze Zeit später für die Europäische Kommission erstellt worden ist.³⁴ Die Gutachter des Bundesministeriums begründen das Konzept der Intermediationsmacht im Wesentlichen mit den folgenden Beobachtungen:

- „Je stärker digitale Plattformen die Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen [...] bündeln, desto mehr können Anbieter von Waren oder Dienstleistungen für den Zugang zur Marktgegenseite auf die Intermediationsdienste dieser Plattformen angewiesen sein.“
- Hinzu komme, „dass Intermediationsplattformen [...] aufgrund von im Markt nicht korrigierten Informationsasymmetrien häufig über durch Wettbewerb nicht kontrollierte Verhaltensspielräume verfügen“.
- Außerdem entspreche „[d]er zunehmenden Bedeutung solcher Intermediäre für Nachfrager von Produkten oder Dienstleistungen [...] eine wachsende Angewiesenheit der Anbieter“.³⁵

Zusammenfassend kommt es also beim Konzept der Intermediationsmacht darauf an, dass das Plattformunternehmen als Vermittler zwischen Nutzergruppen steht, wobei sich ein etwaiger Verhaltensspielraum durch die Abhängigkeit der Nutzer von der Plattform (Angewiesensein) ergeben kann.³⁶

64. Der Europäische Gerichtshof hat für das Verbot des Marktmachtmissbrauchs in Art. 102 AEUV bereits früh folgende Definition der „marktbeherrschenden Stellung“ entwickelt und seither in ständiger Rechtsprechung – die auch über das Missbrauchsrecht hinaus Geltung beansprucht³⁷ – fortgeführt:

„Mit der beherrschenden Stellung im Sinne dieses Artikels ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen

³³ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 42 f., 66 ff

³⁴ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 49.

³⁵ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 42 f., 66.

³⁶ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 3 f.

³⁷ Siehe z. B. Erwägungsgrund 26 der Verordnung 139/2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, S. 1.

*Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.*³⁸

Diese Definition erfordert es nicht zwingend, die Märkte abzugrenzen, auf denen das beherrschende Unternehmen über einen Verhaltensspielraum verfügt und infolgedessen unabhängig von anderen Marktteilnehmern agieren kann.³⁹ Es ist nur nötig, die Märkte zu bestimmen, auf denen der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Damit kommt es auch nicht darauf an, dass Plattformen zwischen Nutzergruppen stehen. Entscheidend ist allein, wie sich ihr Verhalten auf den relevanten Märkten auswirkt, auf denen die Nutzer untereinander im direkten Austausch stehen, oder auch auf dritten Märkten. In diesem Kontext kann etwaigen Abhängigkeiten der Nutzer von der Plattform, die einem Wechsel zu Alternativangeboten entgegenstehen, Rechnung getragen werden.

65. Die Praxis der Kartellbehörden und der deutschen Gerichte ist mit der zitierten Rechtsprechung im Regelfall vereinbar. Das Konzept der Intermediationsmacht ist deshalb zwar konzeptionell zu begrüßen, weil es die Feststellung von Marktbeherrschung im Fall wettbewerbsrelevanter Abhängigkeitsverhältnisse erleichtert.⁴⁰ Es erfordert aber auf EU-Ebene keine Änderung der rechtlichen Maßstäbe.

3.2 „Kippen“ von Märkten – Sammeln von Erfahrungen mit nationalen Regelungen

66. Die Verfasser des Gutachtens zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ weisen darauf hin, dass das Kippen von Märkten hin zum Monopol durch das Verhalten von Plattformunternehmen begünstigt wird. Einige Verhaltensweisen wie Exklusivitätsvereinbarungen oder Meistbegünstigungsklauseln (MFN-Klauseln, Bestpreisklauseln) ließen sich über Art. 101 AEUV erfassen. Dagegen greife ein Wettbewerbsschutz bei einseitigen Verhaltensweisen erst dann, wenn das Plattformunternehmen bereits über eine beherrschende Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV verfügt. Das sich in einem gekippten Markt einstellende Monopol lasse sich allerdings kaum rückgängig machen. Deshalb sei zu überlegen, ob die Behörden – sozusagen im Sinne eines plattform-spezifischen Monopolisierungsverbots – ermächtigt werden sollten, ein problematisches einseitiges Verhalten, das zum Marktkippen beitragen kann, bereits im Vorfeld zur Marktbeherrschung zu unterbinden.⁴¹

67. Das europäische Wettbewerbsrecht kennt bisher keinerlei Monopolisierungsverbot. Demgegenüber enthält § 2 des U.S. Sherman Act (15 U.S.C. § 2) ein solches Verbot. Diese Vorschrift ist anwendbar, wenn ein Unternehmen (*person*) den Wettbewerb durch die Schaffung oder Aufrechterhaltung von Monopolmacht unangemessen behindert. Die meisten der nach § 2 des U.S. Sherman Act verfolgten Fälle beziehen sich auf das Verhalten eines Unternehmens, das eine führende Marktposition bereits erlangt hat, obwohl die Vorschrift auch Versuche zur Monopolisierung und Verschwörungen zur Monopolisierung verbietet.⁴²

68. Der wesentliche Unterschied von § 2 des U.S. Sherman Act im Vergleich mit Art. 102 AEUV besteht darin, dass das U.S.-Monopolisierungsverbot auf eine bestimmte Eingriffsschwelle – z. B. das Vorliegen einer beherrschenden Stellung – verzichtet. Damit lässt sich die Eingriffsschwelle flexibel handhaben, was ein kartellbehördliches Eingreifen – allgemein oder fallgruppenabhängig – schon früher möglich macht. Diese Flexibilität kann grundsätzlich in Hinblick auf alle Verhaltensweisen sinnvoll sein, mit denen Unternehmen bloße Größen- und – im Fall von Plattformen – Netzwerkvorteile ausnutzen, anstatt den Verbrauchern darüber hinausgehende Vorteile im Vergleich zu Wettbewerbern (komparative Vorteile) zukommen zu lassen.⁴³ Allerdings stehen der theoretischen Flexibilität bei § 2 des U.S. Sherman Act in der Praxis strenge Anforderungen der Gerichte an den Nachweis gegenüber, dass eine Monopolisierung tatsächlich stattfindet oder zumindest droht.

³⁸ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 65.

³⁹ Abweichend insoweit Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 30 mit Fn. 87.

⁴⁰ So auch schon Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, Januar 2020, 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen!, S. 4 zu gesetzlichen Klarstellungen im deutschen Missbrauchsrecht.

⁴¹ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 40; siehe auch dort S. 61.

⁴² Dazu Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 44.

⁴³ Vgl. Steinberg in: Wirtz/Steinberg, WuW 2019, 606 (610).

69. Ein ähnlicher Maßstab wie im Monopolisierungsverbot von § 2 des U.S. Sherman Act findet sich im sogenannten SIEC-Test der Fusionskontrolle. Danach dient die Fusionskontrolle dazu, bestimmte Vereinbarungen mit strukturellen Auswirkungen (Zusammenschlussvereinbarungen) zu verhindern, „durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung“.⁴⁴ Ähnlich wie nach Art. 102 AEUV sind allerdings auch nach diesem fusionskontrollrechtlichen Test nur solche Wettbewerbsbehinderungen relevant, die eine rechtlich fest vorab definierte Erheblichkeitsschwelle überschreiten. Dabei stellt die beherrschende Stellung insoweit einen Orientierungsmaßstab dar.⁴⁵

70. Im deutschen Recht ist zu beachten, dass wesentliche missbrauchsbezogene Vorschriften nach § 20 Abs. 1 und 3 GWB auch bereits unterhalb der Ebene der Marktbeherrschung Anwendung finden.⁴⁶ Die eingangs zitierten Gutachter haben vorgeschlagen, die bestehenden Regelungen um einen neuen Sondertatbestand zu ergänzen, wonach Plattformunternehmen mit überlegener Marktmacht⁴⁷ gegenüber Wettbewerbern und Mitgliedern enger Plattformoligopole mit wenigen, etwa gleich großen Plattformen eine missbräuchliche Behinderung der Wettbewerber verboten wird, soweit diese Behinderung geeignet ist, ein Kippen des Marktes zu begünstigen. Als Regelbeispiele für eine solche Behinderung könnte die Erschwerung der Parallelnutzung von Plattformen (Multihoming) und von Plattformwechseln genannt werden.⁴⁸

71. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat in seinem Entwurf für ein GWB-Digitalisierungsgesetz einen neuen § 20 Abs. 3a GWB vorgeschlagen, der den gutachterlichen Vorschlag in modifizierter Form umsetzt und auf die Nennung von Regelbeispielen verzichtet. Die Vorschrift soll ein Eingreifen zu einem vergleichsweise frühen Zeitpunkt ermöglichen. Die Behörden sollen dadurch in die Lage versetzt werden, bereits bei einer Gefährdung des Wettbewerbs und unabhängig von einem Nachweis konkreter Auswirkungen des fraglichen Verhaltens tätig zu werden. Das Ministerium hebt insoweit hervor, dass die Problematik kippender Märkte ein schnelles Eingreifen erforderlich machen kann, um einer dauerhaften Schädigung des Wettbewerbs vorzubeugen.⁴⁹

72. Eine offene Frage ist jedoch, was die Behörden tun können, wenn sie den richtigen Zeitpunkt für ein Eingreifen verpassen und der Markt permanent zugunsten der entsprechenden Plattform kippt.⁵⁰ Die im deutschen Missbrauchsrecht vorgesehene Abstellungs- und Bußgeldverfügung könnte in diesem Fall ein untaugliches Mittel sein, um den entstandenen Schaden für den Wettbewerb zu beheben. Das Gesetz ermächtigt zwar auch zu strukturellen Maßnahmen. Allerdings ist fraglich, ob dies auch eine nachträgliche Zerschlagung bzw. Entflechtung des dann beherrschenden Plattformunternehmens umfassen würde, wenn sich der Wettbewerbschaden durch den gekippten Markt auf andere Weise nicht beheben lässt.⁵¹ In Anbetracht der auf Plattformmärkten typischen Konzentra-

⁴⁴ Art. 2 Abs. 3 VO 139/2004; schon früher EuGH, Urteil vom 17. November 1987, 142 and 156/84 – BAT und Reynolds, Slg. 1987, 4487, ECLI:EU:C:1987:490, Rz. 32 ff.

⁴⁵ Siehe näher zur Bedeutung des SIEC-Tests im vorliegenden Kontext: Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 45-47.

⁴⁶ Siehe hierzu Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 401; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 47.

⁴⁷ Vgl. § 20 Abs. 3 S. 1 GWB zu diesem Begriff.

⁴⁸ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 62 f.

⁴⁹ BMWi, Referentenentwurf, a. a. O., S. 85 f.

⁵⁰ Dieses Problem hat sich bereits im Verfahren 40.099 – Google Android in Hinblick auf die Märkte für Internetsuchen gezeigt; siehe dazu in diesem Hauptgutachten Tz. 412.

⁵¹ Vgl. § 32 Abs. 1 i. V. m. 2 GWB; und eine Entflechtung ablehnend Emmerich in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, 6. Aufl. 2020, § 32 Rz. 33: „[F]ür eine zwangsweise Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen ist [...] aufgrund des § 32 weiterhin kein Raum, da – mangels eines Monopolisierungsverbots im deutschen Recht – die bloße Existenz des marktbeherrschenden Unternehmens noch nicht gegen das GWB verstößt.“ Zur Rechtslage auf EU-Ebene siehe Monopolkommission, Sondergutachten 54, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 489 ff.

tionstendenzen ist auch fraglich, ob und wann eine Entflechtung überhaupt ein geeignetes Mittel zur dauerhaften Wiederherstellung des Wettbewerbs auf einem gekippten Markt darstellen kann.⁵²

73. Der deutsche Gesetzentwurf geht auf diese Fragen nicht ein. Eine Antwort darauf ist allerdings auch sehr schwierig. Das Monopolisierungsverbot in § 2 des U.S. Sherman Act, das einen weiteren Anwendungsbereich hat, gilt ebenfalls als nur schwer handhabbar.⁵³ Anderes gilt nur für den SIEC-Test, der allerdings in einem präventiven Verfahren (Fusionskontrolle) angewendet wird, während die Missbrauchsaufsicht etwaige Verstöße nachträglich ahndet. Daher wird es wichtig sein zu sehen, ob sich die deutsche Regelung in der Weise bewährt, dass die Kartellbehörden ein Kippen des Marktes praktisch werden verhindern können. Die für das deutsche Recht vorgeschlagene Regelung könnte eingesetzt werden, um gegen in Deutschland tätige europäische Plattformunternehmen vorzugehen, deren Verhalten das Kippen betroffener Märkte fördern kann. Daneben kann möglicherweise auch die von der Europäischen Kommission eingeleitete Konsultation dazu beitragen, Kriterien zu identifizieren, die ein Kippen in einem absehbaren Zeitraum begünstigen können. Ein Vorteil ist insoweit, dass die Konsultation ausgehend von einer bloßen Problembeschreibung durchgeführt wird und noch keine konkreten Lösungen vorgibt, die sich später als zu eng oder als lückenhaft erweisen könnten.

74. Mit Blick auf das Problem „kippende Märkte“ hält die Monopolkommission von den durch die Europäische Kommission vorgeschlagenen Optionen für ein neues Wettbewerbsinstrument insbesondere die dritte Option für zielführend. Danach würde die Europäische Kommission ermächtigt, unabhängig von einer beherrschenden Stellung zu intervenieren, wenn ein strukturelles Risiko für den Wettbewerb (insb. bei Risiko eines Marktkippens) besteht.⁵⁴ Damit kartellbehördliche Eingriffe einerseits nicht überschießend stattfinden und andererseits effektiv sind, müssten allerdings eindeutige Kriterien für Marktentwicklungen identifiziert werden, in denen Märkte – über Konzentrationstendenzen hinaus – unbestreitbar zu werden drohen. Des Weiteren ist zu betonen, dass gerade strukturelle Abhilfemaßnahmen in solchen Fällen aus Verhältnismäßigkeitsgründen darauf beschränkt werden müssten, möglichst genau das zuvor identifizierte strukturelle Problem zu beheben.

3.3 „Ökosysteme“ – Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV grundsätzlich ausreichend

75. Die Beurteilung von Ökosystemen erfordert eine marktübergreifende Betrachtung. Ein für die britische CMA erstelltes Gutachten hat sich deshalb dafür ausgesprochen, von einer „strategischen Marktstellung“ („strategic market status“) der betreffenden Unternehmen auszugehen. Diese soll ausgehend von der Machtposition definiert werden, die ein Plattformunternehmen gegenüber seinen Nutzern innehat und zu deren Nachteil ausnutzen kann.⁵⁵ Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat im Referentenentwurf für ein „GWB-Digitalisierungsgesetz“ das Konzept einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ entwickelt.⁵⁶ Die Voraussetzungen einer solchen marktübergreifenden Bedeutung sollen durch Kriterien konturiert werden, die ebenso für die Feststellung einer beherrschenden Stellung relevant sind.⁵⁷

76. Die europäische Rechtsprechung und, ihr folgend, die bisherige kartellbehördliche Praxis gehen bei der Anwendung von Art. 102 AEUV von einem anderen konzeptionellen Ansatz aus. Die europäische Rechtsprechung

⁵² Siehe zurückhaltend schon Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 261 ff., 269 ff.

⁵³ Vgl. U.S. Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, S. 83 ff., insb. S. 91 ff.; https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm, Abruf am 8. Mai 2020; Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 2nd Ed., St. Paul, Minn., 1999, S. 268.

⁵⁴ Diesem Ansatz liegen zumindest unter anderem britische Regelungen zugrunde; siehe Crofts, Dominant tech companies may face new EU curbs to stop markets 'tipping' into their laps, MLex vom 2. März 2020; „Tipping“ tech markets warrant new antitrust tool, Vestager says, MLex vom 24. April 2020.

⁵⁵ UK Digital Competition Expert Panel, a. a. O., Tz. 2.25 ff. („powerful negotiating position“); siehe auch Tz. 2.36 („unfair or unreasonable conduct by a platform with a strategic market status“).

⁵⁶ BMWi, Referentenentwurf, a. a. O., S. 9 f., 75 ff. Das BMWi hat dabei offenbar auf Ideen des Furman Report zurückgegriffen; siehe Steinberg in: Wirtz/Steinberg, WuW 2019, 606 (611).

⁵⁷ Siehe schon Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 3.

problematisiert nicht die Marktstellung, sondern prüft, ob es im Rahmen des untersuchten Verhaltens zu einer Hebelung von Marktmacht kommt. In einem solchen Fall kann ein Missbrauch nach der Rechtsprechung auch dann bejaht werden, wenn sich das untersuchte Verhalten lediglich auf anderen als den beherrschten Märkten auswirkt. Eine solche Hebelung von Marktmacht ist nach dem Europäischen Gerichtshof zumindest dann möglich, wenn „besondere Umstände“ vorliegen, was etwa dann der Fall ist, wenn das betreffende Unternehmen über eine Quasimonopolstellung auf einem Markt verfügt, die es „auch zu einem bevorzugten Lieferanten“ auf einem anderen Markt macht.⁵⁸ Das Gericht hat dieser Rechtsprechung folgend entschieden, dass bei Unternehmen auf Plattformmärkten ein Kopplungsmissbrauch möglich ist, bei dem sich das missbräuchliche Verhalten marktübergreifend auswirkt.⁵⁹

77. Die Kartellbehörden haben aufgrund von Art. 102 AEUV und den danach modellierten einzelstaatlichen Missbrauchsvorschriften bereits verschiedene Verhaltensweisen beherrschender Online-Plattformunternehmen verfolgt, die im Kontext einer Ausbildung von Ökosystemen standen oder die in einem solchen Kontext relevant werden können. So ist die Europäische Kommission gegen den Suchmaschinenbetreiber Google wegen einer Vorzugsbehandlung des an den Suchdienst gekoppelten eigenen Preisvergleichsdienstes vorgegangen (sog. Selbstbegünstigung).⁶⁰ In diesem Fall war der Markt für allgemeine Suchdienste bereits in einem nur noch schwierig oder gar nicht mehr bestreitbaren Umfang zugunsten von Google gekippt.⁶¹ In einem anderen Verfahren ist die Europäische Kommission gegen Koppelvereinbarungen vorgegangen, die Google den Herstellern von Android-Geräten auferlegt hatte, um – ausgehend von seiner beherrschenden Stellung auf dem Markt für Android-App-Stores – seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Internet-Suchdienste zu festigen und Wettbewerbsvorteile auf dem Markt für mobile Internet-Browser zu erlangen.⁶² Das Bundeskartellamt hat seinerseits nach nationalem Missbrauchsrecht geprüft, ob Facebook durch die Sammlung personenbezogener Daten aus eigenen Diensten (WhatsApp, Instagram) und aus Drittquellen Netzwerkeffekte und *Lock-in*-Effekte zugunsten seines sozialen Netzwerkdienstes in einer Weise verstärkt, dass Wettbewerber behindert werden.⁶³ Die Nutzung geschäftsbezogener Daten zur Behinderung von Wettbewerbern ist Gegenstand eines noch laufenden Verfahrens der Europäischen Kommission gegen Amazon.⁶⁴

78. Darüber hinaus hat die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 Wettbewerbsrisiken thematisiert, die bestehen können, wenn beherrschende Plattformunternehmen die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten erschweren und damit den Wettbewerb behindern.⁶⁵ Ein solches Verhalten war auch Gegenstand eines Missbrauchsverfahrens der Europäischen Kommission gegen Microsoft.⁶⁶ In einem Expertenbericht des britischen Digital Competition Expert Panel ist es daneben auch als problematisch angesehen worden, wenn ein Unternehmen in „strategischer Marktstellung“ andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung informiert oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung erschwert.⁶⁷ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass Unternehmen ihnen zukommende Informationsvorteile auch ohne einen marktmachtbedingten Verhaltensspielraum ausnutzen

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 14. November 1996, C-333/94 P – Tetra Pak, Slg. 1996, I-5951, ECLI:EU:C:1996:436, Rz. 27-29.

⁵⁹ EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04 – Microsoft, Slg. 2007, II-3601, ECLI:EU:T:2007:289, Rz. 901, 920 ff., 1339.

⁶⁰ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping).

⁶¹ EU-Kommission, Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – Google Search (Shopping), Tz. 271 ff.

⁶² EU-Kommission, Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – Google Android.

⁶³ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook, Tz. 885 ff.; vgl. auch schon Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 310.

⁶⁴ EU-Kommission, Fall 40.462 – Amazon Marketplace; dazu EU-Kommission, Pressemitteilung vom 17. Juli 2019, IP/19/4291.

⁶⁵ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O., S. 54.

⁶⁶ EU-Kommission, Beschluss vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft; hierzu auch Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O.

⁶⁷ UK Digital Competition Expert Panel, a. a. O., Tz. 2.38 und S. 64.

können. Um Art. 102 AEUV in den genannten Fällen anzuwenden, wären deshalb zusätzlich immerhin marktmachtförderliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nachzuweisen.

79. Die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgeschlagene Regelung für Unternehmen mit „übertragender marktübergreifender Bedeutung“ für den Wettbewerb (§ 19a GWB-E) weicht demgegenüber in mehrerer Hinsicht von Art. 102 AEUV ab. Abgesehen davon, dass die Vorschrift keine beherrschende Stellung des betreffenden Plattformunternehmens voraussetzt, ist der Verbotstatbestand auf bestimmte Missbrauchsfallgruppen beschränkt. Die Beweislast für Rechtfertigungsgründe wird explizit den betroffenen Unternehmen zugewiesen. Das Verfahren ist zudem zweistufig ausgestaltet und auf ein behördliches Verbot ausgerichtet. Eine Verhängung von Geldbußen ist nach der Regelung ausgeschlossen.

80. Die vorgeschlagene Regelung stellt eine weitreichende Neuerung dar, die in dieser Form nicht auf die gutachterlichen Vorarbeiten zurückgeht und der auch keine öffentliche Diskussion vorangegangen ist.⁶⁸ Es bleibt abzuwarten, wie sich die Vorschrift in der Anwendungspraxis bewähren wird. Aus unionsrechtlicher Perspektive können die Erfahrungen mit ihr in zweierlei Hinsicht aufschlussreich sein: Dort, wo die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder einzelstaatliche Gerichte verpflichtet sind, parallel zum einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht auch Art. 102 AEUV anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003), wird sich zeigen, ob die Neuregelung die Missbrauchsaufsicht erleichtert oder behindert.⁶⁹ Dort, wo der Anwendungsbereich dieser Neuregelung über Art. 102 AEUV hinausgeht, wird sich zeigen, ob die Neuregelung geeignet ist, vorhandene und bisher gegebenenfalls unerkannte Regelungslücken auf Unionsebene effektiv zu verschließen. Die Monopolkommission hält es vor diesem Hintergrund für sinnvoll, auch insoweit zunächst praktische Erfahrungen zu sammeln, bevor eine entsprechende Ergänzung des europäischen Regelungswerks in Angriff genommen wird.

81. Mit Blick auf das Problem der „Ökosysteme“ sieht die Monopolkommission derzeit infolgedessen auch noch keine Basis dafür, eine der durch die Europäische Kommission vorgeschlagenen Optionen für ein neues Wettbewerbsinstrument zu befürworten, das ohne Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes gemäß Art. 102 AEUV anwendbar sein soll. Soweit die Optionen eine Intervention bei Marktbeherrschung vorsehen, ist noch unklar, weshalb auf die Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes verzichtet werden sollte. Soweit die Optionen eine Intervention bei einem strukturellen Mangel an Wettbewerb vorsehen, ist zumindest mit Blick auf Ökosysteme auch unklar, weshalb auf die Voraussetzung der Marktbeherrschung verzichtet werden sollte.⁷⁰

3.4 Plattformen als zentrale Infrastrukturen

82. Das Problem, dass sich die Marktstellung großer Plattformen nach einem Kippen des Marktes oder infolge der Ausbildung von Ökosystemen dauerhaft verfestigen kann, ist in mehreren Expertengutachten näher untersucht worden. Die Gutachter haben zwei Arten von Maßnahmen vorgeschlagen. Ein Ansatz für Maßnahmen war es, beherrschende Plattformunternehmen dazu zu verpflichten nachzuweisen, dass sie keinen Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV begehen (Abschn. 3.4.1.). Ein anderer Ansatz war es, beherrschende Online-Plattformunternehmen im Einzelnen festgelegten zusätzlichen Pflichten und einer verschärften Überwachung zu unterwerfen (Abschn. 3.4.2). Die Monopolkommission hält insbesondere den zweiten Ansatz für zielführend und macht hierzu ergänzende Vorschläge (Abschn. 3.4.3).

⁶⁸ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 3.

⁶⁹ Siehe Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1.

⁷⁰ Dabei ist zu betonen, dass sich die Monopolkommission hier allein zur Problematik eines strukturellen Mangels an Wettbewerb auf Märkten mit strukturell abgesicherten Monopolen äußert. Der Handlungsbedarf hinsichtlich der Problematik koordinierungsanfälliger Oligopolmärkte kann abweichend zu beurteilen sein, insbesondere soweit es um indirekte Horizontalverflechtungen (Common Ownership) geht; siehe hierzu zuletzt Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 413 ff. (insb. Tz. 535 ff.). Zur Problematik impliziter algorithmischer Kollusion siehe noch unten Abschn. 4.2.

3.4.1 Verschärfung missbrauchsrechtlicher Pflichten erfordert Änderung der EU-Verträge

83. Die Verfasser des Gutachtens „Competition Policy for the digital era“ haben aus der Möglichkeit beherrschender Online-Plattformunternehmen, als Regelssetzer zu agieren, eine Verantwortung jener Unternehmen dafür abgeleitet, dass die von ihnen gewählten Regeln den freien, unverzerrten und energischen Wettbewerb nicht ohne objektive Rechtfertigung behindern. Die von einer marktbeherrschenden Plattform bereitgestellten Regeln und Institutionen dürften nicht wettbewerbswidrig ausschließen oder diskriminieren. Eine marktbeherrschende Plattform, die einen Marktplatz einrichtet, müsse zudem für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf diesem Marktplatz sorgen und dürfe ihre regelsetzende Macht nicht dazu ausnutzen, das Ergebnis des Wettbewerbs zu bestimmen.⁷¹

84. Es käme nach diesen Überlegungen zu einer Beweislastumkehr: Das beherrschende Online-Plattformunternehmen würde im Fall eines Verdachts, dass es seine beherrschende Stellung gemäß Art. 102 AEUV missbraucht, mit dem Risiko belastet, dass die rechtliche Beurteilung seines Verhaltens unklar bleibt. Dieses Risiko würde abweichend von Art. 102 AEUV somit von den Behörden auf das Plattformunternehmen verlagert. Damit wäre zwar sichergestellt, dass potenziell missbräuchliche Verhaltensweisen in Missbrauchsverfahren nicht ungeahndet bleiben. Allerdings würden den Plattformunternehmen im Fall von Unklarheiten gegebenenfalls auch Verhaltensweisen verboten, die an sich nicht missbräuchlich sind. Die Umsetzung der Vorschläge dürfte eine Änderung der europäischen Verträge erfordern, da die Beweislastverteilung in Art. 102 AEUV selbst festgelegt ist.

3.4.2 Plattformverordnung mit missbrauchsunabhängigen ergänzenden Pflichten für beherrschende Plattformunternehmen mit Art. 102 AEUV vereinbar

85. Die Verfasser des Gutachtens „Competition Policy for the digital era“ auf Unionsebene und auch die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 in Deutschland haben Vorschläge gemacht, die das Verhalten von Online-Plattformunternehmen auf dauerhaft gekippten Märkten einer speziellen Regulierung unterwerfen. Nach diesen Vorschlägen sollte ein Verhalten, mit dem sich ein beherrschendes Plattformunternehmen entgegen den für die anderen Plattformnutzer geltenden Regeln selbst begünstigt und dadurch prima facie einen Wettbewerbsvorteil verschafft, vorbehaltlich einer sachlichen Rechtfertigung verboten sein. Dies solle ungeachtet etwaiger Auswirkungen des Verhaltens im Wettbewerb gelten. Das beherrschende Plattformunternehmen verstoße durch ein solches Verhalten gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs. Die grundsätzliche Eignung zur Wettbewerbsverzerrung könne in einem solchen Fall angenommen werden.⁷² Die Verfasser des Gutachtens „Competition Policy for the digital era“ halten es für denkbar, dass Abhilfemaßnahmen dort, wo die Selbstbegünstigung einem plattformzugehörigen Unternehmensteil durch die Verbesserung der Marktposition gegenüber den Wettbewerbern in erheblichen Umfang zugutekommt, möglicherweise ein (nicht näher spezifiziertes) restauratives Element enthalten müssten.⁷³ Außerdem sei ein über Art. 20 DSGVO (Verordnung 2016/679) hinausgehender Anspruch auf Echtzeitzugang zu all denjenigen Daten zu rechtfertigen, die für einen effektiven Wettbewerb auf angrenzenden Märkten erforderlich sind. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hat hervorgehoben, dass dies auch dann gelte, wenn die Voraussetzungen der im Rahmen von Art. 102 AEUV anerkannten *Essential-facilities*-Doktrin nicht erfüllt sind.⁷⁴

86. Die Vorschläge in der vorigen Textziffer 85 tragen dem Umstand Rechnung, dass Plattformunternehmen ihre beherrschende Stellung im Wesentlichen durch das dauerhafte Kippen von Märkten erlangen. Die Ausbildung von Ökosystemen kann dazu beitragen, Märkte umso effektiver gegen Wettbewerb abzuschirmen. Die Plattformunternehmen können in gekippten Märkten eine ähnlich unangreifbare Stellung gewinnen wie beispielsweise die Inhaber eines natürlichen Monopols in einer regulierten Netzindustrie (z. B. Bahn-/Postunternehmen). Das bedeutet, dass sie keinem Wettbewerbsdruck mehr ausgesetzt sind, der sie dazu zwingt, eine Selbstbegünstigung zu unter-

⁷¹ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 4, 62.

⁷² Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O., S. 54.

⁷³ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 67 f.

⁷⁴ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O., S. 54 f.

lassen oder die Interoperabilität ihrer Dienste und die Portabilität von Nutzerdaten zur Vereinfachung des Nutzerwechsels zu anderen Anbietern zu verbessern.

87. Den beschriebenen Vorschlägen ist insoweit gemeinsam, dass eine dauerhaft strukturell beeinträchtigte Marktstruktur ohne Aussicht auf Wettbewerbsvorstöße Dritter zum Anlass für besondere Regelungen genommen wird. Ähnliche Erwägungen finden sich übrigens in der (älteren) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutzziel des unverfälschten Wettbewerbs im Sinne der EU-Verträge. Ein solcher unverfälschter Wettbewerb kann nach der einschlägigen Rechtsprechung

*„nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist. [Damit wäre es nicht vereinbar,] einem Unternehmen [...] die Befugnis zu übertragen, nach Belieben zu bestimmen, welche [Dienste am Markt erbracht] werden können, und ihm damit einen eindeutigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern zu verschaffen“.*⁷⁵

Deshalb gelten besonders hohe Verhaltensanforderungen, wenn der auf den relevanten Märkten

*„erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb [so] wesentlich behindert, dass [...] nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“*⁷⁶

Dementsprechend kann es in der gegebenen Marktstruktur als missbräuchlich angesehen werden, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung

*„durch eine wesentliche, die Handlungsfreiheit des Verbrauchers auf dem Markt ernstlich gefährdende Änderung der Angebotsstruktur [...] praktisch [jeden] Wettbewerb [ausschaltet].“*⁷⁷

Behinderungsmisbräuche im vorgenannten Sinne werden auch als Marktstrukturmisbräuche bezeichnet.

88. Die im Gutachten „Competition Policy for the digital era“ in Betracht gezogenen restaurativen Maßnahmen dürften rechtlich häufig als „Entflechtungen“ einzuordnen sein. Solche Maßnahmen sollten wegen der damit verbundenen Grundrechtseingriffe grundsätzlich zurückhaltend eingesetzt werden und bedürfen einer genauen Regelung. Abhilfemaßnahmen im Falle eines Rechtsverstößes müssen in ihrem Umfang zudem danach bemessen sein, dass sie einerseits die Folgen des Verstößes auf möglichst wirksame Weise rückgängig machen, zugleich aber nicht über das erforderliche Maß hinausgehen (Verhältnismäßigkeit). Die Monopolkommission hat den Einsatz restaurativer Abhilfemaßnahmen in der Vergangenheit kritisch beurteilt, wenn Entflechtungen im Fall missbräuchlicher Verhaltensweisen ohne dauerhafte Auswirkungen auf die Marktstruktur eingesetzt wurden.⁷⁸ Anders kann die Situation allerdings bei Missbräuchen durch Online-Plattformunternehmen sein, die dazu führen, dass sich Konzentrationstendenzen im Markt auch nach Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens weiter verstärken können (z. B. Behinderung von Wettbewerbern darin, eigenständig positive Netzwerkeffekte zu erzielen).

89. Bei einer anhaltenden Konzentrationstendenz zugunsten einer Plattform kann insbesondere fraglich sein, ob Abhilfemaßnahmen mit Auflagen in Bezug auf einzelne Plattformseiten ausreichen, um dem Markt eine Regenerierung zu ermöglichen. Denn zur Wiederherstellung einer wettbewerblichen Marktstruktur müssten dem Plattformunternehmen die Vorteile, die es aus dem rechtswidrigen Verhalten gezogen hat, auf allen Plattformseiten in ihrer Gesamtheit wieder entzogen werden. Die kartellbehördliche Entscheidungspraxis ergibt hinsichtlich der Fra-

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1991, 18/88 – RTT/GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, ECLI:EU:C:1991:474, Rz. 25; ähnlich EuGH, Urteil vom 6. März 1974, 6 und 7/73 – Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents, Slg. 1974, S. 223, ECLI:EU:C:1974:18, Rz. 25.

⁷⁶ EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Europemballage Corporation und Continental Can Company, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26 a. E.

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, 6/72 – Europemballage Corporation und Continental Can Company, Slg. 1973, 215, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 29; ähnlich Urteil vom 3. Oktober 1985, 311/84 – CBEM/CLT und IPB, Slg. 1985, 3261, ECLI:EU:C:1985:394, Rz. 26 a. E.

⁷⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 54, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Baden-Baden 2008, Tz. 495 ff.

ge, ob die bisher angeordneten Abhilfemaßnahmen nach Wettbewerbsverstößen durch beherrschende Plattformunternehmen wirksam waren, insoweit ein gemischtes Bild. Beispielsweise erscheint im Fall *Google Android* fraglich, ob die angeordneten Abhilfemaßnahmen die Vorteile, die Google aus dem vorgeworfenen Missbrauch auf dem Markt für allgemeine Suchdienste ziehen konnte, neutralisieren konnten.⁷⁹ Die Wirksamkeit der Abhilfemaßnahmen, die im Fall *Google Shopping* in Bezug auf die Anzeige konkurrierender Angebote angeordnet wurden, ist bei den Marktteilnehmern umstritten geblieben.⁸⁰ Auch die möglichen Auswirkungen der im Facebookfall angeordneten „inneren Entflechtung“ durch Änderungen der Nutzungskonditionen für die privaten Nutzer sind bisher unklar. In diesem Fall galt allerdings zeitweise eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung des von Facebook eingelegten Rechtsmittels, weshalb die Entscheidung noch keine Auswirkungen im Markt haben konnte.⁸¹

3.4.3 Plattformverordnung als sinnvolle regulatorische Ergänzung

90. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass präventive Regelungen, die beherrschende Online-Plattformunternehmen im Fall einer strukturell beeinträchtigten Marktstruktur zusätzlichen Vorgaben unterwerfen, auf Art. 103 und Art. 352 AEUV gestützt werden könnten. Insoweit besteht eine Parallele zu den präventiven Regelungen der Fusionskontrolle, die aufgrund der zitierten Rechtsprechung zu Marktstrukturmissbräuchen schon früher erlassen worden sind.⁸² Die Monopolkommission schließt sich der Position der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 an, wonach eine spezielle Plattformverordnung für marktbeherrschende Online-Plattformen wünschenswert wäre.⁸³ Eine solche wettbewerbsschützende Plattformverordnung könnte die plattformbezogenen Regelungen ergänzen, welche die EU zum Schutz des Binnenmarktes bereits erlassen hat und die unter anderem die Transparenz und die Fairness für Unternehmen erhöhen sollen, die von Online-Plattformen abhängig geworden sind.⁸⁴ Die Monopolkommission begrüßt insoweit auch die Überlegungen der Europäischen Kommission, die bestehenden Regeln für Online-Plattformen um ein Gesetzgebungspaket betreffend digitale Dienstleistungen zu ergänzen.

91. In die Plattformverordnung könnte – entsprechend den bisherigen Überlegungen – ein Selbstbegünstigungsverbot für beherrschende Plattformunternehmen aufgenommen werden, da solche Verbote ein übliches Instrument zum Schutz von Alternativenbietern in strukturell geschwächten Märkten darstellen (auch in den regulierten Netzindustrien)⁸⁵. Darüber hinaus könnten verschärfte Interoperabilitäts- und Portabilitätsverpflichtungen für beherrschende Plattformunternehmen zu rechtfertigen sein. Die Monopolkommission war bereits in ihrem Sondergutachten 68 der Position der Europäischen Kommission gefolgt, dass technische Interoperabilität und die dadurch geschaffene offene Architektur des Internets Voraussetzungen dafür sind, dass Informations- und Kommunikationstechnologien uneingeschränkt genutzt werden können.⁸⁶ Ebenso hatte sie die wettbewerbliche Bedeutung von Datenportabilität hervorgehoben, um Wechselbarrieren bzw. *Lock-in*-Effekte zum Nachteil der Platt-

⁷⁹ Siehe in diesem Hauptgutachten Tz. 412.

⁸⁰ Siehe Lambert u. a., Schreiben vom 22. November 2018, RE: AT:39.740 – Google Search (Comparison Shopping); verfügbar auf MLex; siehe nun auch Gambrell, *Google's Top Search Results Spotlight a Narrowing of the Open Web*, Bloomberg Businessweek vom 23. Oktober 2019.

⁸¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. August 2019, Kart 1/19 (V) – Facebook. Die Anordnung wurde durch Rechtsmittelentscheidung des Bundesgerichtshofs erst kurz vor Übergabe dieses Hauptgutachtens aufgehoben und der Antrag darauf abgelehnt.; siehe BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020, KVR 69/19.

⁸² Aus Gründen der Harmonisierung stattdessen für Art. 114 AEUV: EU-Kommission, Digital Services Act package, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)2836174 – 02/06/2020, S. 3.

⁸³ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, a. a. O., S. 52 f.

⁸⁴ Siehe: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>, Abruf am 11. April 2020.

⁸⁵ Siehe z. B. §§ 8b, 10-12, 14, 20 Abs. 2, 23 Abs. 2, 36 Abs. 1, 44 Abs. 1 ERegG, § 19 Abs. 2 TKG, § 21 Abs. 1 und § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EnWG, § 20 Abs. 2 Nr. 1 PostG. Siehe zur parallelen Ausgestaltung der Verpflichtungen von Plattformunternehmen und Unternehmen in herkömmlichen Netzindustrien, etwa Réponse donnée par la vice-présidente exécutive Mme Vestager au nom de la Commission européenne, FRE-000595/2020, 31. März 2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000595-ASW_FR.pdf, Abruf am 6. April 2020.

⁸⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 282; siehe speziell in Bezug auf soziale Netzwerke auch Tz. 301 f., 311.

formnutzer zu verringern.⁸⁷ Diese Aspekte wurden nicht zuletzt auch vom Bundeskartellamt in seinem Verfahren gegen das Unternehmen Facebook berücksichtigt.⁸⁸

92. Im bestehenden Rechtsrahmen macht Art. 20 DSGVO bereits Vorgaben zur Ermöglichung einer Datenportabilität. Die Durchsetzbarkeit eines solchen Nutzerrechts kann in der Praxis dadurch beeinträchtigt sein, dass die Systeme, zwischen denen die Daten übertragen werden sollen, technisch nicht hinreichend aufeinander abgestimmt sind. Deshalb erscheint es nötig, vor der Einführung verschärfter Interoperabilitäts- und Portabilitätsverpflichtungen für beherrschende Plattformunternehmen zunächst zu prüfen, ob sich die schon bestehenden Vorgaben in der Praxis bewährt haben bzw. welche Defizite sich insofern gezeigt haben. Bei der Ausarbeitung des Gesetzgebungspakets betreffend digitale Dienstleistungen sollten die gewonnenen Erkenntnisse einfließen.

93. Die Plattformverordnung könnte – ähnlich den Überlegungen der Europäischen Kommission – des Weiteren genutzt werden, um restaurative Maßnahmen näher zu regeln. Anders als die Europäische Kommission vorgeschlagen hat, würde es sich aus Sicht der Monopolkommission allerdings anbieten, in der Verordnung die Abhilfemaßnahmen bei Missbräuchen beherrschender Plattformunternehmen mit dauerhaften Auswirkungen auf die Marktstruktur und die gegebenenfalls zu treffenden Maßnahmen bei Verstößen gegen die in der Plattformverordnung festgelegten zusätzlichen Pflichten zusammen zu regeln.⁸⁹ Der Unionsgesetzgeber könnte sich insoweit an den Regelungen orientieren, die bereits in der Fusionskontrollverordnung (Verordnung 139/2004) und deren Ausführungsbestimmungen vorgesehen sind. Denn die Fusionskontrollverordnung macht – dort für die Fälle unrechtmäßig vollzogener Zusammenschlüsse – gerade die Vorgabe, dass die mit einem Zusammenschluss verbundenen und unberechtigten Änderungen in der Marktstruktur „rückgängig [zu] machen oder andere Maßnahmen zur Wiederherstellung des früheren Zustands“ zu treffen sind.⁹⁰ Hinzu kommen Regelungen, wonach die beteiligten Unternehmen durch Verpflichtungsangebote vermeiden können, dass ein Zusammenschluss wegen zu erwartender nachteiliger Änderungen in der Marktstruktur untersagt wird. Auch die Vorgaben für die Ausgestaltung der betreffenden Verpflichtungsangebote könnten im vorliegenden Kontext herangezogen werden.⁹¹

94. Im Einzelnen wären somit insbesondere Regelungen darüber zu treffen, unter welchen Voraussetzungen eine Veräußerung von Teilbereichen des Geschäfts (auch z. B. in der Form eines erzwungenen Zugangs zu Algorithmen bzw. Daten) verhältnismäßig sein kann und welche Merkmale die betreffenden Teilbereiche dann aufweisen müssen (z. B. lebens- und wettbewerbsfähiges Geschäft, Zulässigkeit von Alternativen, Nichterwerbsklauseln). Ebenso wie in der Fusionskontrollverordnung könnte auch geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen Verpflichtungsangebote der verfahrensbetroffenen Unternehmen geeignet sind, um im Falle eines Missbrauchs eine Zusageentscheidung nach Art. 9 VO 1/2003 zu ermöglichen oder um die Beendigung eines Verfahrens wegen eines Verstoßes im Sinne der Plattformverordnung zu rechtfertigen.

95. Zuletzt dürfte es erforderlich sein, in die Plattformverordnungen Vorschriften zu den Zuständigkeiten und zum Verfahren aufzunehmen. Die Verfahrensvorschriften müssten insbesondere das Verhältnis von Verfahren wegen Verstößen gegen Pflichten nach der Plattformverordnung zu Verfahren nach Verordnung 1/2003 wegen Wettbewerbsverstößen im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV betreffen. Außerdem dürfte der Umstand, dass der Wettbewerbsdruck gegenüber beherrschenden Plattformen im Zweifel nicht ausreicht, um Verstößen gegen die Pflichten

⁸⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Tz. 79, 105 f., 215, 302, 310, 335, 498, 593.

⁸⁸ BKartA, Beschluss vom 6. Februar 2019, B6-22/16 – Facebook.

⁸⁹ Abhilfemaßnahmen bei Missbräuchen sollen nach den Überlegungen der Europäischen Kommission getrennt als Bestandteil des Neuen Wettbewerbsinstruments geregelt werden; siehe EU-Kommission, New Competition Tool, Inception Impact Assessment, a. a. O., S. 3.

⁹⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 4 VO 139/2004.

⁹¹ Vgl. hierzu Art. 6 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 VO 139/2004, Art. 20 f. Durchführungs-VO 802/2004; EU-Kommission, Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. C 267 vom 22. Oktober 2008, S. 1; Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation, 5. Dezember 2013.

nach der Plattformverordnung (Selbstbegünstigungsverbot, Interoperabilitäts- und Portabilitätsgebote) vorzubeugen, eine laufende Überwachung der Einhaltung der Pflichten erforderlich machen.

4 Lösungsansätze zu den informationsbezogenen Problemen

96. Im Gutachten „Competition Policy for the digital era“ werden Transparenzprobleme als Besonderheit der Plattformwirtschaft hervorgehoben.⁹² Derartige Probleme werden seit längerem sowohl im Verhältnis der Plattform zu Außenstehenden⁹³ als auch im Verhältnis von Händlern, die auf Online-Marktplätzen (z. B. Handels-/Buchungsportalen) tätig sind, zu den privaten Plattformnutzern diskutiert. Die Monopolkommission hatte sich in ihrem letzten Hauptgutachten in Hinblick auf das Verhältnis zwischen den Händlern und den Verbrauchern auf Online-Marktplätzen mit dem Risiko algorithmischer Kollusion befasst.⁹⁴ Hierzu haben im Nachgang auch das Bundeskartellamt und die französische Kartellbehörde eine eigene Studie veröffentlicht.⁹⁵ Die diskutierten Probleme betreffen jeweils weniger die Beurteilung des wettbewerblichen Verhaltens (materiell), sondern vor allem die Möglichkeiten, ein gegebenenfalls missbräuchliches Verhalten überhaupt zu identifizieren (prozedural).

4.1 Informationsgefälle zwischen Plattform und Behörden

97. Das Gutachten „Competition Policy for the digital era“ thematisiert Probleme im Verhältnis der Plattform zu Außenstehenden. Danach kann es ein Wettbewerbsproblem im Sinne von Art. 102 AEUV darstellen, wenn eine beherrschende Plattform suggeriert, Suchanfragen allein auf der Basis von Nutzerpräferenzen zu beantworten, während die angezeigten Ergebnisse in Wirklichkeit durch erhaltene Provisionen beeinflusst werden.⁹⁶ Ein Informationsvorteil des betreffenden Plattformunternehmens besteht aber auch in Verfahren zur Durchsetzung von Art. 102 AEUV gegenüber den Behörden. Denn auch für diese ist es nicht ohne Weiteres möglich nachzuvollziehen, wozu die Plattform die ihr verfügbaren Daten verwendet.⁹⁷

98. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Policy Brief Nr. 4 darauf verwiesen, dass die Kartellbehörden in Verwaltungsverfahren auf EU-Ebene und in Deutschland zwar über umfassende Auskunftsbefugnisse verfügen.⁹⁸ Allerdings werde der Einsatz dieser Befugnisse dadurch erschwert, dass sich die Marktverhältnisse im Digitalbereich schnell ändern und dass die Marktteilnehmer ihr Verhalten laufend an die sich ändernden Verhältnisse anpassen. Das mache es für die Behörden schwierig, bei der Sachverhaltsermittlung mit dem Verhalten der Plattformunternehmen und der anderen Marktteilnehmer Schritt zu halten (*moving target*). Es kann den Behörden folglich selbst dann, wenn sie von dem Plattformunternehmen alle aus ihrer Sicht für die Fallbeurteilung erforderlichen Daten erheben, schwerfallen, aus den Daten die für die rechtliche Bewertung erforderlichen Informationen abzuleiten. Das bedeutet, dass den Behörden unter Umständen auch Daten aus der Sphäre des betreffenden Plattformunternehmens verborgen bleiben, die für die rechtliche Bewertung wesentlich sind. Dieses Risiko dürfte insbesondere in Ausbeutungssituationen zum Nachteil von Plattformnutzern bestehen. Denn anders als bei einem Behinderungsmissbrauch, durch den Alternativangebote erschwert werden, lassen sich im Fall eines solchen Ausbeutungsmissbrauchs keine Wettbewerbswirkungen außerhalb der Plattform nachweisen.

⁹² Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 63 f.; dazu schon oben Tz. 59.

⁹³ Im weitesten Sinne, d. h. Behörden, kommerzielle Plattformnutzer (Anbieter von Produkten/Dienstleistungen, Werbetreibende) und nichtkommerzielle Plattformnutzer (insb. Verbraucher).

⁹⁴ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 164 ff.

⁹⁵ Autorité de la concurrence/BKartA, Working Paper - Algorithms and Competition, November 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5, Abruf am 21. April 2020.

⁹⁶ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 64.

⁹⁷ Monopolkommission, Policy Brief 4, a. a. O., S. 5.

⁹⁸ Siehe Art. 18 VO 1/2003 bzw. § 59 GWB.

99. Die Überlegungen, die sich in den Dokumenten der Europäischen Kommission zum Gesetzgebungspaket betreffend digitale Dienstleistungen in Bezug auf Befugnisse zu zielgerichteten Informationssammlungen (*targeted collection of information*) gegenüber großen Plattformunternehmen (*gatekeepers*) finden, erscheinen mit Blick auf die Durchsetzung der Verordnung 2019/1150 und die mögliche Einführung einer weitergehenden Plattformregulierung sinnvoll. Soweit die Informationssammlung bei einem Verdacht auf Wettbewerbsprobleme stattfinden würde, reicht eine Erweiterung der Behördenbefugnisse aus Sicht der Monopolkommission allerdings nicht weit genug. Denn zu Zwecken des Wettbewerbsschutzes haben die Behörden, wie zuvor ausgeführt, bereits umfassende Auskunftsbefugnisse.⁹⁹ Es ist nicht ihre Reichweite, die Schwierigkeiten aufwirft, sondern ihr Einsatz.

100. Die Monopolkommission hat in dem Policy Brief insoweit allerdings einen eigenen Lösungsansatz aufgezeigt. Dieser lässt sich anhand des Beispiels des Ausbeutungsmisbrauchs eines beherrschenden Plattformunternehmens mit datenbasiertem Geschäftsmodell nach Art. 102 AEUV näher erläutern und illustrieren.

101. Bei der Prüfung eines solchen Ausbeutungsmisbrauchs ist der Ausgangspunkt in der europäischen Rechtsprechung zu Preisüberhöhungen zu suchen. Nach dieser Rechtsprechung kann ein Ausbeutungsmisbrauch

*„in der Anwendung eines überhöhten Preises bestehen, der in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht. Diese Unverhältnismäßigkeit könnte unter anderem objektiv festgestellt werden, wenn sie durch einen Vergleich des Verkaufspreises des fraglichen Erzeugnisses mit den Herstellungskosten messbar wäre; [woraus] sich ergeben würde, wie groß die Gewinnspanne ist [...]. Bei diesem Vergleich wäre zu ermitteln, ob ein übertriebenes Missverhältnis zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten und dem tatsächlich verlangten Preis besteht, und bejahendenfalls zu prüfen, ob ein Preis erzwungen wurde, der, sei es absolut, sei es im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten, unangemessen ist. Es sind [aber] noch andere Methoden zur Bestimmung der Kriterien für den angemessenen Preis eines Erzeugnisses denkbar“.*¹⁰⁰

Zusammenfassend ist somit ein Vergleich der Kosten der Leistungserstellung mit der vom Kunden erbrachten Gegenleistung vorzunehmen.¹⁰¹ Die rechtliche Bewertung eines etwaigen Missverhältnisses kann entweder absolut oder relativ, z. B. nach Maßgabe eines Vergleichs mit den Preisen auf anderen Märkten, erfolgen.

102. Dieser Test ist grundsätzlich auch auf die datenbasierten Geschäftsmodelle großer Online-Plattformunternehmen übertragbar.¹⁰² In Bezug auf solche Geschäftsmodelle wäre also zu ermitteln, ob das betreffende Unternehmen mehr Daten von den Nutzern erhoben hat, als für die Erbringung seines konkreten Leistungsangebots gegenüber den jeweiligen Nutzern erforderlich ist.¹⁰³ Dabei ist fraglich, ob es genügt, dass Nutzer eine weniger weitreichende Datensammlung wünschen, sofern hierdurch auch nur ein weniger leistungsfähiges Angebot möglich wäre. Denn bei der Prüfung eines unionsrechtlichen Ausbeutungsmisbrauchs lassen sich dem konkreten Angebot des beherrschenden Plattformunternehmens keine ungleichwertigen Angebote unter Wettbewerbsbedingungen gegenüberstellen.¹⁰⁴ Davon abgesehen könnte ein *prima facie* zu bejahender Missbrauch durch überwiegende Vorteile für die betroffenen Verbraucher ausgeschlossen werden.¹⁰⁵

⁹⁹ Das gilt sogar, soweit die wettbewerblichen Bedenken sich auf einen ganzen Sektor und nicht lediglich auf Verhaltensweisen einzelner Unternehmen beziehen; vgl. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 und 2 VO 1/2003.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, S. 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 248/257; Urteil vom 11. Dezember 2008, C-52/07 – Kanal 5 und TV 4, Slg. 2008, I-9275, ECLI:EU:C:2008:703, Rz. 28.

¹⁰¹ Vgl. Urteil vom 11. Dezember 2008, C-52/07 – Kanal 5 und TV 4, Slg. 2008, I-9275, ECLI:EU:C:2008:703, Rz. 31 („angemessenes Gleichgewicht“).

¹⁰² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. August 2019, Kart 1/19 (V) – Facebook, Rz. 57, 59 (dort im Kontext der Kausalitätsfrage).

¹⁰³ Siehe hierzu z. B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. August 2019, Kart 1/19 (V) – Facebook, Rz. 29 ff., insb. Tz. 32 f.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu auf Basis des deutschen Rechts BGH, Pressemitteilung Nr. 80/2020 zu BGH, Beschluss vom 23. Juni 2020, KVR 69/19, wo darauf hingewiesen wird, dass „erhebliche Teile der privaten Facebook-Nutzer [nach den Feststellungen des Bundeskartellamts] einen geringeren Umfang der Preisgabe persönlicher Daten wünschen. Bei funktionierendem Wettbewerb auf dem Markt sozialer Netzwerke wäre ein entsprechendes Angebot zu erwarten.“

¹⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 40 f.; EU-Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinde-

103. Art. 102 AEUV weist jedenfalls auch in Fällen des Ausbeutungsmisbrauchs die Beweislast in vollem Umfang der Behörde zu. Diese trägt das Risiko bezüglich Unklarheiten in der rechtlichen Bewertung selbst dann, wenn dazu Tatsachen aus der Sphäre des betroffenen Unternehmens zu ermitteln sind, die dieses von sich aus nicht offenlegt und eventuell auch nur mit großem Aufwand oder gar nicht offenlegen kann. Der Umstand, dass die Behörde im Fall rechtlicher Unklarheiten die Beweislast trägt, bedeutet aber nicht, dass die Behörde relevante Tatsachen ermitteln muss, selbst wenn ihr dies unmöglich ist. Denn zwischen der materiellen Beweislast und dem Umfang der verfahrensrechtlich geregelten Ermittlungspflichten ist zu trennen. Was die Ermittlungspflichten betrifft, so ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gerade in Fällen des Ausbeutungsmisbrauchs nicht ausgeschlossen, dass zugunsten der Kartellbehörde bei einer gerichtlichen Überprüfung

*„nicht unerheblich[e] und gelegentlich sehr groß[e] Schwierigkeiten bei der Feststellung [relevanter Tatsachen] in Rechnung“ zu stellen sind.*¹⁰⁶

Hierbei handelt es sich um praktische Schwierigkeiten, wie sie die behördlichen Ermittlungen gerade im Digitalbereich erschweren können. So kann für die Behörden wegen der großen Informationsasymmetrien in diesem Bereich unklar sein, welche Informationen das Unternehmen auf ein Auskunftersuchen liefern kann und ob gelieferte Informationen vollständig sind. Dadurch kann auch eine Anwendung von Zwangsmitteln erschwert werden. Denn diese setzt eine eigene Beurteilung der Behörde dazu voraus, ob die vom verfahrensbetroffenen Unternehmen erteilten Auskünfte genau und vollständig sind.¹⁰⁷

104. Die europäische Rechtsprechung hat auf Basis der Unionsgrundrechte und der Europäischen Menschenrechtskonvention als weiteren verfahrensrechtlichen Grundsatz herausgearbeitet, dass die behördliche Ermittlungspflicht hinsichtlich belastender Tatsachen beschränkt ist. Das betroffene Unternehmen darf somit die Offenlegung der betreffenden Tatsachen verweigern. Die Behörde darf dann keine Zwangsmittel anwenden, um ihrer grundsätzlichen verfahrensrechtlichen Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsuntersuchung (sog. Amtsermittlungsbzw. Untersuchungsgrundsatz) zu genügen. Die angesprochene Beschränkung betrifft hinsichtlich belastender Tatsachen aber nur die Ermittlungen der Behörde zum Verstoß als solchen und die korrespondierende Pflicht des Unternehmens, einen Verstoß unmittelbar einzugestehen (Selbstbelastungsverbot). Dagegen kann (und muss) die Behörde im Übrigen weiter alle tatsachenbezogenen Beweismittel ermitteln. Das Unternehmen darf die Herausgabe solcher Beweismittel im Gegenzug nicht verweigern. Dies gilt selbst dann, wenn die Beweismittel dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen.¹⁰⁸ Das Unternehmen dürfte auf behördlicher Anordnung somit auch verpflichtet sein, Beweismittel zur Kosten- und Preiskalkulation und – im Fall datenbasierter Geschäftsmodelle – zu den von ihm erhobenen Daten offenzulegen.

105. Auf der anderen Seite ist das Unternehmen im Eigeninteresse seinerseits verpflichtet, zu Rechtfertigungsgründen vorzutragen. Ein fehlender Vortrag kann insoweit zulasten des Unternehmens gewertet werden. Diesbezüglich muss die Behörde keine eigenen Ermittlungen anstellen.¹⁰⁹

106. Eine Zumutbarkeitsgrenze hinsichtlich der Ermittlungslast der Behörde dürfte dann erreicht sein, wenn es um Tatsachen geht, welche die Behörde nicht von sich aus ermitteln kann und an deren Vortrag das betroffene Unternehmen ebenfalls kein Interesse hat. Der Europäische Gerichtshof hat sich – abgesehen von der in Tz. 103 zitierten

rungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Tz. 28 ff. Siehe zum Ganzen auch schon Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 661 ff., insb. Tz. 665 ff.

¹⁰⁶ Monopolkommission, Policy Brief Nr. 4, a. a. O., S. 5 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:2227/76, Rz. 248/257.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. d VO 1/2003.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 8. Oktober 1989, 374/87 – Orkem, Slg. 1989, 3283, ECLI:EU:C:1989:387, Rz. 28 ff., insb. Rz. 34 f.; Urteil vom 25. Januar 2007, C-407/04 P – Dalmine, Slg. 2007, I-829, ECLI:EU:C:2007:53, Rz. 34; siehe auch Erwägungsgrund 23 der VO 1/2003.

¹⁰⁹ Art. 2 VO 1/2003; EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 40-42.

Aussage – zu dieser Kategorie noch nicht geäußert. Er hat allerdings zu erkennen gegeben, dass sich im Rahmen der rechtlichen Bewertung nach Art. 102 AEUV die Anforderungen daran, in welchem Umfang ein Beweismittel aussagekräftig sein muss, damit ein Beweis als erbracht gilt (Beweismaß), abhängig von der Plausibilität der jeweiligen Tatsachenannahmen reduzieren können. So können etwa bei preisbezogenen Missbräuchen die mit der Leistungserbringung zusammenhängenden Kosten gegebenenfalls geschätzt werden.¹¹⁰ Daneben können auch durch die Rechtsprechung bestätigte Erfahrungssätze die Beweisanforderungen vermindern.¹¹¹

107. Das bedeutet, dass Art. 102 AEUV über das hinaus, was die Behörden oder die betroffenen Unternehmen mit zumutbaren Anstrengungen erfüllen können, keine Beweisanforderungen stellt. Davon abgesehen lässt sich zwar aus der in Tz. 104 zitierten Rechtsprechung zum Selbstbelastungsverbot ableiten, dass auch der verfahrensrechtliche Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz unmittelbar im EU-Primärrecht verankert ist. Allerdings lässt sich auch aus diesem Grundsatz keine Pflicht zu Sachverhaltsermittlungen über das hinaus ableiten, was die Behörden mit zumutbaren Anstrengungen leisten können.

108. Damit besteht nach dem Unionsrecht ein Freiraum für ergänzende verfahrensrechtliche Regelungen zu Daten aus der Sphäre des verfahrensbetroffenen Plattformunternehmens. Dieser Freiraum wird schon im geltenden Recht genutzt, soweit es um Mitwirkungspflichten bei durch die Europäische Kommission initiierten Ermittlungsmaßnahmen geht (z. B. Auskunftsersuchen). Dagegen gibt es bislang keine Mitwirkungspflichten in dem Sinne, dass ein Unternehmen die Ermittlungen auch von sich aus unterstützen muss, wenn anderenfalls im Verfahren für das Unternehmen nachteilige Schlüsse gezogen werden können. Zu solchen Pflichten gibt es deshalb auch keine europäische Rechtsprechung. Der Europäische Gerichtshof hat zwar entschieden, dass eine Ausübung von Zwang unzulässig sein kann, um belastende Informationen zu erlangen. Dies gilt jedenfalls, sofern dadurch geschützte Rechte tatsächlich beeinträchtigt werden.¹¹² Allerdings wertet der Gerichtshof den Umstand, dass ein Unternehmen aufgrund freier Entscheidung durch Kooperation eine nachteiligere Entscheidung vermeiden kann, noch nicht als Ausübung von Zwang.¹¹³ Für die Vereinbarkeit mit dem vom Gerichtshof anerkannten Selbstbelastungsverbot spricht im vorliegenden Zusammenhang außerdem, dass sich die betreffende Mitwirkung auf die – grundsätzlich erzwingbare – Beschaffung von Beweisen und nicht auf das Eingeständnis eines Verstoßes beziehen würde.

109. Das deutsche Recht kennt ein Selbstbelastungsverbot, das grundsätzlich strenger als das Verbot im Unionsrecht ist, weil es sich nicht lediglich auf das Eingeständnis eines Verstoßes bezieht (sog. *Nemo-tenetur*-Grundsatz; Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG).¹¹⁴ Die Monopolkommission hat in ihrem Policy Brief Nr. 4 darauf hingewiesen, dass im deutschen Kartellverfahrensrecht das beherrschende Unternehmen in Fällen eines Ausbeutungsmissbrauchs nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber trotzdem verpflichtet ist,

„der Kartellbehörde die Daten aus seinem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann [...]. Verweigert das Unternehmen eine derartige Mitwirkung, kann die Kartellbehörde daraus im Rahmen der freien Beweiswürdigung Schlüsse ziehen [...]. Im Einzelfall kann sie dabei zu dem Ergebnis kommen, dass eine bestimmte Tatsache wegen der verweigerten Mitwirkung des Unternehmens als bewiesen anzusehen ist.“¹¹⁵

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 29 ff., insb. Rz. 31-35; siehe dazu auch Kramler, Advanced EU Competition Law Conference, Brüssel, 25. November 2019; wie zitiert in: Big tech companies might be facing tougher competition law regulations, Gorissen Federspiel vom 28. November 2019; <https://gorissenfederspiel.com/viden/nyheder/big-tech-companies-might-be-facing-tougher-competition-law-regulations>, Abruf am 27. April 2020; Banasevic, ABA Virtual Spring Meeting, 17. April-1. Mai 2020, wie zitiert in: Acton: Standard of proving tech abuses should be “practical, reasonable,” EU official says, MLex vom 23. April 2019.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 15. März 2007, C-95/04 P – British Airways, Slg. 2007, I-2331, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 73, 75.

¹¹² EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2002, C-238/99 P u. a. – Limburgse Vinyl Maatschappij, Slg. 2002, I-8375, ECLI:EU:C:2002:582, Rz. 274 f.; EuGH, Urteil vom 12. Januar 2017, C-411/15 P – Timab Industries und CFPR, ECLI:EU:C:2017:11, Rz. 86.

¹¹³ EuGH, Urteil vom 12. Januar 2017, C-411/15 P – Timab Industries und CFPR, ECLI:EU:C:2017:11, Rz. 87.

¹¹⁴ Monopolkommission, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Sondergutachten 72, Baden-Baden 2015, Tz. 21.

¹¹⁵ BGH, Beschluss vom 14. Juli 2015, KVR 77/13 – Wasserpreise Calw II, Rz. 30.

In dem konkreten Fall ging es um die Beschaffung der für die Überprüfung der Preisbildungsfaktoren erforderlichen Daten, die Aufschluss über eine Preisüberhöhung nach nationalem Missbrauchsrecht (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) geben konnten. Die Rechtsprechung adressiert insoweit ebenfalls eine Zumutbarkeitsgrenze.

110. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könnte auch auf EU-Ebene für eine Ausgestaltung der Verfahrensregeln zur Ermittlung der nach Art. 102 AEUV zu würdigenden Tatsachen genutzt werden. Die Rechtsprechung bezieht sich allein auf die Anforderungen an die Tatsachenermittlung, wenn die Behörde hierbei im Fall einer grundsätzlich plausiblen Schadenstheorie nicht mehr zumutbare Hürden überwinden muss. Dagegen ändert sie nicht die Beweislast im Rahmen der missbrauchsrechtlichen Bewertung. Der Bundesgerichtshof hat im konkreten Fall vielmehr ausdrücklich darauf verwiesen, dass es im Rahmen der kostenbasierten Ermittlung eines Preismissbrauchs nach der relevanten nationalen Vorschrift bei dem Grundsatz bleibe, dass

„die Behörde die (materielle) Beweislast für den Missbrauch trägt [...] und nur in diesem Rahmen die unzureichende Mitwirkung des Unternehmens würdigen kann.“

Davon abgesehen ist auch kein Konflikt mit dem unionsrechtlichen Selbstbelastungsverbot zu erkennen. Denn das betroffene Unternehmen wird lediglich verpflichtet, über etwaige Auskunftersuchen hinaus von sich aus Daten offenzulegen, welche die Behörde mit zumutbarem Aufwand nicht ermitteln kann. Die Pflicht besteht zudem nur, um Schlussfolgerungen zu Tatsachen zu vermeiden, die sich für das Unternehmen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung nachteilig auswirken könnten. Demgegenüber behält das Unternehmen die Freiheit, wie es sich verhält (nach deutschem Recht handelt es sich also streng genommen um eine bloße „Obliegenheit“). Des Weiteren ist das Unternehmen auch nicht verpflichtet, einen Verstoß unmittelbar einzugestehen.

111. Die hier vorgeschlagene Orientierung an der deutschen Rechtsprechung kommt im Ergebnis Überlegungen nahe, die auf Ebene der Europäischen Kommission einige Zeit vor den aktuellen Konsultationen zur Plattformgesetzgebung mit Blick auf Verfahrensvereinfachungen unter Verzicht auf eine Beweislastumkehr angestellt worden waren.¹¹⁶ Ob sie den erhofften Mehrwert bieten könnte, würde davon abhängen, wie sie sich in der Praxis bewährt. Die Regelung würde den Behörden nur zugutekommen, nachdem diese alle ihnen „zumutbaren“ Ermittlungsanstrengungen unternommen haben. Infolgedessen ist denkbar, dass verfahrensbetroffene Unternehmen das Verfahren zunächst durch Lieferung unklarer oder unvollständiger Informationen verzögern und sich anschließend damit verteidigen, dass der Behörde genauere bzw. weitere Auskunftersuchen zuzumuten gewesen wären. In Bezug auf derartige Einwände zur Praktikabilität ist allerdings zu berücksichtigen, dass der hier gemachte Vorschlag die umfassende Ermittlungslast der Behörden an sich nicht verändern würde. Er gäbe den Behörden lediglich eine Möglichkeit zu begründen, weshalb sie trotz Ermittlungsschwierigkeiten im Rahmen ihrer Beweisführung bestimmte Schlussfolgerungen ziehen können. Insofern dient der Vorschlag dazu, die Möglichkeiten der Behörden ohne Schädigung der legitimen Verfahrensinteressen der betroffenen Unternehmen zu erweitern. Dass Unternehmen gezielt Verzögerungstaktiken einsetzen können, ist ein getrenntes Problem. Allenfalls wäre aufseiten der Gerichte im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens zu überlegen, ob die Zumutbarkeitsgrenze zugunsten der Behörden zu verschieben ist, wenn Unternehmen gezielt das Verfahren verzögern.

112. Die im Gutachten „Competition Policy for the digital era“ vorgeschlagene Beweislastumkehr ließe sich zwar ebenfalls als ein Mittel ansehen, um die Schwierigkeiten der Behörden mit Blick auf Daten in der Sphäre des verfahrensbetroffenen Plattformunternehmens zu vermindern. Dieser Vorschlag dürfte allerdings zu weit gehen. Denn eine Beweislastumkehr würde erstens eine Änderung von Art. 102 AEUV erfordern. Zweitens wirken sich die Informationsvorteile, die das Plattformunternehmen in Bezug auf Daten in seiner eigenen Sphäre hat, nur bei der

¹¹⁶ Siehe Villajero, Antitrust in times of upheaval, Rede am 10. Dezember 2019, S. 5; https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2019_13_en.pdf, Abruf am 5. April 2020: Die Nachweisvoraussetzungen für die Behörden sollten abgesenkt werden, z. B. durch Einführung widerlegbarer Vermutungen für einen Verstoß; Kramler und Banasevic, wie zitiert in Fn. 110 (dort allerdings zu den Beweismaßanforderungen). In eine ähnliche Richtung wie der hier gemachte Vorschlag mag auch das im internationalen Kontext bekannte „Proximity of the evidence-Prinzip“ gehen, das der Leiter des Wettbewerbsteams im Juristischen Dienst der Europäischen Kommission, Christoforou, in seinem Beitrag zur CRI-Konferenz am 10. Dezember 2019, Antitrust in times of upheaval, ins Gespräch gebracht hat (nicht online abrufbar).

Ermittlung der Tatsachen und nicht bei deren rechtlicher Bewertung aus. Der Vorschlag der Monopolkommission ist demgegenüber stärker an den sich im Verfahren stellenden Schwierigkeiten ausgerichtet.

113. Die hier von der Monopolkommission vorgeschlagene Regelung würde sich im Rahmen der Digitalwirtschaft primär bei datenbezogenen Missbräuchen auswirken, bei denen die Informationsvorteile der beherrschenden Plattformunternehmen gegenüber Außenstehenden besonders groß sein können. Die Regelung könnte dort aber fallentscheidend sein. Denn in dem in den Tz. 101-102 dargestellten Beispielszenario müssten die offenzulegenden Informationen aus der Sphäre des verfahrensbetroffenen Unternehmens darüber Aufschluss geben, ob das betreffende Unternehmen mehr Daten von den Nutzern erhoben hat, als für die Erbringung seines Leistungsangebots gegenüber den jeweiligen Nutzern erforderlich ist. Denn bezüglich genau dieser Information verfügt das Unternehmen über einen Informationsvorteil, den die Behörde nicht mit zumutbarem Aufwand ausgleichen kann. Insofern bestünde dann eine Parallele zur Ermittlung der mit der Leistungserbringung zusammenhängenden Kosten in herkömmlichen Fällen eines preisbezogenen Ausbeutungsmisbrauchs.

114. Die hier vorgeschlagene Regelung könnte grundsätzlich entweder als allgemeine Regelung an Art. 2 oder Art. 18 Abs. 1 VO 1/2003 angefügt oder beschränkt auf Plattformunternehmen in die von der Monopolkommission befürwortete Plattformverordnung aufgenommen werden. Aus Sicht der Monopolkommission ist eine Regelung in einer Plattformverordnung zumindest zunächst vorzugswürdig, da der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelung außerhalb von Missbräuchen durch beherrschende Plattformunternehmen mit datenbasiertem Geschäftsmodell derzeit nicht abschätzbar ist und mit einer Regelung mit beschränktem Anwendungsbereich getestet werden könnte, wie sie sich in der Praxis bewährt. Die Monopolkommission empfiehlt entsprechend dem in ihrem Policy Brief Nr. 4 gemachten Formulierungsvorschlag, die Neuregelung wie folgt zu fassen:

„Die Unternehmen haben der Kommission innerhalb der in einem Auskunftsverlangen gesetzten Frist auch solche Informationen aus ihrem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Kommission nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann. Bei Versäumung der Frist kann die Kommission daraus im Rahmen der freien Beweiswürdigung Schlüsse ziehen und nach Lage der Sache ohne Berücksichtigung der nicht beigebrachten Informationen entscheiden.“

4.2 Informationsprobleme zum Nachteil der Verbraucher auf Online-Marktplätzen

115. In den letzten Jahren wurde viel darüber diskutiert, ob Algorithmen zu Wettbewerbsproblemen beitragen können. Die Diskussion dreht sich im Wesentlichen um zwei Themen: erstens um algorithmische Kollusion und zweitens um die Verwendung von Algorithmen zur Preisdiskriminierung. Eine hierbei in der Regel nur am Rande adressierte Frage war, ob ein Zusammenhang zwischen der Rolle von Online-Plattformunternehmen und dem potenziellen Risiko von Wettbewerbsproblemen im Zusammenhang mit der Nutzung von Algorithmen besteht. Die Verfasser des Gutachtens „Competition Policy for the digital era“ haben sich dafür ausgesprochen, eine marktbeherrschende Plattform, die einen Marktplatz einrichtet, zu verpflichten, für gleiche Wettbewerbsbedingungen auf diesem Marktplatz zu sorgen und ihre regelsetzende Macht nicht dazu auszunutzen, das Ergebnis des Wettbewerbs zu bestimmen.¹¹⁷ Sie sehen also ein Risiko, dass Plattformunternehmen aktiv in den Wettbewerb auf der Plattform eingreifen und diesen verfälschen.¹¹⁸

116. Eine weitergehende Frage ist, ob Plattformen im Onlinebereich – und speziell Online-Marktplätze – aufgrund ihrer in dem Gutachten herausgearbeiteten Eigenschaft als Regelsetzer die Marktstruktur in einer Weise beeinflussen können, dass algorithmische Kollusion oder Preisdiskriminierung wahrscheinlicher wird. Hierfür könnte sprechen, dass die von den Online-Marktplätzen für ihre Nutzer gesetzten Regeln die Markttransparenz erhöhen. Außerdem erhöht sich die Markttransparenz mit zunehmender Konzentration, soweit sich zugunsten eines Online-Marktplatzes Netzwerkeffekte und infolgedessen Konzentrationstendenzen entwickeln.

¹¹⁷ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, a. a. O., S. 63.

¹¹⁸ Siehe hierzu auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 258 ff.

117. Dabei dürften die Händler auf dem Online-Marktplatz in einer besseren Position sein als die Verbraucher, um von dieser verbesserten Markttransparenz zu profitieren. Dies liegt daran, dass die Händler mehr Geld in ihre Algorithmen investieren können.¹¹⁹ Außerdem können die Händler die ihnen verfügbaren Daten dazu nutzen, die Verbraucher kontextspezifischer und individueller anzusprechen. Durch eine solche Ansprache können die Händler allerdings auch herausfinden, welche Gruppen von Verbrauchern wahrscheinlich weniger schnell zu attraktiveren Angeboten wechseln als andere. Wenn die Verbraucher nicht schnell zu Wettbewerbern wechseln, kann somit Preisdifferenzierung eingesetzt werden, um die Kunden dazu zu bringen, mehr zu bezahlen, als wenn es etwa nur Stückpreise gäbe. Wenn die Händler in der Lage sind, eine solche Preisdiskriminierung zwischen Kundengruppen vorzunehmen, kann dies jedoch darauf hindeuten, dass sich der Markt immer stärker fragmentiert und dementsprechend engere relevante Teilmärkte abzugrenzen sind.¹²⁰

118. In derart eng abzugrenzenden Märkten können günstigere strukturelle Bedingungen für eine preisbezogene Koordination bestehen als in größeren und weniger fragmentierten Märkten. Denn es erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass es relativ einfach ist, ein Einvernehmen über die Bedingungen der Koordinierung zu erzielen, die Einhaltung der Koordinierungsmodalitäten zu überwachen und Abweichungen von den koordinierten Preisen durch Vergeltungsmaßnahmen (z. B. kurzzeitig eingesetzte Kampfpreise) zu sanktionieren.¹²¹ Ein nachhaltiger Erfolg der Koordinierung würde dann immer noch davon abhängen, ob die Reaktionen von Außenstehenden wie z. B. derzeitige und zukünftige Wettbewerber, die an der Koordinierung nicht teilnehmen, sowie der Kunden die mit der Koordinierung erwarteten Ergebnisse gefährden.¹²² Wenn den Händlern auf dem Online-Marktplatz eine Preisdifferenzierung zwischen Kundengruppen gegebenenfalls über längere Zeit möglich ist, würde dies aber dagegen sprechen, dass Außenstehende der Koordinierung etwas entgegensetzen können.

119. Wenn die Marktbedingungen als solche koordinationsförderlich sind, würde sich die Notwendigkeit expliziter Absprachen, um eine Koordination zu erreichen, vermindern. Der Einsatz von Preisalgorithmen auf Händlerseite könnte diese Notwendigkeit zusätzlich reduzieren. Es wäre also zu erwarten, dass es auf den betroffenen Märkten häufiger zu impliziter Kollusion als ohne den Einsatz von Preisalgorithmen kommen würde.¹²³ Die Europäische Kommission hat diesen Aspekt in den Dokumenten für ihre Konsultation zu einem neuen Wettbewerbsinstrument, wenn auch ohne nähere Erörterungen, aufgegriffen.¹²⁴

120. Die Monopolkommission hält es in Anbetracht der vorstehenden Erwägungen für wünschenswert, dass die Europäische Kommission bei der ins Auge gefassten Überarbeitung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft die Bedeutung von Online-Marktplätzen und den darauf bestehenden Möglichkeiten zur Preisdifferenzierung mitberücksichtigt. Die Abgrenzung des relevanten Marktes hat Auswirkungen darauf, in welchem Umfang eine (gemeinsame) beherrschende Stellung von Online-Händlern angenommen werden kann. Dies ist zwar nicht relevant, soweit es um die Verfolgung expliziter Koordinierungen im Sinne von Art. 101 AEUV geht. Bei einer engen Abgrenzung dürfte allerdings häufiger Marktbeherrschung festzustellen sein. Dann sind die aus Art. 102 AEUV folgenden Beschränkungen für implizite Preiskoordinierungen häufiger anwendbar, als wenn die Märkte weit abgegrenzt werden. Die Bedeutung von Online-Marktplätzen für die Marktabgrenzung wird in der Bekanntmachung bisher jedoch nicht im Einzelnen angespro-

¹¹⁹ Vgl. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 196.

¹²⁰ Siehe schon Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 219.

¹²¹ Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 41 (zu koordinierten Zusammenschlusswirkungen).

¹²² EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 41.

¹²³ Ebenso schon Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 199.

¹²⁴ EU-Kommission, New Competition Tool, Inception Impact Assessment, a. a. O., S. 2 ("oligopolistic market structures with an increased risk for tacit collusion including markets featuring increased transparency due to algorithm-based technological solutions").

chen. Die Bedeutung der Möglichkeiten zur Preisdifferenzierung wird in der Bekanntmachung zwar erwähnt, aber in weitaus geringerem Umfang als beispielsweise in den U.S. Horizontal Merger Guidelines behandelt.¹²⁵

121. Dagegen ist die Monopolkommission zurückhaltend hinsichtlich der Überlegungen der Europäischen Kommission zu einer Interventionsbefugnis, die unabhängig von einer beherrschenden Stellung zur Verfügung stehen soll, wenn ein struktureller Mangel an Wettbewerb auf koordinierungsanfälligen Oligopolmärkten besteht. Nach den einschlägigen Leitlinien kann es gerade in Märkten mit einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung dazu kommen, dass wirksamer Wettbewerb erheblich behindert wird, weil die Unternehmen in der Lage sind, ihr Verhalten zu koordinieren (implizite Kollusion).¹²⁶ Davon abgesehen liegt ein Wettbewerbsproblem auch bei oligopolistischer Koordination nicht schlechthin vor, sondern lediglich im Fall einer Ausbeutung der Verbraucher durch unangemessen überhöhte Preise.¹²⁷ Derartige Fälle lassen sich bereits über Art. 102 AEUV erfassen.

122. Die Monopolkommission hat des Weiteren bereits im XXII. Hauptgutachten darauf hingewiesen, dass es für Verbraucher, die durch koordiniert überhöhte Preise geschädigt werden, schwierig ist, den Schaden erfolgreich gerichtlich geltend zu machen. Denn im Zivilprozess ist es Aufgabe der durch die Preissetzung geschädigten Kläger und nicht Aufgabe der beklagten Verwender des Algorithmus, dessen Auswirkungen auf den Preis nachzuweisen. Zwar gibt es gesetzliche Schadensvermutungen zugunsten der Geschädigten von Wettbewerbsverstößen.¹²⁸ Diese Schadensvermutungen greifen allerdings nur im Fall einer expliziten Koordinierung und nicht in dem – bei algorithmischer Kollusion vielleicht sogar häufigeren – Fall einer impliziten Koordinierung.

123. Die Europäische Kommission hat zwischenzeitlich im Anschluss an ihre Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel mehrere Verfahren durchgeführt, welche die Nutzung von Algorithmen zu preisbezogenen Wettbewerbsverstößen betrafen.¹²⁹ Das Bundeskartellamt hat im Bericht zu seiner Sektoruntersuchung zu Vergleichsportalen seinerseits darauf hingewiesen, dass es den geschädigten Nutzern von Vergleichsportalen, die Rankingalgorithmen einsetzen, nicht ohne den Rückgriff auf Unternehmensinterna der Portale möglich sei, diesen Portalen einen schadensbegründenden Verstoß nachzuweisen. Die betreffenden Unternehmensinterna könnten derzeit effektiv nur in behördlichen Verfahren zum Gegenstand gemacht werden. Vergleichbares gelte für die Befassung mit algorithmenbasierten Verhaltensweisen von Unternehmen, die ebenfalls im Rahmen von Zivilrechtsstreitigkeiten kaum zu leisten sei, sei es wegen Geschäftsgeheimnissen oder weil Verfahren auf diesem Gebiet je nach Komplexität der verwendeten Algorithmen sehr aufwendig sein könnten.¹³⁰

124. Die Monopolkommission erinnert insofern daran, dass sie für die Gesetzgebung auf nationaler Ebene empfohlen hat, den Verbraucherschutzverbänden das Recht einzuräumen, die kartellbehördliche Untersuchung bestimmter Sektoren zu verlangen, bei denen der Verdacht besteht, dass es zu verbraucherschädigender Kollusion

¹²⁵ Siehe hierzu einerseits EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5, Tz. 43; andererseits U.S. DOJ und FTC, Horizontal Merger Guidelines, Fassung vom 19. August 2010, Abschn. 3.

¹²⁶ Vgl. EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 39; Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18. Oktober 2008, S. 6, Tz. 83-85, 120.

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 250-253. Anderes hat aus präventiven Gesichtspunkten in Zusammenschlussfällen zu gelten; siehe insoweit EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31 vom 5. Februar 2004, S. 5, Tz. 40. Siehe zum Ganzen auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 217 ff.

¹²⁸ Art. 17 Abs. 2 S. 1 RL 2014/104/EU über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349, 5. Dezember 2014, S. 1; § 33a Abs. 2 GWB.

¹²⁹ Siehe EU-Kommission, Fälle 40.465, 40.469, 40.181, 40.182 – Pioneer et al. (2018): Nutzung von Algorithmen zur Überwachung von Preisbindungen; im Anschluss an EU-Kommission, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, COM(2017) 229 final, 10. Mai 2017.

¹³⁰ BKartA, Sektoruntersuchung Vergleichsportale, Bericht, April 2019, S. 136.

durch überhöhte Preise kommt.¹³¹ Davon abgesehen hat die Monopolkommission vorgeschlagen, gegebenenfalls die widerlegliche Vermutung eines Kartellschadens nach Art. 17 Abs. 2 Richtlinie 2014/104/EU und der deutschen Umsetzungsvorschrift in § 33a Abs. 2 GWB auf Fälle zu erweitern, in denen Preisalgorithmen zu wettbewerbsrechtlichen Verstößen im Sinne einer impliziten Koordinierung eingesetzt werden. Sie hält es nach den zwischenzeitlichen Erkenntnissen aus der Fallpraxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts für empfehlenswert, eine solche Neuregelung zu treffen, aber erneut zunächst im Anwendungsbereich auf die Plattformwirtschaft zu beschränken und die Anwendung gegebenenfalls später auszuweiten.¹³² Sie empfiehlt deshalb, in die vorgeschlagene Plattformverordnung die folgende Regelung aufzunehmen:

„Es wird vermutet, dass Zuwiderhandlungen gegen Art. 102 AEUV in Form von automatisiert festgesetzten überhöhten Preisen einen Schaden verursachen. Der Rechtsverletzer hat das Recht, diese Vermutung zu widerlegen.“

In den Erwägungsgründen zu der Regelung könnte klargestellt werden, dass der Begriff des überhöhten Preises im Sinne der einschlägigen europäischen Rechtsprechung zu verstehen ist.¹³³

5 Zusammenfassung: Eine kartellrechtliche Agenda für die deutsche Ratspräsidentschaft

125. Die Monopolkommission leitet aus den Empfehlungen der Expertengutachten Maßnahmen ab, deren Verfolgung im Rahmen der deutschen Ratspräsidentschaft dazu beitragen könnte, den europäischen Regelungsrahmen für marktmächtige Online-Plattformunternehmen effektiver zu gestalten. Im Zentrum steht dabei die Überlegung, dass eine spezielle Plattformverordnung, die beherrschende Plattformunternehmen über Art. 102 AEUV hinaus zusätzlichen Pflichten und einer verschärften Überwachung unterwirft, eine sinnvolle Ergänzung zur bestehenden Fusionskontrollverordnung sein könnte. Die Fusionskontrollverordnung beugt als präventives Instrument Zusammenschlüssen vor, die zu einer nachhaltigen Schädigung der Marktstruktur führen können. Die Plattformverordnung könnte in Fällen gekippter Plattformmärkte dem Risiko vorbeugen, dass beherrschende Plattformunternehmen eine Regeneration des Wettbewerbs untergraben und die Verbraucher fortdauernd schädigen.

126. Die Plattformverordnung könnte wie die Fusionskontrollverordnung auf Art. 103 i. V. m. Art. 352 AEUV gestützt werden. Sie sollte beherrschende Plattformunternehmen namentlich einem Selbstbegünstigungsverbot und verschärften Interoperabilitäts- und Portabilitätspflichten unterwerfen. Daneben könnte sie Regelungen zu restaurativen Maßnahmen enthalten. Diesbezüglich wären insbesondere Regelungen darüber zu treffen, unter welchen Voraussetzungen eine Veräußerung von Teilbereichen des Geschäfts verhältnismäßig sein kann und welche Merkmale die betreffenden Teilbereiche dann aufweisen müssen (z. B. lebens- und wettbewerbsfähiges Geschäft, Zulässigkeit von Alternativen, Nichterwerbsklauseln). Außerdem könnte geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen Verpflichtungsangebote der verfahrensbetroffenen Unternehmen geeignet sind, um im Falle eines Missbrauchs eine Zusageentscheidung nach Art. 9 VO 1/2003 zu ermöglichen oder um die Beendigung eines Verfahrens wegen eines Verstoßes im Sinne der Plattformverordnung zu rechtfertigen.

127. Des Weiteren dürfte es erforderlich sein, in die Plattformverordnung Vorschriften zu den Zuständigkeiten und zum Verfahren aufzunehmen. Diese müssten insbesondere das Verhältnis von Verfahren wegen Verstößen gegen Pflichten nach der Plattformverordnung zu Verfahren nach Verordnung 1/2003 regeln und eine laufende Überwachung der Einhaltung der besonderen Pflichten nach der Plattformverordnung vorsehen.

¹³¹ Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 234-236. Diese Empfehlung soll im geplanten GWB-Digitalisierungsgesetz nicht umgesetzt werden und hat sich somit auf nationaler Ebene noch nicht erledigt.

¹³² Dabei soll an dieser Stelle offenbleiben, ob gegebenenfalls sogar eine weitergehende Regulierung in Betracht zu ziehen sein könnte, um die Nutzung von Algorithmen zur Ermittlung kollusionsförderlicher Preissetzungsstrategien von Wettbewerbern zu begrenzen; siehe hierzu etwa Harrington, Developing competition law for collusion by autonomous artificial agents, 14 J. Compet. Law Econ. 331 (2018).

¹³³ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, S. 207, ECLI:EU:C:1978:22, Ls. 9 und Rz. 249 („Missbrauch [...] in der Anwendung eines überhöhten Preises [...], der in keinem angemessenen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht“).

128. Die Plattformverordnung könnte zudem um Regelungen ergänzt werden, mit denen dem Problem begegnet würde, dass Plattformunternehmen gegenüber den Behörden nicht ausgleichbare Informationsvorteile haben können. Die Monopolkommission empfiehlt insofern eine an der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs zu den Mitwirkungspflichten verfahrensbetroffener Unternehmen orientierte Regelung. Ferner könnte die Plattformverordnung genutzt werden, um auch den Informationsvorteilen von Händlern auf Online-Marktplätzen gegenüber den Verbrauchern Rechnung zu tragen.¹³⁴ Dies gilt vor dem Hintergrund, dass auf Online-Marktplätzen ein erhöhtes Risiko einer impliziten Koordination und infolgedessen von überhöhten Verbraucherpreisen bestehen kann. Diesem Risiko könnte mit einer Ausweitung der Schadensvermutung des Art. 17 RL 2014/104/EU speziell für das Problem impliziter Kollusion im Bereich der Plattformwirtschaft begegnet werden.¹³⁵

129. Im Rahmen der Überarbeitung der Kommissionsbekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft sollte ein Augenmerk auf die Marktabgrenzung auf Online-Marktplätzen gelegt werden, soweit hier Preisdifferenzierungen darauf hindeuten, dass sich relevante Märkte fragmentieren.

130. In Bezug auf die mit dem deutschen GWB-Digitalisierungsgesetz neu vorgesehenen Regelungen zum „Kippen“ von Plattformmärkten (§ 20 Abs. 3a GWB-E) und zur Ausbildung von Plattformökosystemen (§ 19a GWB-E) empfiehlt die Monopolkommission, auf Unionsebene zunächst die Erfahrungen in Deutschland mit den Neuregelungen zu beobachten. Damit kartellbehördliche Eingriffe einerseits nicht überschießend stattfinden und andererseits effektiv sind, müssten zunächst eindeutige Kriterien für Marktentwicklungen identifiziert werden, in denen Märkte – über Konzentrationstendenzen hinaus – unbestreitbar zu werden drohen. Unter diesen Voraussetzungen hält die Monopolkommission von den seitens der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Optionen für ein neues Wettbewerbsinstrument insbesondere die dritte Option für ein strukturbezogenes Interventionsinstrument für zielführend.

¹³⁴ Siehe oben Tz. 114 für einen Formulierungsvorschlag.

¹³⁵ Siehe oben Tz. 124 für einen Formulierungsvorschlag.