

62. Ergänzungslieferung

Hoeren / Sieber / Holznagel

2024

ISBN 978-3-406-82089-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

besteht ein weiterer Vorteil in der Möglichkeit, nur einzelne Rubriken oder sogar nur einzelne Artikel erwerben zu können statt des gesamten Pakets. Zudem überzeugen die **erleichterte Recherchierbarkeit und Archivierbarkeit**. Das Auffinden bestimmter Dokumente kann durch die Nutzung elektronischer Suchmasken und Verweisungen (Links) um ein Vielfaches beschleunigt werden.

Im Rahmen der Abgrenzung von **Online- und Offline-Musik** stellte die Kommission fest,⁹³ dass sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht sachliche Unterschiede zwischen den Vertriebsformen dafürsprächen, getrennte sachliche Märkte für Online- und Offline-Musik anzunehmen.⁹⁴ Der Kauf von Online-Musik, beispielsweise bei iTunes, sei für den Nutzer bequemer als der physische Einkauf. Ferner könnten beim Online-Kauf einzelne Songs ausgewählt werden, während in Tonträgerform meist nur ganze Alben angeboten würden. Aus Anbietersicht erfordere der Online-Vertrieb völlig andere strukturelle Voraussetzungen als der physische Vertrieb.⁹⁵

Einen **allgemeinen, alle Medien umfassenden Werbemarkt**, lehnen die Behörden ab.⁹⁶ Zwar ist die Eigenständigkeit des Marktes für Internetwerbung von den Parteien mehrerer Verfahren in Frage gestellt worden. Internetwerbung sei in einen Gesamtmarkt für Werbung in Zeitungen, Fernsehen und Hörfunk und anderen Medien einzubeziehen.⁹⁷ Die vorgebrachten Argumente sahen die Behörden jedoch lediglich als Nachweis dafür, dass Produzenten ihre Produkte über mehrere Marketingkanäle bewerben. Eine Austauschbarkeit der Werbung über diese Kanäle sei indes nicht gegeben.⁹⁸ Für getrennte Märkte spricht auch, dass Online mehr **Daten über Nutzer gesammelt** werden und die Werbung dadurch zweckspezifischer und zielgruppengenaue eingesetzt werden kann. Überdies erlaubt Online-Werbung eine genauere Abrechnung auf der Basis von tatsächlichen Kontakten. Denn online kann die Nutzeranzahl präzise ermittelt werden, während offline die Abrechnung auf einer Schätzung des Sichtkontaktes beruht.⁹⁹

DIE FACHBUCHHANDLUNG

⁹³ Zunächst in Kom. 11.10.2000 – M.1845 Tz. 18ff. – AOL/Time Warner; vgl. auch Kommission 20.7.2000 – JV.48 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus; ausf. Kom. 19.7.2004 – M.3333 Tz. 27 – Sony/BMG; bestätigend EuGH WuW 2009, 106ff. – Impala/Kommission; siehe zur Entsch. des EuGH auch Szilágyi ECLR 2008, 726ff.; ebenso in Kommission 21.9.2012 – M.6458 Tz. 115ff. – Universal/EMI.

⁹⁴ Kom. 3.10.2007 – M.3333 Tz. 24 – Sony/BMG; so bereits Kom. 11.10.2000 – M.1845 Tz. 18ff. – AOL/Time Warner; Kom. 20.7.2000 – JV.48 – Vodafone/Vivendi/Canal Plus.

⁹⁵ Kom. 3.10.2007 – M.3333 Tz. 24 – Sony/BMG; bestätigend EuGH WuW 2009, 106ff. – Impala/Kommission.

⁹⁶ Kom. 13.10.1999 – M.1439 Tz. 107 – Telia/Telenor; Kom. 11.3.2008 – M.4731 Tz. 44ff. – Google/Doubleclick; BKartA 17.3.2011 – B6-94/10, 15 – Amazonas; Höppner/Grabenschroer NZKart 2015, 162 (165) mwN; der Entscheidungspraxis teilw. zust. Paal ZWeR 2012, 380 (392), der allerdings allein aus Rezipientensicht argumentiert, was für die relevanten Werbemärkte allenfalls mittelbar eine Rolle spielen kann; medienübergreifende Märkte befürwortend Bohne WRP 2006, 540 (546ff.); Esser NZKart 2013, 135 (137).

⁹⁷ Vgl. Kom. 11.3.2008 – M.4731 Tz. 44 – Google/Doubleclick.

⁹⁸ Kom. 13.10.1999 – M.1439 Tz. 107 – Telia/Telenor; ähnl. Kom. 11.3.2008 – M.4731 Tz. 45 – Google/Doubleclick; Kom. 18.2.2010 – M.5727 Tz. 61 – Microsoft/Yahoo! Search Business; Kom. 22.1.2010 – M.5676 – SevenOneMedia/G+J/IP Deutschland/JV.

⁹⁹ Komm. 11.3.2008 – M.4731 Tz. 45f. – Google/Doubleclick; Höppner/Grabenschroer NZKart 2015, 162 (165).

- 37 Bei **Zeitungen und Zeitschriften** gibt es nach Ermittlungen des BKartA allerdings deutliche Hinweise für Überschneidungen zwischen Tageszeitungen, Anzeigenblättern und deren Internetpräsenzen einerseits sowie Internetportalen andererseits im Bereich des Anzeigengeschäfts.¹⁰⁰ So hat das BKartA jedenfalls für sog. Rubrikanzeigen zB für Immobilien, Kraftfahrzeuge oder Stellenanzeigen eine gewisse Austauschbarkeit zwischen Anzeigen in Online-Rubrikenportalen und Anzeigen in regionalen Tageszeitungen festgestellt.¹⁰¹
- 38 **Zusammenfassend** wird es aufgrund der kontinuierlichen Konvergenz aller Medien und Übertragungswege zunehmend schwierig sein, Marktverhältnisse anhand herkömmlicher Maßstäbe zu bestimmen. Die gegenwärtigen und zukünftigen **technischen Entwicklungen** müssen beachtet werden. Marktabgrenzungsfragen gerade im Bereich der Internetökonomie sind keineswegs abgeschlossen und unterliegen der ständigen Weiterentwicklung. Dies veranlasst die Kartellbehörden dazu, bei jedem Verfahren die neueren Entwicklungen bei der Marktabgrenzung intensiv zu analysieren, wie zB die Frage, ob Werbung für **mobile Suchdienste** technischen oder kommerziellen Besonderheiten unterliegt und dadurch einen eigenständigen Markt zuzuordnen ist. Dies hatten im Ergebnis 31 von 45 der Befragten in dem Verfahren Microsoft/Yahoo (noch) verneint.¹⁰² Heute könnte die Befragung durchaus anders ausgehen.
- 39 Unabhängig von der genauen Marktabgrenzung ist aber fraglich, ob die möglicherweise hohen Marktanteile, die ein Unternehmen in einem **dem Wandel unterworfenen oder rückläufigen Markt** hat, noch eine Aussagekraft haben. Denn Marktmacht kann dieses Unternehmen ebenso wenig ausüben wie ein Unternehmen, das kurzfristig in einen neuen Markt einsteigt und für eine Übergangszeit über hohe Marktanteile verfügt, bis andere Unternehmen mit ähnlichen Produkten nachziehen. Vielmehr werden Anbieter eines dem Innovationsdruck unterliegenden Produktes versuchen, möglichst lange möglichst viele Kunden zu halten, und zwar durch für den Kunden möglichst günstige Angebote. Ihr Verhaltensspielraum ist regelmäßig eingeschränkt.
- 40 **4. Märkte um und mit Algorithmen.** Der Einsatz von Algorithmen ermöglicht und gestaltet vielfältige neue, vor allem internetbasierte und datengetriebene Geschäftsmodelle. Besonderes Augenmerk legen die Wettbewerbsbehörden auch und gerade auf Instrumentarien zur **algorithmischen Preisbildung** (algorithmic pricing).¹⁰³ Algorithmische Preisbildung¹⁰⁴ kann dynamisch und/oder personalisiert erfolgen. **Dynamische Preisbildung** mündet in Preisen, die das Ergebnis von Preisanpassungen aufgrund von Veränderungen des Angebots und der Nachfrage auf dem Markt sind.¹⁰⁵ Steigt die Nachfrage nach einem Produkt, erhöhen sich die dynamischen

¹⁰⁰ Tätigkeitsbericht BKartA 2009/10, BT-Drs. 17/6640, 97. Das OLG Düsseldorf legt hier allerdings einen deutlich strengeren Maßstab an: das Internet sei allenfalls schwacher Substitutionswettbewerb, OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 1213 Tz. 77.

¹⁰¹ BKartA 21.4.2009 – B6-150/08 Tz. 67 – Haller Tagblatt (abschließende Marktabgrenzung offengelassen).

¹⁰² Kom. 15.1.2010 – M.5727 Tz. 78–80 – Microsoft/Yahoo!.

¹⁰³ Zur Diskriminierung durch algorithmic pricing → Rn. 99.

¹⁰⁴ Umfassend zu den technischen Möglichkeiten des Einsatzes von Algorithmen bei der Preissetzung Dück/Mäusezahl/Symnick ZWeR 2019, 94 (96ff.); Ott WuW 2022, 590 (592ff.).

¹⁰⁵ Paal GRUR 2019, 43 (44) mwN.

Preise automatisch (und umgekehrt). Im Falle von **personalisierten Preisen** werden die Preise auf bestimmte Personen oder Gruppen anhand bestimmter Kriterien zugeschnitten.¹⁰⁶

Zur Bestimmung der relevanten Märkte ist zwischen dem Wettbewerb *um* Algorithmen und dem Wettbewerb *mit* Algorithmen zu unterscheiden. Das Bedarfsmarktkonzept kann bei der Abgrenzung von Algorithmen-Märkten (**Wettbewerb um Algorithmen**) an seine Grenzen stoßen, vor allem wenn sich die Algorithmen in sehr unterschiedlichen Szenarien einsetzen lassen. Nicht selten knüpfen sie an Merkmale an, die einem stetigen Wandel unterworfen sind, wie Kultur, Sprache und technologischer Fortschritt. Entwickeln sich Algorithmen zu einem Standard kann im Einzelfall auch der „Standard-Algorithmus“ selbst einem getrennten, eigenständigen Markt zuzuordnen sein.¹⁰⁷ 41

Hinsichtlich der Produkte oder Dienstleistungen, die mithilfe eines Preialgorithmus bepreist werden (**Wettbewerb mit Algorithmen**), ergeben sich bei der Marktabgrenzung zunächst zwar keine Besonderheiten. Allerdings kann der Einsatz des Algorithmus dazu führen, dass etablierte Marktabgrenzungskriterien, wie insbesondere der SSNIP-Test, ihre Aussagekraft verlieren können. Denn dynamische und personalisierte Preisanpassungen können dazu führen, dass sich keine einheitlichen Preise für größere Kundengruppen mehr belastbar herausbilden.¹⁰⁸ Sie können ferner dazu führen, dass bislang aufgrund von Preisunterschieden getrennte Märkte (zB hochpreisige gegenüber niedrigpreisigen Produkten) zusammenwachsen.¹⁰⁹ 42

II. Räumliche Marktabgrenzung

Der **räumlich relevante Markt** ist ein abgegrenzter Bereich, in dem das fragliche Erzeugnis vertrieben wird und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind. Er unterscheidet sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen, die unter anderem von den **Transportkosten, Sprachbarrieren und rechtlichen Rahmenbedingungen** abhängen.¹¹⁰ Dabei wird, wie bei der sachlichen Marktabgrenzung, ebenfalls auf die Kriterien der Austauschbarkeit auf Nachfrageseite, inklusive des **SSNIP-Tests**, und ausnahmsweise der Angebotsumstellungsflexibilität auf Angebotsseite zurückgegriffen.¹¹¹ 43

Das **Internet** macht die Welt globaler. Nationale Grenzen werden durch den ungehinderten Zugang von fast jedem Ort auf der Welt überwunden. Trotzdem sind die Märkte damit noch lange nicht überregional oder gar weltweit. Für einen **Weltmarkt** dürfen keine Marktzutrittschranken bestehen, und eine gegenseitige 44

¹⁰⁶ Paal GRUR 2019, 43 (44) mwN.

¹⁰⁷ Paal GRUR 2019, 43 (45).

¹⁰⁸ Ylinen NZKart 2018, 19 (22); Paal GRUR 2019, 43 (44).

¹⁰⁹ Vgl. Paal GRUR 2019, 43 (45).

¹¹⁰ EuGH Slg. 1978, 207 Rn. 10f. – United Brands; Kom., Bek. Marktdefinition, ABl. 1997 C 372, 5 Tz. 8.

¹¹¹ EuGH Slg. 1978, 207 Rn. 45, 56 – United Brands; Kom., Bek. Marktdefinition, ABl. 1997 C 372, 5, Tz. 10ff.; BGH WuW/E DE-R, 1301 (1302) – Sanacorp/ANZAG; BGH WuW/E, 1655 (1657) – Zementmahanlage II; BKartA WuW/E, 2114 (2115f.) – Coop Schleswig-Holstein-Deutscher Supermarkt; BKartA WuW/E, 2161 (2162) – Coop-Wandmaker.

Marktdurchdringung nationaler Staaten muss erkennbar sein.¹¹² Sprache,¹¹³ rechtliche Barrieren,¹¹⁴ nationale Präferenzen, kulturelle Besonderheiten sowie beim Internet-versandhandel auch die Notwendigkeit des physischen Transports führen oftmals zu **nationalen Rezipienten- und auch Werbemärkten**.¹¹⁵

C. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen

- 45 Anders als die Fusionskontrolle, die durch Marktkonzentration entstehende Wettbewerbsbeschränkungen von vorneherein (ex ante) verhindern soll, verfolgt das **Wettbewerbsverbot in Art. 101 AEUV und § 1 GWB** wettbewerbswidriges Verhalten repressiv. Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, die gegen Art. 101 AEUV und § 1 GWB verstoßen, sind verboten und damit **zivilrechtlich unwirksam** (gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 GWB iVm § 134 BGB). Daneben können die Wettbewerbsbehörden Maßnahmen treffen. Dazu zählen die Verhängung von **Geldbußen** gegenüber dem Unternehmen, für das die Handlung vorgenommen wurde, bis zu 10 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes des Konzerns (Art. 23 VO

¹¹² Immenga/Mestmäcker/Körper FKVO Art. 2 Rn. 173; zB angenommen für Technologie-Lizenzen (Kom. 3.5.2000 – M.1671 Tz. 96ff. – Dow Chemical/Union Carbide), Personal- und Finanzinvestverwaltungssoftware (Kom. 26.10.2004 – M.3216 Tz. 175 – Oracle/Peoplesoft), Datenbanksysteme (Kom. 21.1.2010 – M.5529 Tz. 110ff. – Oracle/Sun Microsystems), Computer-Betriebssysteme (Kom. 24.3.2004 – C-3/37.792, COM(2004) 900 final, Tz. 426f. – Microsoft) sowie digitale Kartenbanken- und Navigationssoftware (Kom. 14.5.2008 – M.4854 Tz. 39ff., 52f. – TomTom/TeleAtlas).

¹¹³ Siehe dazu auch BGH NZKart 2020, 473 Rn. 35. Sprachbarrieren spielen bspw. auch bei der Untersuchung von Online-Dating-Plattformen eine Rolle, BKartA 22.10.2015 – B6-57/15 Tz. 126 – ElitePartner/Parship. Unklar ist die räumliche Marktabgrenzung dagegen bei sozialen Netzwerken. In Kom. 3.10.2014 – COMP/M.7217 Rn. 64ff., 68 – Facebook/WhatsApp nahm die Kommission wegen der geringen länderspezifischen Differenzen oder Sprachbarrieren einen mind. EWR-weiten Markt an und erwog sogar einen weltweiten Markt. Das BKartA dagegen geht von einem nationalen Markt aus. Hierfür sprächen die ermittelte tatsächliche Nutzung des Dienstes, die vornehmlich der Vernetzung mit Personen im eigenen Land diene, auch nationale Besonderheiten der Nutzergewohnheiten sowie eine fehlende anbieterseitige Umstellungsflexibilität, BKartA Fallbericht v. 6.2.2019 – B6-22/16, 6 – Facebook.

¹¹⁴ Insbes. wenn nationales Recht das Wahrnehmen bestimmter Internetangebote verbietet; dazu Ott, Linking und Framing, S. 219.

¹¹⁵ So zB für soziale Netzwerke, siehe dazu auch BGH NZKart 2020, 473 Rn. 35, ferner für die TV-Märkte aufgrund der Verbreitungstechnik, der nationalen regulatorischen Schranken und der Sprache der Programme BKartA 17.3.2011 – B6-94/10 Tz. 61 – Amazonas; für digitale Musik auf Großhandelsebene zwar noch eher national, aber Entwicklung hin zum EWR-weiten Markt: Kom. 21.9.2012 – M.6458 Tz. 218ff. – Universal/EMI; für das Bereitstellen von Online-Werbung zB Kom. 11.3.2008 – M.4731 Tz. 82 – Google/DoubleClick (nach Länder- und Sprachgrenzen innerhalb des EWR); Kom. 15.1.2010 – M.5727 Tz. 88–93 – Microsoft/Yahoo!; für Online-Spiele Kom. 5.5.1999, JV.16 Tz. 10 – Bertelsmann/Viag/Gamechannel (genaue Marktabgrenzung offengelassen). Im Einzelfall kann sogar eine noch engere Marktabgrenzung erfolgen, wenn rein regionale Angebote beurteilt werden, zB BKartA 27.2.2002 – B6-136/01 Tz. 16, 17 – Gruner+Jahr/Bankgesellschaft Berlin u. a. Eine Übersicht über weltweite, unionsweite, multinationale, nationale und regionale/lokale Märkte nach der Entscheidungspraxis der Kom. gibt Immenga/Mestmäcker/Körper FKVO Art. 2 Rn. 173ff.

1/2003; § 81 c Abs. 2 Nr. 2 GWB), die **Untersagungsverfügung** (vgl. Art. 7 VO 1/2003; § 32 GWB) sowie – im deutschen Recht – die **Vorteilsabschöpfung** (§§ 34, 34a GWB). Werden Geldbußen verhängt, sind diese für die Unternehmen meist empfindliche Sanktionen, die oft – vor allem auf europäischer Ebene – im **zwei- bis dreistelligen Millionenbereich** liegen.¹¹⁶ Mittlerweile hat die EU-Kommission sogar die Milliardengrenze überschritten.¹¹⁷ Viele Unternehmen machen daher Gebrauch von „**Kronzeugenregelungen**“, die auf europäischer wie auf deutscher Ebene zur Anwendung kommen können.¹¹⁸ Schließlich nehmen **Schadensersatzklagen** (§§ 33a ff. GWB)¹¹⁹ und die Durchsetzung anderer zivilrechtlicher Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung nach § 33 GWB an Bedeutung zu. Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die besonderen Herausforderungen beim wettbewerblichen Einsatz des Internets und durch die Digitalisierung von Kommunikation, Prozessen und Produkten auf das Kartellverbot. Für allgemeine Erläuterungen zu den Tatbestandsmerkmalen des Art. 101 AEUV und des § 1 GWB wird auf die allgemeine kartellrechtliche Literatur verwiesen.

I. Horizontale Kooperationen

In den Medien-, Internet- und Digitalmärkten existieren **vielfältige Kooperationen zwischen Wettbewerbern**, die von der losen Zusammenarbeit auf Grundlage einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise bis hin zur Gründung von Gemeinschaftsunternehmen reichen, wobei letztere gegebenenfalls zudem der Zusammenschlusskontrolle unterliegen können, wenn die Voraussetzungen der formellen Fusionskontrolle erfüllt sind. Im Online-Bereich und im Zuge der Digitalisierung finden sich zunehmend Verbindungen von Wettbewerbern durch die gemeinsame Nutzung von **Plattformen** und **Marktplätzen** (→ Rn. 47 ff.) sowie durch den Einsatz von **Algorithmen** (→ Rn. 53 ff.). Mit Blick auf gewerbliche Schutzrechte sind neben dem **Datenpooling** (→ Rn. 60 ff.) kartellrechtliche Fragen rund um **Standardisierungs-Kooperationen** (→ Rn. 63 ff.) von Bedeutung. 46

1. Elektronische Plattformen und Marktplätze. Im Zusammenhang von Plattformen und Marktplätzen sind mehrere Kollisionsmöglichkeiten zwischen Wettbewerbern denkbar. Hervorzuheben sind die direkte Kooperation im Rahmen von **B2B-Handelsplattformen** sowie direkte oder indirekte **Kooperationen unter Einbeziehung des Plattformbetreibers**. Allerdings sind die Möglichkeiten der Koordination von Wettbewerbern durch moderne Blockchain-Technologien und da- 47

¹¹⁶ Siehe für die Statistiken für EU-Bußgelder die Website der Generaldirektion Wettbewerb unter: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Für die Bußgeldberechnung siehe Kom., Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. 2006 C 210, 2–5.

¹¹⁷ Kom. PM v. 19. 7. 2016, IP/16/2582 – Trucks, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2582_en.htm.

¹¹⁸ Kom., Mitteilung über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298, 17–22 (Leniency Notice); auf deutscher Ebene mittlerweile gesetzlich verankert in §§ 81 h ff. GWB.

¹¹⁹ Dazu grdl. Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen; Rengier WuW 2018, 613; Weitbrecht NZKart 2019, 70.

mit die kartellrechtlichen Fragen eines Informationsaustauschs noch nicht abschließend geklärt.¹²⁰

48 a) **Direkte Koordination über B2B-Handelsplattformen.** Wettbewerber können über eine Plattform oder einen Marktplatz **direkt miteinander kooperieren**, beispielsweise über **B2B-Handelsplattformen** mit dem Ziel einer verbesserten digitalen Vernetzung von Marktteilnehmern (Internet of Things)¹²¹ oder zur Koordinierung des gemeinsamen Verkaufs oder Einkaufs oder von Online-Werbung.¹²² Dadurch können sie Kosten sparen und meist auch Geschäftsabschlüsse beschleunigen. Marktplätze und Plattformen führen daher häufig zu **Effizienzgewinnen**, die kartellrechtlich nicht zu beanstanden sind (siehe Art. 101 Abs. 3 AEUV). Sofern eine B2B-Handelsplattform allerdings dazu benutzt wird, klassische Kartellvereinbarungen wie Preisabsprachen oder Marktaufteilungen zu treffen, liegt in diesem Verhalten ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB.¹²³

49 **Ein- und Verkaufsgemeinschaften**, die sich im Rahmen von elektronischen Marktplätzen bilden, sowie koordinierte **Online-Werbung** unterliegen den gleichen Kriterien wie herkömmliche Gemeinschaften. Die Kommission hat in ihren Horizontalleitlinien¹²⁴ die wesentlichen Kriterien zur Beurteilung von Ein- und Verkaufsgemeinschaften und von gemeinsamen Marketing-Maßnahmen niedergelegt.¹²⁵ B2B-Marktplätze, die von den führenden Unternehmen einer Branche betrieben werden, bergen ferner die **Gefahr der Marktabschottung**, wenn der Zugang nicht oder nur zu diskriminierenden Bedingungen angeboten wird und alternative Plattformen fehlen. In der Praxis haben die Gründungsunternehmen von elektronischen Marktplätzen die möglichen Bedenken der Kommission zB dadurch zerstreut, dass sie **Gruppen-einkäufe von vornherein ausgeschlossen** haben, so beispielsweise die Gründer der Marktplätze Covisint, Eutelia und Endorsia.¹²⁶ Zu einer Marktabschottung und zu erhöhten Preisen kann es nach Auffassung des BKartA ferner kommen, wenn ein Online-Marktplatz wie **Amazon** Marketplace sich von den Online-Händlern vertraglich zusichern lässt, alle Produkte, die sie über die Plattform vertreiben, an anderer Stelle im Internet nicht günstiger anzubieten (Preisparitätsklausel), und zwar weder auf anderen Internet-Marktplätzen noch auf eigenen Online-Shops der Händler. Die

¹²⁰ Siehe dazu Serafimova/Salaschek/Stadler WuW 2022, 62 (63 ff.).

¹²¹ BKartA Fallbericht v. 27. 2. 2018 – B5-1/18-001 – XOM Metals, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2018/B5-1-18-01.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹²² Bsp.: Rubriken-Portale wie Kalaydo.de und nordklick, die von mehreren Verlagen gemeinsam betrieben werden, Targeting-Kooperationen, bei denen Medienunternehmen kooperieren, um ihre Reichweite im Bereich des zielgenauen Targeting für Online-Werbekampagnen zu erhöhen, sowie Kooperationen bei der Vermittlung von Online-Werbeflächen, ausf. dazu Jungheim WRP 2011, 519 ff.

¹²³ Ahlborn/Seeliger EuZW 2001, 552 (556); Schroeder WuW 2009, 718 ff.

¹²⁴ Kom., Horizontalleitlinien (Leitlinien zur Anwendbarkeit des Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit), ABl. 2023 C 259, 1 Tz. 273 ff. (Einkaufvereinbarungen) und Tz. 317 ff. (Vermarktungsvereinbarungen); siehe für das deutsche Recht BKartA, Tätigkeitsbericht 1999/2000, BT-Drs. 14/6300, 48.

¹²⁵ Dazu ausf., allerdings noch zur Lage der Horizontalleitlinien 2001 Lochen Elektron. Marktplätze S. 122.

¹²⁶ Züs. Lochen Elektron. Marktplätze S. 123.

Wettbewerbsbehörde beurteilte die Vereinbarung als horizontale Absprache, da Amazon und die Dritthändler direkte Wettbewerber auf den betroffenen Handelsmärkten seien.¹²⁷

Schließlich darf die mit dem Betrieb der Plattform einhergehende **Erhöhung der Transparenz** nicht schädlich für den Wettbewerb sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Plattform einen **Informationsaustausch** über wettbewerbsrelevante Parameter ermöglicht, welcher in wettbewerbschädlichen Kollusionen münden kann.¹²⁸ Ein solcher Informationsaustausch kann zwischen den Wettbewerbern über die Plattform direkt erfolgen oder in sog. **hub and spoke-Konstellationen**¹²⁹ auch indirekt über den Plattformbetreiber. Das BKartA hat in mehreren Verfahren Maßnahmen akzeptiert, um eine wettbewerbschädliche Transparenz zu vermeiden. Dazu gehören unter anderem technische Maßnahmen („Chinese Walls“, personelle Trennung).

b) Kollusion unter Einbeziehung eines Plattformbetreibers. Ein eindeutiger Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB liegt vor, wenn Plattformen von Unternehmen, die sie nutzen und im Wettbewerb zueinander stehen, eingesetzt werden, um eine **Kartellabsprache umzusetzen**, beispielweise wenn Fluggesellschaften die gemeinsam genutzte Buchungsplattform eines Drittanbieters nicht nur für den Verkauf von Flugscheinen, sondern auch zum Austausch von wettbewerbssensiblen Preisinformationen verwenden.¹³⁰ Eine Kollusion liegt auch in sog. **hub and spoke-Konstellationen** vor, in denen ein Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen oder auch eine andere Art der Abstimmung zwischen Wettbewerbern (the spokes) über eine Drittpartei (the hub) stattfindet, welche das Kartellverhalten der Wettbewerber erleichtert.¹³¹ Eine solche Situation lag beispielsweise im Fall **eBooks** vor: Bevor **Apple** im Jahr 2010 sein iPad auf den Markt brachte, vertrieben alle großen Buchverlage eBooks auf der Amazon-Plattform über ein klassisches Großhandelsmodell, wonach Amazon als Weiterverkäufer die Preise selbst festlegte. Um den Amazon-eReader (Kindle) attraktiver zu machen, bot Amazon zu dieser Zeit alle eBooks für 9,99 USD an. Dieser Preis war oft niedriger als der Großhandelspreis, den Amazon den Verlagen zahlte, und überwiegend sehr viel niedriger als gedruckte Bücher, deren Durchschnittspreis bei 26 USD lag. Die Verlage befürchteten **Kannibalisierungseffekte** zulasten der Verkäufe von gedruckten Büchern. Als Apple das iPad auf den Markt brachte, unterzeichnete jeder der fünf größten Verlage einen Vertrag mit Apple, allerdings nicht auf Grundlage des bisherigen Großhandelsmodells, sondern auf **Handelsvertreterbasis**. Die Endverbraucherpreise konnten so von den Verlagen (und nicht von Apple) bestimmt werden. Danach erhöhten die Verlage den Druck auf Amazon, auch die Amazon-Verträge in Handelsvertreterverträge umzustellen. So hatten sie Kontrolle über die Endkundenpreise, was dazu führte, dass diese sich insgesamt erhöhten. Der Fall warf viele Grundlagenfragen auf, die bis heute teilweise nicht geklärt sind, wie etwa der Mechanismus und Umgang mit hub and spoke-Kartellen, die

¹²⁷ BKartA Fallbericht v. 9. 12. 2013 – B6-46/12 – Amazon Marketplace.

¹²⁸ BKartA TB 1999/2000, BT-Drs. 14/6300, 48; BKartA Fallbericht 27.2.2018, B5-1/18-001 – XOM Metals, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2018/B5-1-18-01.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹²⁹ Zum Begriff und zur Problematik sogleich → Rn. 51.

¹³⁰ US v. Airline Tariff Publishing Co., 836 F.Supp. 9, 12 (D.D.C. 1993).

¹³¹ Hainz/Benditz EuZW 2012, 686 mwN (auch „Sternverträge“ genannt).

Beurteilung von Meistbegünstigungsklauseln und der Einordnung einer Plattform als echten oder unechten Handelsvertreter.¹³² Die Kommission stellte das Verfahren jedoch aufgrund von Zusagen von Apple und der Verlage ein.¹³³

52 Denkbar ist schließlich die Konstellation im Sinne eines „hub & spoke“-Kartells, dass die **Initiative einer Koordination vom Plattformbetreiber ausgeht**, der das Wettbewerbsverhalten der angeschlossenen Unternehmen aktiv koordiniert, während letztere sich nur **passiv an der Koordination beteiligen**.¹³⁴ Soweit der Plattformbetreiber nicht gleichzeitig Wettbewerber der angeschlossenen Unternehmen ist, sind hier vertikale wie horizontale Wettbewerbsbeschränkungen denkbar. Wegweisend ist der vom EuGH entschiedene Fall **Eturas**: Mehrere Reisebüros waren an die Reisebuchungsplattform des Administrators Eturas angeschlossen. Über das plattforminterne Mitteilungssystem versendete Eturas eine Nachricht mit dem Vorschlag, für über die Plattform online gebuchte Reisen Rabatte von maximal 3 Prozent zu gewähren. Eturas stellte das System später so ein, dass bei Überschreiten der 3 Prozent-Rabattobergrenze eine automatische Kappung auf 3 Prozent erfolgte. Kein Reisebüro hatte sich nachweislich zu dem Vorschlag von Eturas geäußert. Die Reisebüros machten später unter anderem geltend, sie hätten die Nachricht gar nicht gelesen, das Verhalten von Eturas sei rein einseitig und könne ihnen nicht zugerechnet werden.¹³⁵ Der EuGH stellte eine **horizontale, gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßende Koordination** des Verhaltens der Reisebüros fest, obwohl letztere untereinander zu keiner Zeit (nachweislich) kommuniziert hatten. Die (horizontale) Koordination habe über Eturas als Mittler stattgefunden. Dabei bestätigte der Gerichtshof zunächst seine frühere Rechtsprechung, wonach bereits **passive Formen der Beteiligung an einer Kartellabsprache**, ohne dass sich das teilnehmende Unternehmen ausdrücklich dagegen ausspricht, einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV darstellen. Mit dem Versenden der Mitteilung durch Eturas wird nach den Feststellungen des EuGH – widerlegbar – vermutet, dass die Unternehmen auch Kenntnis von der Nachricht hatten, sofern „andere objektive und übereinstimmende Indizien“ hinzutreten.¹³⁶ Ferner wird vermutet, dass das Unternehmen sich ab dem Zeitpunkt dieser Kenntnis an der Verhaltensabstimmung beteiligt hat.¹³⁷ Diese letzte Vermutung kann durch eine „öffentliche Distanzierung“ von der Verhaltensweise oder durch Anzeige bei den Behörden widerlegt werden.¹³⁸ Das Urteil wirft viele Fragen im Zusammenhang mit unaufgefordert zugehenden Online-Mitteilungen auf. Zwar genügt das bloße Versenden

¹³² Pautke/Schultze WuW 2019, 2 (6).

¹³³ Kom., ABl. 2013 C 378, 25 – E-Books; siehe auch das Verfahren gegen Amazon wegen Paritätsklauseln bei eBooks, welches zwar auch unter Art. 101 AEUV-Aspekten eingeleitet wurde, allerdings iErg wohl eher eine Art. 102 AEUV-Konstellation betraf: Kom., ABl. 2017 C 264, 5 – E-Book-Vertriebsvereinbarungen (PM v. 4.5.2017, IP/17/1223) und BKartA, PM v. 19. 1.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2017/19_01_2017_audible.html.

¹³⁴ Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:42 Rn. 44 – Eturas; das hub and spoke-Konzept ist aber vom EuGH im Fall Eturas nicht aufgegriffen worden. Der EuGH prüft in seinem Urteil wohl auch nur die Abstimmung zwischen den Reisebüros, nicht dagegen eine mögliche (vertikale) Kooperation zwischen dem Administrator von Eturas und dem jeweiligen Reisebüro; dazu Heineemann/Gebicka JECLAP 2016, 434; Ylinen NZKart 2018, 19 (20).

¹³⁵ EuGH ECLI:EU:C:2016:42 – Eturas.

¹³⁶ EuGH ECLI:EU:C:2016:42 Rn. 40 – Eturas.

¹³⁷ EuGH ECLI:EU:C:2016:42 Rn. 44 – Eturas.

¹³⁸ EuGH ECLI:EU:C:2016:42 Rn. 46 – Eturas.