

Lea Katharina Kumkar

Online-Märkte und Wettbewerbsrecht

Implikationen der *Platform Revolution*
für das EU-Vertriebskartellrecht



Nomos

Schriften zum Medien- und Informationsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

Band 25

Lea Katharina Kumkar

Online-Märkte und Wettbewerbsrecht

Implikationen der *Platform Revolution*
für das EU-Vertriebskartellrecht



Nomos

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung des Vereins zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Vergleichenden Wirtschaftsrechts e.V.

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

Zugl.: Freiburg i. Brg., Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4123-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-8432-3 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Jan-Felix

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Dezember 2016 fertiggestellt und von der Juristischen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Februar 2017 als Inauguraldissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Dezember 2016 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Boris Paal für die mir im Rahmen meiner Zeit als Assistentin an seinem Lehrstuhl zuteil gewordene Förderung. Ohne sie wäre die vorliegende Arbeit nicht möglich gewesen. Für die Übernahme des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Maximilian Haedicke.

Ferner möchte ich mich bei meinen Kolleginnen und Kollegen sowie den studentischen Hilfskräften bedanken, die mich während meiner Zeit am Institut für Medien- und Informationsrecht begleitet haben. Besonders hervorgehoben seien insoweit Anne-Sophie Landwers, Jakob Rüder, Christoph Wenzel, Isabel Kienzle sowie Victoria Oltmanns, die durch ihr (kritisches) Korrekturlesen und ihre seelische Unterstützung zweifellos einen erheblichen Beitrag zum schnellen Abschluss dieser Arbeit geleistet haben. Dank gebührt auch Herrn Dr. Morton Douglas, Herrn Jan Mühle sowie Frau Anja Scheidgen für wertvolle Anregungen und Gespräche zu dieser Arbeit.

Ich danke auch dem Verein zur Förderung des Deutschen, Europäischen und Vergleichenden Wirtschaftsrechts e.V., der diese Veröffentlichung durch einen Druckkostenzuschuss unterstützt hat.

Nicht zuletzt danke ich meinem Ehemann, Jan-Felix Kumkar, für seine bedingungslose und fortwährende Unterstützung; ihm widme ich dieses Buch.

Freiburg, im Juli 2017

Lea Katharina Kumkar

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	27
A. <i>Platform Revolution</i> – von der Pipeline zur Plattform	28
B. <i>Platform Revolution</i> – Fluch oder Segen?	30
C. Plattform-Nutzer-Vereinbarungen	32
D. Plattformverbote	34
E. Ziel und Gang der Untersuchung	35
F. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands	36
Erstes Kapitel: Grundlagen des Plattformwettbewerbs	38
A. Tatsächliche Rahmenbedingungen des Plattformwettbewerbs	38
I. Begrifflichkeiten und Abgrenzung	40
II. Geschäftsstrategie und Erfolgsparameter	41
III. Erscheinungsformen	42
1. Zielgruppe(n)	42
2. Leistungsumfang	42
3. Finanzierung	43
IV. Vertriebsorganisation und beteiligte Akteure	44
a) Rechtsbeziehungen zwischen Plattformen und Nutzern	45
b) Rechtsbeziehungen zwischen Anbietern und Nachfragern	45
B. Ökonomische Grundlagen des Plattformwettbewerbs	45
I. Begriff der „Plattform“	46
1. Netzwerkeffekte	47
a) Direkte Netzwerkeffekte	48
b) Indirekte Netzwerkeffekte	48
2. Abgrenzung zum Netzwerk	49
3. Abgrenzung zu einseitigen Geschäftsmodellen	50

II. Spezifische Plattformausprägungen	51
1. Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen	52
2. <i>Matching</i> - und Aufmerksamkeitsplattformen	52
1. Stellungnahme	53
III. Plattform- und Netzwerk-Eigenschaft von Handelsplattformen	54
IV. Plattformdesign	55
1. <i>Chicken-and-Egg</i> -Problem	56
2. <i>Critical-Mass</i> -Problem	56
3. Stabilitätsprobleme	58
4. Fehlverhalten der Nutzer	58
5. Berücksichtigung bei Designentscheidungen der Plattform	59
a) Preissetzung	60
b) Verhaltensvorgaben	61
V. Konzentrationstendenzen von (Handels-)Plattformmärkten	62
1. Marktkonzentration durch indirekte Netzwerkeffekte	63
a) Gefahr des Markt- <i>Tipping</i>	63
b) Positive Auswirkungen hoher Marktkonzentration	63
c) Ausgleichende Faktoren	64
d) Schlussfolgerungen	64
2. Marktkonzentration durch Skaleneffekte	65
3. Marktkonzentration durch Vertrauensvorschüsse	66
a) Erfahrungsgüter und <i>Goodwill</i> -Prämien	66
b) Marktabschottungswirkung von <i>Goodwill</i> -Prämien	67
4. Entgegenwirkende Faktoren	68
a) Kapazitätsbeschränkungen	69
b) Heterogenität der Nutzerpräferenzen	69
c) <i>Multi-Homing</i> -Möglichkeiten	70
aa) Einseitiges oder beiderseitiges <i>Multi-Homing</i>	71
bb) Relevante Faktoren	71
cc) <i>Multi-Homing</i> -Möglichkeiten auf Handelsplattformen	72
5. Zusammenfassung und wettbewerbsrechtliche Implikationen	73

Zweites Kapitel: Märkte und Marktmacht in der Internet- und Plattformökonomie	74
A. Grundsätze der Marktabgrenzung	75
I. Marktabgrenzung in behördlicher und gerichtlicher Praxis	76
II. Methoden der Marktabgrenzung	77
1. Bedarfsmarktconcept und Angebotsumstellungsflexibilität	77
2. Quantitative (ökonometrische) Verfahren	78
a) SSNIP-Test	79
b) Kreuzpreiselastizität	80
c) Preiskorrelations- und Preisanpassungsanalysen	80
d) Schwäche quantitativer Methoden	80
3. Konzept der Wirtschaftspläne	81
III. Besonderheiten in Vertikalkonstellationen	81
B. Marktabgrenzung in der Internet- und Plattformökonomie	82
I. Marktabgrenzung in innovationsgeprägten Märkten	83
1. Innovationen als Ursprung der Marktdynamik	84
2. Konsequenzen im Rahmen der Marktabgrenzung	85
a) Entscheidungspraxis	87
b) Alternative Konzepte	87
c) Stellungnahme	89
II. Räumliche Marktabgrenzung im Internet	90
1. Nationale Differenzierungen	93
2. Käuferverhalten und -präferenzen	93
3. Produktcharakteristika	94
4. Transporterfordernisse	94
5. Unterscheidung zwischen digitalen und hybriden Gütern	95
6. Sonderfall Reiseleistungen	96
7. Zusammenfassung	98
III. Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen	98
1. Unentgeltlichkeit als Geschäftsmodell	98
2. Entscheidungspraxis und Ansätze des Schrifttums	99
a) Behördliche und gerichtliche Entscheidungspraxis	100
b) Lösungsansätze der Literatur	102
aa) Gesamtbetrachtung entgeltlicher und unentgeltlicher Angebote	102

bb) Kein Verzicht auf Austauschbeziehung im konkreten Fall	103
cc) Fehlende Verpflichtung zur Leistungserbringung	104
c) Bewertung	104
aa) Bloße Wechselwirkungen konstituieren noch keinen Markt	104
bb) Leistungsaustausch als Kernelement des Marktes	105
cc) Konkretisierung der Gegenleistung innerhalb einer bestehenden Austauschbeziehung	107
(I) Keine Notwendigkeit eines pekuniären Preises	107
(II) Keine Notwendigkeit einer einheitlichen Preisstruktur	108
dd) Exkurs: Vorübergehende Unentgeltlichkeit	110
3. Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle	111
4. Zusammenfassung und Konsequenzen	112
IV. Sachliche Marktabgrenzung von Plattformen	113
1. Ermittlung der relevanten Substitutionsbeziehung(en)	114
a) Grundsätzlich separate Ermittlung der Substitutionsbeziehungen	114
b) (Keine) Sonderfälle symmetrischer Marktabgrenzung	115
2. Einheitlicher Gesamtplattformmarkt oder separate Einzelmärkte	116
a) Europäische Entscheidungspraxis	117
b) Deutsche Entscheidungspraxis	118
c) Wissenschaftlicher Diskurs	119
d) Stellungnahme	121
aa) Wechselseitige Vermittlung vs. einseitiger Kontakt	121
bb) Einheitlicher Plattformmarkt nur bei einheitlichem Bedarf und ähnlichen Präferenzen	122
cc) Praktische Auswirkungen	124
3. Methoden der Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten	125
a) Modifizierter SSNIP-Test	125

b) Weitere Anwendungsschwierigkeiten des SSNIP- Tests auf mehrseitigen Märkten	126
c) Schlussfolgerungen	126
4. Berücksichtigungsschwelle	127
5. Ergebnissicherung	128
V. Zusammenfassung und Ausblick: Herausfordernde Marktdefinitionen in der Internet- und Plattformökonomie	129
C. Exkurs: Marktmacht in der Plattformökonomie	130
I. Geringe(re) Aussagekraft hoher Marktanteile	131
II. Weitere Schwierigkeiten klassischer (einseitiger) Bestimmungsmethoden	133
III. Alternative Kriterien	134
 Drittes Kapitel: Vertikalbeschränkungen im Plattform-Nutzer- Verhältnis	 136
A. Verlauf der weiteren Untersuchung	137
B. Erscheinungsformen und wettbewerbliche Auswirkungen von Plattform-Nutzer-Vereinbarungen	138
I. Ausschließlichkeitsvereinbarungen	140
1. Effizienzsteigernde Einsatzmöglichkeiten	141
2. Wettbewerbsschädliche Einsatzmöglichkeiten	142
3. Kontext und Zielsetzung der Vereinbarung	143
II. Treue- und Bündelrabatte	143
III. Kopplungsbindungen	144
IV. Plattformübergreifende Meistbegünstigungsklauseln	145
1. Funktionsweise und Ausprägungen	146
a) Klassische Meistbegünstigungsklauseln und ihre Unterscheidungsmerkmale	146
aa) Echte und unechte Meistbegünstigungsklauseln	147
bb) Meistbegünstigungsklauseln zulasten des Anbieters/Abnehmers	147
b) Across Platform Parity Agreement (APPA)	148
2. Entscheidungspraxis zu APPAs	149
a) Verfahren auf nationaler Ebene	149
b) Verfahren auf internationaler Ebene	152

3. Theories of harm und Effizienzeinwände bei APPAs	154
a) Theories of harm	154
aa) Wettbewerb auf Ebene der Produkthanbieter	155
bb) Wettbewerb auf Ebene der Plattformbetreiber	157
(I) Beschränkung des Konditionenwettbewerbs	157
(II) Marktabschottungswirkung	159
(III) Steigerung der Kollusionsgefahr	162
b) Effizienzeinwände	162
aa) APPAs und Free Riding	162
(I) Trittbrettfahren auf der Vermittlungsleistung	163
(II) Lösungsmöglichkeiten – APPAs und alternative Strategien	164
bb) Suchkostenreduktion	166
cc) APPAs und Nutzergewinnung	167
dd) Weitere Effizienzeinwände	167
4. Steuerungsfunktion und Beurteilungsmaßstäbe	168
V. Ergebnissicherung	170
C. Beurteilungsmaßstab für vertikale Vereinbarungen im euro- päischen Kartellrecht	171
I. Begriff und Erscheinungsformen	171
II. Ökonomische Erwägungen zu vertikalen Vereinbarungen	173
1. Effizienzförderliche Auswirkungen	173
2. Wettbewerbsschädliche Auswirkungen	174
3. Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der Marktstruktur	174
III. Rechtlicher Beurteilungsmaßstab	175
1. Tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung (Artikel 101 Absatz 1 AEUV)	175
2. Freistellung (Artikel 101 Absatz 3 AEUV)	178
a) Grundsätze der Freistellung	178
b) Einzel- und Gruppenfreistellung	180
aa) Gruppenfreistellung (Vertikal-GVO)	182
bb) Einzelfreistellung (Artikel 101 Absatz 3 AEUV)	183
c) Ergebnissicherung	184

D. Plattform-Nutzer-Vereinbarungen und Kartellverbot	185
I. Tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung (Artikel 101 Absatz 1 AEUV)	186
1. Unternehmen	186
2. Mittel der Wettbewerbsbeschränkung	187
3. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung	189
4. Spürbarkeit	191
5. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	192
6. Kartellrechtliches Handelsvertreterprivileg	194
a) Grundlagen	195
aa) Der kartellrechtliche Begriff des Handelsvertreters	196
bb) Abgrenzungskriterien	197
cc) Reichweite des Handelsvertreterprivilegs	200
b) Ansatz des <i>BKartA</i> im <i>HRS</i> -Beschluss	202
c) Bewertung und Stellungnahme	202
aa) „Ursprung“ der Vertragsklauseln	203
bb) Risikoverteilung	204
(I) Vertragsspezifische Risiken	205
(II) Risiken marktspezifischer Investitionen	206
(III) Risiken in Verbindung mit anderen Tätigkeiten	209
(IV) Zwischenergebnis	210
cc) Mehrfachvertretung	210
(I) Die Problematik der Mehrfachvertretung	211
(II) Stellungnahme	212
cc) Abhängige Stellung	213
(I) Reaktivierung des Eingliederungserfordernis	214
(II) Stellungnahme	215
d) Abschließende Bemerkungen	217
7. Zwischenergebnis	217
II. Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO)	218
1. Auslegung und Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnungen	218

2. Plattform-Nutzer-Vereinbarungen als „Vertikale Vereinbarungen“ im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 litera a) Vertikal-GVO	221
a) Voraussetzungen	221
aa) Unterschiedliche Ebenen der Produktions- oder Vertriebskette	222
bb) Bedingungen, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren und Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen	223
(I) Die Diskussion um den inneren Zusammenhang	223
(II) Stellungnahme	225
b) Anwendung auf Vereinbarungen im Plattform-Nutzer-Verhältnis	226
aa) Vereinbarungen über den Bezug der Vermittlungsleistung	227
bb) Vereinbarungen über die Bedingungen der Transaktionen im Nutzer-Nutzer-Verhältnis	229
(I) Vertikalverhältnis betreffend die Vermittlungsleistung	230
(II) Vertikalverhältnis betreffend die vermittelten Produkte	231
cc) Korrekturbedürftigkeit des Ergebnisses	233
(I) Erwägungen der Vertikal-GVO	234
(II) Vergleichbare Konfliktlage im Plattformvertrieb	235
dd) Angemessenheit der marktanteilsabhängigen Beurteilung	236
ee) Zwischenergebnis	237
3. Anwendungsschwierigkeiten	237
a) Marktanteilsschwelle	238
aa) Flexibilisierung der Marktanteilsschwelle	238
bb) Erhöhung der Marktanteilsschwelle	238
cc) Absenkung der Marktanteilsschwelle	239
dd) Ergebnis	240

b) Kernbeschränkungstatbestände	240
aa) APPAs und der Tatbestand des Artikels 4 litera a) Vertikal-GVO	241
(I) Strenges Wortlautverständnis	241
(II) Erweiternde Auslegung	242
bb) Grundsätzliche Problematik	243
(I) Artikel 4 litera a) Vertikal-GVO	243
(II) Artikel 4 litera b) Vertikal-GVO	245
cc) Revision der Kernbeschränkungstatbestände	245
III. Einzelfreistellung (Artikel 101 Absatz 3 AEUV)	247
1. Vertikale Vereinbarungen zwischen Effizienzgewinnen und Verbotsgrundsatz	247
2. Freistellungsvoraussetzungen	248
3. Nachweis der Freistellungsvoraussetzungen	249
E. Ergebnissicherung	250
Viertes Kapitel: Plattformverbote	253
A. Einführung	253
I. Gang der Untersuchung	254
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	255
III. Grundlagen des Selektivvertriebs	257
1. Abgrenzung zu anderen Vertriebsformen	259
2. Selektive Vertriebssysteme als tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 AEUV	260
3. Tatbestandliche Privilegierung für rein qualitativ- selektive Vertriebssysteme	261
a) Voraussetzungen	261
b) Kritik	262
4. Selektive Vertriebssysteme außerhalb der tatbestandlichen Privilegierung	263
IV. Uneinheitliche Entscheidungspraxis	264
1. Entscheidungspraxis im selektiven Vertrieb	264
a) Die Entscheidung des KG zu Sternjakob	264
b) Die Entscheidung des OLG Karlsruhe zu Sternjakob	265
c) Verfahren vor dem OLG Frankfurt a.M.	265
2. Entscheidungspraxis im nicht-selektiven Vertrieb	267

3. Plattformverbote außerhalb der deutschen Entscheidungspraxis	268
B. Tatsächliche und ökonomische Grundlagen des Vertriebs über Handelsplattformen	268
I. Die Händler-Perspektive	269
1. Einfacher, kostengünstiger und risikoarmer Zugang zum Online-Vertrieb	269
2. Erweiterung der Kundenreichweite	271
II. Die Endverbraucher-Perspektive	272
III. Die Hersteller-Perspektive	273
1. Unzureichende Gewährleistung von Beratungs- und Serviceleistungen	274
a) Prinzipiell hinreichende Beratungsmöglichkeiten und Serviceangebote im Internet- und Plattformvertrieb	274
b) Keine Verbotsrechtfertigung selbst bei höherem Suchaufwand und geringeren Beratungsstandards	275
2. Unzureichender Investitionsschutz	277
a) Trittbrettfahren reiner Plattform-Händler	277
b) Allgemeine Problematik des Internetvertriebs	278
c) Mildere Mittel	279
d) Schlussfolgerungen	279
3. Unzureichender Imageschutz	280
a) Marken- und Produktimage als Schutzziel	280
b) Wettbewerbliche Funktionen des Images	282
aa) Produktimage als (immaterieller) Produktbestandteil	282
(I) Luxusprodukte	283
(II) Erweiterung auf Markenprodukte	284
bb) Produktimage als Qualitätssignal	285
c) Keine produktangemessene Präsentation im Plattformvertrieb	286
aa) Markenprodukte mit Qualitätsimage	287
bb) Luxusprodukte mit Prestigecharakter	289
cc) Unzulässigkeit pauschaler Verbote	290
d) Imagebeeinträchtigung durch niedrige Produktpreise	290

e) Imagebeeinträchtigung durch Abstrahlen eines negativen Plattformimages	292
aa) Das Image von Plattformen aus Kundensicht	292
(I) eBay	293
(II) Amazon Marketplace	294
(III) Schlussfolgerungen	294
bb) Abstrahlungseffekte des Plattformimages	295
(I) Abstrahlungswirkung von Verkaufsstätten (Irradiation)	296
(II) Imagebegründung und -erhaltung	296
(III) Negative Beeinflussung	297
cc) Ergebnissicherung	299
IV. Abschließende Überlegungen zu Vor- und Nachteilen des Plattformvertriebs aus wettbewerblicher Sicht	300
C. Markenschutz im Selektivvertrieb nach <i>Pierre Fabre</i>	301
I. EuGH-Entscheidung in der Rechtssache <i>Pierre Fabre</i>	302
II. Konsequenzen für Beschränkungen des Internetvertriebs	304
1. Reichweite der Inbezugnahme	304
2. Imageschutz im Rahmen des Artikels 101 Absatz 1 AEUV	305
a) Streitstand	306
b) Stellungnahme	307
aa) Kontext der Entscheidung	308
bb) Die markenrechtliche Rechtsprechung des EuGH	310
(I) Das Verhältnis von Marken- und Kartellrecht	310
(II) Markenimage als spezifischer Gegenstand der Marke	311
(III) Kohärentes Verständnis der Wettbewerbsbeschränkung	313
cc) Ergebnissicherung	314
D. Tatbestandliche Privilegierung für zulässige Qualitätsanforderungen im qualitativ-selektiven Vertrieb	315
I. Erforderlichkeit der Einrichtung des selektiven Vertriebssystems	316
1. Imageschutzbezogene Begründungsansätze bei reinen Markenprodukten	317

2. Stellungnahme	318
a) Entscheidung des <i>EuG</i> im Fall <i>Leclerc</i>	318
b) Rechtfertigung im Hinblick auf Verbraucherbedürfnisse	319
c) Verbraucherinteresse am Schutz des Markenimages	320
d) Schlussfolgerungen	321
II. Plattformverbote als objektiv-qualitative Kriterien	321
1. Streitstand	322
2. Stellungnahme	322
III. Objektive Rechtfertigung	324
IV. Sonstige Voraussetzungen	325
V. Zwischenergebnis	326
E. Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Vertikal-GVO)	327
I. Das Verhältnis von Artikel 4 litera b) und c) Vertikal-GVO	328
II. Beschränkung des Gebiets oder der Kundengruppe (Artikel 4 litera b) Vertikal-GVO)	329
1. Tatbestandsauslegung	331
a) Die beschränkbare „Kundengruppe“ im Sinne des Artikels 4 litera b) Vertikal-GVO	332
aa) Plattformnutzer als beschränkbare „Kundengruppe“	332
bb) Der Begriff der „Kundengruppe“	333
(I) Kundengruppe im Sinne der Rückausnahme nach Ziffer i)	334
(II) Kundengruppe im Sinne des Kernbeschränkungstatbestandes (vormals: Kundenkreis)	335
cc) Schlussfolgerungen für Plattformverbote	339
b) „Beschränkung“ im Sinne des Artikels 4 litera b) Vertikal-GVO	340
aa) Erschwernis der Kundenansprache	340
bb) Vollständige Nichterreichbarkeit	341
(I) Wortlaut	341
(II) Systematik	342
(III) Sinn und Zweck des Artikels 4 litera b) Vertikal-GVO	342
(IV) Schlussfolgerungen	343

2. Plattformverbot als zulässige Qualitätsanforderung	343
a) <i>Per se</i> zulässige Qualitätsanforderung durch die Logo-Klausel	345
b) Kernbeschränkungstatbestand als absolute Grenze	348
aa) Unzulässige Beschränkung bei Totalverbot des Internetvertriebs	348
bb) Vernünftige und zumutbare Alternativen zum Plattformvertrieb	349
cc) Nichterreichbarkeit exklusiver „Plattformkunden“	350
dd) Schlussfolgerungen	351
c) Äquivalenzerfordernis der Vertikal-Leitlinien	351
aa) Beurteilungsmaßstab	352
bb) Äquivalenz bei Plattformverboten	353
(I) Keine pauschale Zurückweisung der Gleichwertigkeit	353
(II) Imageschutzbezogene Gestaltungsanforderungen im stationären Vertrieb	354
(III) Rechtfertigung ohne stationäre Qualitätsvorgaben	355
d) Produktbezogene Rechtfertigung	356
3. Rückausnahmen des Artikels 4 litera b) Vertikal-GVO	357
a) Beschränkung des aktiven Verkaufs im Alleinvertrieb (Ziffer i)	357
b) Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler im Selektivvertrieb (Ziffer iii)	358
4. Ergebnissicherung	359
III. Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher im Selektivvertrieb (Artikel 4 litera c) Vertikal-GVO)	360
F. Einzelfreistellung gemäß Artikel 101 Absatz 3 AEUV	363
I. Allgemeine Voraussetzungen	363
II. Investitionsschutz	364
III. Schutz vor intensivem Preiswettbewerb	365
IV. Gewährleistung von Beratung und ordnungsgemäßem Gebrauch	365
V. Imageschutz	366
1. Verhinderung von Imagebeeinträchtigungen	366

Inhaltsverzeichnis

2. Saldierung der wettbewerblichen Vor- und Nachteile	367
3. Zusätzliche Voraussetzungen	367
VI. Ergebnissicherung	369
G. Plattformverbote im nicht-selektiven Vertrieb	369
I. Plattformverbote als tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung	370
II. Freistellung nach der Vertikal-GVO	371
1. Kundengruppenbeschränkung im Sinne des Artikels 4 litera b) Vertikal-GVO	371
2. Rückausnahme für Beschränkungen des aktiven Verkaufs	373
a) Vertrieb über eigene Website	374
b) Vertrieb über Online-Plattformen	374
III. Einzelfreistellung gemäß Artikel 101 Absatz 3 AEUV	375
H. Ergebnissicherung	377
Resümee	380
A. Herausfordernde Marktdefinitionen	381
B. Plattform-Nutzer-Vereinbarungen	382
C. Plattformverbote	384
D. Einbeziehung der Gesamtentwicklungen der <i>Platform Revolution</i>	385
Literaturverzeichnis	387

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
AA/aA	Anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein(e)
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
CMA	Competition and Markets Authority
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
Drucks.	Drucksache
dt.	Deutsch
ECLR	European Competition Law Review
Econ Theory	Economic Theory
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
engl.	englisch
Entsch.	Entscheidung

Abkürzungsverzeichnis

entspr.	entsprechend
ErwGr	Erwägungsgründe
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht
europ.	europäisch
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende, fortfolgende
F&E	Forschung und Entwicklung
FD-GewRS	Fachdienst Gewerblicher Rechtsschutz
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift
GA/GA'in	Generalanwalt/Generalanwältin
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl/Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Ausländischer/Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	GRUR-Rechtsprechungs-Report
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
idR	in der Regel

IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
insb.	insbesondere
Int J Ind Organ	International Journal of Industrial Organization
iSd	im Sinne des
itrB	IT-Rechtsberater
J Law Econ	The Journal of Law and Economics
JCLE	Journal of Competition Law and Economics
JECLP	Journal of European Competition Law & Practice
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J Indus Econ	Journal of Industrial Economics
JPE	Journal of Political Economy
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
Kommission	Europäische Kommission
krit.	kritisch
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
m. Anm.	mit Anmerkung
MarkenG	Markengesetz
MMR	Multimedia und Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OLG	Oberlandesgericht

Abkürzungsverzeichnis

Rev Ind Organ	Review of Industrial Organization
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts
sog.	sogenannt(e)
sonst.	sonstige(r,s)
st.	ständige
Urt.	Urteil
v.	vom
verb.	verbunden
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	zustimmend
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

Digitale Technologien haben in der Vergangenheit zu grundlegenden Veränderungen in nahezu allen Lebensbereichen geführt. Die Güterdistribution stellt insoweit keine Ausnahme dar: Kaum ein Vertriebsweg entwickelt und verändert sich so rasend schnell wie der Online-Handel.¹ Zunehmender Beliebtheit bei den Konsumenten erfreuen sich dabei insbesondere Handels- und Vermittlungsplattformen, welche ihre digitale Infrastruktur auch externen Produkthanbietern zur Verfügung stellen, sodass die Nutzer über eine Webseite Zugriff auf Produkte verschiedenster Anbieter erhalten.²

Das Angebotsspektrum solcher digitaler Plattformen ist weit: So existieren sowohl Plattformen, die sich auf bestimmte Produkt- oder Nutzerkategorien spezialisiert haben – wie beispielsweise das Hotelportal *HRS*, das ausschließlich Hotelübernachtungen vermittelt – als auch Plattformen mit einem weit gefächerten Produktangebot, wie etwa die beliebte Handelsplattform *Amazon Marketplace*. Weitere Differenzierungen können sich aufgrund des gewählten Finanzierungsmodells und Leistungsumfangs der Plattform ergeben.³

Die Vorteile der Plattformen aus Abnehmersicht liegen auf der Hand: Die für Handels- und Vermittlungsplattformen charakteristische Aggregation verschiedener Produkthanbieter verbessert die Vergleichsmöglichkeiten der Kunden und geht daher mit einer Suchkostenreduktion einher. Die Abwicklung der Transaktion über die Plattform bringt zudem nicht selten eine Zeitersparnis mit sich, insbesondere wenn der Kunde mit der Funktionsweise der Plattform vertraut ist. Ein zusätzlicher Nutzen entsteht durch

1 Während der *B2C-E-Commerce-Umsatz* 2010 in Deutschland noch bei unter 25 Milliarden Euro lag, wird für das Jahr 2016 ein Anstieg auf über 44 Milliarden Euro prognostiziert – dies entspricht also nahezu eine Verdopplung innerhalb von nur sechs Jahren, vgl. *HDE*, Handelsverband Deutschland Online Monitor 2016, Broschüre, S. 3.

2 So haben externe Händler 2014 über die Plattform *Amazon Marketplace* über zwei Milliarden Produkte verkauft, eine Umsatzsteigerung von 100% im Vergleich zum Vorjahr, vgl. <http://marketplace-analytics.de/externe-haendler-haben-auf-amazon-in-2014-ueber-2-milliarden-produkte-verkauft> (zuletzt abgerufen am 1.12.2016).

3 Hierzu siehe nachfolgend Kap. 1.A.III.

die hohe Transaktionssicherheit, die Handelsplattformen gewährleisten.⁴ Durch die weitgehend anonyme Abwicklung besteht bei den beiden Transaktionspartnern vor Durchführung der Transaktion regelmäßig eine Unsicherheit über deren Gelingen.⁵ Diese Unsicherheit kann beim Vertrieb über Handelsplattformen gemindert werden, da Name und Bekanntheit des Plattformanbieters insbesondere gegenüber der Nachfragerseite gleichsam als „Versicherung“ für das Gelingen der Transaktion wirken.

Die Bedeutung der Handelsplattformen für die dort tätigen Produkthanbieter wird insbesondere vor dem Hintergrund der Funktionsweise von Meta-Suchmaschinen deutlich:⁶ Da gerade kleinere Anbieter von Produkten und Dienstleistungen kaum in der Lage sind, genügend Traffic⁷ zu generieren, um bei den Suchmaschinenlistungen auf einen der vorderen Plätze zu gelangen, profitieren die Anbieter von der Bündelungsleistung großer Plattformen, die die Anbieter im Internet für die Nutzer sichtbar machen. Zudem können die Produkthanbieter auf den zeit- und kostenintensiven Aufbau eines eigenen Online-Shops verzichten, Zugriff auf den oftmals umfangreichen Kundenstamm der Plattform erhalten und vom gefestigten Vertrauen der Kunden in die Plattform profitieren.

A. Platform Revolution – von der Pipeline zur Plattform

Aus wettbewerblicher Perspektive bedeutsam – und damit auch für die kartellrechtliche Beurteilung signifikant – ist der Umstand, dass das Wertschöpfungsmodell einer Plattform sich fundamental von dem im stationären Vertrieb dominierenden Geschäftsmodell der *Pipeline* unterscheidet. Ein klassisches *Pipeline*-Unternehmen schafft in erster Linie Wertzuwachs, indem es Kontrolle über eine *lineare* Abfolge von Aktivitäten ausübt und Rohstoffe oder Vorprodukte in mehreren Schritten zu wert-

4 Siehe *Beil/Hohmann/Kullas*, cepStudie: Vertikale Beschränkungen und offene Online-Marktplätze, 2014, S. 17.

5 Dies stellt ein allg. Problem des E-Commerce dar, vgl. *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie, 2. Aufl. 2013, S. 218.

6 Vgl. *OECD*, Summary of Discussion on the Hearing on Across-Platforms Parity Agreements, DAF/COMP/M(2015)1/ANN2/FINAL, S. 7. Siehe auch *Wey*, WuW 2014, 119.

7 Mit dem Begriff „Traffic“ wird das Besucheraufkommen auf einer Internetseite beschrieben.

voll(er)en Endprodukten weiterverarbeitet.⁸ Eine Plattform hingegen produziert die über die Plattform ausgetauschten Güter grundsätzlich nicht selbst. Vielmehr konzentriert sich die Tätigkeit der Plattform auf die Bereitstellung einer Infrastruktur, über welche die Nutzer der Plattform (nutzer)eigene Güter austauschen können. Mit anderen Worten: Plattformen schaffen keinen Mehrwert, indem sie selbst Ressourcen *kontrollieren* – Plattformen schaffen einen Mehrwert, indem sie die externen Ressourcen ihrer Nutzer *organisieren*. Damit erweitern Plattformen die traditionelle Wertschöpfungskette: Ihr mehrschichtiges Beziehungsgeflecht schafft völlig neue Formen und Möglichkeiten der Interaktion und Wertschöpfung.⁹

Die sprunghafte Zunahme plattformbasierter Geschäftsmodelle ist kein Spezifikum des (elektronischen) Handels, sondern vielmehr eine Erscheinung, die in vielen von Digitalisierung betroffenen Bereichen beobachtet werden kann. Die Autoren *Parker, Van Alstyne* und *Choudary*¹⁰ haben für dieses Phänomen den Begriff der *Platform Revolution* geprägt. Ihrer Ansicht zufolge handelt es dabei um den zweiten Schritt einer übergeordneten Veränderung traditioneller Geschäftsmodelle durch Digitalisierungsprozesse, die im englischen Sprachraum auch als *Digital Disruption* bezeichnet wird.

Die Digitalisierung führte zunächst in einem ersten Schritt zur Substitution analoger *Pipeline*-Unternehmen durch – effizienter arbeitende – digitale *Pipeline*-Unternehmen: So brachte beispielsweise der Markteintritt von *Amazon*, das als reiner Internetbuchhändler mit linearem Geschäftsmodell begann, zahlreiche der stationären Buchhändler und Buchhandelsketten in Bedrängnis.¹¹ Im zweiten Entwicklungsschritt der Digitalisierung, in dem wir uns nach Einschätzung der Autoren aktuell (noch) befinden, wird das *Pipeline*-Modell *insgesamt* durch eine plattformbasierte Organisationsstruktur ersetzt. Plakatativ verdeutlichen lassen sich diese Entwicklungsschritte an der Entstehung des Fahrdienstvermittlers *Uber*, der die Existenz klassischer Taxiunternehmen von Grund auf in Frage stellt,

8 Zum Wandel von der Pipeline zur Plattform siehe insb. *Van Alstyne/Parker/Choudary*, Harvard Business Manager 6/2016, 23.

9 *Parker/Van Alstyne/Choudary*, Platform Revolution, 2016, S. 8 ff.

10 *Parker/Van Alstyne/Choudary*, (o. Fn. 9).

11 Diese Entwicklung ist nicht ohne Kritik geblieben. So betitelte die ZEIT in einem Artikel vom 23.8.2012 *Amazon* als „Gigant ohne Geist“ und äußerte die Befürchtung „der Buchkultur, wie wir sie kennen, droht der Kollaps“, vgl. <http://www.zeit.de/2012/35/Verlag-Buchhaendler-Amazon> (zuletzt abgerufen am 1.12.2016).

oder auch an *Airbnb*, das auf dem Markt für die Vermietung von Privatunterkünften grundlegende und nachhaltige Veränderungen angestoßen haben dürfte.

B. Platform Revolution – Fluch oder Segen?

Plattformbasierte Geschäftsmodelle sind zweifellos mit einer Reihe von Vorzügen verbunden. Plattformen fördern neue Formen der Wertschöpfung, indem sie umfassendere oder bisher unbekannte Formen der Interaktion zwischen ihren Mitgliedern ermöglichen. In einigen Bereichen können Plattformen zudem (vielfach ineffizient arbeitende) klassische *Gatekeeper* ersetzen, indem sie stattdessen auf den effizienten Mechanismus direkter Nutzerrückmeldungen vertrauen:¹² So setzt *Amazon* bei seinem E-Book-Verlag *Kindle Direct Publishing* nicht – wie im klassischen Verlagswesen üblich – Lektoren zur qualitativen Selektion ein. Vielmehr wird faktisch jedem Autor eine Veröffentlichung auf eigenes Risiko ermöglicht, sodass die Nutzer selbst über ihr Nachfrageverhalten entscheiden, welche Angebote sich auf lange Sicht durchsetzen werden. Diese offene Zugangsstruktur begünstigt Innovationen und neue Produktentwicklungen.

Indem Plattformen die Kosten ihrer Verteilungsinfrastruktur auf eine Vielzahl von Nutzern verteilen, ermöglichen sie die gemeinsame Nutzung vorübergehend nicht benötigter Ressourcen (gemeinhin als *Sharing Economy* bezeichnet). Dies führt zu einer besonders effizienten Güterallokation und damit einem schonendem Ressourceneinsatz, was letztlich auch der Umwelt zugute kommen kann – wie besonders deutlich an der Entwicklung von *Smart Grid*-Technologien zu erkennen ist, bei der die verschiedenen Komponenten eines „intelligenten Stromnetzes“ kommunikativ miteinander verbunden werden und so eine optimale Netzauslastung ermöglichen.¹³ Durch die Bündelung von Anbietern und Nachfragern tragen Plattformen zudem zur Aggregation zersplitterter Märkte bei und können damit

12 Beispiel bei *Parker/Van Alstyne/Choudary*, (o. Fn. 9), S. 7.

13 Als *Smart Grid* werden „intelligente Stromnetze“ bezeichnet, die dezentrale Energieressourcen und erneuerbare Energien in besonderer Weise mit einbeziehen. Auch die Bundesregierung fördert aktuell zahlreiche Projekte in diesem Bereich, vgl. <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Netze-und-Netzausbau/intelligente-netze.html> (zuletzt abgerufen am 1.12.2016).