



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Was kann und soll die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht?

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

4. Oktober 2018

Hintergrundpapier

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Straße 16

53113 Bonn

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	4
B. Standortbestimmung: Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht und alternative Regelungsinstrumente	9
I. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	9
II. Regulierung monopolistischer Engpässe.....	10
1. Anwendungsbereich	10
2. Insbesondere: Datenzugang	12
III. Marktmachtunabhängige, sektorspezifische Regulierung.....	13
IV. Marktverhaltensregeln im weiteren Sinne	15
C. Herausforderungen und Möglichkeiten der Missbrauchsaufsicht	17
I. Die Nachweisanforderungen nach <i>Intel</i>	17
1. Das <i>Intel</i> -Urteil des EuGH.....	18
2. Auswirkungen auf reine Exklusivitätsvereinbarungen.....	20
II. Die Erfassung neuer Fallgruppen und Sachverhalte	22
1. Aufbau einer marktstarken Stellung	22
2. Absicherung oder Ausweitung der eigenen Marktstellung	23
III. Zielrichtung: Schutz nur des Wettbewerbsprozesses oder auch der Marktgegenseite?	26
D. Perspektiven: Mögliche Fortentwicklung des Instrumentariums	29
I. Verfahrensrecht	29
1. Verfahrensbeschleunigung	29
2. Effektivierung der Abstellungsmöglichkeiten	30
3. Verhältnis zur Durchsetzung anderer Regelungsbereiche.....	31
II. Materielle Regeln	32
1. Vermutungsregeln	32
2. Spezialtatbestände.....	32
3. Verbot der Selbstbevorzugung	33

A. Einleitung

Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ist in den letzten Jahren verstärkt in den Fokus sowohl der behördlichen Praxis als auch der öffentlichen Wahrnehmung und der politischen Diskussion gerückt. Auf das Missbrauchsverbot gestützte Verfahren gegen große internationale Technologiekonzerne wie Intel, Google, Qualcomm oder Facebook erfahren eine erhebliche Aufmerksamkeit und stehen häufig im Zentrum der Debatte um Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts. Die starke Stellung einzelner Anbieter auf solchen Märkten der digitalen Wirtschaft, die aufgrund von Netzwerk- und Skaleneffekten zur Monopolisierung neigen, dürfte der Hauptgrund für dieses gesteigerte Interesse an dem Instrument der Missbrauchsaufsicht sein. Für die Wettbewerbsbehörden stellt sich konkret die Frage, wie sie umgehen sollen mit der fallweise hohen Dynamik und Innovationskraft der großen Internetplattformen auf der einen Seite und den teils mächtigen Marktpositionen und daraus resultierenden Gefahren für andere Unternehmen und Verbraucher auf der anderen Seite. Zur besseren Erfassung dieser Phänomene wurde bereits mit der 9. GWB-Novelle eine Ergänzung der kartellrechtlichen Marktmachtkriterien um Aspekte wie Netzwerkeffekte oder den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten vorgenommen. Die Rolle der Missbrauchsaufsicht wird aber auch in anderen Bereichen, die sich durch hohe Konzentration oder bilaterale Abhängigkeiten auszeichnen, insbesondere dem Lebensmitteleinzelhandel, verstärkt diskutiert.

Dabei bestehen auf der einen Seite vielfach hohe Erwartungen an den Einsatz des Kartellrechts zur Kontrolle dominanter Unternehmen. Die Behörden sollen nicht nur schnell und mit effektiven Maßnahmen eingreifen, um Märkte offen zu halten und eine Verfestigung oder Ausdehnung der beherrschenden Stellung zu verhindern. Darüber hinaus soll die Marktgegenseite wirksam vor Ausbeutung und unfairen Vertragsbedingungen geschützt oder das Kartellrecht sogar zur Bekämpfung von Phänomenen wie „Fake News“¹ herangezogen werden.

¹ Vgl. etwa *Reyna*, Why Competition Law Must Protect Democracy - A European Welfare Perspective, m.w.N., abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3084142>.

Auf der anderen Seite gibt es innerhalb des Kartellrechts eine inzwischen mehr als zehn Jahre andauernde Diskussion um Ausrichtung und Eingriffsvoraussetzungen der Missbrauchsaufsicht, die unter den Schlagwörtern der „Ökonomisierung“ oder des „effects-based approach“ geführt wird.² Ein zentraler Gegenstand dieser Auseinandersetzung, die zuletzt nach dem EuGH-Urteil in Sachen *Intel*³ erneut aufgeflammt ist, sind die Nachweisanforderungen und die geeigneten Instrumente zur Feststellung eines Missbrauchs, insbesondere die Rolle ökonomischer Einzelfallanalysen zur Abschätzung der konkreten Auswirkungen des untersuchten Verhaltens.

Aber auch die Reichweite der kartellrechtlichen Missbrauchstatbestände und die Richtschnur bei ihrer Anwendung werden anlässlich aktueller Fälle kontrovers diskutiert. So können Verfahren wie das der Europäischen Kommission in Sachen *Google Shopping* oder das des Bundeskartellamtes zur Datenerhebungspraxis von Facebook zwar einerseits als Beleg dafür gesehen werden, dass das Kartellrecht hinreichend flexibel und entwicklungsoffen ist, um auf neue Sachverhalte angewendet zu werden. Mit ihnen werden wichtige Weichenstellungen für die Weiterentwicklung der Missbrauchsaufsicht vorgenommen. Gleiches gilt außerhalb der digitalen Wirtschaft für das Musterverfahren, welches das Bundeskartellamt auf Basis des sog. Anzapfverbots gegen EDEKA geführt hat und das eine wichtige Leitentscheidung des BGH zur Folge hatte.⁴ Zugleich sahen und sehen diese kartellbehördlichen Untersuchungen sich aber teils erheblicher Kritik ausgesetzt und es vergehen regelmäßig einige Jahre, bis eine abschließende gerichtliche Entscheidung zu den aufgegriffenen Sachverhalten vorliegt.

Unsicherheiten über die Reichweite der kartellrechtlichen Tatbestände oder der Eindruck der Unzulänglichkeit der allgemeinen Regeln können in der rechtspolitischen Diskussion schnell dazu führen, über Alternativen zum Kartellrecht nachzudenken. Dies kann die Form einer Regulierung annehmen, die auf die Feststellung eines Missbrauchs und evtl. auch auf einen Be-

² Vgl. Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 20. September 2007 – „Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht“.

³ EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P – *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632. Siehe dazu im Einzelnen unten S. 22 ff.

⁴ BGH, 23.1.2018, Az. KVR 3/17 – *Hochzeitsrabatte*.

zug zu Marktmacht verzichtet. So wird auf europäischer Ebene derzeit der Entwurf einer Richtlinie zu unlauteren Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette beraten, der bestimmte vertragliche Bestimmungen entlang der Lieferkette pauschal und weitgehend marktmachtunabhängig für unzulässig erklären möchte.⁵ Für den Bereich der digitalen Plattformen und Suchmaschinen im Verhältnis zu ihren gewerblichen Nutzern hat die Kommission den Vorschlag einer Verordnung vorgelegt, die Abhängigkeitsproblemen mit verschärften Transparenzanforderungen und verbindlichen Beschwerdemechanismen begegnen will, ohne dass es auf die Marktstellung des Unternehmens ankommt. Deutlich weitergehend werden seit Jahren Instrumente der Monopolregulierung, wie sie von den klassischen Netzindustrien bekannt sind, auch im Hinblick auf Suchmaschinen und digitale Plattformen in die Diskussion gebracht. Dies reicht von der strukturellen Entbündelung über Zugangsverpflichtungen (etwa in Bezug auf Daten) bis hin zu Diskriminierungsverboten und Neutralitätspflichten.

Das skizzierte Spannungsfeld rechtfertigt einen kritischen Blick auf die Frage, ob die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht den aktuellen Anforderungen in jeder Hinsicht gewachsen ist. In der Politik bestehen insoweit offensichtlich gewisse Zweifel. Der Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode sieht angesichts der Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaftswelt den Bedarf für eine Modernisierung des Kartellrechts und nennt als deren Bestandteil die Weiterentwicklung der Missbrauchsaufsicht, insbesondere im Hinblick auf Plattformunternehmen. Zur Vorbereitung möglicher Gesetzesänderungen hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie eine Studie zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht“ in Auftrag gegeben, deren Ergebnisse vor kurzem veröffentlicht wurden⁶.

⁵ So sollen bspw. Zahlungsfristen von über 30 Kalendertagen für verderbliche Lebensmittelerzeugnisse, kurzfristige Stornierungen verderblicher Lebensmittel, die eine alternative Verwendung nicht mehr möglich machen, einseitige und rückwirkende Änderungen bestimmter Aspekte der Liefervereinbarung sowie eine Haftung des Lieferanten für die Verschwendung von Lebensmittelerzeugnissen in den Räumlichkeiten des Käufers stets verboten sein.

⁶ Das Gutachten wurde am 7. September 2018 veröffentlicht und ist hier abrufbar: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html>.

Bei Überlegungen zur weiteren Effektivierung der Missbrauchsaufsicht können sowohl der Verfahrensrahmen als auch die Vorschriften des materiellen Rechts in den Blick genommen werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist insbesondere an eine Beschleunigung der Verfahren und die auch im Koalitionsvertrag genannte Stärkung des Instruments der einstweiligen Maßnahmen zu denken. Daneben stellt sich die Frage, ob im deutschen Recht alle Voraussetzungen für eine wirksame Abstellung und Sanktionierung solcher Verstöße vorliegen. Im materiellen Recht kann diskutiert werden, ob Vermutungsregeln oder spezielle Tatbestände für neuartige Gefährdungslagen die Rechtsanwendung erleichtern können. Eine besondere Herausforderung bei der Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften in der digitalen Wirtschaft besteht zudem darin, dass deren Angebote in kurzer Zeit eine erhebliche Größe und Verbreitung bis hin zu einer Monopolisierung des Marktes erreichen können. Dies wirft die auch im Gutachten für das BMWi behandelte Frage auf, inwieweit es angemessen und erforderlich sein kann, die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote bereits eingreifen zu lassen, bevor eine beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen entstanden ist. Sind solche Märkte erst einmal „gekippt“, können Gegenmaßnahmen zur (Wieder-)Belebung des Wettbewerbs deutlich schwieriger sein. Einen Anknüpfungspunkt könnten insoweit die deutschen Sonderregeln in § 20 GWB bilden, die sich auch an Unternehmen mit relativer und überlegener Marktmacht richten.

Im Folgenden soll zunächst im Sinne einer Standortbestimmung kurz dargestellt werden, was die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Verhältnis zu anderweitiger Regulierung auszeichnet. Insoweit erfolgt eine Abgrenzung von Instrumenten der Monopolregulierung wie von den aktuellen Vorhaben, die sektorspezifische Regelungsrahmen schaffen wollen. Zum Gesamtbild gehören aber auch Marktverhaltensregeln, die wie das Lauterkeitsrecht mitunter ähnliche Sachverhalte adressieren wie das Kartellrecht, aber marktmachtunabhängig allgemeine Geltung beanspruchen (unter B.). Daran anschließend sollen die Möglichkeiten und aktuellen Herausforderungen der Missbrauchsaufsicht im Hinblick auf Nachweisanforderungen und die Erfassung neuer Sachverhalte beschrieben werden. Dies schließt die Frage ein, inwieweit der Schutz der jeweiligen Marktgegenseite vor Ausbeutung oder Benachteiligung als solches eine Aufgabe des Kartellrechts ist (unter C.). Am Ende steht der Blick auf eine mögliche

Fortentwicklung der Regeln und ihrer Durchsetzung. Insoweit werden einige zentrale Vorschläge der Gutachter des BMWi skizziert, aber auch anderweitige Ansätze zur Diskussion gestellt (unter D.).

B. Standortbestimmung: Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht und alternative Regelungsinstrumente

In der aktuellen Diskussion um die Rolle und die Möglichkeiten der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht stellt sich – gerade in rechtspolitischer Hinsicht – vielfach die Frage nach deren Verhältnis zu anderweitigen Regelungsansätzen: Wo sind allgemeine Vorgaben – hier in Gestalt von Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB – das geeignete Mittel, deren Einhaltung ex post durch Wettbewerbsbehörden oder ggf. auf dem Zivilrechtsweg überprüft werden kann? Was sind Anwendungsfelder für eine klassische Regulierung, die dann auch mit einer behördlichen Genehmigung bestimmter Geschäftspraktiken ex ante verbunden sein kann? Und wo sind demgegenüber konkretere gesetzliche Vorgaben sinnvoll, die nicht an Marktmacht anknüpfen, sondern für alle Unternehmen gelten?

I. Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht

Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht zeichnet sich durch ihre sektorübergreifende Herangehensweise und ihre offenen Tatbestände aus. Diese sind in den vergangenen Jahrzehnten durch die behördliche Praxis und die Rechtsprechung in Form von Fallgruppen derart konkretisiert worden, dass es sich um hinreichend bestimmte und vorhersehbare Verbotsnormen handelt. Zugleich bietet die Offenheit der Tatbestände aber die nötige Flexibilität für ihre stetige Weiterentwicklung.⁷ Damit können auch neu aufkommende Geschäftsmodelle und bislang unbekannte Problemlagen grundsätzlich gut erfasst werden. Voraussetzung ist jedoch stets eine belastbare Schadenstheorie, welche die Gefahr wettbewerbsschädlicher Auswirkungen der betreffenden Verhaltensweise überzeugend und nachprüfbar darlegt. Damit bietet Kartellrecht wenig Raum für anderweitige politische Zielvorgaben, die in sonstige, insbesondere sektorspezifische Regelungsinstrumente leichter einfließen können.

Voraussetzung für das Eingreifen der Missbrauchsaufsicht ist die Feststellung von Marktherrschaft (oder relativer bzw. überlegener Marktmacht) im Einzelfall. Dies nachzuweisen, kann umfangreiche Ermittlungen erforderlich machen und entsprechend zeitaufwendig sein, zumal ggf. noch ein ähnlich umfangreiches gerichtliches Verfahren nachgeschaltet sein kann.

⁷ Vgl. *Nothdurft*, in: *Langen/Bunte, Kartellrecht*, 13. A. 2018, § 19 GWB Rdnr. 5.

Insgesamt greift die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht trotz der unmittelbaren Geltung ihrer Vorgaben⁸ damit praktisch häufig nur ex post. Dies kann im schlechtesten Fall mit dem Risiko verbunden sein, dass sich die Marktstrukturen bis zum endgültigen Abschluss des Verfahrens bereits wieder gewandelt haben oder die Maßnahmen erst zu einem Zeitpunkt greifen, zu dem sich die durch Missbrauch entstandenen Verhältnisse nicht mehr beeinflussen lassen.⁹

II. Regulierung monopolistischer Engpässe

1. Anwendungsbereich

Die klassische Regulierung monopolistischer Engpässe (insbesondere im Bereich von Netzinfrastrukturen) nutzt Instrumente wie die Entbündelung von Angeboten, Zugangsverpflichtungen, Diskriminierungsverbote oder die ex ante-Genehmigung von Entgelten. Forderungen nach dem Einsatz solcher Instrumente werden auch im Kontext der digitalen Ökonomie erhoben – etwa, dass marktmächtige Unternehmen Konzerntöchter nicht bevorzugen dürften oder der Zugang zu den von ihnen massenhaft erhobenen Daten gewähren müssten.¹⁰ Hintergrund sind regelmäßig die vielfältigen Möglichkeiten digitaler Plattformen, ihre starke Stellung auf einem Markt (etwa als Suchmaschine oder Handelsplattform) zu nutzen, um sich auf einem anderen Markt Vorteile gegenüber Wettbewerbern zu verschaffen, die nicht auf dem Einsatz leistungswettbewerblicher Mittel beruhen. Allerdings ist die Engpass-Regulierung bislang auf die De-Monopolisierung echter, natürlicher oder rechtlicher Monopole beschränkt und stellt auf diesen Märkten das Mittel der Wahl dar, um Wettbewerb überhaupt erst entstehen zu lassen. Zu klären ist aber, inwieweit dies mit der Situation in der digitalen Wirtschaft tatsächlich vergleichbar ist. Einen Anhaltspunkt, wann von einem Bedarf für eine echte Regulierung

⁸ Siehe Art. 1 Verordnung 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1. Für das GWB vgl. *Krauß*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. A. 2018, § 1 GWB Rdnr. 29.

⁹ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Ergebnispapier: Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen, S. 46, abrufbar unter <https://www.de.digital/DIGITAL/Redaktion/DE/Publikation/industrie-40-kartell-rechte.html>.

¹⁰ Vgl. zu letzterem Aspekt etwa den Vorschlag von *Nahles* für ein „Daten-für-alle-Gesetz“, Handelsblatt vom 13.08.2018, S. 48.

ausgegangen werden kann, gibt der im Bereich der Telekommunikation angewandte 3-Kriterien-Test für die Zulässigkeit einer Regulierung¹¹:

- Es bestehen (auf dem jeweiligen Markt) beträchtliche und anhaltende strukturelle, rechtliche oder regulatorische Zutrittsschranken.
- Die Marktstruktur tendiert angesichts des Standes des Infrastrukturwettbewerbs und des sonstigen Wettbewerbs hinter den Zutrittsschranken innerhalb des relevanten Zeitraums nicht zu einem wirksamen Wettbewerb.
- Das Wettbewerbsrecht allein reicht nicht aus, um dem festgestellten Marktversagen angemessen entgegenzuwirken.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Marktposition starker Digitalunternehmen als in gleicher Weise strukturell gefestigt angesehen werden kann wie die Kontrolle über eine essentielle Infrastruktur. Tatsächlich mag die Marktstellung von Unternehmen wie Google, Facebook oder Amazon mittlerweile deutlich stabiler erscheinen als dies noch vor etlichen Jahren bzw. bei ihren Vorgängern (bspw. der Suchmaschine Yahoo! oder MySpace bzw. StudiVZ als soziale Netzwerke) der Fall war.¹² Dennoch ist eine Vorhersage, inwieweit diese Stellung etwa mit dem Aufkommen neuer Technologien durch innovativere Wettbewerber noch angegriffen werden kann, nicht mit abschließender Sicherheit zu treffen.¹³ So ist nicht völlig auszuschließen, dass es mit der wachsenden Bedeutung etwa des Internet of Things oder der Blockchain-Technologie zur abermaligen Neuordnung kommt.

¹¹ Siehe § 10 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz sowie die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 9. Oktober 2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. 2014 L 295/79.

¹² Siehe etwa *Körber*, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93, 95.

¹³ *Wambach*, Begrenzt die Macht im Internet!, FASZ vom 3.9.2018, S. 29, ist eher skeptisch, ob bspw. die Wettbewerbsposition von Google noch einmal angegriffen werden kann.

2. Insbesondere: Datenzugang

Ein wichtiges Beispiel für Forderungen nach regulierungsrechtlichen Vorgaben ist der Bereich des Zugangs zu Daten.¹⁴ Entsprechende Überlegungen adressieren ein aus wettbewerblicher Sicht durchaus bedeutsames Problem. So hängt etwa bei Suchmaschinen die Möglichkeit, ein konkurrenzfähiges Produkt anzubieten, so stark vom Vorhandensein einer großen Menge von Nutzerdaten aus vorherigen Anfragen ab, dass ein Marktzutritt ohne Zugang zu solchen Daten schwierig bis unmöglich sein kann.¹⁵

Der Zugang zu Daten hat wettbewerblich verschiedene Dimensionen: Er stellt nicht nur einen allgemeinen Marktmachtfaktor dar, sondern – insbesondere in Kombination mit Netzwerkeffekten – auch einen Risikofaktor für ein Markt-„Tipping“ dar, weil die Sammlung und Verwendung großer Datenmengen die Qualität der angebotenen Dienstleistung erhöhen kann, was wiederum mehr Nutzer anzieht. Dadurch steigt die dem Unternehmen zugängliche Datenmenge abermals, was im Sinne eines Selbstverstärkungseffekts zu einem deutlichen Anstieg der Marktzutrittsschranken für Wettbewerber führen kann. Vor diesem Hintergrund können starke Anreize für Unternehmen bestehen, Wettbewerber dabei zu behindern, (ebenfalls) Zugang zu solchen Daten zu erhalten. Eine besondere Rolle spielen Daten im Zusammenhang mit konglomeraten Strukturen, etwa Hybrid-Plattformen. Solche Unternehmen haben die Möglichkeit, Daten von unterschiedlichen Aktivitäten bzw. aus unterschiedlichen Märkten zusammenzuführen. Hierdurch können sich nicht nur Synergien bei den Unternehmen selbst, sondern auch besondere Potentiale zur Behinderung von Wettbewerbern ergeben. Dies kann etwa dort der Fall sein, wo ein Plattformunternehmen zugleich selbst als Händler tätig ist und dadurch mit den anderen Nutzern der Plattform im Wettbewerb steht. Eine weitere problematische Konstellation ist diejenige, in der Marktteilnehmer von der Verwertung von Daten ausgeschlossen werden, an deren Generierung sie maßgeblich beteiligt waren. Hier kann eine

¹⁴ Vgl. *Nahles*, Die Tech-Riesen des Silicon Valleys gefährden den fairen Wettbewerb, Handelsblatt vom 13.08.2018.

¹⁵ Vgl. auch Europäische Kommission, Entscheidung vom 27.06.2017, Fall AT.39740 – *Google Shopping*, Rdnrn. 287 f.

exklusive Datenkontrolle, die Unternehmen sich auf vertraglichem bzw. technischem Wege verschaffen, zu negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Innovation führen.

Die praktische Umsetzung von Vorschlägen für eine regulierungsrechtliche Zugangsverpflichtung ist allerdings alles andere als einfach. So wäre zu entscheiden, auf welche Daten mit welchen Verknüpfungen untereinander und in welchem Detailgrad sich eine Pflicht zur Zurverfügungstellung beziehen soll. Die erhobenen Daten stellen bei bestimmten Unternehmen den Kern ihres Geschäftsmodells dar, weshalb eine Verpflichtung zur Weitergabe ein sehr weitreichender Eingriff in die Rechte des Unternehmens sein kann. Wenn es darum geht, Daten in einer Weise (aufbereitet) zur Verfügung zu stellen, die ihre Nutzbarkeit für Dritte sichert, können auch Geschäftsgeheimnisse des jeweiligen Unternehmens betroffen sein. Die Weitergabe personenbezogener Daten dürfte zudem datenschutzrechtliche Schwierigkeiten aufwerfen; andererseits sind (effektiv) anonymisierte und entsprechend stark aggregierte Daten für bestimmte Nutzungszwecke nicht mehr geeignet.

III. Marktmachtunabhängige, sektorspezifische Regulierung

Unterhalb einer umfassenden Regulierung mit weitreichenden Eingriffen stellt sich die Frage, wann gezielte und zwingende rechtliche Vorgaben für bestimmte Branchen oder Sektoren ein sinnvolles Instrument sein können. Aktuelle Beispiele hierfür liefern zwei Initiativen der Europäischen Kommission:

Im Bereich digitale Plattformen und Suchmaschinen gibt es einen Vorschlag für eine sog. p2b-Verordnung (platform-to-business), der schwerpunktmäßig gesteigerte Transparenzanforderungen vorsieht und die Plattformen außerdem zur Einrichtung von Beschwerdemanagementsystemen für ihre gewerblichen Nutzer verpflichtet.¹⁶ Hintergrund ist laut Begründung des Vorschlags, dass Online-Vermittlungsdienste schädliche Handelspraktiken anwenden und insbesondere ohne Vorankündigung und Begründung AGB ändern, Waren auslisten oder Anbie-

¹⁶ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, Brüssel, 26.4.2018, COM(2018) 238 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0238&from=EN>.

ter sperren; damit nutzen die Dienste die zwischen Plattformen und ihren Nutzern bestehenden Macht- und Informationsasymmetrien aus. Außerdem seien das Ranking der Produkte auf der Plattform und die Fragen des Zugangs zu den erhobenen Daten sowie einer möglichen Selbstbegünstigung konzerneigener Dienste häufig nicht hinreichend transparent. Als weiterer wichtiger Vorschlag ist die sog. Initiative zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken in der Lebensmittelversorgungskette zu nennen (sog. UTP-Richtlinie).¹⁷ Dieser Vorschlag will mit dem Ziel der Gewährleistung von Fairness trotz Verhandlungsungleichgewichten bestimmte Klauseln in Verträgen zwischen Käufern und Lieferanten in der Lebensmittelversorgungskette untersagen.

Beide Vorschläge zeigen, dass der Gesetzgeber offenbar bereit ist, auch marktmachtunabhängig stärker in die vertraglichen Beziehungen zwischen Unternehmen einzugreifen, wenn es aus seiner Sicht Machtungleichgewichte und Defizite bei der Verteilungsgerechtigkeit innerhalb der Wertschöpfungskette gibt. Dabei wird zwar in der Begründung beider Vorschläge auf Abhängigkeiten (Vorschlag p2b-Verordnung) bzw. auf eine schwächere Marktposition (Vorschlag UTP-Richtlinie) verwiesen. In den vorgeschlagenen Regeln findet sich dies als Tatbestandsvoraussetzung jedoch nicht wieder.¹⁸

In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob solche spezifischen Regeln erforderlich sind und ob sie die festgestellten Probleme zielgenau beheben können. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des bestehenden Lauterkeitsrechts, das die mit den Vorschlägen adressierten Verhaltensweisen möglicherweise bereits erfasst. In Deutschland ist mit dem kartellrechtlichen Anzapfverbot zudem ein Instrument vorhanden, das bereits bei relativer Marktmacht

¹⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Lebensmittelversorgungskette, Brüssel, 12.4.2018, COM(2018) 173 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0173&from=EN>.

¹⁸ Nach dem Vorschlag für die UTP-Richtlinie wird verlangt, dass das Verkäuferunternehmen ein kleineres oder mittleres Unternehmen (KMU) und das Käuferunternehmen kein KMU ist. Damit können die Unternehmen aber ähnlich groß sein, zumal Größe an sich nicht zwingend das entscheidende Kriterium für die Beurteilung von Marktmacht ist. Vorschläge des Europäischen Parlaments gehen dahin, das KMU-Kriterium ganz abzuschaffen.

(d.h. bilateraler Abhängigkeit) gilt und nach der Grundsatzentscheidung des Bundeskartellamts in Sachen *EDEKA-Hochzeitsrabatte* und dem dazu kürzlich ergangenen Beschluss des Bundesgerichtshofs deutlich an praktischer Handhabbarkeit gewonnen hat. Wenn solche Vorgaben hingegen unabhängig von der Feststellung einer konkreten Machtposition aufgestellt werden, muss auch im Blick behalten werden, dass sie für große Anbieter aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Infrastruktur unter Umständen leichter zu erfüllen sind als für kleine und mittlere Unternehmen. Sie laufen damit Gefahr, zu einer asymmetrischen Belastung zu führen und ihr Ziel, die Verringerung von Machtungleichgewichten, zu verfehlen.

IV. Marktverhaltensregeln im weiteren Sinne

Schließlich ist auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass unabhängig von bestimmten Sektoren oder Branchen erweiterte Marktverhaltensregeln aufgestellt werden. Ein typisches Beispiel hierfür ist das Verbraucherrecht, wo die Europäische Kommission aktuell in Gestalt des sog. *New Deal for Consumers* verschiedene Richtlinien umfassend reformieren will.¹⁹ Danach soll u.a. versteckte Werbung in Form bezahlter Platzierungen von Online-Suchergebnissen als stets unlauter in die „schwarze Liste“ im Anhang der UGP-Richtlinie²⁰ aufgenommen werden; außerdem soll in die Verbraucherrechte-Richtlinie²¹ ein Artikel aufgenommen werden, wonach zusätzliche Informationspflichten bei auf Online-Marktplätzen geschlossenen Verträgen

¹⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993, der Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften, Brüssel, 11.4.2018, COM(2018) 185 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0185&from=EN>. Zweiter Bestandteil des „New Deal“ ist ein Vorschlag zu Gruppenklagen.

²⁰ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. 2005 L 149/22.

²¹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304/64.

gelten – bspw. die Hauptparameter für das Ranking der Suchergebnisse mitgeteilt werden müssen.

Auch diese Vorschläge muss der europäische Gesetzgeber nun auf ihre Erforderlichkeit und Geeignetheit prüfen. Es werden sich dabei insbesondere die Fragen stellen, ob die adressierten Praktiken vom derzeit geltenden (europäischen) Lauterkeitsrecht nicht bereits erfasst werden, inwieweit Transparenzvorschriften diese effektiv adressieren können und ob nicht eine einzelfallbezogene Konkretisierung etwa der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel in der Praxis eher zielführend wäre. Ggf. könnte der Befund, dass Verbraucher von solchen unlauteren Praktiken betroffen sind, weniger an Unzulänglichkeiten des geltenden materiellen Rechts als vielmehr an Durchsetzungsschwierigkeiten festzumachen sein. Hier wäre dann ggf. an eine Stärkung behördlicher Ermittlungs- oder Durchsetzungsbefugnisse zu denken (die in dem Vorschlag ebenfalls enthalten sind).²²

²² Vgl. zur Frage behördlicher Durchsetzungskompetenzen im Bereich des Verbraucherschutzes das Hintergrundpapier zur Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 6. Oktober 2016 – „Wettbewerb und Verbraucherverhalten – Konflikt oder Gleichlauf zwischen Verbraucherschutz und Kartellrecht?“.

C. Herausforderungen und Möglichkeiten der Missbrauchsaufsicht

Vor dem Hintergrund dieser verschiedenen Regelungsansätze stellt sich die Frage, inwieweit die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht als Eingriffsinstrument den aktuellen Herausforderungen gewachsen ist. Ein wichtiger Gesichtspunkt ist dabei zunächst, ob die Regeln in ihrem aktuellen Zuschnitt und Verständnis es erlauben, Missbrauchsverfahren in einem überschaubaren Zeitraum und mit vertretbarem Aufwand abzuschließen. Die gerade in der schnelllebigen digitalen Wirtschaft als zu lang empfundene Verfahrensdauer ist ein wichtiger Grund für Forderungen nach Änderungen im Kartellrecht oder die Schaffung alternativer Regulierungen. Die Zeit und Ressourcen, die ein Missbrauchsverfahren in Anspruch nimmt, werden maßgeblich durch die Nachweisanforderungen an das Vorliegen einer verbotenen Verhaltensweise bestimmt. Diese Frage nach den Nachweisanforderungen für ein kartellbehördliches Eingreifen ist, bezogen auf preisbezogene Missbräuche, zuletzt anhand des *Intel*-Urteils des EuGH erneut aufgekommen (I.). Eine effektive Missbrauchsaufsicht setzt zudem voraus, dass die vorhandenen Regeln und Fallgruppen Antworten für neue Problemlagen bereithalten oder im Hinblick auf diese weiterentwickelt werden können. Hierfür bieten aktuelle Verfahren der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes Beispiele (II.). Schließlich stellt sich vor dem Hintergrund teils erheblicher Machtungleichgewichte auch vermehrt die Frage, inwieweit die Missbrauchsaufsicht nur den Wettbewerbsprozess als solchen oder auch unmittelbar die Marktgegenseite innerhalb des jeweiligen Austauschverhältnisses schützen soll (III.).

I. Die Nachweisanforderungen nach *Intel*

Die derzeit wieder geführte Debatte um die Nachweisanforderungen bei preisbezogenen Missbräuchen muss vor dem Hintergrund des sog. Prioritätenpapiers der Europäischen Kommission und seiner Entstehungsgeschichte verstanden werden.²³ Ursprünglich als Auslegungshilfe für Art. 102 AEUV bzw. die Vorgängernorm geplant, wurde das Papier schließlich nur als Erläuterung veröffentlicht, welche Fälle die Europäische Kommission im Bereich des Behinderungsmissbrauchs aufgreifen möchte. Das Papier enthält jedoch detaillierte Ausführungen zur

²³ Mitteilung der Kommission - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7.

Feststellung der Eignung zur Verdrängung eines hypothetischen, ebenso effizienten Wettbewerbers. Im Sinne des more economic approach sollten Fälle nur aufgegriffen werden, wenn diese Voraussetzungen vorliegen und die Wettbewerbsbeschränkung auch nicht durch Effizienzvorteile ausgeglichen wird, die sich zugunsten der Verbraucher auswirken. Nach dem *Intel*-Urteil des EuGH stellt sich die Frage, in welchen Fällen und in welchem Umfang die Verdrängung gleich effektiver Wettbewerber zu prüfen ist. Darüber hinaus ist für den Bereich der digitalen Ökonomie ganz grundsätzlich zu überlegen, ob dieser Ansatz zu sinnvollen Ergebnissen führt: In der digitalen Wirtschaft spielen Phänomene wie Netzwerkeffekte und Zugang zu Daten eine besondere Rolle und liegen die Probleme häufig jenseits (kurzfristiger) Preiseffekte. Vielfach geht es eher darum, Märkte auch längerfristig offen zu halten und ist für Unternehmen der Wettbewerb „um den Markt“ so wichtig, dass sie ggf. auch mit längerfristigen Niedrigpreisstrategien operieren bzw. sogar Verluste in Kauf nehmen. Dies stellt für Wettbewerbsbehörden in der Prognose eine besondere Herausforderung dar.

1. Das *Intel*-Urteil des EuGH

Das *Intel*-Verfahren der Europäischen Kommission betraf u.a. Exklusivitätsrabatte, die von Intel an Abnehmer von PC-Hauptprozessoren gewährt wurden. Solche Rabatte waren nach der EuGH-Rechtsprechung *Hoffmann-La Roche per se* missbräuchlich.²⁴ Die Kommission hielt die Durchführung eines as efficient competitor-Tests daher für nicht erforderlich.²⁵ Sie hat einen solchen Test aber im behördlichen Verfahren dennoch umfangreich durchgeführt.²⁶ Auch das EuG ist davon ausgegangen, dass die Kommission die Verdrängungseignung der Ausschließlichkeitsrabatte nicht im Einzelfall nachweisen musste und ist daher zu dem Schluss gelangt, dass es nicht zu prüfen brauche, ob die Kommission den AEC-Test sachgerecht durchgeführt hat.²⁷

Der EuGH hat diese Entscheidung aufgehoben und darauf verwiesen, dass dem AEC-Test in dem Beschluss der Kommission eine tatsächliche Bedeutung für die vorgenommene Beurtei-

²⁴ EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 89.

²⁵ Europäische Kommission, 13.5.2009, COMP/C-3 /37.990 – *Intel*. Vgl. insbesondere Rdnrn. 925 und 1760.

²⁶ Er nimmt immerhin 151 von insgesamt 517 Seiten der Entscheidung ein (siehe Fn. 25).

²⁷ EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09 – *Intel*, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 143 sowie 151.

lung der Exklusivitätsrabatte zugekommen sei und daraus gefolgert, dass das Gericht verpflichtet war, das gesamte Vorbringen von Intel zu diesem Test zu prüfen.²⁸ Der Gerichtshof führt weiter aus, die *Hoffmann-La Roche*-Rechtsprechung, wonach Treuerabatte stets missbräuchlich seien, bedürfe der „Konkretisierung“, wenn das betroffene Unternehmen darlege, dass sein Verhalten nicht geeignet sei, Verdrängungswirkungen zu erzeugen.²⁹ Der Gerichtshof schränkt die Rechtsprechung zur per se-Missbräuchlichkeit von Treuerabatten insoweit ein. Die weiteren Ausführungen des Gerichtshofs haben zu einer lebhaften Diskussion geführt, welcher Prüfungsmaßstab und welche Beweislastverteilung zwischen der Behörde und dem von der Entscheidung betroffenen Unternehmen letztlich gelten. Einiges spricht dabei dafür, *Intel* primär als „prozedurales“ Urteil zu lesen, da der EuGH mit seinen Ausführungen wohl in erster Linie sicherstellen wollte, dass *Intel* mit seinen Argumenten gegen die Art und Weise der Durchführung des AEC-Tests effektiven Rechtsschutz erhält. Allerdings hat der EuGH auch eine Modifikation des materiellen Standards vorgenommen. Das vorherrschende Verständnis geht insoweit dahin, dass *Intel* die per-se-Missbräuchlichkeit von Exklusivitätsrabatten aus *Hoffmann-La Roche* hin zu einer widerleglichen Vermutung modifiziert.³⁰ Den Versuch einer Widerlegung wird ein Unternehmen, das sich einem Missbrauchsvorwurf und möglichen Bußgeldern ausgesetzt sieht, allerdings regelmäßig antreten. Welche Art von Darlegungs- und Beweislast liegt dann auf der handelnden Behörde? Muss sie einen vollständigen AEC-Test durchführen oder kann sie die Eignung des in Frage stehenden Verhaltens zur Marktverschließung auch anders belegen? Kann die Behörde sich darauf beschränken, sich mit dem Vortrag des Unternehmens auseinanderzusetzen und die Widerlegung der Vermutung wiederum zu widerlegen?

In ihrer neueren Praxis scheint die Europäische Kommission davon auszugehen, dass es möglich und ausreichend sein muss, die Einwände des Unternehmens effektiv zu widerlegen. Das Unternehmen kann also den Versuch unternehmen, darzulegen, warum die von ihm betrie-

²⁸ EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P – *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, Rdnrn. 142, 144 und 151.

²⁹ EuGH – *Intel* (s.o. Fn. 28), Rdnrn. 137 f.

³⁰ *Cruz Vilaça*, The intensity of judicial review in complex economic matters—recent competition law judgments of the Court of Justice of the EU, *Journal of Antitrust Enforcement* 2018, 173, 185.

bene Praxis nicht geeignet ist, eine Verdrängungswirkung gegenüber ebenso effizienten Wettbewerbern zu erzeugen. Die Behörde muss daraufhin aber nur zeigen, warum die vom Unternehmen vorgetragene Analyse nicht trägt.³¹

Das bedeutet im Ergebnis, dass die Vermutung, wonach Exklusivitätsrabatte eine Verdrängungswirkung gegenüber ebenso effizient geltenden Wettbewerbern entfalten, nunmehr widerlegbar ist. Sie muss aber tatsächlich widerlegt werden und es kann in der Sache darum gestritten werden, ob dies gelingt oder nicht. Damit enthält das Urteil letztlich eine prozedurale und eine materielle Komponente. Letztere geht aber nicht etwa so weit, dass der Gerichtshof von der Behörde verlangen würde, nunmehr praktisch stets einen AEC-Test durchzuführen.³²

2. Auswirkungen auf reine Exklusivitätsvereinbarungen

Das Urteil wirft die Frage auf, ob ihm über Exklusivitätsrabatte oder preisbezogene Missbräuche hinaus Aussagen zu den Nachweisanforderungen in der Missbrauchsaufsicht entnommen werden können. Diese Frage wurde in Bezug auf reine Exklusivitätsvereinbarungen bereits durch die Praxis beantwortet. Die Ausführungen in der Entscheidung *Hoffmann-La Roche* hatten sich auch hierauf bezogen, was dafür angeführt werden könnte, dass sich die Ausführungen in *Intel* ebenfalls entsprechend erstrecken.³³ Allerdings beziehen sich die konkreteren Ausführungen des EuGH in *Intel* dann ausschließlich auf Rabattsysteme.³⁴

Mittlerweile hat die 6. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes die Frage dahingehend beantwortet, dass bei „reiner Exklusivität“ weiterhin von einem per-se-Verbot im Sinne von *Hoffmann-La Roche* auszugehen ist. Das Bundeskartellamt hat dies in seiner Entscheidung gegen

³¹ Siehe etwa Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24.1.2018: Kommission verhängt Geldbuße von 997 Mio. EUR gegen Qualcomm wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung („Die Kommission hat auch eine von Qualcomm vorgelegte Preis-Kosten-Prüfung beurteilt, die jedoch von ihr zurückgewiesen wurde. Die Kommission gelangte zu dem Schluss, dass die Ergebnisse dieser Prüfung nicht die Auffassung von Qualcomm untermauern, wonach seine Ausschließlichkeitszahlungen keine wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen haben können.“).

³² *Cruz Vilaça*, The intensity of judicial review in complex economic matters—recent competition law judgments of the Court of Justice of the EU, *Journal of Antitrust Enforcement* 2018, 173, 182.

³³ EuGH – *Intel* (s.o. Fn. 28), Rdnrn. 137 f.

³⁴ EuGH – *Intel* (s.o. Fn. 28), Rdnrn. 139 – 141 (Rdnr. 141: „Wenn die Kommission in einer Entscheidung, mit der die Missbräuchlichkeit eines Rabattsystems festgestellt wird, eine solche Analyse vornimmt, hat das Gericht das gesamte Vorbringen der Klagepartei zu prüfen, mit dem die Richtigkeit der Feststellungen der Kommission zur Verdrängungsfähigkeit des betreffenden Rabattsystems in Frage gestellt werden soll.“).

CTS Eventim wegen Exklusivvereinbarungen mit Veranstaltern und Vorverkaufsstellen wie folgt begründet: Der EuGH habe die Konkretisierung der bisherigen Rechtsprechung schon dem Wortlaut des *Intel*-Urteils nach auf Exklusivitätsrabatte beschränkt. Hinzu komme, dass bei Ausschließlichkeitsbindungen ein festgelegter Teil der Marktnachfrage bzw. des Angebots dauerhaft dem Wettbewerb entzogen sei, wohingegen bei Ausschließlichkeitsrabatten die konkrete Inanspruchnahme des Rabattes im Einzelfall in der Entscheidungshoheit des Rabattempfängers liege. Bindende Ausschließlichkeitsvereinbarungen wiesen gegenüber Exklusivitätsrabatten auch eine abstrakt höhere Gefährlichkeit auf, was geringere Nachweisanforderungen für erstere naheliegend erscheinen lasse. Dies gelte erst recht für marktbeherrschende digitale Plattformen, die Exklusivvereinbarungen auf beiden Marktseiten nutzen.³⁵

Auch die Cour d'Appel de Paris hat kürzlich entschieden, dass die Wettbewerbsbehörde nicht gehalten ist, einen as-efficient-competitor-Test durchzuführen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen über Treuerabatte hinaus andere bzw. weitere Exklusivitätsvereinbarungen mit seinen Abnehmern getroffen hat. Diese verhinderten nämlich, dass ein ebenso effektiver Wettbewerber, der mglw. in der Lage gewesen wäre, die Abnehmer für den Verlust der Treuerabatte durch eine entsprechende Preispolitik zu entschädigen, mit den Abnehmern eine Geschäftsbeziehung aufnehmen könnte.³⁶ In einem weiteren aktuellen Urteil hat das Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, das für Rechtsmittel gegen Beschlüsse der italienischen Wettbewerbsbehörde zuständig ist, entschieden, dass ein AEC-Test jedenfalls dann nicht erforderlich ist, wenn der Missbrauch sich nicht allein auf Treuerabatte beschränkt.³⁷

Diese Entscheidungen zu Exklusivitätsvereinbarungen sprechen dafür, dass die Auswirkungen des *Intel*-Urteils für die Missbrauchsaufsicht insgesamt beschränkt bleiben. Eine generelle

³⁵ Bundeskartellamt, Beschluss im Verwaltungsverfahren B 6 – 132/14-2 *CTS Eventim*, Rdnrn. 250-255 (abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2018/B6-132-14-2.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

³⁶ Cour d'Appel de Paris, 17.5.2018, Az. 2016/16621 zur Entscheidung der Autorité de la Concurrence vom 23.6.2016, n° 16-D-14 Umicore, Rdnrn. 315 ff. (abrufbar unter http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca_16d14_zinc.pdf, letzter Abruf am 30.8.2018).

³⁷ Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, 31.5.2018, Unilever gegen L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, abrufbar unter <https://www.eius.it/giurisprudenza/2018/351>. Das Gericht weist ausdrücklich auf die besondere Situation im *Intel*-Verfahren hin, die es ausschließe, dem Urteil einen allgemeinen Grundsatz dahingehend zu entnehmen, dass nunmehr stets ein AEC-Test durchzuführen sei.

Aussage zur Erfordernis, Verdrängungswirkungen im Einzelfall nachzuweisen, lässt sich ihm nicht entnehmen.³⁸ Dies gilt erst recht für die Umstände und die Erkenntnismittel, die zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit herangezogen werden können. Die Sorge, dass überzogene Anforderungen an die Einzelfallanalyse und Prognose das Führen kartellrechtlicher Missbrauchsverfahren praktisch unmöglich machen, dürfte deshalb nicht gerechtfertigt sein.

II. Die Erfassung neuer Fallgruppen und Sachverhalte

Die aktuelle behördliche Praxis zeigt auch, wie die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht mit neuen Sachverhalten und Problemlagen umgehen kann, die insbesondere digitale Plattformen aufwerfen. Die bisherigen Verfahren betreffen dabei weniger die Aufbauphase, in der es häufig zunächst zu einem starken Wettbewerb „um den Markt“ kommt (1.), sondern die anschließende Phase, wo bereits marktstarke Unternehmen versuchen, die erreichte Position zu verteidigen, zu konsolidieren und auf andere Märkte auszuweiten und sich dabei nicht-leistungswettbewerblicher Mittel bedienen (2.).

1. Aufbau einer marktstarken Stellung

Innovative Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft werben häufig in einer Aufbauphase zunächst Nutzer an, denen sie ihre Dienstleistungen meist sehr günstig bzw. kostenfrei anbieten. In dieser Phase operieren Unternehmen möglicherweise mit Verlusten, die aber mit dem Ziel eines schnellen Zugewinns an Marktanteilen in Kauf genommen werden. Dabei ist es durchaus nicht ausgeschlossen, dass sich Unternehmen hierbei hauptsächlich mit leistungswettbewerblichen Mitteln durchsetzen, etwa indem sie aus Sicht der jeweiligen Marktgegenseite(n) qualitativ gute Produkte oder Dienstleistungen anbieten, diese optimal vermarkten oder besonders günstige Preise oder attraktive sonstige Bedingungen anbieten.

Der Erwerb und Erhalt einer marktbeherrschenden Stellung mit leistungswettbewerblichen Mitteln ist kartellrechtlich grundsätzlich erlaubt. Kernpunkt der Missbrauchsverfahren ist es dann, die Grenze zum missbräuchlichen Verhalten auszumachen und zu begründen. Sofern im Ergebnis keine verbotenen Verhaltensweisen hinzukommen, ist diese Stellung als solche mit

³⁸ A.A. etwa *Komninos*, Intel: The ECJ finally speaks – Time to listen!, *Competition Law & Policy Debate* 2018, Heft 2, S. 42-50, der davon ausgeht, dass der EuGH von *per se*-Verboten insgesamt abgerückt sei.

kartellrechtlichen Mitteln also kaum aufzugreifen. Es stellt sich dann allenfalls die Frage, ob man sie mit anderen gesetzgeberischen Mitteln angeht bzw. versucht, den Markt stärker zu öffnen. Daneben ist zu prüfen, ob und inwiefern die Marktergebnisse im Sinne der Vertragsbedingungen gegenüber Abnehmern oder Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens einer kartellrechtlichen oder anderweitigen Kontrolle unterworfen werden sollen (siehe unter III.).

Soweit es bereits in der „Marktaufteilungsphase“ zum Einsatz leistungsfremder Mittel kommt, bietet das Kartellrecht bisher nur bedingt Eingriffsmöglichkeiten, da seine Regeln erst greifen, wenn Marktbeherrschung (oder relative bzw. überlegene Marktmacht) festgestellt wird.

2. Absicherung oder Ausweitung der eigenen Marktstellung

Nach Erwerb ihrer herausgehobenen Marktstellung gehen Anbieter teilweise dazu über, diese Position auch mit nicht leistungswettbewerblichen Mitteln zu verteidigen, weiter auszubauen oder in andere Märkte zu erweitern, etwa indem sie Marktzutritte von Wettbewerbern erschweren oder ihre Marktmacht in andere Märkte hebeln. Instrumente wie Selbstbevorzugung, Kopplung und Exklusivität sind bereits aus anderen Bereichen bekannt, finden sich aber auch in den nachfolgend exemplarisch dargestellten Entscheidungen der Kommission gegen *Google (Google Shopping*³⁹ und *Google Android*⁴⁰) sowie im *CTS*-Beschluss des Bundeskartellamtes.

In *Google Shopping* stellte die Kommission fest, dass Google seit 2008 seine marktbeherrschende Stellung als Suchmaschinenbetreiber missbraucht hat, indem es seinen eigenen Preisvergleichsdienst „Google Shopping“ bei Suchanfragen vor Konkurrenzangeboten platzierte. Algorithmen führten dazu, dass konkurrierende Preissuchmaschinen im Ranking der allgemeinen Suchergebnisse von Google im Durchschnitt erst ab Seite vier aufgelistet wurden, während Googles eigener Dienst ganz oder fast ganz oben auf der ersten Seite angezeigt wurde. Vor dem Hintergrund, dass Nutzer eher auf Links klicken, die besonders sichtbar plat-

³⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 27.06.2017, Fall AT.39740.

⁴⁰ Europäische Kommission, Entscheidung vom 18.07.2018, Fall AT.40099.

ziert sind, ging die Zahl der Aufrufe von konkurrierenden Websites seit Beginn der Zuwiderhandlung in Deutschland um 92 Prozent zurück, während gleichzeitig die Zahl der Zugriffe auf Googles eigenen Dienst um das 35-fache zunahm. Die Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass Google einen Missbrauch seiner Stellung auf den nationalen Märkten für allgemeine Suchdienste in Form der Übertragung von Marktmacht (sog. leveraging) begangen hat, indem es auf den allgemeinen Suchergebnisseiten seinen eigenen Preisvergleichsdienst gegenüber konkurrierenden Preisvergleichsdiensten bevorzugt platziert und anzeigt hat.

Diese Argumentation hat viel Zustimmung aber auch Kritik erfahren, insbesondere vor dem Hintergrund des sehr weitgehenden Eingriffs in das Geschäftsmodell des Unternehmens. Dabei wird nicht nur die Frage aufgeworfen, ob es überhaupt einen Markt für die allgemeine Internetsuche gibt und ob Google auf diesem marktbeherrschend ist. Fraglich sei auch, ob ein separater Markt für (reine) Preisvergleichsseiten existiere, in den bspw. Handelsplattformen nicht einzubeziehen sind, obwohl es Indizien gibt, dass Verbraucher diese verstärkt für die Produktsuche benutzen. Auch die Annahme eines missbräuchlichen Verhaltens wird diskutiert, weil die Verbraucher über zahlreiche Ausweichalternativen verfügten und „Google Shopping“ klar als Werbung gekennzeichnet sei. Mit entgegengesetzter Stoßrichtung werden die lange Verfahrensdauer und der Inhalt der Abstellungsmaßnahmen kritisiert, die es Google erlauben, die bevorzugten Plätze in der Shopping Box in einem Auktionsverfahren zu vergeben.⁴¹

In dem weiteren Verfahren *Google Android* geht es demgegenüber um Verhaltensweisen, die dazu dienen sollen, die ohnehin schon marktbeherrschende Position auf dem Markt für allgemeine Suchdienste weiter zu festigen. Im Einzelnen wurden drei Verhaltensweisen aufgegriffen: Erstens erlaubte Google den Herstellern von Mobilfunkgeräten die Installation der App „Play Store“ nur, wenn sie zugleich die App „Google Suche“ und den Browser „Chrome“ auf ihren Geräten installierten. Beim „Play Store“ handelt es sich um den marktführenden App-Store für Android-Geräte. Er wird von vielen Herstellern als „unverzichtbare“ App bezeichnet,

⁴¹ Vgl. zu den verschiedenen Aspekten etwa *Brauneck*, *Google: Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch Suchmaschinenbetrieb?*, GRUR Int. 2018, 103 ff.

weshalb die Hersteller sich gezwungen sahen, auf den Bundle-Deal einzugehen. Dies ermöglichte es Google, das „Status-quo-Denken“ der Smartphone-Nutzer auszunutzen. Anstatt selbst alternative Programme zu suchen und zu installieren, gebrauchte der Großteil der Nutzer die bereits auf dem Gerät befindlichen Dienste. So wurden nach den Feststellungen der Kommission über 95 Prozent der Suchanfragen über die Google-Suche abgewickelt, wenn sowohl die App „Google Suche“ als auch der Browser „Chrome“ installiert waren. Dagegen wurden auf Geräten von Windows Mobile, auf denen die Google-Suche und der „Chrome“-Browser nicht vorinstalliert waren, weniger als 25 Prozent der Internet-Suchanfragen über die Google-Suche abgewickelt (sondern über 75 Prozent der Suchanfragen über die auf den Geräten vorinstallierte Microsoft-Suchmaschine „Bing“).⁴² Zweitens gestattete Google den Herstellern die Installation der genannten Apps nur unter der Bedingung, dass sie kein einziges mit einer alternativen Android-Version (sog. Android-Fork) betriebenes Gerät entwickelten oder verkauften. Obwohl es sich beim Android-Betriebssystem grundsätzlich um eine Open-Source-Software handelt, deren Quellcode frei zugänglich ist, verhinderte Google somit, dass Hersteller etwa Geräte, die mit dem Android-Fork „Fire OS“ von Amazon betrieben wurden, entwickeln und verkaufen, auf denen andere Apps und Dienste (insbesondere allgemeine Suchdienste) hätten vorinstalliert werden können. Drittens bezahlte Google einige der größten Hersteller von Mobilgeräten sowie Betreiber von Mobilfunknetzen dafür, dass sie auf allen Android-Geräten ihres Sortiments ausschließlich die Suchmaschinen-App von Google vorinstallierten.

Auch diese Entscheidung hat bereits erhebliche Diskussionen ausgelöst. Von Kritikern werden insbesondere Vergleiche mit geschlossenen Systemen wie dem von Apple für seine iPhones verwendeten Betriebssystem iOS angestellt, dem gegenüber Google-Android als jedenfalls teilweise offenes System dem Verbraucher mehr Wahlmöglichkeiten lasse.

⁴² Insoweit ist der Fall mit dem Verfahren der Kommission gegen Microsoft wegen der Kopplung des Betriebssystems Windows mit dem Microsoft Internet Explorers vergleichbar. Auch hier nutzte Microsoft aus Sicht der Kommission „die Trägheit der Anwender“ aus, siehe Beschluss der Kommission vom 16.12.2009 in der Sache COMP/C-3/39.530 – Microsoft (Kopplung).

Auch die bereits erwähnte *CTS*-Entscheidung des Bundeskartellamtes⁴³ hat die Missbrauchsaufsicht im Hinblick auf die Besonderheiten digitaler Plattformen weiter entwickelt. *CTS Eventim* wurde in dem Verfahren die Verwendung von Exklusivvereinbarungen mit Veranstaltern sowie mit Vorverkaufsstellen untersagt. Dabei spielte eine besondere Rolle, dass das Unternehmen als Plattform einerseits Veranstaltern den Vertrieb von Tickets ermöglicht, während andererseits Vorverkaufsstellen die Möglichkeit eröffnet wird, über die Plattform Tickets zu buchen. Beide Marktseiten sind aufgrund der deutlich größeren Reichweite der Ticketsysteme auf diese Vertriebsart angewiesen. Das Bundeskartellamt hat bei der Beurteilung der Marktstellung von *CTS Eventim*, das parallel zum Plattformgeschäft auch mit dem konzerneigenen Online-Shop „eventim.de“ selbst tätig ist, u.a. das Vorliegen indirekter Netzwerkeffekte, die zwischen den verschiedenen Nutzergruppen der Plattform bestehen, das beschränkte Multi-Homing der Veranstalter- und Vorverkaufsstellen-Seite und den *CTS* zukommenden, erheblichen wettbewerbsrelevanten Datenvorsprung berücksichtigt. Es hat damit die vom Gesetzgeber mit der 9. *GWB*-Novelle in § 18 Abs. 3a *GWB* eingeführten, zusätzlichen Marktmachtkriterien für mehrseitige Märkte und Netzwerke ausführlich geprüft und wichtige Orientierungspunkte für ihre weitere Anwendung gesetzt.

III. Zielrichtung: Schutz nur des Wettbewerbsprozesses oder auch der Marktgegenseite?

Ist eine Marktstellung so stark geworden, dass Nutzer nicht mehr ohne weiteres ausweichen können, sind Unternehmen ggf. versucht, die Monetarisierung ihres Geschäftsmodells zu intensivieren oder die Bedingungen für die Marktgegenseite auf andere Weise zu verschlechtern. Hier ist als kartellrechtliche Grenze insbesondere der Ausbeutungsmissbrauch zu nennen. Angesichts hoch konzentrierter Märkte in der digitalen Wirtschaft, aber etwa auch im Lebensmitteleinzelhandel, stellt sich zunehmend die Frage, inwieweit Missbrauchsaufsicht auch dem (alleinigen) Schutz der Marktgegenseite dient und damit auf die Gewährleistung von Verteilungsgerechtigkeit innerhalb des jeweiligen Austauschverhältnisses zielen kann.

⁴³ Siehe oben Fn. 35.

Das laufende *Facebook*-Verfahren des Bundeskartellamtes wird u.a. unter dem Gesichtspunkt hinterfragt, ob der Schutz der Endnutzer als solcher eine hinreichende Schadenstheorie darstellen kann.⁴⁴ Gegenstand des Verfahrens sind Vertragskonditionen, die sich Facebook im Hinblick auf Daten einräumen lässt, die nicht bei der Nutzung des sozialen Netzwerks selbst generiert werden, sondern aus „Drittquellen“ stammen. Diese Drittquellen sind zum einen konzerneigene Dienste wie WhatsApp oder Instagram. Zum anderen handelt es sich um konzernfremde Drittwebseiten und Apps. Das Bundeskartellamt prüft dies unter dem Gesichtspunkt eines Konditionenmissbrauchs nach Art. 19 Abs. 1 GWB. Von Bedeutung ist insoweit die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach die Unangemessenheit von Konditionen auch anhand von Wertungen des Zivilrechts, etwa des AGB-Rechts, oder anhand einer grundrechtlichen Interessenabwägung überprüft werden kann. Da dies für alle gesetzlichen Wertungen gilt, die den Schutz einer Vertragspartei in einer ungleichgewichtigen Vertragsposition bezwecken, untersucht das Bundeskartellamt die Vertragskonditionen Facebooks auch anhand datenschutzrechtlicher Wertungen.

Eine Besonderheit des deutschen Rechts stellt darüber hinaus das sog. Anzapfverbot dar, das nach § 20 Abs. 2 i.V.m. 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB schon bei relativer Marktmacht gilt und bereits die Aufforderung zur Gewährung sachlich nicht gerechtfertigter Vorteile dem Missbrauchsverbot unterwirft. Diese Regelung hat der Bundesgerichtshof kürzlich in seiner Entscheidung zu den EDEKA-Hochzeitsrabatten in verschiedenen Punkten konkretisiert. Insbesondere hat er ausgeführt, dass relative Marktmacht sich primär über das Maß der Asymmetrie in der wechselseitigen Abhängigkeit definiert. Dies macht die Regelung auch in Bezug auf digitale Plattformen sehr gut handhabbar: So mag es zwar der Fall sein, dass auch kleinere Händler verschiedene Vertriebskanäle nutzen und ggf. auch auf mehreren Handelsplattformen vertreten sind. Häufig machen sie aber einen wesentlichen Teil ihres Umsatzes über eine bestimmte Plattform und würden diesen Umsatz weitgehend verlieren, wenn sie auf der Plattform nicht

⁴⁴ Vgl. dazu etwa *Pomana*, Wettbewerbsrecht und Datenschutz: Facebook im Visier des Bundeskartellamtes, BB 2018, 965, 975, die offenbar in Betracht zieht, dem EuGH-Urteil in Sachen *Intel* zu entnehmen, dass nunmehr auch beim Ausbeutungsmissbrauch eine Wettbewerbschädigung nachzuweisen ist. Kritisch zum Verfahren auch *Wiemer*, Facebook: Kartellrechtlicher Datenschutz – das Ende der Gratiskultur im Internet?, WuW 2018, 53.

mehr vertreten sind; umgekehrt sind die einzelnen Händler aus Sicht der Plattform aber unbedeutend und verzichtbar.

Auch wenn diese Tatbestände es erlauben, die Angemessenheit der Forderungen oder Vertragsbedingungen unabhängig von möglichen Auswirkungen auf Wettbewerber und die Marktstruktur einer kartellrechtlichen Prüfung zu unterwerfen, so werden mögliche Auswirkungen im Horizontalverhältnis in der wettbewerblichen Analyse und bei der Ausübung des Aufgreifermessens regelmäßig eine Rolle spielen. So ist bei der Ausübung von Nachfragemacht von Bedeutung, dass bessere Einkaufskonditionen absatzseitig einen wesentlichen Vorteil gegenüber Wettbewerbern begründen („Spiraleffekt“) oder sogar zu einer Verschlechterung von deren Konditionen („Wasserbetteffekt“) führen können.⁴⁵ Eine übermäßige Datenerhebung zu Lasten der Nutzer kann es einem sozialen Netzwerk zugleich ermöglichen, den eigenen Dienst weiter zu optimieren und zusätzliche Nutzer an sich zu binden. Außerdem kann das Angebot zielgerichteter Werbung anhand der erstellten Nutzerprofile verbessert werden und das Netzwerk dadurch für Werbekunden immer unverzichtbarer werden.⁴⁶

⁴⁵ Vgl. Hintergrundpapier zur Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 18. September 2008 – „Nachfragemacht im Kartellrecht: Stand und Perspektiven“.

⁴⁶ Siehe Bundeskartellamt, 19.12.2017, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren, S. 4 f., abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

D. Perspektiven: Mögliche Fortentwicklung des Instrumentariums

Der Blick auf die aktuelle Praxis verdeutlicht, dass die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht sich den Herausforderungen neuer Gefährdungslagen stellt und durch die Fortentwicklung etablierter Tatbestände mit ihnen umgehen kann. Die Frage, ob in bestimmten Bereichen legislative Anpassungen oder Klarstellungen vorgenommen werden sollten, um ihre Effektivität weiter zu stärken, steht nicht zuletzt aufgrund der Aussagen im Koalitionsvertrag dennoch im Raum. Dies betrifft insbesondere die Dauer der Verfahren, aber auch die Schwelle, bei der eingegriffen werden kann. Anders als im Bereich wettbewerbsbeschränkender Absprachen besteht bei der Missbrauchskontrolle bekanntlich kein vollständiger Gleichlauf zwischen deutschem und europäischem Kartellrecht, so dass die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 102 AEUV es nicht ausschließt, daneben strengere innerstaatliche Vorschriften zur Anwendung zu bringen (unter II.). Für den verfahrensrechtlichen Rahmen (unter I.) besteht ohnehin eine weitgehende Freiheit des nationalen Gesetzgebers, wobei allerdings künftig die Mindestanforderungen der sog. ECN Plus-Richtlinie zu beachten sein werden.

I. Verfahrensrecht

1. Verfahrensbeschleunigung

Das im Koalitionsvertrag aufgestellte Postulat, wonach Missbrauchsverfahren beschleunigt werden sollen⁴⁷, ließe sich in verschiedener Weise erfüllen. Zunächst liegt auf der Hand, dass dies bei einer Behörde, die u.a. in hohem Umfang mit fristgebundenen und wenig vorhersehbaren Fusionskontrollverfahren befasst ist, eine Frage der (personellen) Ressourcen darstellt.

Wenn man an Anpassungen des Verfahrensrechts denkt, liegt zunächst eine Stärkung des Instruments der einstweiligen Maßnahmen nahe, mit dem sich Behörden in anderen Mitgliedsstaaten in jüngerer Zeit eine gewisse Praxis erworben haben. Hier wäre für Deutschland zu überlegen, inwieweit eine Senkung der Eingriffsvoraussetzungen sinnvoll sein könnte. So sind

⁴⁷ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=D350AC179169F7783B580AD37CD028B1.s3t1?_blob=publicationFile&v=5, S. 60 („Die Wettbewerbsbehörde muss Missbrauch von Marktmacht vor allem auf sich schnell verändernden Märkten zügig und effektiv abstellen können.“).

die entsprechenden Vorschriften des Competition Act im Vereinigten Königreich bereits anwendbar, wenn der „vernünftige Verdacht“ eines Kartellrechtsverstoßes besteht. An seine Grenzen gerät dieses Instrument aber dadurch, dass es nur bei sehr eindeutigen und einfach abzustellenden Sachverhaltskonstellationen zur Anwendung kommen kann. Ein Beispiel kann die einstweilige Aussetzung von Vertragsklauseln sein, etwa von Exklusivitäts- oder Meistbegünstigungsklauseln oder der unzulässigen Kopplung. Soweit umfangreiche Ermittlungen erforderlich werden oder neue Rechtsfragen zu klären sind, dürfte die unmittelbare Durchführung eines Hauptsacheverfahrens im Ergebnis effizienter sein.

Daneben wird vereinzelt auch eine Modernisierung des Verfahrensrechts insgesamt in Erwägung gezogen; hier könnte an einzelnen Stellen eine Beschleunigung bewirkt werden, indem etwa die Zahl von Zusagenvorschlägen eingeschränkt oder bei Eilbedürftigkeit ggf. auch mündlich rechtliches Gehör gewährt wird. Solchen Maßnahmen sind allerdings enge rechtstaatliche Grenzen gesetzt. Unter verfahrensökonomischen Aspekten könnten sie aber zumindest in solchen Fällen sinnvoll sein, in denen ein Unternehmen erkennbar die Strategie verfolgt, das Ergehen einer wettbewerbsbehördlichen Entscheidung so lange wie möglich zu vermeiden.

2. Effektivierung der Abstellungsmöglichkeiten

Aus der bisherigen Praxis des Bundeskartellamtes ist ersichtlich, dass die Verhängung von Bußgeldern in Missbrauchsverfahren mit besonderen Hürden verbunden ist. So ist bspw. der Nachweis der Marktbeherrschung, der häufig u.a. Befragungen von Wettbewerbern notwendig macht (etwa zu ihren Umsätzen oder Nutzerzahlen), in einer strafprozessualen Hauptverhandlung und nach den Regeln des Strengbeweises nur sehr schwierig zu führen. Dies führt dazu, dass auch relativ klare Missbrauchsfälle im Verwaltungsverfahren geführt werden; dagegen verhängt die Europäische Kommission auch in Missbrauchsverfahren hohe Bußgelder, was mit einer höheren generalpräventiven Wirkung verbunden sein dürfte. Daher wäre zu überlegen, inwieweit es dem Bundeskartellamt erleichtert werden kann, auch in Missbrauchsverfahren Bußgelder zu verhängen und die Effektivität der Durchsetzung damit zu stärken. Eine Gelegenheit hierfür könnte die Umsetzung der bereits genannten ECN Plus-Richtlinie

sein⁴⁸, die u.a. vorsehen wird, dass die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden in nicht-strafrechtlichen Verfahren wirksame und abschreckende Bußgelder auch wegen Verstößen gegen Art. 102 AEUV verhängen können müssen.

3. Verhältnis zur Durchsetzung anderer Regelungsbereiche

Weitet man den Blick, so sind neben der Missbrauchskontrolle auch die in verschiedenen Gesetzgebungsvorschlägen der Europäischen Kommission⁴⁹ vorgesehenen, zusätzlichen behördlichen Abstellungsbefugnisse zu berücksichtigen. Soweit diese eine inhaltliche Nähe zur Missbrauchsaufsicht aufweisen, stellt sich die Frage, ob die dazugehörigen Durchsetzungsbefugnisse nicht sinnvollerweise in einer Hand liegen sollten. Ein näherer Blick auf die verschiedenen Regulierungsvorschläge für digitale Plattformen zeigt, dass die im Kartell-, Lauterkeits- und Verbraucherschutzrecht adressierten Sachverhalte häufig eine große inhaltliche Nähe aufweisen (insb. in Bezug auf fehlende Transparenz und Machtungleichgewichte). Es scheint auch, dass Defizite oft weniger in den materiell-rechtlichen Vorgaben sondern eher in deren effektiver Durchsetzung liegen. Das Bundeskartellamt hat für den Bereich Verbraucherschutz bereits mit der 9. GWB-Novelle Zuständigkeiten zur Analyse von Rechtsverstößen von erheblichem Ausmaß erhalten und nutzt diese, um Sektoruntersuchungen in den Bereichen Vergleichsportale und Smart-TVs durchzuführen. Sollten hierbei Verstöße festgestellt werden, könnten diese nach derzeitiger Rechtslage aber nicht behördlich abgestellt werden, weil es bislang an entsprechenden Befugnissen fehlt.⁵⁰

⁴⁸ Siehe den zwischen Rat und Europäischem Parlament gefundenen Kompromisstext zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (sog. ECN Plus-Richtlinie), abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10033-2018-INIT/en/pdf>. Die Richtlinie steht in der zweiten Hälfte des Jahres 2018 zur Verabschiedung an.

⁴⁹ Siehe oben B.III.

⁵⁰ Siehe dazu *Podszun/ Busch/ Henning-Bodewig*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Februar 2018, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/behoerdliche-durchsetzung-des-verbraucherrechts.html>.

II. Materielle Regeln

1. Vermutungsregeln

Eine Verfahrensbeschleunigung kann nicht nur durch verfahrensrechtliche Anpassungen, sondern auch dadurch erfolgen, dass die Nachweisanforderungen gesenkt werden, soweit dies für einzelne Fallgruppen sinnvoll und gerechtfertigt erscheint. Damit könnte der Gesetzgeber der Gefahr begegnen, dass vor dem Hintergrund des effects-based approach der Ermittlungsaufwand tendenziell weiter steigt⁵¹. Die Auseinandersetzung mit dem *Intel*-Urteil hat allerdings gezeigt, dass die Rechtsprechung zu abgewogenen Beweislastregeln kommt und prohibitive Nachweisanforderungen derzeit eher nicht zu befürchten sind. Auch wäre es mit großen Herausforderungen verbunden, passende Sachverhalte ex ante zu identifizieren und sodann durch eine gesetzliche Regelung zielgenau zu adressieren.

2. Spezialtatbestände

Ebenfalls wäre es denkbar, spezifische Besonderheiten digitaler Plattformen und Netzwerke nicht nur bei der Beurteilung von Marktmacht (vgl. § 18 Abs. 3a GWB) zu berücksichtigen, sondern sie mit zusätzlichen Regeln gezielt zu adressieren. Hierzu macht das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie in Auftrag gegebene Gutachten zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht⁵² konkrete Vorschläge.

Eine Idee zielt darauf, den Einsatz leistungsfremder Mittel bereits vor der Entstehung von Marktbeherrschung besser erfassen zu können, um ein „Tipping“, also ein durch Netzwerkeffekte getriebenes Umkippen ins Monopol zu verhindern. Es wird hierzu empfohlen, einen Tat-

⁵¹ Vgl. etwa *Podszun*, Muss das Kartellrecht schneller werden?, WuW 2017, 577. Siehe oben die Ausführungen zum EuGH-Urteil *Intel* und den sich darauf ergebenden Schlussfolgerungen. Vgl. auch das XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission, die u.a. die Einführung einer Spürbarkeitsgrenze fordert (Rdnr. 678) und mit Blick auf die Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB voraussetzen scheint, dass diese in jedem Fall sämtlich zu prüfen und entsprechende Ermittlungen durchzuführen sind (Rdnr. 767). Das Gutachten ist abrufbar unter http://monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf.

⁵² Siehe *Schweitzer/ Haucap/ Kerber/ Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Endbericht, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi). Das Gutachten wurde am 7. September 2018 veröffentlicht und ist hier abrufbar: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html>.

bestand einzufügen, der es Plattformanbietern in engen Oligopolen verbietet, durch die strategische Behinderung von Wettbewerbern ein „Tipping“ des Marktes zu begünstigen. Erfasst werden sollen insbesondere Verhaltensweisen, mit denen das „Multihoming“, also die parallele Nutzung verschiedener Anbieter, oder der Plattformwechsel künstlich erschwert werden. Damit würde der Versuch unternommen, bereits in der Aufbauphase Konzentrationen entgegen zu wirken, die nicht auf Effizienzen oder einem überlegenen Angebot beruhen.

Weiterhin will das Gutachten die besondere Stellung mehrseitiger Plattformen dadurch stärker herausstellen, dass neben der Angebots- und der Nachfragemacht eine neue Kategorie der „Intermediationsmacht“ eingeführt wird. Damit soll verdeutlicht werden, dass solche Plattformen zwar einerseits Vermittlungsleistungen anbieten, dass sie damit aber gerade den Zugang zu einem bestimmten Absatzkanal oder einer bestimmten Kundengruppe eröffnen und die Anbieter von Waren oder Dienstleistungen von ihnen unter ähnlichen Voraussetzungen abhängig sein können wie herkömmlich von einem Wiederverkäufer. Eine besondere Rolle dürfte eine solche Intermediationsmacht im Fall von Hybridplattformen spielen, die im Vertrieb im direkten Wettbewerb zu den von ihr als Plattform abhängigen Händlern stehen.

Zur Frage des Datenzugangs schlägt das Gutachten eine Klarstellung in § 20 Abs. 1 GWB vor, wonach sich eine Abhängigkeit auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen für eine substantielle eigene Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff zu automatisiert erzeugten Maschinen- bzw. Dienstnutzungsdaten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. In diesem Fall soll eine Pflicht zur Zugangsgewährung auch bestehen können, wenn ein entsprechender „Geschäftsverkehr“ für diese Daten bisher nicht eröffnet ist. Der Vorschlag hat insbesondere die Konstellation vor Augen, dass im Kontext des Internet of Things bestimmte Wertschöpfungsstufen an der Erzeugung wirtschaftlich wertvoller Daten wesentlich beteiligt sind, ohne aber Zugriff auf diese Daten zu erhalten.

3. Verbot der Selbstbevorzugung

Eine zentrale Frage, die im Zusammenhang mit digitalen Plattformen immer wieder diskutiert wird, ist schließlich die Zulässigkeit der Selbstbevorzugung eigener Dienste bzw. Tochterunternehmen. Denn die Anbieter sind häufig vertikal integriert über verschiedene Marktstufen

tätig und bieten Leistungen im Wettbewerb an, die sie zugleich selber für weitere eigene Angebote nutzen. Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot zwingt aber nicht allgemein zu einer Gleichbehandlung außenstehender Unternehmen und konzerneigener Tätigkeit. Die deutsche Rechtsprechung betont, dass das Kartellrecht auch von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich nicht verlange, einen Wettbewerber zum eigenen Schaden zu fördern.⁵³ Hier wird teilweise ein Defizit ausgemacht und gefordert, etwa Suchmaschinen oder Handelsplattformen weitergehenden Gleichbehandlungspflichten zu unterwerfen. Zu beachten ist allerdings, dass es unter dem Missbrauchsverbot durchaus Fallgruppen gibt, wo wegen der Unerlässlichkeit einer Vorleistung (essential facilities) oder der drohenden Verdrängung von Wettbewerbern auf benachbarten Märkten im Ergebnis eine zumindest teilweise Gleichbehandlung mit konzerneigenen Diensten verlangt wird. Dies zeigt nicht zuletzt die *Google Shopping*-Entscheidung. Ein weitergehendes Gleichbehandlungsgebot, wie es aus dem Regulierungsrecht bekannt ist, könnte demgegenüber die Gefahr bergen, dass den Effizienzen und Produktweiterentwicklungsinteressen des marktbeherrschenden Unternehmens nicht hinreichend Rechnung getragen wird.

⁵³ Siehe etwa BGH, 12.11.1991, WuW/E BGH 2755 – *Aktionsbeträge*.