

Europäisches Wirtschaftsrecht

Manuel Bogenreuther

Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten

Eine systematische Einordnung des Falls
Google Search (Shopping)

Nomos | C.H. Beck

Europäisches Wirtschaftsrecht

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow

Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. Klaus Hopt

Prof. em. Dr. Wulf-Henning Roth

Herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.

Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M.

Prof. Dr. Patrick C. Leyens, LL.M.

Prof. Dr. Rupprecht Podszun

Prof. Dr. Wolfgang Wurmnest, LL.M.

Band 77

Manuel Bogenreuther

Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten

Eine systematische Einordnung des Falls
Google Search (Shopping)



Nomos





Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-8627-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3157-7 (ePDF)

D 61

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der juristischen Fakultät der Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur wurden nach Möglichkeit bis August 2021 berücksichtigt.

Auf das Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 10. November 2021 in der Rechtssache *Google und Alphabet / Kommission (Google Shopping)* (T-612/17) konnte daher nur im Hinblick auf den Sitzungsbericht zu mündlichen Verhandlung Bezug genommen werden. Auch die Einordnung der Untersuchung im Verhältnis zum *Digital Markets Act* erfolgte auf Grundlage des Ende 2020 veröffentlichten Entwurfs der Verordnung.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Rupprecht Podszun*, der zu Studienzeiten überhaupt erst mein Interesse am Kartellrecht geweckt hat. Sein fachlicher Rat und seine inhaltlichen und methodischen Impulse waren mir stets sehr wertvoll. Für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens gebührt mein ausdrücklicher Dank Herrn Jun-Prof. Dr. *Jannik Otto*. Herrn Prof. Dr. *Christian Kersting* sowie Herrn Prof. Dr. *Ulrich Noack* danke ich für die Abnahme der mündlichen Prüfung am 14. Februar 2022.

Mein weiterer Dank gilt Herrn *Jonas Weller* für den stetigen fachlichen Austausch während des Anfertigens der Untersuchung sowie für seine wertvollen Anmerkungen beim Korrekturlesen der Arbeit. Gleichmaßen möchte ich mich bei Frau *Magdalena Radlhammer* für die gründliche Korrektur bedanken.

Mein ganz besonderer Dank gilt meiner Frau *Franziska Bogenreuther* für das mehrfache Korrekturlesen und dafür, dass sie mich bei der Entstehung dieser Arbeit stets und mit großer Geduld unterstützt hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

München, April 2022

Manuel Bogenreuther

Executive Summary

Mit der Untersuchung leite ich einen rechtlichen Test für die Untersagung von Selbstbevorzugung unter Art. 102 AEUV her. Unter Selbstbevorzugung verstehe ich ein Verhalten, mit dem ein vertikal integriertes Unternehmen seiner Tochtergesellschaft auf dem nachgelagerten Markt unmittelbare Vorteile gewährt, die es deren Wettbewerbern nicht zuteilwerden lässt. Im Zentrum der Untersuchung steht die Untersagung missbräuchlicher Selbstbevorzugung im Fall „*Google Search (Shopping)*“ durch die Europäischen Kommission. Eine wesentliche Besonderheit des Falls besteht darin, dass Google den missbräuchlichen Marktmachttransfer durch eine Diskriminierung ersten Grades begangen hat. Die Kommission verfolgte in ihrer Entscheidung einen auswirkungsbasierten Ansatz und benannte keine konkreten Tatbestandsmerkmale für die Untersagung dieser Verhaltensweise.

Um dieses Vorgehen rechtlich zu bewerten, definiere ich den Untersuchungsgegenstand „Plattform“ zunächst und stelle Plattformen anschließend in ihrem wirtschaftlichen Kontext der mehrseitigen Märkte dar. Auch unter Berücksichtigung der vielschichtigen ökonomischen Faktoren in solchen vielfach unentgeltlichen Märkten kann die Marktmacht von Plattformen unter Rückgriff auf etablierte Methoden bestimmt werden.

Da strukturell vergleichbare Fallgruppen des Behinderungsmissbrauchs (die Fallgruppen Kopplung, Geschäftsverweigerung und Preis-Kosten-Schere) den Fall *Google Search (Shopping)* nicht erfassen, leite ich nach der Ermittlung von Sachverhaltsparallelen und rechtlichen Parallelen unter Berücksichtigung der gemeinsamen Schadenstheorie Leveraging (Marktmachttransfer) Kriterien für eine neue Fallgruppe zur Untersagung von Selbstbevorzugung unter Art. 102 AEUV her. Diese Kriterien berücksichtigen, dass die Ungleichbehandlung durch ein vertikal integriertes Unternehmen auch Effizienzen generieren kann.

Mithilfe des typisierenden Fallvergleichs können ausdifferenzierte Tatbestandsmerkmale benannt werden, die de lege lata ein Verbot ein „Verbot der diskriminierenden Hebelung“ („discriminatory leveraging“) begründen, welches positiv gewendet eine „Pflicht zur gleichwertigen Behandlung mit sich selbst“ darstellt.

Executive Summary

Diesem Verbot der diskriminierenden Hebelung unter Art. 102 AEUV kommt auch neben den im Entwurf des Digital Markets Acts enthaltenen Regelungen zur missbräuchlichen Selbstbevorzugungshandlungen eigenständige Bedeutung zu.

Inhaltsverzeichnis

Executive Summary	7
A. Einführung	17
I. Selbstbevorzugung	20
II. Forschungsfragen	23
III. Stand der Forschung	25
IV. Gang der Darstellung	29
B. Wettbewerbsrechtliche Implikationen der Plattformökonomie	31
I. Grundlagen	32
1. Grundlegender Wandel in der Wertschöpfung durch die Digitalisierung	32
a. Lineare Wertschöpfung	33
b. Intermedierte Wertschöpfung	33
c. Die Integration in ein Ökosystem	34
2. Wandel im Online-Wettbewerb	35
II. Die Plattformökonomie	37
1. Deskriptive Annäherung an den Untersuchungsgegenstand	38
a. Hierarchische Darstellung	39
b. Kollaborative Darstellung	39
2. Definition des Untersuchungsgegenstandes „Plattform“	40
a. Definition über die Preisstruktur	41
i. Mehrseitige Märkte bei nicht-neutraler Kostenstruktur	41
ii. Kritik	44
b. Definition über Netzwerkeffekte	45
i. Direkte Netzwerkeffekte	46
ii. Indirekte Netzwerkeffekte	46
iii. Differenzierung anhand der Anzahl der Interaktionen	47
iv. Kritik	48
c. Ableitung einer Arbeitsdefinition	49

Inhaltsverzeichnis

3. Kategorisierung von Plattformen auf mehrseitigen Märkten	51
a. Kategorisierung nach Evans	51
i. Market-Makers	51
ii. Audience-Makers	52
iii. Demand-Coordinators	54
b. Kategorisierung nach Filistrucchi et al.	54
i. Transaktionsplattformen	55
ii. Nicht-Transaktionsplattformen	55
c. Kategorisierung des Bundeskartellamts	55
i. Matching-Plattformen	56
ii. Aufmerksamkeitsplattformen	56
d. Stellungnahme	57
III. Definition des Untersuchungsgegenstandes „Hybride Plattform“	58
IV. Konturierung des unionsrechtlichen Marktbegriffs	60
1. Kein Bedürfnis nach (irgend-)einer direkten Austauschbeziehung?	61
a. Daten oder Aufmerksamkeit als Gegenleistung	62
b. Überhaupt keine direkte Gegenleistung	63
c. Stellungnahme	64
2. Betrachtung unentgeltlicher Leistungen im Kontext der wirtschaftlichen Betätigung	65
3. Kritik	67
V. Wettbewerbsrechtliche Implikationen hybrider Plattformen	68
1. Grundlagen vertikaler Integration auf Plattformen	69
2. Reine Vermittlung oder vertikale Integration?	69
3. Die neo-klassische Sichtweise von Bork und Posner	71
4. Die post-Chicago Sichtweise	73
5. Anwendung der Erkenntnisse auf hybride Plattformen	74
6. Interessenskonflikte hybrider Plattformen	76
C. Die marktbeherrschende Stellung von Plattformbetreibern	79
I. Die Marktabgrenzung auf Plattformmärkten	81
1. Matching-Plattformen	85
a. Single Market Approach	86
i. Annahme eines einheitlichen Vermittlungsmarktes	86
ii. Kritik	87

b. Multi Market Approach	89
i. Annahme mehrerer Märkte	89
ii. Kritik	92
2. Aufmerksamkeitsplattformen	93
II. Stellungnahme zur sachlichen Marktabgrenzung auf zweiseitigen Märkten	95
1. Zweifelhafter Nutzen einer Marktabgrenzung anhand von starren Plattformkategorien	96
2. Dynamische Abgrenzung anhand von Aktionen und Interaktionen	97
a. Ermittlung der betroffenen Plattformseiten	98
b. Definition der Bedürfnisse	99
c. Ermittlung der Substitutionsmöglichkeiten	99
d. Praktische Implikationen	100
3. Netzwerkeffekte in der Marktabgrenzung	103
III. Diskussion zur Verfahrensvereinfachung: Eine Plattform, ein Markt?	104
IV. Die Bestimmung der Marktmacht in mehrseitigen Märkten	109
1. Grundlagen zur Bestimmung der Marktmacht	109
a. Marktstruktur	110
b. Unternehmensstruktur	111
c. Marktverhalten	111
2. Übertragung der Kriterien auf zweiseitige Märkte in der digitalen Ökonomie	111
a. Marktstruktur	112
i. Marktanteilsberechnung in unentgeltlichen Märkten	113
ii. Geringere Aussagekraft von hohen Marktanteilen	114
iii. Die Wirkung von Netzwerkeffekten	115
iv. Die Wirkung von Skaleneffekten	118
v. Die Wirkung des Nutzerverhaltens	119
vi. Lock-in-Effekte in nicht-monetären Märkten	120
vii. Zwischenfazit	122
b. Unternehmensstruktur	123
i. Vorhalten digitaler Infrastruktur	123
ii. Vertikale Integration	124
iii. Hoheit über Daten	124
iv. Finanzkraft	125
c. Marktverhalten	126

Inhaltsverzeichnis

3. Stellungnahme zur Bestimmung von Marktmacht auf zweiseitigen Märkten	127
D. Grundlagen zur Selbstbevorzugung	130
I. Der Fall <i>Google Search (Shopping)</i>	131
1. Sachverhalt	131
2. Rechtliche Würdigung	132
a. Marktabgrenzung	132
b. Marktbeherrschung	134
c. Missbrauch der beherrschenden Stellung	135
d. Objektive Rechtfertigung	139
II. Selbstbevorzugung	140
1. Definition der Selbstbevorzugung	141
a. Unternehmensstrukturelle Merkmale	142
b. Verhaltensbezogene Merkmale	144
c. Zusammenfassung	145
2. Anreiz zur Selbstbevorzugung bei Plattformen	146
3. Beispiele für Selbstbevorzugung	149
III. Die Dichotomie zwischen Leistungswettbewerb und Missbrauch	150
1. Der Begriff des Missbrauchs	151
2. Marktversagen als zentraler Aspekt in der Einordnung der Selbstbevorzugung als missbräuchliche Verhaltensweise	154
E. Grundlagen der Induktion	158
I. Darlegung der Methodik zur Herleitung des Verbots der Selbstbevorzugung	159
1. Der typisierende Fallvergleich	161
2. Zur Methode der Auslegung	163
3. Zur Methode der Analogie	165
4. Zum Verhältnis der Methoden	166
II. Untersuchung der ersten Hypothese	168
1. Abstrakte Kriterien der Selbstbevorzugung	169
2. Fallgruppen des Behinderungsmissbrauchs unter Art. 102 AEUV	169
3. Darlegung einschlägiger Fallgruppen	172
a. Kopplung (Tying)	172
i. Rechtliche Rahmenbedingungen	173

ii.	Kopplung erfasst Selbstbevorzugung partiell	180
b.	Geschäftsverweigerung (Refusal to supply)	183
i.	Rechtliche Rahmenbedingungen	184
ii.	Geschäftsverweigerung erfasst Selbstbevorzugung partiell	190
c.	Preis-Kosten-Schere (Margin Squeeze)	192
i.	Rechtliche Rahmenbedingungen	192
ii.	Preis-Kosten-Schere erfasst Selbstbevorzugung partiell	198
d.	Diskriminierungsverbot	203
4.	Ergebnis	207
III.	Untersuchung der zweiten Hypothese	208
1.	Kopplung erfasst nicht <i>Google Search (Shopping)</i>	210
a.	Kopplungsprodukt und gekoppeltes Produkt als trennbare Produkte	212
b.	Kopplungsprodukt nicht ohne gekoppeltes Produkt verfügbar	213
c.	Gefahr einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung	215
d.	Zwischenergebnis	216
2.	Geschäftsverweigerung erfasst nicht <i>Google Search (Shopping)</i>	217
a.	Keine Geschäftsverweigerung	218
b.	Keine Unentbehrlichkeit für den Wettbewerb	220
c.	Ungeeignete Abhilfemaßnahmen	222
d.	Zwischenergebnis	223
3.	Preis-Kosten-Schere erfasst nicht <i>Google Search (Shopping)</i>	223
a.	Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung	223
b.	Zwischenergebnis	224
4.	Ergebnis	224
IV.	Zwischenergebnis aus erster und zweiter Hypothese	225
F.	Induktion eines Rechtssatzes	227
I.	Ermittlung von Sachverhaltsparallelen	228
1.	Kopplung	229
a.	Ökonomische Grundlagen	230
b.	Hilti	234
c.	Tetra Pak II	236
d.	Microsoft (Windows Media Player)	237
e.	Google Android	239

Inhaltsverzeichnis

f. Gemeinsamkeiten der betrachteten Fälle	240
2. Geschäftsverweigerung	242
a. Ökonomische Grundlagen	243
b. Commercial Solvents	246
c. Flughafen Frankfurt	247
d. Magill TV-Guide	249
e. Microsoft (Windows Media Player)	251
f. Gemeinsamkeiten der betrachteten Fälle	254
3. Preis-Kosten-Schere	255
a. Ökonomische Grundlagen	256
b. Napier Brown/British Sugar	258
c. Deutsche Telekom	260
d. Telefónica	263
e. Deutsche Bahn I/II	266
f. Gemeinsamkeiten der betrachteten Fälle	268
4. Ergebnis	268
a. Besonders hohe Marktanteile im vorgelagerten Markt	269
b. Hohe Marktzutrittsbarrieren im vorgelagerten Markt	269
c. Fehlender wettbewerblicher Druck der Marktgegenseite	270
d. Abhängigkeit der Wettbewerber vom Marktbeherrscher	271
e. Verhalten schafft Marktzutrittsbarrieren im nachgelagerten Markt	272
II. Ermittlung von rechtlichen Parallelen	272
1. Beherrschende Stellung auf einem Produktmarkt	272
2. Auftreten auf zwei Märkten im Vertikalverhältnis	273
a. Kopplung	274
b. Geschäftsverweigerung	275
c. Preis-Kosten-Schere	275
d. Zwischenergebnis	276
3. Das missbräuchliche Verhalten als Unterscheidungskriterium	276
4. Auswirkungen des Verhaltens	277
5. Rechtfertigung	279
6. Ergebnis	281
III. Dieselbe Schadenstheorie: Leveraging	282
1. Allgemein zu Schadenstheorien	283
2. Die Leverage-Theorie	284
a. Strukturelle Voraussetzung	285

b. Definition	287
c. Ambivalente Auswirkungen	288
d. Zusammenfassung und Verhältnis zur Marktverschließung	291
3. Leveraging als übergeordnete, konkretisierungsbedürftige Schadenstheorie	293
a. Kopplung	293
b. Geschäftsverweigerung	294
c. Preis-Kosten-Schere	295
d. Zwischenergebnis	296
IV. Konsolidierung: Kriterien zur Untersagung der Selbstbevorzugung	296
1. Konsolidierung der Sachverhaltsparallelen	297
2. Konsolidierung der rechtlichen Parallelen	298
3. Konkretisierung der „künstlichen Verknappung des erforderlichen Inputs“	298
a. Rein wirkungsbasierter Ansatz	299
b. Formaler Ansatz	301
c. Differenzierender Ansatz	304
d. Prozessuale Anforderungen	315
V. Ergebnis: Rechtlicher Test für Selbstbevorzugung	316
G. Deduktion auf den Sachverhalt von <i>Google Search (Shopping)</i>	318
I. Sachverhaltsparallelen zu den behandelten Fallgruppen	318
1. Besonders hohe Marktanteile im vorgelagerten Markt	319
2. Hohe Marktzutrittsbarrieren im vorgelagerten Markt	319
3. Fehlender wettbewerblicher Druck der Marktgegenseite	320
4. Abhängigkeit der Wettbewerber vom Marktbeherrscher	321
5. Verhalten schafft Marktzutrittsbarrieren im nachgelagerten Markt	321
II. Subsumtion des Sachverhalts	322
1. Gleichwertigkeit der Nachfrage	322
2. Ungleichbehandlung	323
3. Ungleichbehandlung betrifft bedeutenden Wettbewerbsparameter	324
4. Tatsächliche Verbesserung der Wettbewerbssituation des eigenen Dienstes	324
5. Keine Kompensationsmöglichkeit	326
6. Gefahr der Marktverschließung	327
7. Rechtfertigung	331

Inhaltsverzeichnis

III. Die Leverage-Theorie als Schadenstheorie	332
H. Ergebniskontrolle und Schlussbetrachtung	335
I. Vereinbarkeit mit dem Schutzzweck des Art. 102 AEUV	335
II. Rechtliche Parallelen des vorgeschlagenen Tests zu etablierten Tests	339
1. Parallele zu regulierten Industrien	339
2. Parallele zum Diskriminierungsverbot	343
III. Regulierung	346
1. Darstellung der Regulierungsansätze	347
2. Einordnung der Vorschläge	349
3. Verhältnis zum vorgeschlagenen rechtlichen Test	350
IV. Reflexion der Methodik	355
V. Fazit	356
VI. Thesenartige Zusammenfassung	358
Literaturverzeichnis	361