



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Okan Yildiz

Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft Marktabgrenzung und Marktmissbrauch in der Plattformökonomie

Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft

Marktabgrenzung und Marktmissbrauch in der Plattformökonomie

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Okan Yildiz
von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Andreas Heinemann
und
Prof. Dr. Rolf H. Weber

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 27. März 2024

Der Dekan: Prof. Dr. Thomas Gächter



Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft Copyright © by Okan Yildiz is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2024 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Autor: Okan Yildiz

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

ISBN:

978-3-03805-725-3 (Print – Softcover)

978-3-03805-726-0 (Print – Hardcover)

978-3-03805-727-7 (PDF)

978-3-03805-728-4 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-726>

Version: 1.04 – 20250107

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Okan Yildiz eingereicht und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich angenommen.

Sie wurde betreut von Prof. Dr. Andreas Heinemann, Zweitgutachten von Prof. Dr. Rolf H. Weber.

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/kopplungsgeschaefte-in-der-digitalen-wirtschaft/>.

Die Publikation ist auch auf der Webseite der Zentralbibliothek Zürich abrufbar: <https://www.zb.uzh.ch/de/>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand zwischen September 2021 und Oktober 2023 in wesentlichen Teilen neben meiner Assistenz­­tätigkeit am UFSP Finanzmarktregulierung und während meines Forschungsaufenthalts in Australien. Sie wurde vom Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich im März 2024 als Dissertation abgenommen; später veröffentlichte Literatur und Rechtsprechung konnten bloss punktuell berücksichtigt werden. Während dieser Zeit war ich Empfänger des UZH Candoc Grant (Verfügung Nr. FK-22-015) sowie des UZH Doc.Mobility-Stipendiums (Verfügung Nr. UZHDM-22-02-08).

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann für die fachlich sowie persönlich exzellente Betreuung. Er hat mich in jeder Phase meines Doktoratsstudiums ausgezeichnet unterstützt, mich mit wertvollen Anmerkungen gefördert und mir bei der Ausgestaltung dieser Arbeit volle Freiheit gewährt. Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber danke ich nicht nur für die Erstellung des Zweitgutachtens, sondern vielmehr für die Förderung während meiner Assistenzzeit und den initialen Denkanstoss sowie die Motivierung zum Verfassen einer Dissertation. Ausserdem bin ich ihnen beiden für ihre beispielhafte Unterstützung in Bezug auf meinen Forschungsaufenthalt dankbar.

Weiterer Dank gilt der University of Melbourne und der UNSW Sydney, die mir meinen Forschungsaufenthalt in Australien ermöglicht haben. Der Dank geht insbesondere an Prof. Julie Clarke und Prof. Deborah Healey, die mich beide freundlicherweise an der Gastuniversität empfangen haben. Zudem bedanke ich mich bei Dr. Rhonda Smith für ihre Gastfreundschaft, ihre Hilfsbereitschaft, ihre zahlreichen sowie herausfordernden Gespräche zum Wettbewerbsrecht und ihre kritische Rückmeldung zu einzelnen Thesen meiner Dissertation. Die Zeit in Australien war für mich persönlich sowie fachlich überaus bereichernd.

Meinen Dank richte ich ferner dem Schweizerischen Nationalfonds für die grosszügige Übernahme der Kosten für die Open-Access-Publikation sowie an das Europa Institut der Universität Zürich (EIZ Publishing) für die unkomplizierte Unterstützung bei der Veröffentlichung meiner Arbeit.

Ausserdem hat mein persönliches Umfeld dazu beigetragen, dass sich das Doktoratsstudium nicht zu einer einsamen Angelegenheit entwickelt hat. Sie

haben für den privaten Ausgleich, für unterhaltsame Diskussionen während Kaffeepausen, für mein Wohlbefinden sowie für gute Stimmung in der Freizeit gesorgt und/oder sich «freiwillig» für die Lektüre des Manuskripts gemeldet. Für diese Unterhaltung und Hilfe bedanke ich mich bei Ricardo Stalder, Elias Schuhmacher, Julian Minder, Dr. iur. Lea Ina Schneider und Anna Elisa Stauffer. Zudem bedanke ich mich bei Sandra Piccioni, Dejan Todić, Sinan Ulugöl, Leonie Ballmer, Tobias Kuster, Fabian Ryhiner, Norina Frehner, Lisa Maria Pirisinu, Richard Specker, Frederick Heuzeroth, Selma Hardegger, Larissa Wai-bel, Isabel Liniger, Gianluca Natrella, Dr. Angela Smith und Dr. Siddharth Nar-rain, die allesamt auf ihre Weise einen Beitrag zum erfolgreichen Abschluss des Doktorats geleistet haben. Ferner drücke ich allen nicht mit Namen erwähnten Verwandten bzw. Freunden und Freundinnen meinen Dank aus.

Den grössten Dank verdienen meine Eltern, Sakine Yildiz-Günday und Hüseyin Yildiz, sowie mein Bruder, Tolga Yildiz. Sie haben mich während meiner juristi-schen Ausbildung ständig und liebevoll unterstützt. Ohne ihre langjährige För-derung und Ermutigung wäre das Studium und diese Dissertation nicht mög-lich gewesen.

Zürich, im April 2024

Okan Yildiz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	L
Entscheidverzeichnis	LVII
A. Einleitung	1
I. Aktualität der Arbeit	1
II. Ausgangslage und Gegenstand der Arbeit	3
III. Stand der Literatur	7
IV. Aufbau der Arbeit	10
B. Ökonomische Grundlagen der digitalen Wirtschaft	13
I. Ökonomische Besonderheiten der Märkte in der digitalen Wirtschaft	14
1. Charakteristika der Plattformen	15
a) Mehrseitigkeit und Interaktion	17
b) Netzwerkeffekte	19
aa) Direkte Netzwerkeffekte	20
bb) Indirekte Netzwerkeffekte	21
c) Preisstruktur	24
2. Skaleneffekte	26
3. Konzentrationstendenzen und Wechselkosten	29
a) Gefahr des Market Tipping	29
b) Wechselkosten und Lock-in-Effekte	30
4. Parallelnutzung und Leistungsdifferenzierung	31
a) Multi-Homing und Single-Homing	32
b) Leistungsdifferenzierung	34
5. Bildung von Ökosystemen	36
a) Ökosysteme in der Forschung	36
b) Business-Ökosysteme	37
c) Digitale Ökosysteme	37
aa) Grundlagen	38
bb) Bildung der digitalen Ökosysteme	39
cc) Einzelne digitale Ökosysteme im Überblick	40
(1) Ökosystem von Alphabet und Google	40
(2) Ökosystem von Amazon	42
(3) Ökosystem von Apple	43
6. Zwischenfazit	43
II. Rechtliche Einordnung der wettbewerbsökonomischen Aspekte	45
1. Marktabgrenzung	45
2. Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung	46

3.	Kopplungsgeschäfte	47
C.	Marktabgrenzung auf Märkten der digitalen Wirtschaft	49
I.	Zweck und Notwendigkeit der Marktabgrenzung	51
1.	Skizzierung des Marktbegriffs	51
2.	Konzept der Marktabgrenzung	54
3.	Konzeptionelle Alternativen zur Marktabgrenzung	57
a)	Lerner-Index	57
b)	Direct Effects Approach	58
aa)	Direct Effects Approach in den Vereinigten Staaten von Amerika	58
bb)	Direct Effects Approach in der Europäischen Union	59
cc)	Zwischenfazit	60
c)	Konzeptionelle Alternativen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle	61
4.	Notwendigkeit der Marktabgrenzung auf Märkten der digitalen Wirtschaft	61
a)	Europäische Union	62
aa)	Grundlagen	62
bb)	Evaluierung der Marktdefinitionsbekanntmachung	67
b)	Schweiz	69
c)	Bedeutung der Marktabgrenzung für die Kopplungsgeschäfte	72
d)	Diskussionen zum Verzicht auf die Marktabgrenzung	74
e)	Anwendung einer flexiblen Marktabgrenzung	78
5.	Zwischenfazit	83
II.	Isolierte Analyse der Marktabgrenzung bei einzelnen Teilaspekten der Plattformökonomie	85
1.	Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen	85
a)	Unentgeltlichkeit	86
aa)	Terminologie	86
bb)	Nichtmonetäre Gegenleistung	87
(1)	Daten als Gegenleistung	88
(2)	Aufmerksamkeit als Gegenleistung	90
b)	Bisherige Fallpraxis zu den unentgeltlichen Märkten	91
aa)	Deutschland	91
bb)	Europäische Union	92
cc)	Schweiz	95
c)	Zwischenfazit	97
2.	Marktabgrenzung auf zwei- bzw. mehrseitigen Märkten	98
a)	Abgrenzung zu einseitigen Märkten	98
b)	Bisherige Fallpraxis zu den zwei- bzw. mehrseitigen Märkten	100
aa)	Europäische Union	100
bb)	Schweiz	103
cc)	Vereinigte Staaten von Amerika	105
c)	Zwischenfazit	107
3.	Märkte für digitale Güter	108
a)	Daten als Ressource	108
b)	Daten als Marktprodukt	109
III.	Grundsätze der Marktabgrenzung auf Märkten der digitalen Wirtschaft	112
1.	Grundlagen der Marktabgrenzung	112

2.	Herausforderungen für die Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft	113
3.	Einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte	116
	a) Allgemeines	116
	b) Bedeutung der Unterscheidung	117
	c) Fallpraxis zur Unterscheidung	121
	d) Plattformtheorie	124
	aa) Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen	125
	bb) Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen	127
	cc) Kritische Würdigung der Plattformtheorie	130
	e) Alternative Ermittlungsmethode	136
	aa) Ermittlung der untersuchten Produkte oder Dienstleistungen	138
	bb) Ermittlung der Marktseiten	140
	(1) Nutzermarktseite	141
	(2) Werbemarkt	143
	(3) Weitere Marktseiten	145
	cc) Ermittlung der Marktgegenseite	146
	dd) Auszuwertende Elemente	147
	(1) Netzwerkeffekte	147
	(i) Wechselseitige Netzwerkeffekte	148
	(ii) Einseitige Netzwerkeffekte	150
	(2) Ausschliesslichkeitskriterium	153
	(3) Single- und Multi-Homing	155
	(4) Bedeutung der Plattformtheorie	157
	ee) Berücksichtigung der anderen Marktseiten	158
	ff) Zwischenfazit	159
4.	Anwendung der ermittelten Methode an Beispielen aus der Praxis	160
	a) Online-Dating-Plattformen	160
	aa) Anwendung der Methode von FILISTRUCCHI et al.	161
	bb) Anwendung der Methode des deutschen Bundeskartellamts	161
	cc) Anwendung der alternativen Ermittlungsmethode	162
	b) Fiktives Beispiel anhand der Plattform YouTube	165
	aa) Anwendung der Methode von FILISTRUCCHI et al.	166
	bb) Anwendung der Methode des deutschen Bundeskartellamts	167
	cc) Anwendung der alternativen Ermittlungsmethode	168
	c) Werbemärkte	170
	aa) Anwendung der Methode von FILISTRUCCHI et al.	170
	bb) Anwendung der Methode des deutschen Bundeskartellamts	171
	cc) Anwendung der alternativen Ermittlungsmethode	171
	d) Erkenntnisse	174
5.	Zwischenfazit	175
IV.	Methoden für die Marktabgrenzung des sachlich relevanten Marktes	176
	1. Vorbemerkungen	176
	a) Marktgegenseite	176
	b) Inter-Plattformwettbewerb und Intra-Plattformwettbewerb	177
	2. Qualitative Methoden	178
	a) Bedarfsmarktconcept	178
	aa) Grundlagen des Bedarfsmarktconcepts	178

bb)	Probleme des Bedarfsmarktkonzepts in Märkten der digitalen Wirtschaft	179
cc)	Bedarfsmarktkonzept in der digitalen Wirtschaft	179
(1)	Bedarfsmarktkonzept bei Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes	180
(2)	Bedarfsmarktkonzept bei Abgrenzung separater Einzelmärkte	182
b)	Angebotsumstellungsflexibilität	183
aa)	Grundlagen der Angebotsumstellungsflexibilität	183
bb)	Bedeutung der Angebotsumstellungsflexibilität in der digitalen Wirtschaft	185
c)	Bedeutung der potenziellen Konkurrenz	188
3.	Quantitative Methoden	189
a)	SSNIP-Test	189
aa)	Grundlagen des SSNIP-Tests	189
bb)	Praktische Schwächen des SSNIP-Tests	190
cc)	SSNIP-Test in Märkten der digitalen Wirtschaft	192
(1)	Mehrseitigkeit und Netzwerkeffekte	192
(2)	Unentgeltlichkeit	194
(i)	SSNDQ-Test	196
(ii)	SSNIC-Test	198
dd)	Eignung des SSNIP-Tests für die Märkte der digitalen Wirtschaft	201
b)	Kreuzpreiselastizität	203
4.	Zwischenfazit	204
V.	Marktabgrenzung bei digitalen Ökosystemen im Besonderen	206
1.	Grundlagen	206
2.	Eingliederung in bereits bekannte Konzepte	206
a)	Cluster Markets	207
b)	Bundle Markets	209
c)	Systemmärkte	210
3.	Marktabgrenzung nach unterschiedlichen Ebenen des Ökosystems	213
a)	Wettbewerb zwischen digitalen Ökosystemen	215
b)	Wettbewerb zwischen einzelnen Dienstleistungen von digitalen Ökosystemen	216
4.	Zwischenfazit	218
VI.	Räumlich relevanter Markt	219
VII.	Zeitlich relevanter Markt	222
VIII.	Zwischenfazit	223
D.	Beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt	225
I.	Grundlagen	225
II.	Begriff der Marktbeherrschung in der digitalen Wirtschaft	227
1.	Preisbestimmungsmacht	227
2.	Qualitätsbestimmungsmacht	228
3.	Intermediationsmacht	230
4.	Datenmacht	231
5.	Bedeutung der digitalen Ökosysteme	233
6.	Einfluss des Digital Markets Act	235

III.	Beurteilungskriterien der Marktbeherrschung	237
1.	Faktoren für die Begründung von Marktmacht	237
a)	Marktanteile	238
aa)	Grundlagen	238
bb)	Berechnung in der digitalen Wirtschaft	239
cc)	Bedeutung in der digitalen Wirtschaft	241
b)	Netzwerkeffekte	243
aa)	Wechselseitige Netzwerkeffekte	243
bb)	Marktübergreifende Bedeutung der Netzwerkeffekte	245
c)	Wechselkosten und Lock-in-Effekte	248
d)	Stellung der Marktgegenseite	252
aa)	Single-Homing	253
bb)	Competitive Bottlenecks	254
e)	Marktzutrittsschranken	256
f)	Bedeutung der digitalen Ökosysteme	259
2.	Faktoren für die Begrenzung von Marktbeherrschung	262
a)	Negative Netzwerkeffekte und niedrige Wechselkosten	262
b)	Abnehmender Grenznutzen	265
c)	Starke Stellung der Marktgegenseite	266
d)	Potenzielle Konkurrenz	268
e)	Leistungsdifferenzierung	270
f)	Bedeutung der digitalen Ökosysteme	271
IV.	Relative Marktmacht	274
1.	Grundlagen	274
2.	Bedeutung der relativen Marktmacht in der digitalen Wirtschaft	275
a)	Bedeutung bei der vertikalen Integration	275
b)	Bedeutung der Marktabgrenzung und des Single-Homing	277
V.	Kollektive Marktbeherrschung	280
1.	Allgemeines	280
2.	Kollektive Marktbeherrschung in der digitalen Wirtschaft	282
a)	Statische Strukturmerkmale	283
aa)	Marktkonzentration	283
bb)	Markttransparenz	285
cc)	Marktstabilität, Marktwachstum und Innovation	287
dd)	Symmetrien	288
ee)	Stellung der Marktgegenseite	290
ff)	Substitutionswettbewerb	291
gg)	Potenzielle Konkurrenz	291
hh)	Sanktionsmechanismen	293
b)	Empirische Untersuchung	294
VI.	Zwischenfazit	295
E.	Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft	299
I.	Grundlagen der Kopplungsgeschäfte	301
1.	Terminologien	302
2.	Schutzzweck des Kopplungstatbestands	305
a)	Allgemeines	305

b)	Wettbewerbsfördernde Wirkungen der Kopplung	307
c)	Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Kopplung	311
3.	Rechtliche Behandlung der Kopplungsgeschäfte	314
a)	Bisherige Fallpraxis in der Europäischen Union	314
aa)	Per-se-Rechtswidrigkeit	314
bb)	Tendenz zur Annäherung an die Rule of Reason	316
b)	Bisherige Fallpraxis in der Schweiz	323
c)	Zukünftige Behandlung der Kopplungsgeschäfte	327
aa)	Regelungsgrundsätze	328
bb)	Auslegung des Kopplungstatbestands	333
(1)	Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung	334
(2)	Beurteilung der Per-se-Rechtswidrigkeit	336
cc)	Bedeutung der ökonomischen Modelle	339
dd)	Überblick über die regulatorischen Vorschläge	340
(1)	Europäische Union	340
(2)	Schweiz	341
(3)	Vereinigtes Königreich	341
(4)	Australien	342
(5)	Vereinigte Staaten von Amerika	344
4.	Zwischenfazit	345
II.	Herausforderungen für die Kopplungsgeschäfte im Rahmen der digitalen Wirtschaft	348
1.	Bedeutung der marktbeherrschenden Stellung	348
2.	Separate Güter und digitale Integration	349
3.	Unentgeltlichkeit, Nudging und Zwang	350
4.	Wettbewerbsfördernde und wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	351
III.	Tatbestandsmerkmale	354
1.	Einleitende Bemerkungen	354
a)	Plattformerweiterungspraktiken	354
aa)	Plattformerweiterungen mit Hilfe von physischen Produkten	355
bb)	Plattforminterne Erweiterungen	356
cc)	Plattformübergreifende Erweiterungen	357
b)	Marktbeherrschende Stellung	358
aa)	Grundlagen	359
bb)	Digitale Wirtschaft im Besonderen	360
2.	Separate Güter	363
a)	Allgemeines	363
b)	Ansätze für die Feststellung von separaten Gütern	364
c)	Pflicht zur Gesamtanalyse	366
d)	Fallpraxis der digitalen Wirtschaft zur Ermittlung der separaten Güter	369
e)	Digitale Ökosysteme im Besonderen	370
3.	Fehlende Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden	371
a)	Mittel der Kopplung	373
aa)	Zwang	373
bb)	Fehlende Auswahlmöglichkeit	375
cc)	Anreizbasierte Verknüpfung	377
dd)	Nudging	378

b)	Massstab und Ziel des Zwangsmittels	382
4.	Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung	384
a)	Allgemeines	384
aa)	Wettbewerbswidrige Marktverschliessung	384
bb)	Verbraucherschaden	387
b)	Wettbewerbsbeschränkung	388
aa)	Behinderungsmisbrauch	388
(1)	Mehrseitigkeit und Unentgeltlichkeit	388
(2)	Netzwerkeffekte	392
(3)	Skaleneffekte und Innovation	394
(4)	Interoperabilität und Single-Homing	396
(5)	Berücksichtigung der untersuchten Merkmale in der Fallpraxis	398
bb)	Ausbeutungsmisbrauch	400
c)	Sonderfall des Mixed Bundling	402
5.	Objektive Rechtfertigungsgründe	404
a)	Allgemeines	404
b)	Handelsbrauch und Sachzusammenhang	405
c)	Allgemeine Rechtfertigungsgründe	407
d)	Effizienzgewinne	410
IV.	Kopplungsverbote im Digital Markets Act	413
1.	Allgemeines	413
2.	Ausgewählte Verpflichtungen nach Art. 5 DMA	415
3.	Ausgewählte Verpflichtungen nach Art. 6 DMA	416
4.	Bedeutung des Digital Markets Act	419
V.	Zwischenfazit	420
F.	Fazit und Ausblick	423

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
A/S	Aktieselskab (= Aktiengesellschaft in Dänemark)
AB	Aktiebolag (= Aktiengesellschaft in Schweden)
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (Brüssel)
Abs.	Absatz
ACCC	Australian Competition and Consumer Commission
AER	The American Economic Review (Nashville)
AEUV	Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon (ABl. C 326 vom 26. Oktober 2010, 47–390)
AG	Aktiengesellschaft
AJBE	Asian Journal of Business Ethics (Dordrecht)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (Zürich/St. Gallen)
Akron L. Rev.	Akron Law Review (Akron)
Am. Econ. J. Microecon.	American Economic Journal: Microeconomics (Nashville)
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
Ann. Econ. Stat.	Annales d'Economie et de Statistique (Amiens)
Annu. Rev. Econ.	Annual Review of Economics (Palo Alto)
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin (New York)
Antitrust Law J.	Antitrust Law Journal (Chicago)
AR	Augmented Reality
Art.	Artikel
ASA	Allmennaksjeselskap (= Aktiengesellschaft in Norwegen)
ATPR	Australian Competition and Consumer Cases (früher: Australian Trade Practices Reports)
Aufl.	Auflage
Aut. conc.	Autorité de la concurrence

B.V.	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BEJEAP	The BE Journal of Economic Analysis & Policy (Berlin)
BEJTE	The BE Journal of Theoretical Economics (Berkeley)
Bell J. Econ.	The Bell Journal of Economics and Management Science (New York)
BGBI	Deutsches Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Deutschland)
BKartA	Bundeskartellamt (Deutschland)
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (Deutschland)
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101; Stand am 1. Januar 2024)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CBLR	Columbia Business Law Review (New York)
CBS	Columbia Broadcasting System
CEAHR	Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs
CERRE	Centre on Regulation in Europe
CESifo Economic Studies	CESifo Econ. Studies (München)
Chi. Trib.	Chicago Tribune (Chicago)
Clayton Act	An Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes vom 15. Oktober 1914 (38 Stat. 730, Chapter 323, kodifiziert unter 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53)

CLPD	Competition Law & Policy Debate (Deventer)
CLSR	Computer Law & Security Review (London)
CMA	Competition and Markets Authority
CNET	Computer Network (San Francisco)
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review (New York)
Comp. L. Insight	Competition Law Insight (London)
Concurrences	Revue des Droits de la Concurrence Competition Law Review (Paris)
Conn. Pub. Int. L.J.	Connecticut Public Interest Law Journal (Hartford)
CoRe	European Competition and Regulatory Law Review (Berlin)
Corp.	Corporation
CPI	Competition Policy International
CPI Antitrust Chronicle	Competition Policy International: Antitrust Chronicle (Boston)
CR	Computer und Recht (Köln)
CVC	CVC Capital Partners Group Ltd
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies (Cambridge)
D.C. Cir.	United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
D.D.C.	United States District Court for the District of Columbia
D.N.J.	United States District Court for the District of New Jersey
DCC	Dynamic Currency Conversion
DICE	Düsseldorf Institute for Competition Economics
Digitale-Inhalte-Richtlinie	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. L 136 vom 22. Mai 2019, 1–27)
Diss.	Dissertation
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DMA	Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) (ABl. L 265 vom 12. Oktober 2022, 1–66)
DMU	Digital Markets Unit

DOJ	United States Department of Justice
Dr. iur.	Doktor iuris = Doktor der Rechtswissenschaften
DSA	Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste) (ABl. L 277 vom 27. Oktober 2022, 1–102)
DSP	Demand Side Platform
dt.	deutsch
DTI	Department of Trade and Industry
E.D. Va.	Eastern District of Virginia
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
ECIS	European Conference on Information Systems
ECJ	European Competition Journal (Oxford)
ECLR	European Competition Law Review (Oxford)
Econ. J.	The Economic Journal (Oxford)
Econ. Theory	Economic Theory (Heidelberg)
Economica	Economica (London)
ed./éd.	edition/édition = Auflage
Ed./Eds.	Editor(s) = Herausgeber(innen)
Edit.	Editore = Herausgeber(in)
EJRR	European Journal of Risk Regulation (Berlin)
EM	Electronic Markets. The International Journal on Networked Business (Berlin)
engl.	englisch
Erkenntnis	Erkenntnis: An International Journal of Scientific Philosophy (Leipzig, später Dordrecht)
Erw.	Erwägung
et al.	et alii = und weitere
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union (früher Gericht Erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur. Econ. eJ.	European Economics: Microeconomics & Industrial Organization eJournal (online Zeitschrift)

Eur. J. Law Econ.	European Journal of Law and Economics (Dordrecht)
Eur. L. Rev.	European Law Review (London)
Eur. Res. Stud. J.	European Research Studies Journal (Athen)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
EWJR	EW Jona-Rapperswil AG
EWR-Abkommen	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (Abl. L 1 vom 3. Januar 1994, 3–522)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Frankfurt am Main)
F. Supp.	Federal Supplement
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (SR 958.1; Stand am 1. Februar 2024)
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen («EG-Fusionskontrollverordnung») (Abl. L 24 vom 29. Januar 2004, 1–22)
Fn.	Fussnote(n)
Freiburg i. Brg.	Freiburg im Breisgau
frz.	französisch
FTC	Federal Trade Commission (Bundeshandelskommission in den Vereinigten Staaten)
FTC Act	An Act to create a Federal Trade Commission, to define its powers and duties, and for other purposes vom 26. September 1914 (38 Stat. 717, Chapter 311, kodifiziert unter 15 U.S.C. §§ 41–58)
GCR	Global Competition Review (London)
GDS	Global Distribution Services
GLTR	Georgetown Law Technology Review (Georgetown)
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
Gruppenfreistellungsverordnung	Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (Abl. L 93 vom 28. März 2014, 17–23)

GRUR International	GRUR International – Journal of European and International IP Law (München/Oxford)
GRUR-Beilage	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Beilage (München)
GWB	(deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) geändert worden ist
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0; Stand am 1. März 2024)
Habil.	Habilitation
Harv. J.L. & Tech.	Harvard Journal of Law & Technology (Cambridge, Massachusetts)
Hastings Law J.	Hastings Law Journal (San Francisco)
HBR	Harvard Business Review (Brighton, Massachusetts)
HLR	Harvard Law Review (Cambridge, Massachusetts)
HRS	Hotel Reservation Service
Hrsg.	Herausgeber(in)
HWpÜ	Übereinkommen über die auf bestimmte Rechte an intermediärverwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung vom 5. Juli 2006 (SR 0.221.556.1; Stand am 1. April 2017)
i.V.m.	in Verbindung mit
ICF	International Competition Law Forum (St. Gallen)
ICLE	International Center for Law & Economics
IDCTF	International Developments and Comments Task Force
ifo Schnelldienst	ifo Schnelldienst, Zeitschrift des ifo Institut für Wirtschaftsforschung (München)
IJIO	International Journal of Industrial Organization (Amsterdam)
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review (Chicago)
Inc.	Incorporated
Ind. Corp. Chang.	Industrial and Corporate Change (Oxford)
Inf. Syst. Front.	Information Systems Frontiers (Dordrecht)
insb.	insbesondere

Abkürzungsverzeichnis

Internet Policy Rev.	Internet Policy Review – Journal of Internet Regulation (Berlin)
ISJLP	I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society (Columbus)
ISR	Information Systems Research (Catonsville)
Ital. Antitrust Rev.	Rivista Italiana di Antitrust / Italian Antitrust Review (Rom)
J. Bus.	The Journal of Business (Chicago)
J. Comp. L. & Econ.	Journal of Competition Law & Economics (Oxford)
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics (Oxford)
J. L. & Econ.	The Journal of Law & Economics (Chicago)
J. Manag.	Journal of Management (New York)
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy (Chicago)
JAE	Journal of Antitrust Enforcement (Oxford)
JBR	Journal of Business Research (New York)
JECLAP	Journal of European Competition Law & Practice (Oxford)
JEEA	Journal of the European Economic Association (Oxford)
JEP	Journal of Economic Perspectives (Nashville)
JIT	Journal of Information Technology (London)
JRC	Joint Research Centre (European Commission)
JTHTL	Journal on Telecommunication & High Tech Law (Boulder)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (SR 251; Stand am 1. Juli 2023)
Komm.	Kommentar
LLC	Limited Liability Company
LRAIC	long-run average incremental cost
Ltd	Limited (Kapitalgesellschaft; insb. in Ländern des Commonwealth of Nations)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.V.	mit weiteren Verweisen
M&CLR	Market and Competition Law Review (Lissabon)
Manage. Sci.	Management Science (Hanover, Maryland)
Mio.	Million(en)
XX	

MIS Quarterly	Management Information Systems Quarterly (Minneapolis)
Mittelweg 36	Mittelweg 36. Zeitschrift des Hamburger Instituts für Sozialforschung (Hamburg)
Mrd.	Milliarde(n)
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review (Chapel Hill)
New York Univ. L. Rev.	New York University Law Review (New York)
No.	Number = Nummer
NOK	Nordostschweizerische Kraftwerke AG
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review (Notre Dame)
Nr.	Nummer
NULR	Northwestern University Law Review (Chicago)
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht (München)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OEM	Original Equipment Manufacturer
OLG	Oberlandesgericht Düsseldorf
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220; Stand am 1. Januar 2024)
Organ. Sci.	Organization Science (Catonsville)
ÖZK	Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht (Wien)
Payment Card Econ. Rev.	The Payment Card Economics Review (Boston)
PLC	Public Limited Company (Kapitalgesellschaft mit öffentlich handelbaren Aktien; Rechtsform des Vereinigten Königreichs)
QJE	The Quarterly Journal of Economics (Boston)
RAND J. Econ.	The RAND Journal of Economics (Santa Monica)
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Regulation	Regulation – The Cato Review of Business and Government (Washington)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Rev. Econ. Stud.	The Review of Economic Studies (London)
Rev. Ind. Organ.	Review of Industrial Organization (Little Rock)
Rn.	Randnummer(n)
RNE	Review of Network Economics (Berlin)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Bern)
Rs.	Rechtssache(n)
s.	siehe
S.	Seite(n)
SA	Sociedad Anónima (= Aktiengesellschaft in Spanien)
SAS	Société par actions simplifiée (Vereinfachte Aktiengesellschaft)
SAU	Sociedad Anónima Unipersonal (= Aktiengesellschaft mit nur einem Eigentümer in Spanien)
SCOTUS	Supreme Court of the United States
SCR	The Supreme Court Review (Chicago)
SCRD	Smart Cities and Regional Development Journal (Bukarest)
SDA	Schweizerische Depeschagentur AG
Sec.	Section
Sedona Conf. J.	The Sedona Conference Journal (Sedona)
Sherman Act	An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies of 2 July 1890 (26 Stat. 209, Chapter 647, kodifiziert unter 15 U.S.C. §§ 1-7)
sic!	sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SIEC	significant impediment to effective competition
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SLR	Stanford Law Review (Stanford)
SMJ	Strategic Management Journal (Chichester)
SMS	Strategic Market Status
sog.	sogenannt
SPP	Studia Prawa Publicznego (Prag)
SSNDQ	small but significant non-transitory decrease in quality
SSNIC	small but significant and non-transitory increase in cost
SSNIP	small but significant and non-transitory increase in price

SSW	Schriften zum Steuer- und Wirtschaftsrecht (Bern)
Stan. J.L. Bus. & Fin.	Stanford Journal of Law, Business & Finance (Stanford)
Stat.	United States Statutes at Large
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht; Revue suisse de droit des affaires et du marché financier; Swiss Review of Business and Financial Market Law (Zürich)
TILEC	Tilburg Law and Economic Center
TPD	Tradable Personal Data
TPT	Trade Practices Tribunal (Australien; heute Australian Competition Tribunal)
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review (Chicago)
u.a.	unter anderem (anderen); und andere(s)
U.S.	United States Reports (Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten, amtliche Sammlung)
U.S.C.	Code of Laws of the United States of America
UAbs.	Unterabsatz
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review (Los Angeles)
Univ. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review (Chicago)
Univ. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Philadelphia)
UNSW L. J.	University of New South Wales Law Journal (Kensington)
US	United States
v.	versus
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review (Nashville)
vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4; Stand am 1. Januar 2013)
VLBR	Virginia Law and Business Review (Charlottesville)
Vol./vol.	Volume/volume = Band
W.D. Wash.	United States District Court for the Western District of Washington
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review (St. Louis)

WEKO	Wettbewerbskommission WEKO
World Competition	World Competition: Law and Economics Review (Dordrecht)
WSJ	Wall Street Journal (New York)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
Yale L. J.	The Yale Law Journal (New Haven)
YREG	Yale Journal on Regulation (New Haven; ehemals Atlanta)
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Frankfurt am Main)
zit.	zitiert
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Baden-Baden)
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Köln)

Literaturverzeichnis

Sofern nichts anderes vermerkt ist, werden die nachfolgenden Publikationen mit dem Nachnamen der Autor*innen sowie mit den Seitenzahlen und/oder Randnummern zitiert. Literatur und Rechtsprechung wurden bis am 1. April 2024 berücksichtigt; alle Internet-Dokumente in diesem Werk sind letztmals am 1. April 2024 besucht worden.

- ADAMS WILLIAM JAMES/YELLEN JANET L., Commodity Bundling and the Burden of Monopoly, QJE 1976, 475–498 (zit. ADAMS/YELLEN, QJE 1976)
- ADNER RON/KAPOOR RAHUL, Value creation in innovation ecosystems: how the structure of technological interdependence affects firm performance in new technology generations, SMJ 2010, 306–333 (zit. ADNER/KAPOOR, SMJ 2010)
- AFFELDT PAULINE/DUSO TOMASO/GUGLER KLAUS/PIECHUCKA JOANNA, Market Concentration in Europe: Evidence from Antitrust Markets, DIW Berlin Discussion Papers 1930, Berlin 2021
- AHLBORN CHRISTIAN/EVANS DAVID S., The Microsoft Judgment And Its Implications For Competition Policy Towards Dominant Firms In Europe, Antitrust Law J. 2009, 887–932 (zit. AHLBORN/EVANS, Antitrust Law J. 2009)
- AKMAN PINAR, A Web of Paradoxes: Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets, VLBR 2022, 217–292 (zit. AKMAN, VLBR 2022)
- ALBACH HORST, Zur Messung von Marktmacht und ihres Missbrauchs, WuW 1978, 537–548 (zit. ALBACH, WuW 1978)
- AMELIO ANDREA/JULLIEN BRUNO, Tying and Freebies in Two-Sided Markets, IJIO 2012, 436–446 (zit. AMELIO/JULLIEN, IJIO 2012)
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Kartellgesetz (KG), Basler Kommentar, 2. Aufl. Basel 2022 (zit. BSK KG-BEARBEITER/IN)
- AREEDA PHILIP E./KAPLOW LOUIS/EDLIN AARON S./HEMPHILL C. SCOTT, Antitrust Analysis, Problems, Text and Cases, 8th ed. New York 2021
- AREEDA PHILLIP E./HOVENKAMP HERBERT, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. IIB, 5th ed. New York 2021
- ARGENTON CÉDRIC/PRÜFER JENS, Search Engine Competition with Network Externalities, J. Comp. L. & Econ. 2012, 73–105 (zit. ARGENTON/PRÜFER, J. Comp. L. & Econ. 2012)
- ARMSTRONG MARK, Competition in two-sided markets, RAND J. Econ. 2006, 668–691 (zit. ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006)

- ARMSTRONG MARK/WRIGHT JULIAN, Two-sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, *Econ. Theory* 2007, 353–380 (zit. ARMSTRONG/WRIGHT, *Econ. Theory* 2007)
- AUER DIRK, Making Sense of the Google Android Decision, ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, White Paper 2020 No. 1, 1–46
- BAILEY DAVID/JOHN LAURA ELIZABETH (Eds.), *Bellamy and Child: European Union Law of Competition*, 8th ed. Oxford 2018 (zit. BELLAMY/CHILD, *EU Law of Competition*)
- BAKER SIMON/WU LAWRENCE, Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission, *ECLR* 1998, 273–280 (zit. BAKER/WU, *ECLR* 1998)
- BANIA KONSTANTINA, The European Commission's decision in Google Search, in: Lundqvist Björn/Gal Michal S. (Eds.), *Competition Law for the Digital Economy*, Northampton 2019, 264–301
- BARBUR PETER T./MACH KYLE W./CLARKE JONATHAN J., Market Definition in Complex Internet Markets, *Sedona Conf. J.* 2011, 285–300 (zit. BARBUR/MACH/CLARKE, *Sedona Conf. J.* 2011)
- BARTH GÜNTER, *Der Kampf um die Werbung im Internet*, Baden-Baden 2020 (= Diss. Regensburg 2020 = *Recht der Informationsgesellschaft* 46)
- BAUDENBACHER CARL, The CFI's Microsoft Judgment: Three Seconds that Changed the IT World, *Eur. L. Rev.* 2007, 342–357 (zit. BAUDENBACHER, *Eur. L. Rev.* 2007)
- BAUER HANS H., *Marktabgrenzung Konzeption und Problematik von Ansätzen und Methoden zur Abgrenzung und Strukturierung von Märkten unter besonderer Berücksichtigung von marketingtheoretischen Verfahren*, Berlin 1989 (= *Habil. Mannheim* 1986 = *Schriften zum Marketing* 23)
- BECHTOLD RAINER/BOSCH WOLFGANG/BRINKER INGO (Hrsg.), *EU-Kartellrecht. Kommentar. EU-Kartellrecht, Artikel 101-106 AEUV, Kartellverfahrens-VO (1/2003), DMA – Digital Markets Act, FKVO – EU-FusionskontrollVO (139/2004), Gruppenfreistellungsverordnungen, Vertikalvereinbarungen (2022/720), Kraftfahrzeugsektor (461/2010), Technologietransfer (316/2014), FuE (1217/2010); Spezialisierung (1218/2010), Versicherungen (267/2010)*, 4. Aufl. München 2023 (zit. *Komm. EU-KartellR-BEARBEITER/IN*)
- BELLEFLAMME PAUL/PEITZ MARTIN, *Industrial Organization, Markets and Strategies*, 2nd ed. Cambridge 2015
- BENNETT MATTHEW/FLETCHER AMELIA/HURLEY LIZ/RUCK DAVID, *CPI* 2010, 111–137 (zit. BENNETT/FLETCHER/HURLEY/RUCK, *CPI* 2010)
- BESTER HELMUT, *Theorie der Industrieökonomik*, 7. Aufl. Berlin/Heidelberg 2017
- BISHOP SIMON/WALKER MIKE, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed. London 2010
- BLAIR ROGER D./CARRUTHERS CELESTE K., The economics of monopoly power in antitrust, in: Hylton Keith N. (Ed.), *Antitrust Law and Economics*, Cheltenham 2010, 64–81

-
- BLASCHCZOK MARTIN, Kartellrecht in zweiseitigen Wirtschaftszweigen, Eine Untersuchung vor dem Hintergrund der ökonomischen Forschung zu ‚two-sided markets‘; Baden-Baden 2015 (= Diss. Bonn 2014 = Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 276)
- BLATTER MARC, Digitalisierung – Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, sic! 2016, 378–386 (zit. BLATTER, sic! 2016)
- BODENSTEIN INES/ZINNDORF SARAH, Digitales Selbstbevorzugungsverbot im Missbrauchsrecht: Müssen Plattformen den Wettbewerber doch zum eigenen Nachteil fördern?, ZWeR 2024, 2–36 (zit. BODENSTEIN/ZINNDORF, ZWeR 2024)
- BOGENREUTHER MANUEL, Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten, Baden-Baden 2022 (= Diss. Düsseldorf = Europäisches Wirtschaftsrecht 77)
- BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I Kommentar – Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2011 (zit. OFK KG-BORER)
- BORK ROBERT H, The Antitrust Paradox, New York 1978
- BORK ROBERT H., Antitrust and Google, Opinion Piece, in: Chi. Trib. vom 6. April 2012, abrufbar unter <<https://www.chicagotribune.com/opinion/ct-xpm-2012-04-06-ct-perspec-0405-bork-20120406-story.html>> (zit. BORK, Chi. Trib. 2012)
- BORK ROBERT H., The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Yale L. J. 1966, 373–475 (zit. BORK, Yale L. J. 1966)
- BOUDREAU KEVIN J., Let a thousand flowers bloom? An early look at large numbers of software app developers and patterns of innovation, Organ. Sci. 2012, 1409–1427 (zit. BOUDREAU, Organ. Sci. 2012)
- BOURREAU MARC/DE STREEL ALEXANDRE, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, März 2019, 1–43, abrufbar unter <https://perso.telecom-paristech.fr/bourreau/papers/Digital_Conglomerates.pdf>
- BOWMAN WARD, Tying Arrangements and the Leverage Problem, Yale L. J. 1957, 19–36 (zit. BOWMAN, Yale L. J. 1957)
- BRESNAHAN TIMOTHY F., Empirical Studies of Industries with Market Power, in: Schmalensee Richard/Willig Richard D. (Eds.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 2, North Holland 1989, 1011–1057
- BROUGHTON MICOVA SALLY/JACQUES SABINE, Platform power in the video advertising ecosystem, Internet Policy Rev. 2020 (zit. BROUGHTON MICOVA/JACQUES, Internet Policy Rev. 2020)
- BRUNT MAUREEN, Economic Essays on Australian and New Zealand Competition Law, The Hague/London 2003

- BUEREN ECKART/WOLF-POSCH ANNA/PICHT PETER GEORG, Relative Marktmacht im D-A-CH-Rechtsraum: Rechtsvergleichung, Ökonomie und Digitalisierung, ZWeR 2021, 173–216 (zit. BUEREN/WOLF-POSCH/PICHT, ZWeR 2021)
- BUNTE HERMANN-JOSEF (Hrsg.), Kartellrecht – Kommentar, Bd. 1, Deutsches Kartellrecht und Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, Vergaberecht (GWB) und Sonderbereiche, 14. Aufl. Hürth 2022 (zit. Komm. KartellR-BEARBEITER/IN)
- BUNTE HERMANN-JOSEF/STANCKE FABIAN (Hrsg.), Kartellrecht mit Vergaberecht und Beihilfenrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Aufl. München 2022 (zit. BEARBEITER/IN, in: Bunte/Stancke)
- CABRAL LUÍS/HAUCAP JUSTUS/PARKER GEOFFREY/PETROPOULOS GEORGIOS/VALLETTI TOMMASO/VAN ALSTYNE MARSAHLL, The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, Luxembourg 2021 (zit. CABRAL et al., DMA Report)
- CAILLAUD BERNARD/JULLIEN BRUNO, Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers, RAND J. Econ. 2003, 309–328 (zit. CAILLAUD/JULLIEN, RAND J. Econ. 2003)
- CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 6. Aufl. München 2022 (zit. Komm. EUV/AEUV-BEARBEITER/IN)
- CARLTON DENNIS W./PERLOFF JEFFREY M., Modern Industrial Organization, 4th ed. Boston et. al. 2005
- CARLTON DENNIS W./WALDMAN MICHAEL, Brantley Versus NBC Universal: Where's the Beef?, CPI 2012, 1–12 (zit. CARLTON/WALDMAN, CPI 2012)
- CARLTON DENNIS W./WALDMAN MICHAEL, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, RAND J. Econ. 2002, 194–220 (zit. CARLTON/WALDMAN, RAND J. Econ. 2002)
- CARLTON DENNIS W./WALDMAN MICHAEL, Theories of Tying and Implications for Antitrust, Johnson School Research Paper Series #24-06 of July 2005 (CARLTON/WALDMAN, Theories of Tying)
- CARRON BLAISE, Les transactions couplées en droit de la concurrence: analyse économique et juridique comparée, Zurich/Bâle/Genève 2004 (= Diss. Fribourg 2004 = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz 230)
- CASS-GOTTLIEB GINA, Regulating digital platforms: why, how, and why now, JAE 2023, 307–314 (zit. CASS-GOTTLIEB, JAE 2023)
- CHEN ANDY C. M./HYLTON KEITH N., Procompetitive Theories of Vertical Control, Hastings Law J. 1999, 573–634 (zit. CHEN/HYLTON, Hastings Law J. 1999)
- CHOI JAY PIL, Preemptive R&D, Rent Dissipation and the «Leverage Theory», QJE 1996, 1153–1181 (zit. CHOI, QJE 1996)
- CHOI JAY PIL, Tying and Innovation: A Dynamic Analysis of Tying Arrangements, Econ. J. 2004, 83–101 (zit. CHOI, Econ. J. 2004)

-
- CHOI JAY PIL, Tying in Two-Sided Markets with Multi-Homing, *J. Ind. Econ.* 2010, 607–626 (zit. CHOI, *J. Ind. Econ.* 2010)
- CHOI JAY PIL, Tying of «Free Goods» in Digital Platform Markets, *CPI Antitrust Chronicle* 2021, 22–28 (zit. CHOI, *CPI Antitrust Chronicle* 2021)
- CHOI JAY PIL/JEON DOH-SHIN, A Leverage Theory of Tying in Two-Sided Markets with Nonnegative Price Constraints, *Am. Econ. J. Microecon.* 2021, 283–337 (zit. CHOI/ JEON, *Am. Econ. J. Microecon.* 2021)
- CHOI JAY PIL/JEON DOH-SHIN/WHINSTON MICHAEL D., Tying in Markets with Network Effects, 1–26, 3. April 2023, abrufbar unter <https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/sem2023/eco_platforms/whinston_1.pdf>
- CHOI JAY PIL/STEFANADIS CHRISTODOULOS, Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory, *RAND J. Econ.* 2001, 52–71 (zit. CHOI/STEFANADIS, *RAND J. Econ.* 2001)
- CLEMENT REINER/SCHREIBER DIRK/BOSSAUER PAUL/PAKUSCH CHRISTINA, *Internet-Ökonomie, Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft*, 4. Aufl. Berlin/Heidelberg 2019
- COASE RONALD HARRY, The Nature of the Firm, *Economica* 1937, 386–405 (zit. COASE, *Economica* 1937)
- COATE MALCOLM B./FISCHER JEFFREY H., Can Post-Chicago Economics Survive Daubert?, *Akron L. Rev.* 2001, 795–852 (zit. COATE/FISCHER, *Akron L. Rev.* 2001)
- CODAGNONE CRISTIANO/MARTENS BERTIN, Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues, Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2016/01, JRC Technical Reports, JRC100369, Brussels 2016
- COLANGELO GIUSEPPE, Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing, *GRUR International* 2023, 1–19 (zit. COLANGELO, *GRUR International* 2023)
- COLANGELO GIUSEPPE/BORGOGNO OSCAR Shaping Interoperability for the Internet of Things: The Case for Ecosystem-Tailored Standardisation, *EJRR* 2023, 1–16 (zit. COLANGELO/BORGOGNO *EJRR* 2023)
- CONDORELLI DANIELE/PADILLA JORGE, Harnessing Platform Envelopment in the Digital World, *J. Comp. L. & Econ.* 2020, 143–187 (zit. CONDORELLI/PADILLA, *J. Comp. L. & Econ.* 2020)
- COZZOLINO ALESSIO/CORBO LEONARDO/AVERSA PAOLO, Digital platform-based ecosystems: The evolution of collaboration and competition between incumbent producers and entrant platforms, *JBR* 2021, 385–400 (zit. COZZOLINO/CORBO/AVERSA, *JBR* 2021)
- CRANE DANIEL A., Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago, *Univ. Chi. L. Rev.* 2009, 1911–1933 (zit. CRANE, *Univ. Chi. L. Rev.* 2009)
- CRANE DANIEL A., Market Power Without Market Definition, *Notre Dame L. Rev.* 2014, 31–79 (zit. CRANE, *Notre Dame L. Rev.* 2014)

- CRÉMER JACQUES/DE MONTJOYE YVES-ALEXANDRE/SCHWEITZER HEIKE, Competition policy for the digital era, Final report, Luxembourg 2019
- CYRIAC NOBY THOMAS, Big Data and the Abuse of Dominance by Multi-Sided Platforms, Baden-Baden 2022 (= Diss. Hamburg = Schriftenreihe des Europa-Kollegs Hamburg zur Integrationsforschung 85)
- DANNEELS ERWIN, Tight-loose coupling with customers: The enactment of customer orientation, SMJ 2003, 559–576 (zit. DANNEELS, SMJ 2003)
- DAUB ADRIAN, Was das Valley denken nennt: Über die Ideologie der Techbranche, 3. Aufl. Berlin 2021
- DE REUVER MARK/SØRENSEN, CARSTEN/BASOLE RAHUL C., The Digital Platform: A Research Agenda, JIT 2018, 124–135 (zit. DE REUVER/SØRENSEN/BASOLE, JIT 2018)
- DECAROLIS FRANCESCO/ROVIGATTI GABRIELE, From Mad Men to Maths Men: Concentration and Buyer Power in Online Advertising, AER 2021, 3299–3327 (zit. DECAROLIS/ROVIGATTI, AER 2021)
- DENOTH SERAINA/KAUFMANN OLIVER, Kartellrechtliches Erfassen von Wettbewerbswirkungen grosser Datenbestände (Big Data), sic! 2016, 501–516 (zit. DENOTH/KAUFMANN, sic! 2016)
- DEURING SIMON, Datenmacht, Zugang als Herausforderung, Baden-Baden 2021 (= Diss. München 2021 = Europäisches Wirtschaftsrecht 69)
- DEWENTER RALF/LÜTH HENDRIK, ABIDA-Gutachten, Datenhandel und Plattformen, ABIDA – Assessing Big Data, 2018, abrufbar unter <https://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenplattformen_und_Datenhandel.pdf>
- DEWENTER RALF/RÖSCH JÜRGEN, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, Wiesbaden 2015
- DEWENTER RALF/RÖSCH JÜRGEN/TERSCHÜREN ANNA, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, 387–394 (zit. DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, NZKart 2014)
- DIRECTOR AARON/LEVI EDWARD HIRSCH, Law and the Future: Trade Regulation, NULR 1956, 281–296 (zit. DIRECTOR/LEVI, NULR 1956)
- DOGANOGLU TOKER/WRIGHT JULIAN, Multihoming and Compatibility, IJIO 2006, 45–67 (zit. DOGANOGLU/WRIGHT, IJIO 2006)
- DREHER MEINRAD, Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, Markttabgrenzung und Marktbeherrschung in innovationsgeprägten Märkten, ZWeR 2009, 149–175 (zit. DREHER, ZWeR 2009)
- DREHER MEINRAD, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht, WuW 2008, 23–27 (zit. DREHER, WuW 2008)
- DREHER MEINRAD/THOMAS STEFAN, Die Angebotssubstituierbarkeit in der Markttabgrenzung, ZWeR 2014, 366–384 (zit. DREHER/THOMAS, ZWeR 2014)

-
- EBEN MAGALI, Market Definition and Free Online Services: The Prospect of Personal Data as Price, *ISJLP* 2018, 227–281 (zit. EBEN, *ISJLP* 2018)
- EBEN MAGALI/ROBERTSON VIKTORIA H. S. E., Digital Market Definition in the European Union, United States, and Brazil: Past, Present, and Future, *J. Comp. L. & Econ.* 2021, 1–39 (zit. EBEN/ROBERTSON, *J. Comp. L. & Econ.* 2021)
- ECONOMIDES NICHOLAS, The Economics of networks, *IJIO* 1996, 673–699 (zit. ECONOMIDES, *IJIO* 1996)
- ECONOMIDES NICHOLAS/GERBERT WILLIAM N., Patents and Antitrust: Application to adjacent Markets, *JTHTL* 2008, 455–481 (zit. ECONOMIDES/GERBERT, *JTHTL* 2008)
- ECONOMIDES NICHOLAS/LIANOS IOANNIS, The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States at the Aftermath of the Microsoft Cases, *Antitrust Law J.* 2009, 483–567 (zit. ECONOMIDES/LIANOS, *Antitrust Law J.* 2009)
- EDELMAN BENJAMIN, Does Google Leverage Market Power Through Tying and Bundling?, *J. Comp. L. & Econ.* 2015, 365–400 (zit. EDELMAN, *J. Comp. L. & Econ.* 2015)
- EDELMAN BENJAMIN/GERADIN DAMIEN, Android and competition law: exploring and assessing Google's practices in mobile, *ECJ* 2016, 159–194 (zit. EDELMAN/GERADIN, *ECJ* 2016)
- EISENMANN THOMAS/PARKER GEOFFREY/VAN ALSTYNE MARSHALL, Platform envelopment, *SMJ* 2011, 1270–1285 (zit. EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE, *SMJ* 2011)
- ELHAUGE EINER, Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory, *HLR* 2009, 397–481 (zit. ELHAUGE, *HLR* 2009)
- ELLENBERG HEINZ, Ökosystemforschung, Ergebnisse von Symposien der Deutschen Botanischen Gesellschaft und der Gesellschaft für Angewandte Botanik in Innsbruck, Juli 1971, Berlin/Heidelberg/New York 1973
- ELLGER REINHARD, Digitale Herausforderungen für das Kartellrecht, *ZWeR* 2018, 272–291 (zit. ELLGER, *ZWeR* 2018)
- EMCH ERIC/THOMPSON T. SCOTT, Market Definition and Market Power in Payment Card Networks, *RNE* 2006, 45–60 (zit. EMCH/THOMPSON, *RNE* 2006)
- ENGERT MARTIN/EVERS JULIA/HEIN ANDREAS/KRCMAR HELMUT, The Engagement of Complementors and the Role of Platform Boundary Resources in e-Commerce Platform Ecosystems, *Inf. Syst. Front.* 2022, 1–19 (zit. ENGERT/EVERS/HEIN/KRCMAR, *Inf. Syst. Front.* 2022)
- EVANS DAVID S., Antitrust Issues Raised by Global Internet Economy, *CPI* 2011, 261–280 (zit. EVANS, *CPI* 2011)
- EVANS DAVID S., Attention Platforms, the Value of Content, and Public Policy, *Rev. Ind. Organ.* 2019, 775–792 (zit. EVANS, *Rev. Ind. Organ.* 2019)
- EVANS DAVID S., Attention Rivalry Among Online Platforms, *J. Comp. L. & Econ.* 2013, 313–357 (zit. EVANS, *J. Comp. L. & Econ.* 2013)

- EVANS DAVID S., It Takes Two to Tango: The Economics of Two-Sided Markets, Payment Card Econ. Rev. 2003, 1–12 (zit. EVANS, Payment Card Econ. Rev. 2003)
- EVANS DAVID S., The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, YREG 2003, 325–381 (zit. EVANS, YREG 2003)
- EVANS DAVID S., The Economics of Attention Markets, 2020, abrufbar unter <<https://ssrn.com/abstract=3044858>> (zit. EVANS, Attention Markets)
- EVANS DAVID S., Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights But Not Sleepy Monopolies, 2017, abrufbar unter <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3009438>> (zit. EVANS, Sleepy Monopolies)
- EVANS DAVID S./NOEL MICHAEL D., Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms, CBLR 2005, 667–701 (zit. EVANS/NOEL, CBLR 2005)
- EVANS DAVID S./NOEL MICHAEL D., The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses, J. Comp. L. & Econ. 2008, 663–695 (zit. EVANS/NOEL, J. Comp. L. & Econ. 2008)
- EVANS DAVID S./PADILLA JORGE, Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf vom 27. August 2004, abrufbar unter <<https://ssrn.com/abstract=596663>>
- EVANS DAVID S./SALINGER MICHAEL, Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law, YREG 2005, 37–89 (zit. EVANS/SALINGER, YREG 2005)
- EVANS DAVID S./SCHMALENSEE RICHARD, Debunking the ‘Network Effects’ Bogeyman, Regulation 2017, 36–39 (zit. EVANS/SCHMALENSEE, Regulation 2017)
- EVANS DAVID S./SCHMALENSEE RICHARD, Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses, RNE 2010, 1–26 (zit. EVANS/SCHMALENSEE, RNE 2010)
- EVANS DAVID S./SCHMALENSEE RICHARD, Matchmakers – The new Economics of Multisided Platforms, Boston 2016 (zit. EVANS/SCHMALENSEE, Matchmakers)
- EVANS DAVID S./SCHMALENSEE RICHARD, The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses, Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, Working Paper No. 623, Chicago 2012 (zit. EVANS/SCHMALENSEE, Multi-Sided Platform Businesses)
- EVANS DAVID S./SCHMALENSEE RICHARD, The industrial organization of markets with two-sided platforms, CPI 2007, 151–179 (zit. EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007)
- FARRELL JOSEPH/KLEMPERER PAUL, Coordination and Lock-in: Competition with Switching Costs and Network Effects, in: Armstrong Mark/Porter Robert H. (Eds.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 3, North Holland 2007, 1967–2072
- FARRELL JOSEPH/SHAPIRO CARL, Antitrust evaluation of horizontal mergers: an economic alternative to market definition, BEJTE 2010, 1–39 (zit. FARRELL/SHAPIRO, BEJTE 2010)

-
- FARRELL JOSEPH/WEISER PHILIP J., Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age, *Harv. J.L. & Tech.* 2003, 85–134 (zit. FARRELL/WEISER, *Harv. J.L. & Tech.* 2003)
- FELDMAN ROBIN COOPER, Defensive Leveraging in Antitrust, *GLTR* 1999, 2079–2115 (zit. FELDMAN, *GLTR* 1999)
- FERRO MIGUEL SOUSA, «Ceci n'est pas un marché»: Gratuity and competition law, *Concurrences* 2015, 1–13 (zit. FERRO, *Concurrences* 2015)
- FERRO MIGUEL SOUSA, Market Definition in EU Competition Law, Northampton, MA 2019 (zit. FERRO, Market Definition)
- FILISTRUCCHI LAPO, Market Definition in Multi-Sided Markets, in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paris 2018, 37–54 (zit. FILISTRUCCHI, Market Definition in Multi-Sided Markets)
- FILISTRUCCHI LAPO/GERADIN DAMIEN/VAN DAMME ERIC, Identifying Two-Sided Markets, *World Competition* 2013, 33–59 (zit. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, *World Competition* 2013)
- FILISTRUCCHI LAPO/GERADIN DAMIEN/VAN DAMME ERIC/AFFELDT PAULINE, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, *J. Comp. L. & Econ.* 2014, 293–339 (zit. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, *J. Comp. L. & Econ.* 2014)
- FOX ELEANOR M./SULLIVAN LAWRENCE A., Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, *New York Univ. L. Rev.* 1987, 936–988 (zit. FOX/SULLIVAN, *New York Univ. L. Rev.* 1987)
- FRANCK JENS-UWE/PEITZ MARTIN, Market definition and market power in the platform economy, *CERRE Report*, Brussels 2019 (zit. FRANCK/PEITZ, Market definition and market power)
- FRANCK JENS-UWE/PEITZ MARTIN, Market Definition in the Platform Economy, *CYELS* 2021, 91–127 (zit. FRANCK/PEITZ, *CYELS* 2021)
- FUMAGALLI CHIARA/MOTTA MASSIMO, Economic Principles for the Enforcement of Abuse of Dominance Provisions, *J. Comp. L. & Econ.* 2024, 1–23 (zit. FUMAGALLI/MOTTA, *J. Comp. L. & Econ.* 2024)
- FUMAGALLI CHIARA/MOTTA MASSIMO/CALAGNO CLAUDIO, Exclusionary practices: The economics of monopolisation and abuse of dominance, Cambridge 2018
- GAL MICHAEL S./RUBINFELD DANIEL L., The Hidden Costs of Free Goods: Implication for Antitrust Enforcement, *Antitrust Law J.* 2016, 521–562 (zit. GAL/RUBINFELD, *Antitrust Law J.* 2016)
- GALLAUGHER JOHN M./WANG YU-MING, Understanding Network Effects in Software Markets: Evidence from Web Server Pricing, *MIS Quarterly* 2002, 303–327 (zit. GALLAUGHER/WANG, *MIS Quarterly* 2002)
- GAMBARO MARCO, Big Data Competition and Market Power, *M&CLR* 2018, 99–122 (zit. GAMBARO, *M&CLR* 2018)

- GASSER LUCAS, Der Marktstrukturmissbrauch in der Plattformökonomie, Informationsasymmetrien als Ausgangspunkt eines Verstosses gegen Art. 102 AEUV, Baden-Baden 2021 (= Diss. Düsseldorf 2020 = Europäisches Wirtschaftsrecht 68)
- GEBICKA ALEKSANDRA/HEINEMANN ANDREAS, Social Media & Competition Law, World Competition 2014, 149–172 (zit. GEBICKA/HEINEMANN, World Competition 2014)
- GELLI LEONARDO, Meistbegünstigungsklauseln durch Hotelbuchungsplattformen im Lichte des Europäischen Kartellrechts, recht 2019, 33–49 (zit. GELLI, recht 2019)
- GENAKOS CHRISTOS/KÜHN KAI-ÜWE/VAN REENEN JOHN, Leveraging Monopoly Power by Degrading Interoperability: Theory and Evidence from Computer Markets, *Economica* 2018, 873–902 (zit. GENAKOS/KÜHN/VAN REENEN, *Economica* 2018)
- GERADIN DAMIEN /LAYNE-FARRAR ANNE/PETTIT NICOLAS, EU Competition Law and Economics, Oxford 2012
- GILBERT SCOTT, Multi-Market Antitrust Economics, Cham 2018
- GOLDHAMMER KLAUS/WIEGAND ANDRÉ, Ökonomischer Wert von Verbraucherdaten für Adress- und Datenhändler, Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 25. April 2017, Berlin 2017
- GOYDER JOANNA/ALBORS-LLORENS ALBERTINA, Goyder's EC Competition Law, 5th ed. Oxford 2009
- GRAEF INGE/COSTA-CABRAL FRANCISCO, To regulate or not to regulate Big Tech, *Concurrences* 2020, 24–29 (zit. GRAEF/COSTA-CABRAL, *Concurrences* 2020)
- GRAVE CARSTEN, Marktbeherrschung bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken, in: Kersting Christian/Podszun Rupprecht (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, Kartellschadensersatz – Digitale Ökonomie – Fusionskontrolle – Bussgeldrecht – Verbraucherschutz, München 2017, 17–44
- GROTHER NELA, Datenmacht in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, Baden-Baden 2019 (= Diss. Freiburg 2019 = Schriften zum Medien- und Informationsrecht 43)
- GUAL JORDI/HELLWIG MARTIN/PERROT ANNE/POLO MICHELE/REY PATRICK/SCHMIDT KLAUS/STENBACKA RUNE, An Economic Approach to Article 82, Report by the EAGCP 2005 (zit. GUAL et al.)
- GUPTA GARIMA, Does 'big data' provide a competitive advantage to firms: an antitrust analysis, *AJBE* 2021, 423–442 (zit. GUPTA, *AJBE* 2021)
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Zürich/St. Gallen 2020
- HAGIU ANDREI, Merchant Or Two-Sided Platform?, *RNE* 2007, 115–133 (zit. HAGIU, *RNE* 2007)
- HAGIU ANDREI/WRIGHT JULIAN, Multi-sided platforms, *IJIO* 2015, 162–174 (zit. HAGIU/WRIGHT, *IJIO* 2015)

-
- HAGIU ANDREI/WRIGHT JULIAN, When Data Creates Competitive Advantage, HBR 2020, 94–101 (zit. HAGIU/WRIGHT, HBR 2020)
- HAHM KEVIN/SMITH LOREN K., Clarifying Bundle Markets and Distinguishing Them from Cluster Markets, *The Antitrust Source* 2021, 1–11 (zit. HAHM/SMITH, *The Antitrust Source* 2021)
- HAMELMANN LISA/HAUCAP JUSTUS, Kartellrecht und Wettbewerbspolitik für Online-Plattformen, *DICE Ordnungspolitische Perspektiven* No. 78, Düsseldorf 2015
- HANLEY DANIEL A., A topology of multisided digital platforms, *Conn. Pub. Int. L.J.* 2020, 271–350 (zit. HANLEY, *Conn. Pub. Int. L.J.* 2020)
- HANNAH DOUGLAS P./EISENHARDT KATHLEEN M., How firms navigate cooperation and competition in nascent ecosystems, *SMJ* 2018, 3163–3192 (zit. HANNAH/EISENHARDT, *SMJ* 2018)
- HANS SILKE, Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbevertrags- und Werbekartellrecht, München 2015 (= Diss. Saarbrücken 2014 = *Information und Recht* 84)
- HARBOUR PAMELA JONES/KOSLOV TARA ISA, Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets, *Antitrust Law J.* 2010, 769–797 (zit. HARBOUR/KOSLOV, *Antitrust Law J.* 2010)
- HARTMAN RAYMOND/TEECE DAVID/MITCHELL WILL/JORDE THOMAS, Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change, *Ind. Corp. Chang.* 1993, 317–350 (zit. HARTMANN et al., *Ind. Corp. Chang.* 1993)
- HARTMANN MAX, Die methodologischen Grundlagen der Biologie, *Erkenntnis* 1932/1933, 235–261 (zit. HARTMANN, *Erkenntnis* 1932/1933)
- HAUCAP JUSTUS/HEIMESHOF ULRICH, Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the internet driving competition or market monopolization?, *DICE Discussion Paper* No. 83, Düsseldorf 2013 (zit. HAUCAP/HEIMESHOF, *DICE Discussion Paper* 2013)
- HAUSMAN JERRY/LEONARD GREGORY/ZONA J. DOUGLAS, Competitive Analysis with Differentiated Products, *Ann. Econ. Stat.* 1994, 159–180 (zit. HAUSMAN/LEONARD/ZONA, *Ann. Econ. Stat.* 1994)
- HAZLETT THOMAS/TEECE DAVID/WAVERMAN LEONARD, Walled Garden Rivalry: The Creation of Mobile Network Ecosystems, *George Mason University Law and Economics Research Paper Series* No. 11–50, Arlington 2011
- HE DI/KANNAN AADHARSH/LIU TIE-YAN/MCAFEE R. PRESTON/QIN TAO/RAO JUSTIN M., Scale Effects in Web Search, in: Devanur Nikhil R./Lu Pinyan (Eds.), *Web and Internet Economics*, *Lecture Notes in Computer Science*, Cham 2017, 294–310
- HEIN ANDREAS/SCHREIECK MAXIMILIAN/RIASANOW TOBIAS/SOTO SETZKE DAVID/WIESCHE MANUEL/BÖHM MARKUS/KRCMAR HELMUT, Digital platform ecosystems, *EM* 2020, 87–98 (zit. HEIN et al., *EM* 2020)

- HEINEMANN ANDREAS, Big Data im Kartellrecht, in: Notter Markus/Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? – Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, 311–321 (zit. HEINEMANN, Big Data)
- HEINEMANN ANDREAS, From Two-Sided Networks to Digital Ecosystems: The Economics of Platform Markets, in: Jung Peter (Ed.), Competition Law Issues in the Platform Economy, Comparative Commercial and Economic Law Proceedings from the 38th German Conference on Comparative Law in Tübingen, Tübingen 2024, 1–28 (zit. HEINEMANN, Digital Ecosystems)
- HEINEMANN ANDREAS, Google als kartellrechtliches Problem?, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn – Vorträge und Berichte Nr. 213, Bonn 2015, 1–64 (zit. HEINEMANN, Google)
- HEIZMANN RETO A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005 (= Diss. Zürich 2005)
- HEYMANN THOMAS, Recht an Daten, Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen, CR 2016, 650–657 (zit. HEYMANN, CR 2016)
- HOBBELEN HEIN/JABLAN JOELLE, Presentational Issues in the Microsoft II Case: Fair Chance for All Browsers or a European Commission Imposed Advantage for Existing Market Players?, ECLR 2011, 206–211 (zit. HOBBELEN/JABLAN, ECLR 2011)
- HOFFER RAOUL/LEHR LEO ALEXANDER, Onlineplattformen und Big Data auf dem Prüfstand – Gemeinsame Betrachtung der Fälle Amazon, Google und Facebook, NZKart 2019, 10–19 (zit. HOFFER/LEHR, NZKart 2019)
- HOLZWEBER STEFAN, Daten als Machtfaktor in der Fusionskontrolle, NZKart 2016, 104–112 (zit. HOLZWEBER, NZKart 2016)
- HOLZWEBER STEFAN, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen: zur Anwendung von Art. 102 AEUV auf mehrseitige Märkte in der Internetökonomie, Diss. Wien 2017
- HOLZWEBER STEFAN, Tying and bundling in the digital era, ECJ 2018, 342–366 (zit. HOLZWEBER, ECJ 2018)
- HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz: vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Komm. KG-BEARBEITER/IN)
- HOOFNAGLE CHRIS JAY/WHITTINGTON JAN, Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price, UCLA L. Rev. 2014, 606–670 (zit. HOOFNAGLE/WHITTINGTON, UCLA L. Rev. 2014)
- HOPF ALEXANDER, Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Internet-suchmaschinen, dargestellt am Beispiel von Google, Hamburg 2014 (= Diss. Jena 2013 = Recht der Neuen Medien 64)

-
- HÖPPNER THOMAS/SCHAPER FELICITAS/WESTERHOFF PHILIPP, Google Search (Shopping) as a Precedent for Disintermediation in Other Sectors – The Example of Google for Jobs, JECLAP 2018, 627–644 (zit. HÖPPNER/SCHAPER/WESTERHOFF, JECLAP 2018)
- HOSKEN DANIEL/OLSON LUKE M./SMITH LOREN K., Do Retail Mergers Affect Competition? Evidence from Grocery Retailing, FTC Bureau of Economics, Working Paper No. 313, December 2012, 1–34
- HOVENKAMP HERBERT, Antitrust and Platform Monopoly, Yale L. J. 2021, 1901–2001 (zit. HOVENKAMP, Yale L. J. 2021)
- HOVENKAMP HERBERT, Digital Cluster Markets, CBLR 2022, 246–278 (zit. HOVENKAMP, CBLR 2022)
- HOVENKAMP HERBERT, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 6th ed. St. Paul 2020
- HOVENKAMP HERBERT, Markets in Merger Analysis, Antitrust Bull. 2012, 887–914 (zit. HOVENKAMP, Antitrust Bull. 2012)
- HOVENKAMP HERBERT, Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, CBLR 2001, 257–338 (zit. HOVENKAMP, CBLR 2001)
- HULL DAVID W., Tying: A transatlantic perspective, in: Marsden Philip (Ed.), Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust, Cheltenham/Northampton 2006, 287–318
- HUNGERLAND FABIAN/QUITZAU JÖRN/ZUBER CHRISTOPHER/EHRLICH LARS/GROWITSCH CHRISTIAN/RISCHE MARIE-CHRISTIN/SCHLITTE FRISO/HASS HANS-JOACHIM, Digitalökonomie, Strategie 2030 – Vermögen und Leben in der nächsten Generation, Hamburg 2015
- HYLTON KEITH N./SALINGER MICHAEL, Tying Law and Policy: a Decision-Theoretic Approach, Antitrust Law J. 2001, 469–526 (zit. HYLTON/SALINGER, Antitrust Law J. 2001)
- IACOBUCCI EDWARD/DUCCI FRANCESCO, The Google search case in Europe: tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets, Eur. J. Law Econ. 2019, 15–42 (zit. IACOBUCCI/DUCCI, Eur. J. Law Econ. 2019)
- IANSITI MARCO/LEVIEN ROY, Strategy as ecology, HBR 2004, 68–81 (zit. IANSITI/LEVIEN, HBR 2004)
- JACOBIDES MICHAEL G., What Drives and Defines Digital Platform Power?, White Paper, London 2021
- JACOBIDES MICHAEL G./LIANOS IOANNIS, Ecosystems and competition law in theory and practice, Ind. Corp. Chang. 2021, 1199–1229 (zit. JACOBIDES/LIANOS, Ind. Corp. Chang. 2021)
- JAEKEL MICHAEL, Disruption durch digitale Plattform-Ökosysteme, Eine kompakte Einführung, Wiesbaden 2020
- JONES ALISON/SUFRIEN BRENDA/DUNNE NIAMH, Jones & Sufrien's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, 8th ed. Oxford 2023

- JONES ELIOT, *The Trust Problem in the United States*, New York 1929
- JULLIEN BRUNO, Two-sided markets and electronic intermediaries. *CESifo Econ. Studies* 2005, 233–260 (zit. JULLIEN, *CESifo Econ. Studies* 2005)
- KAPLOW LOUIS, Market definition: impossible and counterproductive, *Antitrust Law J.* 2013, 361–379 (zit. KAPLOW, *Antitrust Law J.* 2013)
- KAPLOW LOUIS, The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative, *HLR* 1982, 1817–1848 (zit. KAPLOW, *HLR* 1982)
- KAPLOW LOUIS, Why (Ever) Define Markets?, *HLR* 2010, 437–517 (zit. KAPLOW, *HLR* 2010)
- KATHURIA VIKAS, Platform competition and market definition in the US Amex case: lessons for economics and law, *ECJ* 2019, 254–280 (zit. KATHURIA, *ECJ* 2019)
- KATZ MICHAEL L./SALLET JONATHAN, Multisided Platforms and Antitrust Enforcement, *Yale L. J.* 2018, 2142–2175 (zit. KATZ/SALLET, *Yale L. J.* 2018)
- KATZ MICHAEL L./SHAPIRO CARL, Network Externalities, Competition, and Compatibility, *AER* 1985, 424–440 (zit. KATZ/SHAPIRO, *AER* 1985)
- KATZ MICHAEL L./SHAPIRO CARL, Systems Competition and Network Effects, *JEP* 1994, 93–115 (zit. KATZ/SHAPIRO, *JEP* 1994)
- KËLLEZI PRANVERA, Rhetoric or Reform: Does the Law of Tying and Bundling Reflect the Economic Theory?, in: Ezrachi Ariel (Ed.), *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, Oxford 2009, 147–168
- KERSTING CHRISTIAN/DWORSCHAK SEBASTIAN, Google als Marktbeherrscher? – Zur (geringen) Aussagekraft hoher Nutzerzahlen im Internet, *ifo Schnelldienst* 2014, 7–10 (zit. KERSTING/DWORSCHAK, *ifo Schnelldienst* 2014)
- KHAN LINA M., Amazon’s Antitrust Paradox, *Yale L. J.* 2017, 710–805 (zit. KHAN, *Yale L. J.* 2017)
- KHAN LINA M., Sources of Tech Platform Power, *GLTR* 2018, 325–334 (zit. KHAN, *GLTR* 2018)
- KHAN LINA M., The Separation of Platforms and Commerce, *Colum. L. Rev.* 2017, 973–1093 (zit. KHAN, *Colum. L. Rev.* 2017)
- KIESS FABIAN, *Regulierung von digitalen Plattform-Ökosystemen*, Baden-Baden 2023 (= Diss. Leipzig 2023 = Schriften zum Medien- und Informationsrecht 71)
- KING STEPHEN P., Collective Bargaining in Business: Economic and Legal Implications, *UNSW L. J.* 2013, 107–138 (zit. KING, *UNSW L. J.* 2013)
- KLEIN BENJAMIN, The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position?, *JEP* 2001, 45–62 (zit. KLEIN, *JEP* 2001)
- KLEIN BENJAMIN/LERNER ANDRES V./MURPHY KEVIN M./PLACHE LACEY L., Competition in Two-Sided Markets: The Antitrust Economics of Payment Card Interchange Fees, *Antitrust Law J.* 2006, 571–626 (zit. KLEIN/LERNER/MURPHY/PLACHE, *Antitrust Law J.* 2006)

-
- KLOTZ MARIUS, Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV, WuW 2016, 58–65 (zit. KLOTZ, WuW 2016)
- KNAPSTAD TONE, Digital dominance: assessing market definition and market power for online platforms under Article 102 TFEU, ECJ 2023, 1–25 (zit. KNAPSTAD, ECJ 2023)
- KNIEPS GÜNTER, Netzökonomie, Grundlagen – Strategien – Wettbewerbspolitik, Wiesbaden 2007
- KNIGHT FRANK H., Risk, Uncertainty and Profit, Boston/New York 1921
- KÖRBER TORSTEN, «Ist Wissen Marktmacht?» Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, «Datenmacht» und Kartellrecht – Teil 1, NZKart 2016, 303–310 (zit. KÖRBER, NZKart 2016)
- KÖRBER TORSTEN, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, Vortrag auf dem Symposium «Internetplattformen – Aktuelle Herausforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht» am 4.11.2016 in München, ZUM 2017, 93–101 (zit. KÖRBER, ZUM 2017)
- KÖRBER TORSTEN/SCHWEITZER HEIKE/ZIMMER DANIEL (Hrsg.), Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl. München 2019 (zit. Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-BEARBEITER/IN)
- KOSTECKA-JURCZYK DARIA, Abuse of Dominant Position on Digital Market: Is the European Commission Going back to the Old Paradigm?, Eur. Res. Stud. J. 2021, 120–132 (zit. KOSTECKA-JURCZYK, Eur. Res. Stud. J. 2021)
- KUMKAR LEA KATHARINA, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht, Implikationen der Plattform Revolution für das EU-Vertriebskartellrecht, Baden-Baden 2017 (= Diss. Freiburg i. Brg. 2017 = Schriften zum Medien- und Informationsrecht 25)
- KÜNZLER ADRIAN, Relative Marktmacht – Bedeutung der revidierten schweizerischen Missbrauchsaufsicht für die Digitalwirtschaft, SJZ 2022, 479–491 (zit. KÜNZLER, SJZ 2022)
- LANCIERI FILIPPO/SAKOWSKI PATRICIA MORITA, Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports, Stan. J.L. Bus. & Fin. 2021, 65–170 (zit. LANCIERI/SAKOWSKI, Stan. J.L. Bus. & Fin. 2021)
- LANGE KNUT WERNER/PRIES THORSTEN, Möglichkeiten und Grenzen der Missbrauchskontrolle von Kopplungsgeschäften: Der Fall Microsoft, EWS 2008, 1–6 (zit. LANGE/PRIES, EWS 2008)
- LASSERRE BRUNO/MUNDT ANDREAS, Competition Law and Big Data: The Enforcer's View, Ital. Antitrust Rev. 2017, 87–103 (zit. LASSERRE/MUNDT, Ital. Antitrust Rev. 2017)
- LENSSEN MARKUS, Der kartellrechtlich relevante Markt, Baden-Baden 2009 (= Diss. Bonn 2008 = Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 234)
- LERNER ABBA P., The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, Rev. Econ. Stud. 1934, 157–175 (zit. LERNER, Rev. Econ. Stud. 1934)

- LEVY LUDWIG/LUCKENBACH HERMANN, *Das Forum Romanum der Kaiserzeit*, München/Leipzig 1895
- LIANOS IOANNIS/MOTCHENKOVA EVGENIA, *Market Dominance and Quality of Search Results in the Search Engine Market*, *J. Comp. L. & Econ.* 2013, 419–455 (zit. LIANOS/MOTCHENKOVA, *J. Comp. L. & Econ.* 2013)
- LINDSTÄDT NADINE, *Multisided media markets: Applying the theory of multisided markets to media markets*, 53–80 (zit. LINDSTÄDT, *ZWeR* 2010)
- LOEWENHEIM ULRICH/MEESSEN KARL M./RIESENKAMPFF ALEXANDER/KERSTING CHRISTIAN/MEYER-LINDEMANN HANS JÜRGEN (Hrsg.), *Kartellrecht, Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*, 4. Aufl. München 2020 (zit. LMRKM *Kartellrecht-BEARBEITER/IN*)
- LOHSE ANDREA, *Marktmachtmissbrauch durch Internetplattformen? Das Kartellrecht vor neuen Herausforderungen*, *ZHR* 2018, 321–358 (zit. LOHSE, *ZHR* 2018)
- LORENZ MORITZ, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge 2013
- LOUVEN SEBASTIAN, *Datenmacht und Zugang zu Daten*, *NZKart* 2018, 217–222 (zit. LOUVEN, *NZKart* 2018)
- LUCHETTA GIACOMO, *Is the Google platform a two-sided market?*, *J. Comp. L. & Econ.* 2013, 185–207 (zit. LUCHETTA, *J. Comp. L. & Econ.* 2013)
- MÄIHÄNIEMI BEATA, *Competition Law and Big Data*, Northampton 2020
- MANDRESCU DANIEL, *Applying (EU) Competition Law to Online Platforms: Reflections on the Definition of the Relevant Market(s)*, *World Competition* 2018, 453–484 (MANDRESCU, *World Competition* 2018)
- MANDRESCU DANIEL, *Applying EU competition law to online platforms: the road ahead – Part 2*, *ECLR* 2017, 410–422 (zit. MANDRESCU, *ECLR* 2017)
- MANDRESCU DANIEL, *The application of EU antitrust law to (dominant) online platforms*, Leiden 2022 (zit. MANDRESCU, *Dominant Online Platforms*)
- MANDRESCU DANIEL, *The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies: Considerations for Online Platforms*, *CoRe* 2018, 244–257 (zit. MANDRESCU, *CoRe* 2018)
- MANDRESCU DANIEL, *Tying and bundling by online platforms – Distinguishing between lawful expansion strategies and anti-competitive practices*, *CLSR* 2021, 1–24 (zit. MANDRESCU, *CLSR* 2021)
- MANNE GEOFFREY A., *Gerrymandered Market Definitions in FTC v. Amazon*, *ICLE Issue Brief* 2024-01-26, 1–32 (MANNE, *ICLE Issue Brief* 2024)
- MARKOVITS RICHARD S., *Tie-ins, Reciprocity, and the Leverage Theory. Part II: Tie-ins, Leverage, and the American Antitrust Laws*, *Yale L. J.* 1970, 195–315 (zit. MARKOVITS, *Yale L. J.* 1970)

-
- MAUELSHAGEN ILKA, Online-Inhalte, Internet-Suchmaschinen und Vergütungsansprüche, Die kartellrechtlichen Grenzen des Leistungsschutzrechts für Presseverleger, Baden-Baden 2018 (= Diss. Freiburg 2017 = Schriften zum Medien- und Informationsrecht 34)
- MCAFEE R. PRESTON/MCMILLAN, JOHN/WHINSTON MICHAEL D., Multiproduct Monopoly, Commodity Bundling, And Correlation of Values. QJE 1989, 371–383 (zit. MCAFEE/MCMILLAN/WHINSTON, QJE 1989)
- MEYER DAVID L., Section 2 Standards and Consumer Welfare: Some Lessons from the World of Merger Enforcement, CBLR 2007, 371–409 (zit. MEYER, CBLR 2007)
- MOHR JOCHEN, Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen, Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts v. 6.2.2019, EuZW 2019, 265–273 (zit. MOHR, EuZW 2019)
- MOORE JAMES F., Predators and prey: A new ecology of competition, HBR1993, 75–83 (zit. MOORE, HBR 1993)
- MORESI SERGE, Market definition in industries with dynamic demand, CLPD 2021, 54–62 (zit. MORESI, CLPD 2021)
- MOTTA MASSIMO, Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge 2004
- MOTTA MASSIMO, Self-preferencing and foreclosure in digital markets: Theories of harm for abuse cases, IJIO 2023, 1–20 (zit. MOTTA, IJIO 2023)
- MUSIELAK MATEUSZ, The Evolution of Classical Evaluation Standards in Competition Law: The Legal Assessment of Tying in View of Challenges Raised by Digital Markets, SPP 2021, 113–139 (zit. MUSIELAK, SPP 2021)
- NACHTWEY OLIVER/STAAB PHILIPP, Die Avantgarde des digitalen Kapitalismus, Mittelweg 36 2015, 59–84 (zit. NACHTWEY/STAAB, Mittelweg 36 2015)
- NALEBUFF BARRY, Bundling as an Entry Barrier, QJE 2004, 159–187 (zit. NALEBUFF, QJE 2004)
- NALEBUFF BARRY, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, Part I, Conceptual Issues, DTI Economics Paper No. 1, London 2003 (zit. NALEBUFF, Tying)
- NALEBUFF BARRY, Competing against Bundles, in: Hammond Peter J./Myles Gareth (Eds.), Incentives, Organization and Public Economics, Oxford 2000, 323–336 (zit. NALEBUFF, Competing)
- NATH LENA-MARIE, Schadensersatz bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Baden-Baden 2021 (= Diss. Kiel 2021 = Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 307)
- NAZZINI RENATO, Online Platforms and Antitrust: Where Do We Go From Here?, Ital. Antitrust Rev. 2018, 5–22 (zit. NAZZINI, Ital. Antitrust Rev. 2018)

- NAZZINI RENATO, Standard of Foreclosure under Article 102 TFEU and the Digital Economy Debate, London 2022, 1–30, abrufbar unter <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3650837>> (zit. NAZZINI, Standard of Foreclosure)
- NEWMAN JOHN M., Antitrust in Digital Markets, Vand. L. Rev. 2019, 1497–1561 (zit. NEWMAN, Vand. L. Rev. 2019)
- NEWMAN JOHN M., Antitrust in Zero-Price Markets: Applications, Wash. U. L. Rev. 2016, 49–111 (zit. NEWMAN, Wash. U. L. Rev. 2016)
- NEWMAN JOHN M., Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 149–206 (zit. NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015)
- NIEDERSTRASSER STEFAN, Marktabgrenzung und Marktmacht in der Digitalökonomie, Aktuelle Herausforderungen des europäischen Kartellrechts, Wien 2020 (= Diss. Innsbruck 2019 = Schriften zum österreichischen und europäischen öffentlichen Recht 25)
- NIELS GUNNAR, Transaction Versus Non-Transaction Platforms: A False Dichotomy In Two-Sided Market Definition, J. Comp. L. & Econ. 2019, 327–357 (zit. NIELS, J. Comp. L. & Econ. 2019)
- NIELS GUNNAR/JENKINS HELEN/KAVANAGH JAMES, Economics for Competition Lawyers, 3rd ed. Oxford 2023
- NIELS GUNNAR/RALSTON HELEN, Two-sided market definition: some common misunderstandings, ECJ 2021, 118–133 (zit. NIELS/RALSTON, ECJ 2021)
- NISSEN RAOUL MORITZ, Der monetäre Wert von Daten im Privatrecht, Tübingen 2021 (= Diss. Berlin 2021 = Internet und Gesellschaft 22)
- O'DONOGHUE ROBERT/PADILLA JORGE, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3rd ed. Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2020
- OTT ALFRED E., Marktform und Verhaltensweise, Stuttgart 1959
- ÖZCAN MUTLU/CLEMENS GEORG, The relevance of supply-side substitutability for «Big data», Concurrences 2018, 1–6 (zit. ÖZCAN/CLEMENS, Concurrences 2018)
- PAAL BORIS P., Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, GRUR-Beilage 2014, 69–77 (zit. PAAL, GRUR-Beilage 2014)
- PALMETSHOFER WALTER/SEMSROTT ARNE/ALBERTS ANNA, Der Wert persönlicher Daten: Ist Datenhandel der bessere Datenschutz?, Studien und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Berlin 2017
- PARKER GEOFFREY G./VAN ALSTYNE MARSHALL W., Information Complements, Substitutes, and Strategic Product Design, William Davidson Institute Working Paper No. 299, 24 March 2000, Ann Arbor 2000
- PARKER GEOFFREY/PETROPOULOS GEORGIOS/VAN ALSTYNE MARSHALL, Platform Mergers and Antitrust, Ind. Corp. Chang. 2021, 1307–1336 (zit. PARKER/PETROPOULOS/VAN ALSTYNE, Ind. Corp. Chang. 2021)

-
- PASQUALE FRANK, Paradoxes of Digital Antitrust: Why the FTC Failed to Explain Its Inaction on Search Bias, *Harv. J.L. & Tech. Occasional Paper Series* 2013, 1–20 (zit. PASQUALE, *Harv. J.L. & Tech. Occasional Paper Series* 2013)
- PATTERSON MARK R., *Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information*, Cambridge MA 2017
- PAUL GEORGE L/SOKOL D. DANIEL/BACA GABRIELA, Key Developments in the United States, in: Jeffs Claire/Sokol Danny/Ning Susan (Eds.), *GCR – Digital Markets Guide*, 2nd ed. London 2022, 135–148
- PETIT NICOLAS, Are ‘FANGs’ Monopolies? A Theory of Competition under Uncertainty, Working Paper 2019 (zit. PETIT, Are ‘FANGs’ Monopolies?)
- PETIT NICOLAS, Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer, Work in Progress 2016, 1–76 (zit. PETIT, Technology Giants)
- PETIT NICOLAS/NEYRINCK NORMAN, Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic, *JECLAP* 2011, 117–121 (zit. PETIT/NEYRINCK, *JECLAP* 2011)
- PETIT NICOLAS/NEYRINCK NORMAN, Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A fresh look at the Article 102 TFEU Case-Law, *ÖZK* 2010, 203–209 (zit. PETIT/NEYRINCK, *ÖZK* 2010)
- PETIT NICOLAS/TEECE J. DAVID, Innovating Big Tech firms and competition policy: favoring dynamic over static competition, *Ind. Corp. Chang.* 2021, 1168–1198 (zit. PETIT/TEECE, *Ind. Corp. Chang.* 2021)
- PIKE CHRIS, Part I. Introduction and key findings, in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paris 2018, 9–34
- PILLE JENS-ULLRICH, *Meinungsmacht sozialer Netzwerke*, Baden-Baden 2016 (= Diss. Hamburg 2015 = *Hamburger Schriften zum Medien-, Urheber- und Telekommunikationsrecht* 11)
- PODSZUN RUPPRECHT (Hrsg.), *Digital Markets Act – Gesetz über digitale Märkte*, Nomos Handkommentar, Baden-Baden/Basel/Wien 2023 (zit. Komm. DMA-BEARBEITER/IN)
- PODSZUN RUPPRECHT, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, Gutachten für die Finanzplatz München Initiative (fpmi), München 2017
- PODSZUN RUPPRECHT/FRANZ BENJAMIN, Was ist ein Markt? – Unentgeltliche Leistungsbeziehungen im Kartellrecht, *NZKart* 2015, 121–127 (zit. PODSZUN/FRANZ, *NZKart* 2015)
- POSNER RICHARD A., *Antitrust Law*, 2nd ed. Chicago/London 1976
- POSNER RICHARD A., Vertical Restraints and Antitrust Policy, *Chi. L. Rev.* 2005, 229–241 (zit. POSNER, *Chi. L. Rev.* 2005)
- POSNER RICHARD A./EASTERBROOK FRANK H., *Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials*, 2nd ed. St. Paul 1981

- RAASS ADRIAN, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik, sic! 1999, 669–677 (zit. RAASS, sic! 1999)
- RALSTON HELEN/LESLIE WILL/O'REILLY EOIN/MASTERS ROBIN/HEINEN VICTORIA, Choosing the right filter: Market definition in two-sided markets, CLPD 2021, 67–73 (zit. RALSTON et al., CLPD 2021)
- REISINGER MARKUS, Platform competition for advertisers and users in media markets, IJIO 2012, 243–252 (zit. REISINGER, IJIO 2012)
- REY PATRICK/TIROLE JEAN, A Primer on Foreclosure, in: Armstrong Mark/Porter Robert H. (Eds.), Handbook of Industrial Organization, Vol. 3, North Holland 2007, 2145–2220
- RIETVELD JOOST/SCHILLING MELISSA A., Platform Competition: A Systematic and Interdisciplinary Review of the Literature, J. Manag. 2021, 1528–1563 (zit. RIETVELD/SCHILLING, J. Manag. 2021)
- RITTNER FRITZ, Wettbewerbsrecht und Ökonomie, in: Schwarze Jürgen (Hrsg.), Recht und Ökonomie im europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2006, 17–27
- ROBERTSON VIKTORIA H. S. E., Antitrust market definition for digital ecosystems, Concurrences 2021, 3–9 (zit. ROBERTSON, Concurrences 2021)
- ROCHET JEAN-CHARLES/TIROLE JEAN, Platform Competition in Two-Sided Markets, JEEA 2003, 990–1029 (zit. ROCHET/TIROLE, JEEA 2003)
- ROCHET JEAN-CHARLES/TIROLE JEAN, Two-Sided Markets: A Progress Report, RAND J. Econ. 2006, 645–667 (zit. ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006)
- ROHLFS JEFFREY, A Theory of Interdependent Demand for a Communications Service, Bell J. Econ. 1974, 16–37 (zit. ROHLFS, Bell J. Econ. 1974)
- ROSON ROBERTO, Two-Sided Markets: A Tentative Survey, RNE 2005, 142–160 (zit. ROSON, RNE 2005)
- ROSTOW EUGENE V., Monopoly Under the Sherman Act: Power or Purpose?, Ill. L. Rev. 1949, 745–793 (zit. ROSTOW, Ill. L. Rev. 1949)
- ROTH DAVID, Der «ebenso effiziente Wettbewerber», Baden-Baden 2017 (= Diss. Zürich 2016 = Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht 37)
- ROUSSEVA EKATERINA, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, Oxford 2010
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN/BIEN FLORIAN/MEIER-BECK PETER/MONTAG FRANK (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. 1/1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. München 2023 (zit. MüKo WettbR-BEARBEITER/IN)
- SALINGER MICHAEL A., A Graphical Analysis of Bundling. J. Bus. 1995, 85–98 (zit. SALINGER, J. Bus. 1995)

-
- SAUERMANN MARTIN, Digitalisierung und unentgeltliche Angebote im Kartellrecht, ZWeR 2018, 341–361 (zit. SAUERMANN, ZWeR 2018)
- SCHMALENSEE RICHARD, Commodity Bundling by Single-Product Monopolies, J. L. & Econ. 1982, 67–71 (zit. SCHMALENSEE, J. L. & Econ. 1982)
- SCHMIDT HEDVIG K., Taming the shrew: is there a need for a new market power definition for the digital economy?, in: Lundqvist Björn/Gal Michal S. (Eds.), Competition Law for the Digital Economy, Northampton 2019, 29–70
- SCHMIDT INGO/HAUCAP JUSTUS, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl. München 2013
- SCHMIDT JENS PETER/HÜBENER FABIAN (Hrsg.), Das neue Recht der digitalen Märkte, Digital Markets Act (DMA), Baden-Baden 2023 (zit. Schmidt/Hübener DMA-BEARBEITER/IN)
- SCHULTE JOSEF LOTHAR/JUST CHRISTOPH (Hrsg.), Heymanns Kommentare, Kartellrecht: GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht – Kommentar, 2. Aufl. Köln 2016 (zit. Heymanns Komm. KartellR-BEARBEITER/IN)
- SCHWAB ANDREAS, Der Digital Markets Act: Europa ordnet digitale Plattformmärkte, WuW 2022, 301 (zit. SCHWAB, WuW 2022)
- SCHWALBE ULRICH/ZIMMER DANIEL, Kartellrecht und Ökonomie, Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 3. Aufl. Frankfurt am Main 2021
- SCHWEITZER HEIKE/HAUCAP JUSTUS/KERBER WOLFGANG/WELKER ROBERT, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) Projekt Nr. 66/17, Düsseldorf 2018
- SHAMPANER KRISTINA/ARIELY DAN, How Small is Zero Price? The True Value of Free Products, A Working Paper No. 06-16, Federal Reserve Bank of Boston, Boston 2006, 1–44
- SHAPIRO CARL/VARIAN HAL R., Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, Boston 1999
- SHELANSKI HOWARD A., Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet, Univ. Pa. L. Rev. 2013, 1663–1705 (zit. SHELANSKI, Univ. Pa. L. Rev. 2013)
- SHIM SUNGHEE/KWAK JUWON, Tying to Foreclose in Two-Sided Markets, BEJEAP 2015, 1919–1937 (zit. SHIM/KWAK, BEJEAP 2015)
- SIEGMUND JULIAN, Suchmaschinenalgorithmen im Kartellrecht der EU und der USA, Baden-Baden 2017 (= Diss. Freiburg i. Brg. 2017 = Schriften zum Medien- und Informationsrecht 22)
- SMITH RHONDA L./DUKE ARLEN, Platform businesses and market definition, ECJ 2021, 93–117 (zit. SMITH/DUKE, ECJ 2021)

- SOLANO DIAZ PABLO, EU Competition Law Needs to Install a Plug-in, *World Competition* 2017, 393–420 (zit. SOLANO DIAZ, *World Competition* 2017)
- SOUTY FRANÇOIS, *Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, 2ème éd. Paris 1999
- SPENGLER JOSEPH J., Vertical Integration and Antitrust Policy, *J. Pol. Econ.* 1950, 347–352 (zit. SPENGLER, *J. Pol. Econ.* 1950)
- SQUIRE LYN, Some Aspects of Optimal Pricing for Telecommunications, *Bell J. Econ.* 1973, 515–525 (zit. SQUIRE, *Bell J. Econ.* 1973)
- STAYKOVA KALINA S./DAMSGAARD JAN, Platform Expansion Design as Strategic Choice: The Case of WeChat and KakaoTalk, *ECIS 2016 Proceedings, Research Papers* 78, Summer 6–15–2016, 1–16 (zit. STAYKOVA/DAMSGAARD, *ECIS 2016 Proceedings*)
- STIGLER GEORGE J., *United States v. Loew's Inc.: A Note on Block-Booking*, *SCR* 1963, 152–157 (zit. STIGLER, *SCR* 1963)
- STIGLER GEORGE J./SHERWIN ROBERT A., The Extent of the Market, *JLE* 1985, 555–585 (zit. STIGLER/SHERWIN, *JLE* 1985)
- STURNY MONIQUE, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Historische Entwicklung und Analyse*, Bern 2014 (= Diss. Bern 2013 = SSW 23)
- STYLIANOU KONSTANTINOS, Is Google Really a Monopolist? Is It Acting Like One?, *Comp. L. Insight* 2017, 4–8 (zit. STYLIANOU, *Comp. L. Insight* 2017)
- TEN KATE ADRIAAN/NIELS GUNNAR, Critical Mass for Two-Sided Platforms and the Strength of the Externalities, *Eur. Econ. eJ.* 2020, 1–25 (zit. TEN KATE/NIELS, *Eur. Econ. eJ.* 2020)
- THALER RICHARD H./SUNSTEIN CASS R., *Nudge: The Final Edition*, 3rd ed. London 2021
- THOMAS STEFAN, Wettbewerb in der digital economy: Verbraucherschutz durch AGB-Kontrolle im Kartellrecht?, *NZKart* 2017, 92–98 (zit. THOMAS, *NZKart* 2017)
- TIROLE JEAN, Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age, *Annu. Rev. Econ.* 2023, 573–605 (zit. TIROLE, *Annu. Rev. Econ.* 2023)
- TIROLE JEAN, The Analysis of Tying Cases: A Primer, *CPI* 2005, 1–25 (zit. TIROLE, *CPI* 2005)
- TIROLE JEAN, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge/London 1988
- TIWANA AMRIT/KONSYNSKI BENN/BUSH ASHLEY A., Platform evolution: Coevolution of platform architecture, governance, and environmental dynamics, *ISR* 2010, 675–687 (zit. TIWANA/KONSYNSKI/BUSH, *ISR* 2010)
- TSCHUDIN MICHAEL, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht, *AJP* 2014, 1333–1345 (zit. TSCHUDIN, *AJP* 2014)
- VERNON JOHN M./GRAHAM DANIEL A., Profitability of Monopolization by Vertical Integration, *J. Pol. Econ.* 1971, 924–925 (zit. VERNON/GRAHAM, *J. Pol. Econ.* 1971)
- VIRTOSU INA/LI CHIN, Bundling and tying in smart living, *SCRD* 2022, 97–110 (zit. VIRTOSU/LI, *SCRD* 2022)

-
- VOCKE JULIUS CONRAD, Der kartellrechtliche Marktbegriff und unentgeltliche Leistungen, Tübingen 2021 (= Diss. Tübingen 2020 = Beiträge zum Kartellrecht 11)
- VOLMAR MAXIMILIAN, Digitale Marktmacht, Baden-Baden 2019 (= Diss. Hamburg 2019 = Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 301) (zit. VOLMAR, Digitale Marktmacht)
- VOLMAR MAXIMILIAN, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen, ZWeR 2017, 386–408 (zit. VOLMAR, ZWeR 2017)
- WALESCH BENEDIKT, Marktverhältnisse bei Intermediären im elektronischen Warenverkehr, Zur Methodik der Ermittlung von Marktmacht auf verbundenen (zwei- und mehrseitigen) Märkten, Tübingen 2020 (= Diss. Düsseldorf 2019 = Beiträge zum Kartellrecht 8)
- WALKER MIKE, Measuring Dominance, in: ABA Section of Antitrust Law (Ed.), Issues in Competition Law and Policy, Vol. II, Chicago 2008, 895–911
- WALLER SPENCER WEBER, Antitrust and Social Networking, N.C. L. Rev. 2012, 1771–1806 (zit. WALLER, N.C. L. Rev. 2012)
- WARD PATRICK R., Testing for Multisided Platform Effects in Antitrust Market Definition, U. Chi. L. Rev. 2017, 2059–2102 (zit. WARD, U. Chi. L. Rev. 2017)
- WEBER JAN MARKUS, Zugang zu den Softwarekomponenten der Suchmaschine Google nach Art. 102 AEUV, Baden-Baden 2017 (= Diss. Münster 2016 = Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 290) (zit. WEBER, Zugang zu den Softwarekomponenten)
- WEBER ROLF H., Competition Law Issues in the Online World, 20th St. Gallen International Competition Law Forum (ICF) 2013, 1–20 (zit. WEBER, Competition Law Issues in the Online World)
- WEBER ROLF H., Data portability and big data analytics. New competition policy challenges, in: Di Porto Fabiana (Edit.), Big Data e Concorrenza, vol. 23/2016, Milano 2016, 59–72 (zit. WEBER, Data portability)
- WEBER ROLF H., Disruptive Technologies and Competition Law, in: Mathis Klaus/Tor Avishalom (Eds.), New Developments in Competition Law and Economics, Cham 2019, 223–239 (zit. WEBER, Disruptive Technologies)
- WEBER ROLF H./HENSELER SIMON, Daten als Entgelt, SZW 2019, 335–345 (zit. WEBER/HENSELER, SZW 2019)
- WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht – Expertenwissen für die Praxis, 2. Aufl. Zürich/Genf 2023 (zit. WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht)
- WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Online Marketing und Wettbewerbsrecht, ZIK Bd. 51, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. WEBER/VOLZ, Online Marketing)
- WEIDT CHRISTOPHER, Suchkriterienauswahl durch den Benutzer – Ein Vorschlag zur Begrenzung von Missbrauchspotenzial der Suchmaschine Google, WuW 2016, 164–170 (zit. WEIDT, WuW 2016)

- WEISSER KIM JOSEFINE, Datenbasierte Märkte im Kartellrecht, Eine Untersuchung zu Marktbegriff, Marktabgrenzung und Marktmacht, Berlin 2021 (= Diss. Osnabrück 2020 = Schriften zum Wirtschaftsrecht 328)
- WERDEN GREGORY J., Antitrust's Rule of Reason: Only Competition Matters, *Antitrust Law J.* 2014, 713-759 (zit. WERDEN, *Antitrust Law J.* 2014)
- WERDEN GREGORY J., Four Suggestions on Market Delineation, *Antitrust Bull.* 1992, 107-121 (zit. WERDEN, *Antitrust Bull.* 1992)
- WHINSTON MICHAEL D., Tying, Foreclosure, and Exclusion, *AER* 1990, 837-859 (zit. WHINSTON, *AER* 1990)
- WINGERTER EUGEN, Abgrenzung des relevanten Marktes: notwendig, nützlich, überflüssig?, Baden-Baden 2016 (= Diss. Münster 2014 = *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik* 282)
- WISMER SEBASTIAN/BONGARD CHRISTIAN/RASEK ARNO, Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement, *JECLAP* 2017, 257-262 (zit. WISMER/BONGARD/RASEK, *JECLAP* 2017)
- WISMER SEBASTIAN/RASEK ARNO, Market definition in multi-sided markets, in: OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, Paris 2018, 55-68
- WOLLENBERG KEITH K., An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-Examining the Leverage Theory, *SLR* 1987, 737-760 (zit. WOLLENBERG, *SLR* 1987)
- WRIGHT JULIAN, One-sided Logic in Two-sided Markets, *RNE* 2004, 44-64 (zit. WRIGHT, *RNE* 2004)
- WU QIAN/PHILIPSEN NIELS J., The Law and Economics of Tying in Digital Platforms: Comparing Tencent and Android, *J. Comp. L. & Econ.* 2023, 103-122 (zit. WU/PHILIPSEN, *J. Comp. L. & Econ.* 2023)
- WURMNEST WOLFGANG, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch: Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, 2. Aufl. Tübingen 2012
- XU ZHIREN, Der Missbrauch einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung in der digitalen Wirtschaft, Diss. Jena 2023
- YILDIZ OKAN/WEBER ROLF H., Market Definition and Market Power in the Era of Blockchain, *EuZ Ausgabe 2/2023*, C1-C28 (zit. YILDIZ/WEBER, *EuZ* 2023)
- ZÄCH ROGER et al. (Hrsg.), *KG Kommentar – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. *Komm. DIKE KG-BEARBEITER/IN*)
- ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., Markt und Marktmacht, in: Geiser Thomas/Krauskopf Patrick/Münch Peter (Hrsg.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, Basel 2005, 29-62
- ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO, *Schweizerisches Kartellrecht*, 3. Aufl. Bern 2023

- ZÄCH ROGER/TUCHSCHMID FELIX, Unterstellung relativ marktmächtiger Unternehmen unter die schweizerische Missbrauchsaufsicht, ZWeR 2021, 217–234 (zit. ZÄCH/TUCHSCHMID, ZWeR 2021)
- ZECH HERBERT, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem «Recht des Datenerzeugers», CR 2015, 137–146 (zit. ZECH, CR 2015)
- ZEIDLER MAXIMILIAN, Medienfusionen und zweiseitige Märkte, Baden–Baden 2016 (= Diss. München 2015 = Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 279)
- ZIMMER DANIEL, Differenzierte Produkte, nichtkoordinierte Effekte und das Upward Pricing-Pressure-Konzept: Wird die Marktabgrenzung in Fusionskontrollverfahren entbehrlich?, WuW 2013, 928–936 (zit. ZIMMER, WuW 2013)
- ZIMMER DANIEL/GÖHSL JAN-FREDERICK, Vom New Competition Tool zum Digital Markets Act: Die geplante EU-Regulierung für digitale Gatekeeper, ZWeR 2021, 29–61 (zit. ZIMMER/GÖHSL, ZWeR 2021)
- ZINNDORF SARAH, Internetsuchmaschinen in der unionskartellrechtlichen Missbrauchskontrolle, Eine juristisch-ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der vertikalen Integration eigener Dienste und Inhalte, Baden–Baden 2020 (= Diss. Heidelberg 2017 = Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht 81)
- ZUSCHLAG KHATERA, Die Missbrauchskontrolle des Rankings von Google, Eine rechtsökonomische und rechtsvergleichende Analyse nach europäischem, deutschem und US-amerikanischem Recht, Hamburg 2018 (= Diss. Marburg 2018 = Studien zur Rechtswissenschaft 419)

Materialienverzeichnis

- Australian Competition and Consumer Commission Digital Platform Services Inquiry, Discussion Paper for Interim Report No. 5: Updating competition and consumer law for digital platform services, February 2022, Canberra 2022 (zit. ACCC, Discussion Paper for Interim Report No. 5)
- Australian Competition and Consumer Commission, Digital advertising services inquiry, Final report, August 2021, Canberra 2021 (zit. ACCC, Digital advertising services inquiry)
- Australian Competition and Consumer Commission, Digital Platform Services Inquiry – September 2023, Report on the expanding ecosystems of digital platform service providers, Issues Paper, March 2023, Canberra 2023 (zit. ACCC, Report on the expanding ecosystems of digital platform service providers)
- Australian Competition and Consumer Commission, Digital Platform Services Inquiry, Interim report, September 2020, Canberra 2020 (zit. ACCC, Interim report)
- Australian Competition and Consumer Commission, Digital Platform Services Inquiry, Final Report, June 2019, Canberra 2019 (zit. ACCC, Final Report)
- Australian Competition and Consumer Commission, Digital platform services inquiry Interim report No. 5 – Regulatory reform, September 2022, Canberra 2022 (zit. ACCC, Regulatory reform)
- Australian Competition and Consumer Commission, Digital platform services inquiry Interim report No. 3 – Search defaults and choice screens, September 2021, Canberra 2021 (zit. ACCC, Search defaults)
- Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, Paris/Bonn 2016 (zit. Aut. conc./BKartA)
- Autorité de la concurrence/Competition and Markets Authority, The economics of open and closed systems, Paris 2014 (zit. Aut. conc./CMA)
- Bundeskartellamt, Antworten des Bundeskartellamtes auf die Fragen für das Fachgespräch «Kartellrecht und Plattformen» des Ausschusses Digitale Agenda am 13. April 2016, Ausschuss- Drucksache 18(24)98, Bonn 2016 (zit. BKartA, Antworten des Bundeskartellamtes)
- Bundeskartellamt, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Bonn 2016 (zit. BKartA, Marktmacht)
- Bundeskartellamt, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 1. Oktober 2015, Hintergrundpapier, Bonn 2015 (zit. BKartA, Digitale Ökonomie)

- Bundeskartellamt, Fallbericht vom 25. Juni 2015, Freigabe des Zusammenschlusses von Online-Immobilienplattformen, B 6-39/15 – *Online-Immobilienplattformen*, Bonn 2015 (zit. BKartA, Fallbericht vom 25.06.2015 zu B6-39/15 – *Online-Immobilienplattformen*)
- Bundeskartellamt, Fallbericht vom 5. April 2023, Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb, B9-67/21 – *Apple Inc.*, Bonn 2023 (zit. BKartA, Fallbericht vom 05.04.2023 zu B9-67/21 – *Apple*)
- Bundeskartellamt, Fallbericht vom 5. August 2015, Erwerb der Online-Vergleichsplattform Verivox durch ProSiebenSat.1 freigegeben, B 8-76/15 – *Online-Vergleichsplattformen*, Bonn 2015 (zit. BKartA, Fallbericht vom 05.08.2015 zu B8-76/15 – *Online-Vergleichsplattformen*)
- Bundeskartellamt, Pressemitteilung, Bundeskartellamt / Digitalwirtschaft, Verfahren gegen Apple nach neuen Digitalvorschriften (§ 19a Abs. 1 GWB) – Bundeskartellamt prüft Apples marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb, Bonn 2021 (zit. BKartA, Pressemitteilung Apple)
- Bundesrat, Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff. (zit. Botschaft KG, BBl 1995)
- Bundesrat, Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes vom 24. Mai 2023, BBl 2023 1463 ff. (zit. Botschaft Teilrevision KG, BBl 2023)
- Bundesregierung (Deutschland), Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 14. Oktober 2016, BR-Drucksache 606/16 (zit. Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drucksache 606/16)
- CMA, Mobile ecosystems market study final report, 10 June 2022, Appendix M: examples of practices that could be addressed by SMS Conduct Requirements, London 2022 (CMA, Mobile ecosystems, Appendix M)
- CMA, Mobile ecosystems, Market study final report, 10 June 2022, London 2022 (zit. CMA, Mobile ecosystems)
- CMA, Online platforms and digital advertising market study final report, 1 July 2020, Appendix M: intermediation in open display advertising, London 2020 (zit. CMA, Digital advertising, Appendix M)
- CMA, Online platforms and digital advertising, Market study final report, 1 July 2020, London 2020 (zit. CMA, Digital advertising)
- Deutscher Bundestag, Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot im Bereich der Computer- und IT-Industrie, Vor dem Hintergrund von Finanztechnologie-Software, Sachstand WD 7 – 3000 – 081/17, Berlin 2017 (zit. Deutscher Bundestag, Missbrauchsverbot)

- Digital Competition Expert Panel, Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel, London 2019 (zit. Digital Competition Expert Panel, Report)
- Europäische Kommission, Arbeitsunterlagen der Kommissionsdienststellen, Bericht zur Folgenabschätzung, Begleitunterlage zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), Teil 1 von 2, SWD/2020/363 final, Brüssel 2020 (zit. Europäische Kommission, Folgenabschätzung)
- Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, 5–13 (zit. Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997)
- Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper, Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, SWD(2021) 199 final, Brussels 2021 (zit. Europäische Kommission, Evaluierung)
- Europäische Kommission, Competition Policy Brief – A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, March 2023, Brussels 2023 (zit. Europäische Kommission, Policy Brief)
- Europäische Kommission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels 2005, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20090521002601/http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (zit. Europäische Kommission, Diskussionspapier)
- Europäische Kommission, Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. C 165 vom 11. Juli 2002, 6–31 (zit. Europäische Kommission, ABl. C 165, 11.07.2002)
- Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, ABl. C, C/2024/1645 vom 22. Februar 2024, 1–35 (zit. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645)
- Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Entwurf der überarbeiteten Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, Brüssel 2022, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6528 (zit. Europäische Kommission, Entwurf der überarbeiteten Bekanntmachung)

- Europäische Kommission, 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. C 45 vom 24. Februar 2009, 7–20 (zit. Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009)
- Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. C 159 vom 07.05.2018, 1–15 (zit. Europäische Kommission, ABl. C 159 vom 07.05.2018)
- Europäische Kommission, Nineteenth Report on Competition Policy, Brussels/Luxembourg 1990 (zit. Europäische Kommission, Nineteenth Report)
- Europäische Kommission, Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the Evaluation of the Market Definition Notice vom 14. Dezember 2020 (zit. Europäische Kommission, Summary of the contributions of the National Competition Authorities)
- Europäische Kommission, Summary of the stakeholder consultation to the Evaluation of the Market Definition Notice, 18 December 2020, Ref. Ares(2020)7730543 (zit. Europäische Kommission, Summary of the stakeholder consultation)
- Europäische Kommission, Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law – Final Report, Luxembourg 2021 (zit. Europäische Kommission, Support study)
- Europäische Kommission, The Commission accepts a formal undertaking from the Coca-Cola Export Corporation regarding its commercial activities in the community soft drinks market, Press Release IP/90/7, 9 January 1990 (zit. Europäische Kommission, Press Release IP/90/7 vom 09.01.1990)
- Europe Economics, What does the theory of two-sided markets tell us about competition in the interbank and card payment systems?, London 2016 (zit. Europe Economics, Two-sided markets)
- Federal Trade Commission, Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act Commission File No. P221202, 10 November 2022, Washington, DC 2022 (zit. FTC, Policy Statement, 10.11.2022)
- Federal Trade Commission, Statement of Chair Lina M. Khan – Joined by Commissioner Rohit Chopra and Commissioner Rebecca Kelly Slaughter on the Withdrawal of the Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act, 1 July 2021, Washington, DC 2021 (zit. FTC, Statement of Chair Lina M. Khan, 01.07.2021)

- Federal Trade Commission, Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act, 15 August 2015 (zit. FTC, Statement of Enforcement Principles, 15.08.2015)
- Federal Trade Commission, Statement of the Federal Trade Commission Concerning *Google/DoubleClick*, 20 December 2017, FTC File No. 071-0170 (zit. FTC, Statement)
- International Developments and Comments Task Force, Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition – Report of the International Developments and Comments Task Force on Positions Expressed by the ABA Antitrust Law Section between 2017 and 2019, Chicago 2020 (zit. IDCTF, Common Issues)
- Monopolkommission, Hauptgutachten XX: Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Zwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäss § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, Bonn 2014 (zit. Monopolkommission, XX. Hauptgutachten)
- Monopolkommission, Hauptgutachten XXI: Wettbewerb 2016, Einundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäss § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, Bonn 2016 (zit. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten)
- Monopolkommission, Sechstes Hauptgutachten der Monopolkommission 1984/1985, Hauptgutachten VI, Drucksache 10/5860 vom 21.07.1986, Sachgebiet 703, Bonn 1986 (zit. Monopolkommission, VI. Hauptgutachten)
- Monopolkommission, Siebentes Hauptgutachten der Monopolkommission 1986/1987, Hauptgutachten VII, Drucksache 11/2677 vom 19.07.1988, Sachgebiet 703, Bonn 1988 (zit. Monopolkommission, VII. Hauptgutachten)
- Monopolkommission, Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten der Monopolkommission gemäss § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Bonn 2015 (zit. Monopolkommission, Sondergutachten 68)
- Monopolkommission, Sondergutachten 82: Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Sondergutachten der Monopolkommission gemäss § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Bonn 2021 (zit. Monopolkommission, Sondergutachten 82)
- Motion Marti Min Li (23.3069) «Digital Markets Act für die Schweiz» vom 8. März 2023
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Abuse of Dominance in Digital Markets, Paris 2020 (zit. OECD, Abuse of Dominance)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Big data: Bringing competition policy to the digital era, Background note by the Secretariat, Paris 2016 (zit. OECD, Big Data)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Competition Issues in Aftermarkets – Note from the European Union, DAF/COMP/WD(2017)3, Paris 2017 (zit. OECD, Aftermarkets)

- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Competition Economics of Digital Ecosystems – Note by Georgios Petropoulos Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, Paris 2020 (zit. OECD, Digital Ecosystem)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Data portability, interoperability and digital platform competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, Paris 2021 (zit. OECD, Digital platform competition)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Ex Ante Regulation and Competition in Digital Markets, OECD Competition Committee Discussion Paper, Paris 2021 (zit. OECD, Ex Ante Regulation)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, OECD Digital Economy Papers No. 220, Paris 2013 (zit. OECD, Economics of Personal Data)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Market Definition, Policy Roundtables, DAF/COMP(2012)19, Paris 2012 (zit. OECD, Market Definition)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, Paris 2001 (zit. OECD, Portfolio Effects)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Quality considerations in digital zero- price markets, Background note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)14, Paris 2018 (zit. OECD, Zero-price markets)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers – Background Note, DAF/COMP(2020)2, Paris 2020 (zit. OECD, Conglomerate Effects of Mergers)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, Paris 2022 (zit. OECD, Evolving Concept of Market Power)
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), The Economic and Social Role of Online Intermediaries, Paris 2010 (zit. OECD, Online Intermediaries)
- Supreme Court of the United States, Brief for American Express in Opposition to Petition for Certiorari, 21 August 2017, No. 16-1454 (SCOTUS, Brief No. 16-1454)
- United States Congress, The Power of Google: Serving Consumers or Threatening Competition?: Hearing Before the Subcommittee on Antitrust of the Committee on the Judiciary United States Senate, 112th Cong., First Sessino, 21 September 2011, Serial No. J-112-43 (zit. United States Congress, Google Hearing)
- United States Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, Issued: April 2, 1992, Revised: April 8, 1997 (zit. DOJ/FTC, Horizontal Merger Guidelines)

Wettbewerbskommission, Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht, 6. Dezember 2021, Bern 2021 (zit. WEKO, Merkblatt: Relative Marktmacht)

Entscheidungsverzeichnis

Australien

Trade Practices Tribunal (TPT), *Broken Hill Proprietary Co Ltd v Koppers Pty Ltd* (1981), ATPR 40-203, 27 February 1981 (zit. *Trade Practices Tribunal, Broken Hill v Koppers*, ATPR 40-203)

High Court of Australia, *Queensland Wire Industries Pty. Ltd. v. The Broken Hill Proprietary Company Limited & Anor* (1989), ATPR 40-925, 8 February 1989 (zit. *High Court of Australia, Queensland Wire v. Broken Hill*, ATPR 40-925)

Europäische Union

Europäische Kommission

Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag vom 22. Dezember 1987, Sache Nr. IV/30.787 und 31.488 – *Eurofix-Bauco/Hilti* (zit. EU-Kommission, IV/30.787 und 31.488 vom 22.12.1987, *Hilti*)

Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission betreffend ein Verfahren nach den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag vom 26. Juli 1988, Sache Nr. IV/31.043 – *Tetra Pak I (BTG- Lizenz)* (zit. EU-Kommission, IV/31.043 vom 26.07.1988, *Tetra Pak I*)

Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission betreffend in Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag vom 4. November 1988, Sache Nr. IV/32.318 – *London European – Sabena* (zit. EU-Kommission, IV/32.318 vom 04.11.1988 – *London European – Sabena*)

Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag vom 24. Juli 1991, Sache IV/31.043 – *Tetra Pak II* (zit. EU-Kommission, IV/31.043 vom 24.07.1991, *Tetra Pak II*)

Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission betreffend ein Verfahren nach Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 22. Juli 1992, Fall IV/M.190 – *Nestlé/Perrier* (zit. EU-Kommission, IV/M.190 vom 22.07.1992, *Nestlé/Perrier*)

Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 14. März 1994, Fall IV/M.665 – *Newspaper Publishing* (zit. EU-Kommission, IV/M.423 vom 14.03.1994, *Newspaper Publishing*)

- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 5. Mai 1995, Sache IV/M.584 – *Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiù* (zit. EU-Kommission, IV/M.584 vom 05.05.1995, *Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiù*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 20. September 1995, Sache IV/M.553 – *RTL/Veronica/Endemol* (zit. EU-Kommission, IV/M.553 vom 20.09.1995, *RTL/Veronica/Endemol*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 29. November 1995, Fall IV/M.665 – *CEP/Groupe de la Cité* (zit. EU-Kommission, IV/M.665 vom 29.11.1995, *CEP/Groupe de la Cité*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 7. Oktober 1996, Fall IV/M.779 – *Bertelsmann/CLT* (zit. EU-Kommission, IV/M.779 vom 07.10.1996, *Bertelsmann/CLT*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und der Funktionsweise des EWR-Abkommens vom 22. Januar 1997, Sache IV/M.794 – *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* (zit. EU-Kommission, IV/M.794 vom 22.01.1997, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und der Funktionsweise des EWR-Abkommens vom 11. September 1997, Sache IV/M.833 – *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S* (zit. EU-Kommission, IV/M.833 vom 11.11.1997, *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des EWR-Abkommens vom 15. Oktober 1997, Sache IV/M.938 – *Guinness/Grand Metropolitan* (zit. EU-Kommission, IV/M.938 vom 15.10.1997, *Guinness/Grand Metropolitan*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 1. Februar 1999, Fall IV/M.1401 – *Recoletos/Unedisa* (zit. EU-Kommission, IV/M.1401 vom 01.02.1999, *Recoletos/Unedisa*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 3. Februar 1999, Sache Nr. IV/M.1221 – *Rewe/Meinl* (zit. EU-Kommission, IV/M.1221 vom 03.02.1999 – *Rewe/Meinl*)

-
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 20. April 1999, Fall IV/M.1455 – *Grüner + Jahr/Financial Times/JV* (zit. EU-Kommission, IV/M.1455 vom 20.04.1999, *Grüner + Jahr/Financial Times/JV*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 25. Januar 2000, Fall IV/M.1684 – *Carrefour/Promodes* (zit. EU-Kommission, IV/M.1684 vom 25.01.2000, *Carrefour/Promodes*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 29. Juni 2000, Fall IV/M.1958 – *Bertelsmann/GBL/Pearson TV* (zit. EU-Kommission, COMP/M.1958 vom 29.06.2000, *Bertelsmann/GBL/Pearson TV*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission, die einen Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vereinbar erklärt vom 26. Juli 2000, Sache COMP/M.1806 – *AstraZeneca/Novartis* (zit. EU-Kommission COMP/M.1806 vom 26.07.2000, *AstraZeneca/Novartis*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission über die Unvereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem Funktionieren des EWR-Abkommens vom 17. Oktober 2001, Sache COMP/M.2187 – *CVC/Lenzing* (zit. EU-Kommission, COMP/M.2187 vom 17.10.2001, *CVC/Lenzing*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zu einem Verfahren nach Artikel 81 EGV bzw. Artikel 53 EWRA vom 24. Juli 2002, Sache COMP/29.373 – *Visa International – Multilateral Interchange Fee* (zit. EU-Kommission, COMP/29.373 vom 24.07.2002, *Visa International*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vom 2. April 2003, Sache COMP/M. 2876 – *Newscorp/Telepiù* (zit. EU-Kommission, COMP/M. 2876 vom 02.04.2003, *Newscorp/Telepiù*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren gemäss Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen vom 24. März 2004, Sache COMP/C-3/37.792 – *Microsoft* (zit. EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren gemäss Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen vom 24. Mai 2004, Sache COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2004) 900, ABl. L 32 vom 6. Februar 2007, 23–28 (zit. EU-Kommission, ABl. L 32 vom 24.05.2007, *Microsoft*)

- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 16. Juni 2004, Fall COMP/M.3420 – GIMD/Socpresse (zit. EU-Kommission, COMP/M.3420 vom 16.06.2004, GIMD/Socpresse)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 8. April 2005, Fall COMP/M.3648 – *Grüner + Jahr/MPS* (zit. EU-Kommission, COMP/M.3648 vom 08.04.2005 *Grüner + Jahr/MPS*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen vom 15. Juni 2005, Sache COMP/A.37.507/F3 – *AstraZeneca* (zit. EU-Kommission, COMP/A.37.507/F3 – *AstraZeneca*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 7. Juli 2005, Fall COMP/M.3817 – *Wegener/PCM/JV* (zit. EU-Kommission, COMP/M.3817 vom 07.07.2005, *Wegener/PCM/JV*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen vom 29. März 2006, Fall COMP/E-1/38.113 – *Prokent/Tomra* (zit. EU-Kommission, COMP/E-1/38.113 vom 29.03.2006, *Prokent/Tomra*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 26. April 2006, Fall COMP/M.4122 – *Burda/Hachette/JV* (zit. EU-Kommission, COMP/M.4122 vom 26.04.2006, *Burda/Hachette/JV*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 25. April 2007, Fall COMP/M.4590 – *REWE/DELVITA* (zit. EU-Kommission, COMP/M.4590 vom 25.04.2007, *REWE/DELVITA*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vom 21. August 2007, Fall Nr. COMP/M.4523 – *Travelport/Worldspan* (zit. EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen vom 3. Oktober 2007, Sache COMP/D1/37860 – *Morgan Stanley/Visa International und Visa Europe* (zit. EU-Kommission, COMP/D1/37860 vom 03.10.2007, *Morgan Stanley*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag vom 17. Oktober 2007, Fall COMP/D1/38.606 – *Groupement des cartes bancaires «CB»* (zit. EU-Kommission, COMP/D1/38.606 vom 17.10.2007, *Cartes Bancaires*)

- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen vom 19. Dezember 2007, Sache COMP/34.579, COMP/35.518, COMP/38.580 – *MasterCard, EuroCommerce und Commercial Cards* (zit. EU-Kommission, COMP/34.579, COMP/35.518, COMP/38.580 vom 19.12.2007, *MasterCard*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vom 19. Februar 2008, Sache COMP/M.4726 – *Thomson Corporation/Reuters Group* (zit. EU-Kommission, COMP/M.4726 vom 19.02.2008, *Thomson/Reuters*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vom 11. März 2008, Sache COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick* (zit. EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 14. August 2008, Fall COMP/M.5273 – *Schibsted/MISA* (zit. EU-Kommission, COMP/M.5273 vom 14.08.2008, *Schibsted/MISA*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 82 des EG-Vertrags und Artikel 54 des EWR-Abkommens vom 26. November 2008, Sache COMP/39.388 – *Deutscher Stromgrosshandelsmarkt und COMP/39.389 – Deutscher Regelenenergiemarkt* (zit. EU-Kommission, COMP/39.388 und COMP/39.389 vom 26.11.2008, *Deutscher Stromgrosshandelsmarkt und Deutscher Regelenenergiemarkt*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag und Artikel 54 EWR-Abkommen vom 13. Mai 2009, Sache COMP/C-3/37.990 – *Intel* (zit. EU-Kommission, COMP/C-3/37.990 vom 13.05.2009, *Intel*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 8. September 2009, Fall COMP/M.5533 – *Bertelsmann/KKR/JV* (zit. EU-Kommission, COMP/M.5533 vom 08.09.2009, *Bertelsmann/KKR/JV*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vom 14. Dezember 2009, Sache COMP/M.5599 – *Ancor/Alcan* (zit. EU-Kommission, COMP/M.5599 vom 14.12.2009, *Ancor/Alcan*)
- Europäische Kommission, Beschluss der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 102 AEUV und Artikel 54 EWR-Abkommen vom 16. Dezember 2009, Sache COMP/C-3/39.530 – *Microsoft (Tying)* (zit. EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*)

- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 21. Dezember 2010, Sache COMP/M.5932 – *News Corp/BSkyB* (zit. EU-Kommission, COMP/M.5932 vom 21.12.2010, *News Corp/BSkyB*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vom 26. Januar 2011, Sache COMP/M.5984 – *Intel/McAfee* (zit. EU-Kommission, COMP/M.5984 vom 26.01.2011, *Intel/McAfee*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 7. Oktober 2011, Fall COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype* (zit. EU-Kommission, COMP/M.6281 vom 7.10.2011, *Microsoft/Skype*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 14. März 2012, Fall COMP/M.6547 – *Antena 3/La Sexta* (zit. EU-Kommission, COMP/M.6547 vom 14.03.2012, *Antena 3/La Sexta*)
- Europäische Kommission, Beschluss der Kommission in einem Verfahren nach den Artikeln 101 und 102 AEUV und den Artikeln 53 und 54 des EWR-Abkommens vom 20. Dezember 2012, Sache COMP/39.230 – *Rio Tinto Alcan* (zit. EU-Kommission, COMP/39.230 vom 20.12.2012, *Rio Tinto Alcan*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vom 24. Mai 2013, Sache M.6576 – *Munskjö/Ahlstrom* (zit. EU-Kommission, M.6576 vom 24.05.2013, *Munskjö/Ahlstrom*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vom 3. Oktober 2014, Fall COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp* (zit. EU-Kommission, COMP/M.7217 vom 03.10.2014, *Facebook/WhatsApp*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vom 19. Dezember 2014, Fall COMP/M.7337 – *IMS Health/Cegedim Business* (zit. EU-Kommission, COMP/M.7337 vom 19.12.2014 *IMS Health*)
- Europäische Kommission, Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vom 06. Dezember 2016, Fall COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn* (zit. EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*)

- Europäische Kommission, Beschlusses der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 54 des EWR-Abkommens vom 27. Juni 2017, Fall AT.39740 – *Google Search (Shopping)* (zit. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*)
- Europäische Kommission, Beschluss der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 54 des EWR-Abkommens vom 24. Januar 2018, Sache AT.40220 – *Qualcomm (Ausschliesslichkeitszahlungen)* (zit. EU-Kommission, AT.40220 vom 24.01.2018, *Qualcomm (Ausschliesslichkeitszahlungen)*)
- Europäische Kommission, Beschluss der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 54 des EWR-Abkommens vom 18. Juli 2018, Sache AT.40099 – *Google Android* (zit. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*)
- Europäische Kommission, Beschlusses der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen vom 6. September 2018, Sache M.8788 – *Apple/Shazam* (zit. EU-Kommission, M.8788 vom 06.09.2018 – *Apple/Shazam*)
- Europäische Kommission, Beschluss der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 54 des EWR-Abkommens vom 20. März 2019, Sache AT.40411 – *Google Search (AdSense)* (zit. EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*)
- Europäische Kommission, Beschlusses der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 53 des EWR-Abkommens vom 29. April 2019, Sache AT.39398 – *Visa MIF* (zit. EU-Kommission, AT.39398 vom 29.04.2019, *Visa MIF*)
- Europäische Kommission, Beschlusses der Kommission in einem Verfahren nach Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und Artikel 53 des EWR-Abkommens vom 4. März 2024, Sache AT.40437 – *Apple – App Store Practices (music streaming)* [vorläufige Fassung vom 4. März 2024] (zit. EU-Kommission, AT.40437 vom 04.03.2024, *Apple*)

Gericht der Europäischen Union (früher Gericht Erster Instanz)

- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 12. Dezember 1991, *Hilti AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-30/89 vom 12.12.1991, *Hilti AG/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 6. Oktober 1994, *Tetra Pak gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*)

- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 8. Juni 1995, *Langnese-Iglo GmbH gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-7/93 vom 08.06.1995, *Langnese-Iglo/Kommission*)
- Urteil des Gerichts erster Instanz vom 7. Oktober 1999, *Irish Sugar plc gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-228/97 vom 07.10.1999, *Irish Sugar/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 6. Juli 2000, *Volkswagen AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-62/98 vom 06.07.2000, *Volkswagen/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 6. Juni 2002, *Airtours plc gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-342/99, ECLI:EU:T:2002:146 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-342/99 vom 06.06.2002, *Airtours/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 30. September 2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-203/01 vom 30.09.2003, *Michelin/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 30. September 2003, *Atlantic Container Line AB und andere gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, verbundene Rechtssachen T-191/98, T-212/98 bis T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245 (zit. Urteil des EuG, verbundene Rs. T-191/98, T-212/98 bis T-214/98 vom 30.09.2003, *Atlantic Container Line u.a./Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 17. Dezember 2003, *British Airways plc gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-219/99 vom 17.12.2003, *British Airways/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 14. Dezember 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich gegen Kommission*, verbundene Rechtssachen T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396 (zit. Urteil des EuG, verbundene Rs. T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02 vom 14.12.2006, *Raiffeisen/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 17. September 2007, *Microsoft Corp. gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*)
- Urteil des Gerichts Erster Instanz vom 9. September 2009, *Clearstream Banking AG und Clearstream International SA gegen Kommission*, Rechtssache T-301/04, ECLI:EU:T:2009:317 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-301/04 vom 09.09.2009, *Clearstream/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 28. April 2010, *Amann & Söhne GmbH & Co. KG und Cousin Filterie SAS gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-446/05, ECLI:EU:T:2010:165 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-446/05 vom 28.04.2010, *Amann & Söhne/Kommission*)

- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 25. Juni 2010, *Imperial Chemical Industries Ltd gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-66/01 vom 25.06.2010, *Imperial Chemical Industries/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 1. Juli 2010, *AstraZeneca AB und AstraZeneca plc/Europäische Kommission*, Rechtssache T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-321/05 vom 01.07.2010, *AstraZeneca/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 15. Dezember 2010, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-427/08 vom 15.12.2010, *CEAHR/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 24. Mai 2012, *MasterCard, Inc./MasterCard International, Inc./MasterCard Europe gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-111/08 vom 24.05.2012, *MasterCard/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 11. Dezember 2013, *Cisco Systems Inc. und Messagenet SpA gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-79/12 vom 11.12.2013, *Cisco Systems und Messagenet/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 12. Juni 2014, *Intel Corp. gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-286/09 vom 12.06.2014, *Intel/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 30. Juni 2016, *Groupement des cartes bancaires (CB) gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-491/07 RENV, ECLI:EU:T:2016:379 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-491/07 RENV vom 30.06.2016, *CB/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 11. Januar 2017, *Topps Europe gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-699/14 vom 11.01.2017, *Topps Europe/Kommission*)
- Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 10. November 2021, *Google LLC und Alphabet, Inc. gegen Europäische Kommission*, Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-612/17 vom 10.11.2021, *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*)

Urteil des Gerichts der Europäischen Union vom 14. September 2022, *Google LLC und Alphabet Inc. gegen Europäische Kommission (Google Android)*, Rechtssache T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541 (zit. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*)

Europäischer Gerichtshof

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 21. Februar 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*)

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 14. Februar 1978, *United Brands Company und United Brands Contineental BV gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften – Chiquita Bananen*, Rechtssache C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-27/76 vom 14.02.1978, *Chiquita Bananen*)

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 13. Februar 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*)

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 31. Mai 1979, *Hugin Kassaregister AB und Hugin Cash Registers Ltd. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache C-22/78, ECLI:EU:C:1979:138 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-22/78 vom 31.05.1979, *Hugin/Kommission*)

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 9. November 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-322/81 vom 09.11.1983, *Michelin/Kommission*)

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 25. Februar 1986, *Windsurfing International Inc. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache 193/83, ECLI:EU:C:1986:75 (zit. Urteil des EuGH, Rs. 193/83 vom 25.02.1986, *Windsurfing International/Kommission*)

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 3. Juli 1991, *AKZO Chemie BV gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-62/86 vom 03.07.1991, *AKZO/Kommission*)

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 2. März 1994, *Hilti AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache C-53/92 P, ECLI:EU:C:1994:77 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-53/92 vom 02.03.1994, *Hilti/Kommission*)

-
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 14. November 1996, *Tetra Pak International SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rechtssache C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-333/94 P vom 14.11.1996, *Tetra Pak/Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 31. März 1998, *Französische Republik und Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) und Entreprise minière et chimique (EMC) gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, verbundene Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, ECLI:EU:C:1998:148 (zit. Urteil des EuGH, verbundene Rs. C-68/94 und C-30/95 vom 31.03.1998, *Kali & Salz*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 16. März 2000, *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, verbundene Rechtssachen C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132 (zit. Urteil des EuGH, verbundene Rs. C-395/96 P und C-396/96 P vom 16.03.2000, *Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 10. Juli 2008, *Bertelsmann AG und Sony Corporation of America gegen Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, Rechtssache C-413/06 P, ECLI:EU:C:2008:392 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-413/06 P vom 10.07.2008, *Bertelsmann AG und Sony Corporation of America/Impala*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 24. September 2009, *Erste Group Bank u.a. gegen Kommission*, verbundene Rechtssachen C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P, ECLI:EU:C:2009:576 (zit. Urteil des EuGH, verbundene Rs. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P vom 24.09.2009, *Erste Group Bank u.a./Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 17. Februar 2011, *Konkurrensverket gegen TeliaSonera Sverige AB*, Rechtssache C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-52/09 vom 17.02.2011, *TeliaSonera Sverige*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 27. März 2012, *Post Danmark A/S gegen Konkurrencerådet*, Rechtssache C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-209/10 vom 27.03.2012, *Post Danmark I*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 19. April 2012, *Tomra Systems ASA u.a. gegen Europäische Kommission*, Rechtssache C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-549/10 P vom 19.04.2012, *Tomra u.a./Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 6. Dezember 2012, *AstraZeneca AB und AstraZeneca plc gegen Europäische Kommission*, Rechtssache C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-457/10 P vom 06.12.2012, *AstraZeneca/Kommission*)

- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 19. September 2013, *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) gegen Europäische Kommission*, Rechtssache C-56/12 P, ECLI:EU:C:2013:575 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-56/12 P vom 19.09.2013, *EFIM/Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 10. Juli 2014, *Telefónica SA und Telefónica de España SAU gegen Europäische Kommission*, Rechtssache C-295/12 P, ECLI:EU:C:2014:2062 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-295/12 P vom 10.07.2014, *Telefónica und Telefónica de España/Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 11. September 2014, *MasterCard Inc. u. a. gegen Europäische Kommission*, Rechtssache C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-382/12 P vom 11.09.2014, *MasterCard/Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 11. September 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) gegen Europäische Kommission*, Rechtssache C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-67/13 P vom 11.09.2014, *CB/Kommission*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 6. Oktober 2015, *Post Danmark A/S gegen Konkurrenserådet*, Rechtssache C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-23/14 vom 06.10.2015, *Post Danmark II*)
- Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 6. September 2017, *Intel Corp. gegen Europäische Kommission*, Rechtssache C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (zit. Urteil des EuGH, Rs. C-413/14 P vom 06.09.2017, *Intel/Kommission*)

Deutschland

Deutsches Bundeskartellamt

- Bundeskartellamt, Beschluss vom 19. Januar 2006, *Axel Springer AG/ProSiebenSat.1 Media AG*, Beschluss im Verwaltungsverfahren, 6. Beschlussabteilung, B 6-103/05 (zit. BKartA, B 6-103/05 vom 19.01.2006, *Springer/ProSiebenSat.1*)
- Bundeskartellamt, Beschluss vom 20. Dezember 2013, *HRS-Hotel Reservation Service*, Beschluss im Verwaltungsverfahren, 9. Beschlussabteilung, B 9-66/10 (zit. BKartA, B 9-66/10 vom 20.12.2013, *HRS-Bestpreisklauseln*)
- Bundeskartellamt, Beschluss vom 8. September 2015, *Google Inc./VG Media et al.*, Beschluss im Verwaltungsverfahren, 6. Beschlussabteilung, B 6-126/14 (zit. BKartA, B 6-126/14 vom 08.09.2015, *Google/VG Media*)
- Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Oktober 2015, *OCPE II Master LP/EliteMedianet GmbH/Affinitas GmbH*, Beschluss im Verwaltungsverfahren, 6. Beschlussabteilung, B 6-57/15 (zit. BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*)

Bundeskartellamt, Beschluss vom 22. Dezember 2015, *Booking.com*, Beschluss im Verwaltungsverfahren, 9. Beschlussabteilung, B 9-121/13 (zit. BKartA, B 9-121/13 vom 22.12.2015, *Booking.com*)

Bundeskartellamt, Beschluss vom 06. Februar 2019, *Facebook*, Beschluss im Verwaltungsverfahren, 6. Beschlussabteilung, B 6-22/16 (zit. BKartA, B 6-22/16 vom 06.02.2019, *Facebook*)

Oberlandesgericht Düsseldorf

Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. Januar 2015 – VI-Kart 1/14 (V) – HRS-Bestpreisklauseln (zit. Urteil des OLG Düsseldorf vom 09.01.2015 – HRS-Bestpreisklauseln)

Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2018 – VI-Kart 3/18 (V) – Ticketvertrieb (zit. Urteil des OLG Düsseldorf vom 05.12.2019 – Ticketvertrieb)

Deutscher Bundesgerichtshof

Urteil des Deutschen Bundesgerichtshofes vom 23. Juni 2020 – KVR 69/19, BGHZ 184, 345 (zit. Urteil des BGH vom 23.06.2020, KVR 69/19 – *Facebook*)

Frankreich

Autorité de la concurrence, Décision 15-D-06 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés *Booking.com B.V.*, *Booking.com France SAS* et *Booking.com Customer Service France SAS* dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne du 21 avril 2015, 15-D-06 – *Booking.com* (zit. Aut. conc. vom 15.04.2015 – *Booking.com*)

Schweiz

Wettbewerbskommission und Rekurskommission

Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Juni 1997 nach Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Gasser AG* (Bündner Zeitung) – *Tschudi Druck und Verlag AG* (Glarner Nachrichten), in: *RPW 1997/2 – Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, 179–197 (zit. *RPW 1997/2 – Publicitas/Gasser/Tschudi Druck*)

- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. April 1998 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, in: RPW 1998/2 – *Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand*, 214–247 (zit. RPW 1998/2 – *Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 20. April 1998 bezüglich des Zusammenschlussvorhabens UBS/SBV und vom 6. Juli 1998 bezüglich der Kosten des Verfahrens bis zum 30. Juni 1998, in: RPW 1998/2 – UBS/SBV, 278–319 (zit. RPW 1998/2 – UBS/SBV)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission (Kammer Produktmärkte) vom 7. September 1998 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Bell AG – SEG Poulets AG, in: RPW 1998/3 – *Bell AG/SEG-Poulets AG*, 392–411 (zit. RPW 1998/3 – *Bell AG/SEG-Poulets AG*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. April 1999 betreffend Visana und CSS wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede sowie unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, in: RPW 1999/2 – *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, 220–247 (zit. RPW 1999/2 – *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. August 2000 in Sachen Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG, in: RPW 2000/3 – *Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG*, 414–443 (zit. RPW 2000/3 – *Berner Oberland Medien*)
- Rekurskommission, Beschwerdeentscheid vom 14. Dezember 2000 in Sachen Felix Service SA gegen Minolta (Schweiz) AG und die Wettbewerbskommission betreffend Wettbewerbsbeschränkungen, in: RPW 2000/4 – *Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG*, 716–738 (zit. RPW 2000/4 – *Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung vom 3. Dezember 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Mobilfunkmarkt wegen angeblichen Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Artikel 5 KG und Artikel 7 KG, in: RPW 2002/1 – *Mobilfunkmarkt*, 97–129 (zit. RPW 2002/1 – *Mobilfunkmarkt*)
- Wettbewerbskommission, Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 3. Mai 2002 in Sachen NOK/Watt, in: RPW 2002/2 – NOK/Watt, 348–356 (zit. RPW 2002/2 – NOK/Watt)
- Wettbewerbskommission, Entscheid der Wettbewerbskommission vom 28. Mai 2002 in Sachen Ernst & Young/Arthur Andersen, in: RPW 2002/2 – *Ernst & Young/Arthur Andersen*, 356–372 (zit. RPW 2002/2 – *Ernst & Young/Arthur Andersen*)

-
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 in Sachen Teleclub AG vs. Cablecom GmbH, in: RPW 2002/4 – *Teleclub AG/Cablecom GmbH*, 567–592 (zit. RPW 2002/4 – *Teleclub AG/Cablecom GmbH*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Kreditkarten- Akzeptanzgeschäft wegen (angeblich) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG, Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG, in: RPW 2003/1 – *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, 106–160 (zit. RPW 2003/1 – *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*)
- Rekurskommission, Beschwerdeentscheid vom 20. März 2003 in Sachen Cablecom GmbH gegen Teleclub AG und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen, in: RPW 2003/2 – *Cablecom GmbH*, 406–442 (zit. RPW 2003/2 – *Cablecom GmbH*)
- Wettbewerbskommission, Mitteilung der Wettbewerbskommission vom 19. Mai 2003 gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU in Sachen Coop/Waro, in: RPW 2003/3 – *Coop/Waro*, 559–601 (zit. RPW 2003/3 – *Coop/Waro*)
- Wettbewerbskommission, Schlussbericht der Wettbewerbskommission vom 16. September 2003 in Sachen Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen, in: RPW 2003/4 – *Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen*, 732–740 (zit. RPW 2003/4, *Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Januar 2004 in Sachen NZZ-Espace-Bund, in: RPW 2004/2 – *NZZ-Espace-Bund*, 485–524 (zit. RPW 2004/2 – *NZZ-Espace-Bund*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. März 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Untersuchung über den Markt für Schlachtschweine wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Artikel 5 respektive 7 KG, in: RPW 2004/3 – *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, 674–725 (zit. RPW 2004/3 – *Markt für Schlachtschweine – Teil A*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG wegen vermutungsweise unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG betreffend Vertrieb von Tierarzneimitteln, in: RPW 2004/4 – *Vertrieb von Tierarzneimitteln*, 1040–1099 (zit. RPW 2004/4 – *Vertrieb von Tierarzneimitteln*)
- Wettbewerbskommission, Schlussbericht der Wettbewerbskommission vom 19. November 2004 in Sachen TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera, in: RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*, 46–53 (zit. RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*)
- Rekurskommission, Beschwerdeentscheid vom 9. Juni 2005 in Sachen Telekurs Multipay AG gegen Wettbewerbskommission betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, in: RPW 2005/3 – *Telekurs Multipay AG*, 530–566 (zit. RPW 2005/3 – *Telekurs Multipay AG*)

- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. August 2005 in Sachen Unternehmenszusammenschluss von The Procter & Gamble Company mit The Gillette Company, in: RPW 2005/4 – *Procter & Gamble/Gillette*, 611–618 (zit. RPW 2005/4 – *Procter & Gamble/Gillette*)
- Rekurskommission, Beschwerdeentscheid vom 27. September 2005 in Sachen Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG gegen Wettbewerbskommission (Weko) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, in: RPW 2005/4 – *Ticketcorner AG*, 672–703 (zit. RPW 2005/4 – *Ticketcorner AG*)
- Rekurskommission, Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2004-4) vom 4. Mai 2006 in Sachen Berner Zeitung AG, Tamedia AG gegen Wettbewerbskommission betreffend Unternehmenszusammenschluss, in: RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, 347–390 (zit. RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. März 2006 in Sachen Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, in: RPW 2006/2 – *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*, 261–290 (zit. RPW 2006/2 – *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*)
- Wettbewerbsrecht, Stellungnahme vom 24. Februar 2006 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Atel – EOSH-Aktiven, in: RPW 2006/3 – *Atel/EOSH-Aktiven*, 476–492 (zit. RPW 2006/3 – *Atel/EOSH-Aktiven*)
- Wettbewerbskommission, Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2005-2) vom 25. Oktober 2006 in Sachen Swisscom Directories AG gegen Wettbewerbskommission, Verfügung vom 22. November 2004 betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, in: RPW 2006/4 – *Swisscom Directories AG/Wettbewerbskommission*, 698–721 (zit. RPW 2006/4 – *Swisscom Directories AG*)
- Wettbewerbskommission, Schlussbericht vom 2. Juli 2007 in Sachen Vorabklärung betreffend NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR, in: RPW 2007/3 – *NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR*, 353–363 (zit. RPW 2007/3 – *NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR*)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. August 2007 in Sachen Tamedia AG/Espace Media Groupe, in: RPW 2007/4 – *Tamedia AG/Espace Media Groupe*, 605–629 (zit. RPW 2007/4 – *Tamedia AG/Espace Media Groupe*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 in Sachen Migros/Denner, in: RPW 2008/1 – *Migros/Denner*, 129–212 (zit. RPW 2008/1 – *Migros/Denner*)
- Wettbewerbskommission Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 2008 in Sachen Publikation von Arzneimittelinformationen durch die Documed AG wegen unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG und Verstoss gegen Art. 49a KG, in: RPW 2008/3 – *Publikation von Arzneimittelinformationen*, 385–411 (zit. RPW 2008/3 – *Publikation von Arzneimittelinformationen*)

-
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. März 2008 in Sachen Coop/Carrefour, in: RPW 2008/4 – Coop/Carrefour, 593–661 (zit. RPW 2008/4 – Coop/Carrefour)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. September 2009 in Sachen Tamedia/PPSR, in: RPW 2009/3 – Tamedia/PPSR, 245–330 (zit. RPW 2009/3 – Tamedia/PPSR)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 30. November 2009 gemäss Art. 27 KG betreffend Gaba International AG wegen einem unzulässigen absoluten Gebietsschutz gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, in: RPW 2010/1 – Gaba, 65–115 (zit. RPW 2010/1 – Gaba)
- Wettbewerbskommission, Schlussbericht der Wettbewerbskommission vom 28. Januar 2010 in Sachen Vorabklärung betreffend SAP Wartungspreiserhöhung, in: RPW 2010/3 – SAP Wartungspreiserhöhung, 435–443 (zit. RPW 2010/3 – SAP Wartungspreiserhöhung)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010 in Sachen France Télécom SA/Sunrise Communications AG, in: RPW 2010/3 – France Télécom SA/Sunrise Communications AG, 499–561 (zit. RPW 2010/3 – France Télécom SA/Sunrise Communications AG)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. November 2010 in Sachen Zahlkartenterminals mit dynamischer Währungsumrechnung (Dynamic Currency Conversion; DCC) gegen SIX Group AG, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG, in: RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 96–198 (zit. RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC))
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. November 2011 in Sachen Tamedia/Bilan/Tribune des Arts, in: RPW 2012/1 – Tamedia/Bilan/Tribune des Arts, 113–120 (zit. RPW 2012/1 – Tamedia/Bilan/Tribune des Arts)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 14. November 2011 in Sachen Untersuchung betreffend Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich gegen Aktiengesellschaft Hallenstadion Zürich und Ticketcorner AG, in: RPW 2012/1 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, 74–112 (zit. RPW 2012/1 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich)
- Wettbewerbskommission, Schlussbericht vom 24. September 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Harley-Davidson Switzerland GmbH wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG, in: RPW 2013/3 – Harley Davidson, 285–315 (zit. RPW 2013/3 – Harley Davidson)

- Wettbewerbskommission, Schlussbericht der Wettbewerbskommission vom 25. März 2014 in Sachen Vorabklärung betreffend Netzwerkgeräte Cisco Systems, in: RPW 2014/2 – *Netzwerkgeräte Cisco Systems*, 353–372 (zit. RPW 2014/2 – *Netzwerkgeräte Cisco Systems*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 14. Juli 2014 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend die Preispolitik und andere Verhaltensweisen der Schweizerischen Depeschagentur AG (SDA) sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften wegen unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG, in: RPW 2014/4 – SDA, 670–705 (zit. RPW 2014/4 – SDA)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. August 2014 in Sachen Ringier/Le Temps, in: RPW 2014/4 – *Ringier/Le Temps*, 706–718 (zit. RPW 2014/4 – *Ringier/Le Temps*)
- Sekretariat der Wettbewerbskommission, Schlussbericht vom 12. November 2014 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG TV-/Radiovermarktung wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG, in: RPW 2021/4 – *TV-/Radiovermarktung*, 807–828 (zit. RPW 2021/4 – *TV-/Radiovermarktung*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2014 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II) wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Banca, Credit Suisse AG, PostFinance AG, UBS AG, Viseca Card Services AG, Aduno SA, 9. B+S Card Service GmbH, ConCardis GmbH und SIX Payment Services AG, in: RPW 2015/2 – *KKDMIF II*, 165–192 (zit. RPW 2015/2 – *KKDMIF II*)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Juli 2015 in Sachen Axel Springer Schweiz/Ringier, in: RPW 2015/3 – *Axel Springer Schweiz/Ringier*, 430–457 (zit. RPW 2015/3 – *Axel Springer Schweiz/Ringier*)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. September 2015 in Sachen Saint-Gobain/Sika, in: RPW 2015/4 – *Saint-Gobain/Sika*, 745–759 (zit. RPW 2015/4 – *Saint-Gobain/Sika*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung vom 19. Oktober 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG, Online-Buchungsplattformen für Hotels wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen Booking.com B.V., HRS – Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH und Expedia, Inc., in: RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 67–127 (zit. RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung vom 9. Mai 2016 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG, Sport im Pay-TV wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen Swisscom (Schweiz) AG, CT Cinetrade AG und Teleclub AG, in: RPW 2016/4 – *Sport im Pay-TV*, 920–1034 (zit. RPW 2016/4 – *Sport im Pay-TV*)

-
- Wettbewerbskommission, Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. Dezember 2016 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Interconnect Peering wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG, in: RPW 2017/1 – *Interconnect Peering*, 73–95 (zit. RPW 2017/1 – *Interconnect Peering*)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. März 2017 in Sachen *Post/SBB/SwissSign*, in: RPW 2017/2 – *Post/SBB/SwissSign*, 299–309 (zit. RPW 2017/2 – *Post/SBB/SwissSign*)
- Wettbewerbskommission, Vorläufige Beurteilung vom 19. Dezember 2016 in Sachen Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 32 und 33 KG betreffend *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, in: RPW 2018/2 – *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, 386–413 (zit. RPW 2018/2 – *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 in Sachen *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, in: RPW 2018/3 – *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, 616–677 (zit. RPW 2018/3 – *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. August 2018 in Sachen *AZ Medien/NZZ*, in: RPW 2018/4 – *AZ Medien/NZZ*, 866–920 (zit. RPW 2018/4 – *AZ Medien/NZZ*)
- Wettbewerbskommission, Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 1. Mai 2018 in Sachen Vorabklärung betreffend *AMAG Vertriebsnetz*, in: RPW 2019/2 – *AMAG Vertriebsnetz*, 251–283 (zit. RPW 2019/2 – *AMAG Vertriebsnetz*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung vom 10. Dezember 2018 in Sachen Untersuchung 22-0477 gemäss Art. 27 KG betreffend *KTB-Werke* wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und Art. 7 KG, in: RPW 2020/1 – *KTB-Werke*, 78–226 (zit. RPW 2020/1 – *KTB-Werke*)
- Wettbewerbskommission, Verfügung vom 19. Dezember 2016 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG, Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen *Galenica AG* und *HCI Solutions AG*, in: RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, 1144–1225 (zit. RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*)
- Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Mai 2021 in Sachen *Aventinus/Heidi Media*, in: RPW 2021/2 – *Aventinus/Heidi Media*, 496–502 (zit. RPW 2021/2 – *Aventinus/Heidi Media*)

Wettbewerbskommission, Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. August 2018 in Sachen [A]/[B], in: RPW 2022/2 - [A]/[B], 328-425 (zit. RPW 2022/2 - [A]/[B])

Bundesverwaltungsgericht

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 in Sachen *Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission WEKO (Terminierungspreise im Mobilfunk)* (Urteil der II. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24.02.2010)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 vom 27. April 2010 in Sachen *Publigruppe SA und Mitbeteiligte gegen Wettbewerbskommission WEKO* (Urteil der II. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 in Sachen *Swisscom (Schweiz) AG gegen COLT Telecom Services AG* (Urteil der I. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28.02.2012)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7633/2009 vom 14. September 2015 in Sachen *Swisscom AG, Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission (Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL)* (Urteil der II. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3332/2012 vom 13. November 2015 in Sachen *Bayerische Motoren Werke AG gegen Wettbewerbskommission WEKO* (Urteil der II. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3618/2013 vom 24. November 2016 in Sachen *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (Urteil der II. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2013)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX Group AG/SIX Payment Services AG* (Urteil der II. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018)

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2798/2018 vom 16. Februar 2021, *Naxoo SA* (Urteil der II. Abteilung) (zit. Urteil des BVGer B-2798/2018 vom 16.02.2021)

Bundesgericht

BGE 129 II 18 (Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 14. August 2002)

BGE 130 II 449 (Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 14. Juni 2004)

Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 (zit. Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.02.2007)

BGE 139 I 72 (Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 29. Juni 2012)

BGE 143 II 297 (Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung vom 28. Juni 2016)

Urteil des Bundesgerichts 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 (zit. Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020)

Urteil des Bundesgerichts 2C_596/2019 vom 2. November 2022 (zit. Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022)

Vereinigtes Königreich

Competition and Markets Authority, *Just Eat/Hungryhouse merger inquiry*, 16 November 2017 (zit. CMA, 16.11.2017, *Just Eat/Hungryhouse*)

Vereinigte Staaten von Amerika

Department of Justice

Department of Justice of the United States, *Civil Antitrust Suit against Google*, Case 1:23-cv-00108, 24 January 2023 (zit. DOJ, *Civil Antitrust Suit against Google*, Case 1:23-cv-00108)

District Courts der Vereinigten Staaten

United States District Court for the District of Columbia, *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999), 5 November 1999 (zit. US District Court D.C., *USA v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9)

United States District Court for the Western District of Washington, *FTC et al. v. Amazon.com Inc.*, Case 2:23-cv-01495, 26 September 2023 (zit. US District Court W.D. Wash., *FTC et al. v. Amazon.com Inc.*, Case 2:23-cv-01495)

United States District Court for the District of New Jersey, *United States of America et al. v. Apple*, Case 2:24-cv-04055, 21 March 2024 (zit. US District Court D.N.J., *United States of America et al. v. Apple*, Case 2:24-cv-04055)

Court of Appeals der Vereinigten Staaten

US Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), 12 March 1945 (zit. US Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Aluminum Co.*, 148 F.2d 416)

US Court of Appeals for the Fourth Circuit, *Stephen Jay Photography, Ltd. v. Olan Mills, Inc.*, 903 F.2d 988 (4th Cir. 1990), 15 May 1990 (zit. US Court of Appeals for the Fourth Circuit, *Stephen Jay Photography v. Olan Mills*, 903 F.2d 988)

US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), 28 June 2001 (zit. US Court of Appeals D.C. Cir., *USA v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34)

Supreme Court der Vereinigten Staaten

Supreme Court of the United States, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), 15 May 1911 (zit. SCOTUS, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. [1911])

Supreme Court of the United States, *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963), 17 June 1963 (zit. SCOTUS, *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 [1963])

Supreme Court of the United States, *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), 13 June 1966 (zit. SCOTUS, *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 563 [1966])

Supreme Court of the United States, *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986), 2 June 1986 (zit. SCOTUS, *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. [1986])

Supreme Court of the United States, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), 8 June 1992 (zit. SCOTUS, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. [1992])

Supreme Court of the United States, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 25 June 2018 (zit. SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ [2018])

A. Einleitung

I. Aktualität der Arbeit

Als der Kongress der Vereinigten Staaten im Jahre 1890 den Sherman Act annahm, war die industrielle Revolution in vollem Gange und Industriekonglomerate (sog. «trusts») entwickelten sich zu einem grossen Problem.¹ Der «Distillers and Cattle Feeders' Trust» stellte 85–90% aller Whiskeys her;² den damals innovativen Markt für Öltraffinerie beherrschte die Standard Oil Company mit über 90% Marktanteil, was für die Begründung eines Monopols ausreicht.³ Im Entscheid *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* blickte Richter John Marshall Harlan kritisch – wenn auch etwas hinkend im Vergleich – auf die Zeit der Trusts zurück:

«The Nation had been rid of human slavery – fortunately, as all now feel – but the conviction was universal that the country was in real danger from another kind of slavery sought to be fastened on the American people, namely, the slavery that would result from aggregations of capital in the hands of a few individuals and corporations controlling, for their own profit and advantage exclusively, the entire business of the country, including the production and sale of the necessaries of life. Such a danger was thought to be then imminent, and all felt that it must be met firmly and by such statutory regulations as would adequately protect the people against oppression and wrong.»⁴

¹ ROSTOW, Ill. L. Rev. 1949, 747.

² JONES, 21.

³ SCOTUS, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); für die Begründung eines Monopols vgl. US Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Aluminum Co.*, 148 f.2d 416, 429: «We may start therefore with the premise that to have combined ninety per cent of the producers of ingot would have been to «monopolize» the ingot market [...]»; der EuGH hat in seiner Grundsatzentscheidung *Hoffmann-La Roche* festgehalten, dass «besonders hohe Anteile – von aussergewöhnlichen Umständen abgesehen – ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern [können]» (vgl. Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rn. 41; vgl. ferner Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 87 m.w.H.); in der Schweiz begründet gemäss dem Bundesverwaltungsgericht ein Marktanteil von über 60% oder 70% eine verstärkte Vermutung der Marktbeherrschung (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442 und E. 451 f.; Urteil des BVGer B-2798/2018 vom 16.02.2021, E. 10.3.1); ferner hat Deutschland sogar eine gesetzliche Vermutung, wonach ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40% hat (§ 18 Abs. 4 GWB).

⁴ SCOTUS, *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 83 f. (1911).

- 2 Selbst wenn die Märkte der Digitalökonomie keine derart betrübliche Situation darstellen, steht die Wirtschaft mit der digitalen Revolution des 21. Jahrhunderts vor ähnlichen Änderungen und Herausforderungen wie bei den Trusts.⁵ Diese Märkte lassen sich – ähnlich wie damals der Markt für Ölraffinerie – als innovative Märkte charakterisieren und werden von wenigen, grossen Unternehmen bedient. Sie haben dazu beigetragen, dass sich Unternehmen wie Alphabet (ehemals Google)⁶, Meta (ehemals Facebook), Apple, Amazon, Microsoft und neuerdings ByteDance rasch ausdehnen konnten und die Kartellbehörden⁷, Gerichte⁸ sowie die Wissenschaft⁹ seit Jahren beschäftigen.
- 3 Während der Sherman Act als «Antitrust Law» eine direkte Antwort zum Aufkommen der Trusts verkörpert, stellt sich heute die Frage, ob das seither weiterentwickelte Kartellrecht die Märkte der digitalen Wirtschaft weiterhin korrekt erfassen kann.

⁵ PASQUALE, Harv. J.L. & Tech. Occasional Paper Series 2013, 3.

⁶ Alphabet Inc. ist eine Holdinggesellschaft, die im Rahmen der Umstrukturierung von Google entstand und als Dachgesellschaft von Google und weiteren Tochtergesellschaften dient (vgl. Alphabet, G is for Google, abrufbar unter <<https://abc.xyz>>).

⁷ Vgl. u.a. BKartA, B 6-22/16 vom 06.02.2019, Facebook; EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, Google Android; EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, Microsoft/LinkedIn; EU-Kommission, COMP/M.7217 vom 03.10.2014, Facebook/WhatsApp.

⁸ Vgl. u.a. Urteil des BGH vom 23.06.2020, KVR 69/19 – Facebook; Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, Microsoft/Kommission.

⁹ Die Wissenschaft beschäftigt sich mit verschiedensten Aspekten des «digitalen Kartellrechts», s. bspw. NIELS/RALSTON, ECJ 2021, 118 ff.; WEISSER, 1 ff.; NIEDERSTRASSER, 1 ff.; KHAN, Yale L. J. 2017, 710 ff.; KUMKAR, 1 ff.

II. Ausgangslage und Gegenstand der Arbeit

Die Märkte des digitalen Sektors weisen spezielle Eigenschaften auf. Die neuen Wettbewerbsverhältnisse lassen sich nicht mehr nahtlos in das traditionelle Konzept der Kartellrechtsprüfung eingliedern. Die Unternehmen konzentrieren sich nicht auf die Befriedigung von spezifischen Produktnachfragen, sondern nehmen mit digitalen Plattformen eine Vermittlungsfunktion ein und führen verschiedene Nutzergruppen zusammen.¹⁰ Meistens bieten sie diese Dienstleistung ohne monetäres Entgelt, also scheinbar kostenlos, an und bedienen verschiedene Märkte gleichzeitig. Die geschilderte Ausgangslage der «digitalen Märkte»¹¹ passt grundsätzlich nicht in das konventionelle Marktverständnis, welches sich durch Angebot und Nachfrage definiert.

Die Internetunternehmen versuchen vermehrt, diese Eigenschaften wirksam in ihre Geschäftsmodelle einfließen zu lassen. In der Regel basieren diese Geschäftsmodelle auf dem Konzept der Plattform, welches die Transaktionskosten verringert und die Wirkungen der indirekten Netzwerkeffekte vorteilhaft ausnützt.¹² Zusammen mit den Netzwerkeffekten erhöhen die Grössenvorteile bzw. Skaleneffekte die Attraktivität der Unternehmen, wie dies am Beispiel von Facebook ersichtlich ist: Gemäss eigenen Angaben hat Facebook zwei Milliarden aktive Nutzende pro Tag und weist bei dieser Zahl ein fast lineares Wachs-

¹⁰ Die Terminologie beruht auf den Erkenntnissen in ROCHET/TIOLE, RAND J. Econ. 2006, 645 ff.; vgl. ferner für die Diskussionen in der deutschen Literatur KÖRBER, ZUM 2017, 93 ff.

¹¹ Dieser Begriff hat sich sowohl in der deutschen als auch in der englischsprachigen Literatur festgesetzt (vgl. u.a. VOLMAR, Digitale Marktmacht, 85 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 68, insb. 31 ff.; EBEN/ROBERTSON, J. Comp. L. & Econ. 2021; NEWMAN, Vand. L. Rev. 2019; NAZZINI, Ital. Antitrust Rev. 2018, 5). Am prominentesten ist die Etablierung des Begriffs im «Gesetz über digitale Märkte», dem «Digital Markets Act» (DMA), erkennbar; ferner spricht die Europäische Kommission in der Evaluierung der Marktdefinitionsbekanntmachung ebenfalls durchgehend von «digital markets». Passender wäre die Terminologie «Märkte der digitalen Wirtschaft», weil damit die Gesamtheit aller Märkte einer bestimmten Entwicklungsrichtung der Wirtschaft erfasst sind. Aus diesem Grund wird nachfolgend sowohl der Ausdruck «Märkte der digitalen Wirtschaft» als auch der Ausdruck «digitale Märkte» verwendet; beide Varianten umschreiben bloss die Marktstruktur der digitalen Wirtschaft.

¹² WEBER, Disruptive Technologies, 224 f.; vgl. zu den Netzwerkeffekten GASSER, 41 ff.; BLASCHCZOK, 29 ff.; EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007, 164 f.

tum auf – zuletzt mit einem jährlichen Anstieg von 4% im Geschäftsjahr 2022.¹³ Dieser Selbstverstärkungseffekt der plattformbetreibenden Unternehmen führt zu Monopolisierungstendenzen bzw. zur Gefahr des «market tipping», d.h., der Markt «kippt» und es bleibt nur noch ein dominantes Unternehmen im fast monopolistischen Markt.¹⁴

- 6 Die vorliegende Arbeit zielt darauf ab, die besonderen Charakteristika dieser Märkte zu untersuchen und gestützt darauf allgemein anwendbare Methoden im Rahmen des Kartellverfahrens vorzuschlagen. Das Ziel ist, eine neue Herangehensweise zu präsentieren, mit der die Behörden – ähnlich wie auf «traditionellen Märkten» – die Fälle der digitalen Wirtschaft schematisch mit demselben Standard beurteilen können. Während die Erkenntnisse zur Markt-abgrenzung und zur Marktbeherrschung eine allgemeingültige Anwendbarkeit beanspruchen, werden sie vorliegend in einem nächsten Schritt in den Kontext der Missbrauchsvorschriften gesetzt und spezifisch auf das Beispiel der Kopplungsgeschäfte angewendet. Diese Dissertation fokussiert sich dabei auf die kartellrechtlichen Fragen, bezieht aber gleichzeitig auch die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften ein. Die Überlegungen der ökonomischen Literatur werden kritisch hinterfragt und auf die Kompatibilität mit dem Kartellrecht hin geprüft. Die Arbeit setzt bei den Ermittlungen von FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME¹⁵ an und versucht diese allgemeingültig weiterzuentwickeln. Dabei befasst sich die Dissertation u.a. mit den kritischen Stimmen von NAZZINI und CRANE, die gänzlich auf die Marktabgrenzung verzichten wollen.¹⁶
- 7 Obwohl die Märkte der digitalen Wirtschaft in der Literatur oft als konzeptionelles Novum dargestellt werden, relativiert die Arbeit diese Ansicht. Das Kartellrecht kennt verschiedene Teilaspekte der Eigenschaften dieser Märkte schon seit langer Zeit und hat sich mit deren Erfassung in kartellrechtlichen Verfahren bereits vor der Jahrtausendwende beschäftigt (z.B. Zeitungsmärkte als mehrseitige Märkte). Die Erkenntnisse aus den Verfahren zu diesen Märkten werden in den Kontext dieser Arbeit gesetzt und entsprechend angepasst.
- 8 Mit den neuen Wettbewerbsverhältnissen kommen zudem neue Geschäftsmodelle auf, die im Lichte der Missbrauchsvorschriften des Kartellrechts zu analysieren sind. Diese Arbeit begrenzt sich bei der Behandlung der Miss-

¹³ Meta, Meta Reports Fourth Quarter and Full Year 2022 Results, abrufbar unter <<https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2023/Meta-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2022-Results/default.aspx>>.

¹⁴ VOLMAR, 231 f.; KUMKAR, 63 f.

¹⁵ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, World Competition 2013, 33 ff.

¹⁶ NAZZINI, Ital. Antitrust Rev. 2018, 5 ff.; CRANE, Notre Dame L. Rev. 2014, 31 ff.

brauchstatbestände auf die Kopplungsgeschäfte, da mit der Digitalisierung und der Bildung von digitalen Ökosystemen eine Vernetzung von verschiedenen Diensten einhergeht. Sowohl das europäische als auch das schweizerische Kartellrecht verbieten an den Vertragsabschluss gekoppelte Bedingungen, welche die Vertragsparteien zur Annahme von zusätzlichen Leistungen bewegen sollen (Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV; Art. 7 Abs. 2 lit. f KG). Soweit ersichtlich, war der Missbrauchstatbestand der Kopplungsgeschäfte Gegenstand des ersten grossen Verfahrens im Rahmen der digitalen Wirtschaft; insbesondere Microsoft nutzte nach der Jahrtausendwende seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Desktop-Betriebssysteme verschiedentlich aus.¹⁷ In Sachen *Microsoft (Tying)*¹⁸ fand eine missbräuchliche Kopplung des Internet Explorer und in Sachen *Microsoft/Kommission*¹⁹ eine missbräuchliche Kopplung des Windows Media Player statt. Eine ähnliche Tendenz fällt gegenwärtig bei Alphabet bzw. Google auf, denn neben einer Bevorzugung des eigenen Preisvergleichsdienstes in Sachen *Google Search (Shopping)*²⁰ kommt die Europäische Kommission in Sachen *Google Android*²¹ ebenfalls zum Schluss, dass eine Kopplung der App Google Search und eine Kopplung von Google Chrome stattfinden. Kürzlich hat das Gericht der Europäischen Union die Entscheidung der Europäischen Kommission weitgehend bestätigt.²²

Den rechtlichen Rahmen der Untersuchungen bilden das europäische und schweizerische Kartellrecht.²³ Allerdings lohnt sich auch der Blick auf die Entwicklungen in Deutschland, in Australien und in den USA. Deutschland nimmt mit den verschiedenen GWB-Novellen im Rahmen der Digitalökonomie eine gewisse Vorreiterrolle ein. Für den Vergleich mit Australien spricht, dass die australische Kommission für Wettbewerb und Verbraucherschutz (ACCC) für

9

¹⁷ Übereinstimmend zur marktbeherrschenden Stellung WORSTALL TIM, Microsoft's Market Share Drops From 97% to 20% In Just Over A Decade, Forbes, 13.12.2012, abrufbar unter <<https://www.forbes.com/sites/timworstall/2012/12/13/microsofts-market-share-drops-from-97-to-20-in-just-over-a-decade/?sh=24ec577551cf>>; MACMANUS RICHARD, Microsoft has 97% of OS market, says OneStat.com, ZDNet, 21.08.2006, abrufbar unter <<https://www.zdnet.com/article/microsoft-has-97-of-os-market-says-onestat-com/>>.

¹⁸ EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*.

¹⁹ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*.

²⁰ Dieser Fall lässt sich nicht als Fall der Kopplungsgeschäfte qualifizieren, hat aber Ähnlichkeiten mit dem Missbrauchstatbestand der Kopplung vgl. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*.

²¹ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*.

²² Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*.

²³ Der Fokus liegt auf dem europäischen Kartellrecht, da sich das «schweizerische Kartellrecht [...] am EU-Recht orientieren» soll (BGE 143 II 297, E. 5.3.4); vgl. ferner STURNY, 5 ff.

die Jahre 2020–2025 den Schwerpunkt ihrer Forschungsaktivitäten auf die digitalen Plattformen gesetzt hat.²⁴ Zudem hat sich der Supreme Court in den USA bereits letztinstanzlich zu zweiseitigen Märkten geäußert.²⁵ Diese Rechtsprechung hat international wichtige Resonanz gefunden und ist deshalb ebenfalls heranzuziehen.

- 10 Die Ergebnisse dieser Arbeit sind ausserdem hinsichtlich des Digital Markets Act (DMA)²⁶ zu kontextualisieren. Obwohl der DMA denselben Sektor reguliert, weist er einen engen Anwendungsbereich auf, da die Torwächter die Normadressaten des DMA sind. Es sind aber nur wenige Plattformen in der digitalen Wirtschaft als Torwächter zu qualifizieren. Folglich wird das Kartellrecht auch in Zukunft eine wichtige Rolle einnehmen und Forschungsarbeiten im Bereich der Internetökonomie erfordern.
- 11 Aus den kartellrechtlichen Verfahren der letzten Jahre ist zudem ersichtlich, dass sich die Behörden vermehrt mit dem digitalen Sektor befassen müssen. Diese Verfahren hatten nicht nur Strafen in Milliardenhöhe zur Folge,²⁷ sondern behandeln auch Sachverhalte, die potenziell einen wichtigen Einfluss auf das alltägliche Leben haben. Aus diesem Grund müssen Grundsatzfragen, welche für die Behandlung dieser Fälle unabdingbar sind und das Verfahren in eine entsprechende Richtung leiten können, einheitlich beantwortet werden können.
- 12 Die Forschungsergebnisse der Dissertation sollen dazu beitragen, dass die Behörden – ähnlich wie in «traditionellen» Märkten – mit einer standardisierten Arbeitsweise Märkte der digitalen Wirtschaft abgrenzen und die marktbeherrschende Stellung der Unternehmen ermitteln können. Darüber hinaus sollen die Forschungsergebnisse als Grundlage für weitere Forschungsarbeit im Kartellrecht dienen, die einerseits die übrigen Missbrauchstatbestände und andererseits auch die Zusammenschlusskontrolle umfassen.

²⁴ ACCC, Digital platform services inquiry 2020-25, abrufbar unter <<https://www.accc.gov.au/inquiries-and-consultations/digital-platform-services-inquiry-2020-25>>.

²⁵ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S.

²⁶ Nachfolgend wird der englische Name des Gesetzes verwendet, da dieser zurzeit üblicher ist als der deutsche Kurztitel «Gesetz über digitale Märkte».

²⁷ EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*, Rn. 751 (1.49 Mrd.); EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 1480 (4.34 Mrd.); EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 754 (2.42 Mrd.).

III. Stand der Literatur

Die wirtschaftswissenschaftliche Literatur hat sich bereits kurz nach der Jahrtausendwende verstärkt mit den digitalen Plattformen auseinandergesetzt und die wissenschaftliche Erfassung der Plattformen ermöglicht.²⁸ Die Erkenntnisse aus den wirtschaftswissenschaftlichen Analysen bildeten auch die Grundlage für die kartellrechtlichen Diskussionen, die sich auf verschiedene Themen der mehrseitigen Märkte²⁹ konzentrieren. Die Relevanz der Digitalisierung im Wettbewerbsrecht hat – oft gestützt auf die Erkenntnisse aus den Wirtschaftswissenschaften – bereits deutlich zugenommen. Einerseits treibt die Europäische Kommission die Diskussionen im Rahmen von «Ein Europa für das digitale Zeitalter» voran,³⁰ andererseits sind auch verschiedene Forschungstätigkeiten der OECD zu Big Data, zu den unentgeltlichen Märkten³¹ oder zu den digitalen Plattformen im Wettbewerbsrecht nennenswert.³² Darüber hinaus haben auch Wettbewerbsbehörden Bestrebungen in diesen Bereichen unternommen und versucht, die Entwicklungen zu erfassen. Eine wichtige Rolle spielt dabei das deutsche Bundeskartellamt, welches seit Jahren verschiedene Studien zu Internetplattformen sowie zur Marktmacht von Plattformen und Netzwerken veröffentlicht hat.³³ Im Hintergrundpapier zu

13

²⁸ Vgl. für die (soweit ersichtlich) erste Darstellung des Konzepts der mehrseitigen Plattformen ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 990 ff.; vgl. ferner ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 645 ff.; für einen interdisziplinären, umfassenden Literaturüberblick zum Plattformwettbewerb im Allgemeinen vgl. RIETVELD/SCHILLING, J. Manag. 2021, 1528 ff.

²⁹ Es ist bereits fraglich, ob tatsächlich «mehrseitige Märkte» vorliegen oder ob verschiedene Marktbeziehungen auf den jeweiligen Plattformseiten zu ermitteln sind. § 18 Abs. 3a GWB bspw. verwendet dennoch den Begriff der «mehrseitigen Märkte». Darüber hinaus ist die Verwendung des Begriffs «mehrseitige Märkte» nicht präzise, denn streng genommen besteht ein Markt naturgemäss aus mindestens zwei Seiten (z.B. Käufer*in und Verkäufer*in). Die Bezeichnung «mehrseitige Märkte» soll die Tatsache ausdrücken, dass die Internetplattformen ihre Güter auf verschiedenen Märkten (bzw. Plattformseiten) gleichzeitig anbieten. Da sich diese Bezeichnung in der Literatur etabliert hat, greift auch diese Arbeit auf diese Terminologie zurück. Zur Bezeichnung der «mehrseitigen Märkte» vgl. ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006; vgl. auch Kapitel [C.II.2.a](#).

³⁰ EU-Kommission, Ein Europa für das digitale Zeitalter – Eine neue Generation von Technologien für die Menschen, abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_de.

³¹ Auch bei den «unentgeltlichen Märkten» handelt es sich bloss um eine simplifizierte Umschreibung vgl. im Detail Kapitel [C.II.1](#).

³² OECD, Digital platform competition, 1 ff.; OECD, Digital Ecosystem, 1 ff.; OECD, Zero-price markets, 1 ff.; OECD, Big Data, 1 ff.

³³ BKartA, Digitale Ökonomie, 1 ff.; BKartA, Marktmacht, 1 ff.

den Internetplattformen greift das Bundeskartellamt auch die Entwicklungen in den Wirtschaftswissenschaften auf und kommt zum Schluss, dass diese Erkenntnisse für die Kartellrechtsprüfung zu eng seien. Diesen Gedanken führt es später im Arbeitspapier zur Marktmacht weiter aus und schlägt einen angepassten Ansatz für die Kartellrechtsprüfung vor. Neben diesen Veröffentlichungen hat das Bundeskartellamt zudem in einem gemeinsamen Papier mit der französischen Autorité de la concurrence die Bedeutung der Daten für die Marktmacht analysiert.³⁴

- 14 Die akademischen Untersuchungen zu den gegenwärtigen Herausforderungen im Kartellrecht knüpfen an diese Hauptprobleme an. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME haben schon früh erkannt, dass zunächst festzustellen ist, ob bzw. wann mehrseitige Märkte vorliegen.³⁵ In der Literatur fällt das Vorgehen bei der Lösungsermittlung gestützt auf die Rechtsordnungen unterschiedlich aus. Die angelsächsischen Publikationen wählen überwiegend einen ökonomischen Ansatz.³⁶ Der Fokus auf die Wirtschaftswissenschaften geht teilweise sogar so weit, dass dieser Ansatz die Marktabgrenzung überspringen und direkt bei der Marktbeherrschung ansetzen möchte.³⁷
- 15 Die Dissertationen im deutschen Sprachraum hingegen halten an den Grundstrukturen des Kartellrechts fest. Bereits früh hat BLASCHCZOK zu den zweiseitigen Märkten und allgemeinen Fragen der Marktabgrenzung geforscht.³⁸ Einige Jahre später hat sich MAUELSHAGEN mit der Definition des relevanten Marktes bei horizontalen Internetsuchmaschinen auseinandergesetzt.³⁹ Noch im selben Jahr hat auch KUMKAR ihre Dissertation zu den Onlinemärkten im Wettbewerbsrecht verfasst. Der Fokus dieser Arbeit liegt auf dem EU-Vertriebskartellrecht bzw. den Vertikalbeschränkungen, greift aber ebenfalls die Diskussion der Marktabgrenzung auf.⁴⁰ ZINNDORF hat ähnliche Fragen im Kontext der Internetsuchmaschinen untersucht und ist ebenfalls auf die Eigenart der digitalen Märkte eingegangen.⁴¹

³⁴ Aut. conc./BKartA, 1 f.

³⁵ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, *World Competition* 2013, 33 ff.

³⁶ Vgl. u.a. SMITH/DUKE, *ECJ* 2021, 93 ff.; NIELS/RALSTON, *ECJ* 2021, 118 ff.; MORESI, *CLPD* 2021, 54 ff.; RALSTON et al., *CLPD* 2021, 67 ff.; KHAN, *Colum. L. Rev.* 2017, 973 ff.

³⁷ Vgl. für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dieser Meinung Kapitel [C.I.4.](#); vgl. ferner NAZZINI, *Ital. Antitrust Rev.* 2018, 5 ff.; CRANE, *Notre Dame L. Rev.* 2014, 31 ff.

³⁸ BLASCHCZOK, 55 ff.

³⁹ MAUELSHAGEN, 59 ff.

⁴⁰ KUMKAR, 74 ff.

⁴¹ ZINNDORF, 60 ff., 73 ff. und 100 ff.

Wie sich an den deutschsprachigen Dissertationen der darauffolgenden Jahre zeigt, konnten diese frühen Publikationen jedoch keine einheitliche Lösung für die Marktabgrenzung und die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der Unternehmen liefern. VOLMAR hat den Fokus seiner Dissertation auf die digitale Marktmacht gelegt, aber auch Bestrebungen angestellt, die Marktabgrenzung anzupassen.⁴² WALESCH hat ebenfalls zur Forschung der Marktabgrenzung beigetragen, jedoch hat er grösseren Wert auf die Marktverhältnisse der Intermediäre gelegt und nicht Grundlagenfragen im Bereich der Marktabgrenzung beantwortet.⁴³ Im schweizerischen Kontext sind kaum Beiträge zu den digitalen Märkten zu finden.⁴⁴ 16

Insbesondere im Rahmen der Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft sind nur wenige juristische Forschungsarbeiten vorhanden. Soweit ersichtlich, lassen sich in diesem Zusammenhang bloss die Bestrebungen von MANDRESCU⁴⁵ erwähnen, welcher die Kopplungsgeschäfte nur als Teilbereich seiner Dissertation untersuchte.⁴⁶ 17

⁴² VOLMAR, Digitale Marktmacht, 139 ff. und 224 ff.

⁴³ WALESCH, 167 ff.

⁴⁴ Vgl. GELLI, recht 2019, 33–49; auch GELLI behandelt die Thematik im Lichte des europäischen Kartellrechts; entfernt BLATTER, sic! 2016, 378 ff.

⁴⁵ MANDRESCU, DOMINANT ONLINE PLATFORMS, 174 ff.; MANDRESCU, CLSR 2021, 1 ff.

⁴⁶ MANDRESCU, Dominant Online Platforms, 174–195.

IV. Aufbau der Arbeit

- 18 Sowohl in der Europäischen Union als auch in der Schweiz müssen die Behörden zunächst eine marktbeherrschende Stellung des untersuchten Unternehmens feststellen, bevor sie den Missbrauchstatbestand analysieren. Für die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung wiederum ist eine Marktabgrenzung erforderlich. Aus diesem Grund präsentiert die nachfolgende Abhandlung zunächst ein eigens erarbeitetes und allgemein anwendbares Konzept für die Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft. Danach ist eine Herangehensweise für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung zu entwickeln. In einem nächsten Schritt werden die Bedeutung der vorgeschlagenen, allgemein anwendbaren Ansätze und die Charakteristika der Plattformökonomie am Beispiel der Kopplungsgeschäfte aufgezeigt.
- 19 Das erste Kapitel (B.) erarbeitet zunächst die ökonomischen Besonderheiten der Märkte in der digitalen Wirtschaft. Der Fokus liegt dabei auf den Geschäftsmodellen der Digitalwirtschaft und deren Charakteristika; auf diese Eigenschaften wird sowohl im Rahmen der Marktabgrenzung als auch bei der Ermittlung der beherrschenden Stellung und ferner in Bezug auf die Kopplungsgeschäfte zurückzugreifen sein.
- 20 Gestützt auf die Erkenntnisse aus den ökonomischen Grundlagen untersucht das nächste Kapitel (C.) die Marktabgrenzung im digitalen Sektor. Hierfür werden – durch Aufarbeitung des Marktbegriffs und des Konzepts der Marktabgrenzung – der Zweck und die Notwendigkeit der Definition des relevanten Marktes aufgezeigt. In einem nächsten Schritt analysiert die Dissertation das Vorgehen der Behörden bei Märkten mit ähnlichen Charakteristika wie jenen der digitalen Wirtschaft. Nach einer Auseinandersetzung mit der Plattformtheorie wird eine alternative Methode vorgeschlagen, welche die Eigenschaften der Digitalökonomie angemessen zu erfassen versucht. Schliesslich untersucht die Arbeit auch die Anwendbarkeit der unterschiedlichen (qualitativen und quantitativen) Marktabgrenzungsansätze für die digitale Wirtschaft und passt diese punktuell an.
- 21 Da die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung Voraussetzung für die Missbrauchstatbestände ist (Art. 102 AEUV; Art. 7 KG), widmen sich die darauffolgenden Untersuchungen der Marktbeherrschung in Märkten der digitalen Wirtschaft (D.). Dieses Kapitel dient als Bindeglied zwischen den Erkenntnissen zur Marktabgrenzung und den Analysen zu den Kopplungsgeschäften.

Weil das Beurteilungskriterium der Marktanteile auf den untersuchten Märkten nicht mehr dieselbe Aussagekraft hat wie auf «traditionellen» Märkten, wird in dieser Untersuchung vorgeschlagen, auf Faktoren für die Begründung und Faktoren für die Begrenzung der marktbeherrschenden Stellung abzustellen. Anschliessend ist für den Schweizer Kontext noch auf die relative Marktmacht einzugehen.

Als letzter grosser Themenblock sind die Kopplungsgeschäfte im Rahmen der digitalen Wirtschaft zu untersuchen (E.). Zunächst werden die wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Wirkungen der Kopplungen beleuchtet, bevor deren rechtliche Behandlung und ausgewählte, regulatorische Vorschläge diskutiert werden. Danach sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf die Herausforderungen der digitalen Wirtschaft aufzuarbeiten und ist die Bedeutung des DMA für das Kartellrecht zu analysieren.

22

B. Ökonomische Grundlagen der digitalen Wirtschaft

Das Verständnis der Digitalökonomie bildet die Grundlage, um den Wettbewerb auf digitalen Märkten begreifen zu können. Die digitale Ökonomie umfasst diverse ökonomischen Aktivitäten, die von der Digitalisierung betroffen sind. Die Digitalisierung hat eine strukturelle Änderung in der Wirtschaft und Gesellschaft ausgelöst und durch die digitale Vernetzung der Menschen die Globalisierung beschleunigt. Die digitale Wirtschaft befindet sich in einem ständigen Wandel und beeinflusst mit zunehmender Geschwindigkeit alle Lebensbereiche. Expert*innen sprechen unter dem Schlagwort «Industrie 4.0» bereits von der vierten industriellen Revolution, welche die Kommunikation zwischen Maschinen und die intelligente Auswertung von grossen Datenmengen bzw. Big Data ermöglichen soll. Aktuell ist zwar noch nicht konkret vorstellbar, welche Geschäftsmodelle in Zukunft aufkommen werden, trotzdem ist absehbar, dass traditionelle Geschäftsmodelle unter Druck geraten und von den digitalen Geschäftsmodellen ersetzt werden. Dies ist mit dem Aufkommen des Onlinehandels, der Buchungsplattformen, der Musikplattformen, der Suchmaschinen, der sozialen Netzwerke oder der Partnerbörsen bereits in verschiedensten Bereichen zu sehen.⁴⁷

23

Fast alle Geschäftsmodelle in der Digitalökonomie basieren auf dem Konzept der Plattformen bzw. der Intermediäre. Mit diesen software- und datenbasierten Geschäftsmodellen (z.B. Uber, Airbnb) hat die Digitalisierung in verschiedenen Sektoren die Transaktionskosten verringert und den Unternehmen erlaubt, einfacher branchenübergreifend zu agieren (z.B. Uber Eats). Die neuen Geschäftsmodelle bringen Innovation sowie Umwälzung in die traditionellen Wirtschaftssektoren und konkurrieren teilweise mit traditionellen Anbietern (z.B. Taxiunternehmen, Hotels).⁴⁸

24

Die nachfolgenden Ausführungen setzen sich mit den kartellrechtlich relevanten Marktverhältnissen auf den «digitalen Märkten» auseinander. Obwohl sich diese Terminologie in der Praxis und Literatur bereits etabliert hat (z.B. «Ge-

25

⁴⁷ SCHWALBE/ZIMMER, 54 f.; HUNGERLAND et al., 9 f.

⁴⁸ SCHWALBE/ZIMMER, 54 f.; HUNGERLAND et al., 10 f.

setz über digitale Märkte», «Digital Markets Act»), wird nachfolgend sowohl der Ausdruck «Märkte der digitalen Wirtschaft» als auch der Ausdruck «digitale Märkte» verwendet.⁴⁹

I. Ökonomische Besonderheiten der Märkte in der digitalen Wirtschaft

- 26 Im Zentrum der rechtswissenschaftlichen und ökonomischen Analysen der digitalen Märkte stehen die zwei- bzw. mehrseitigen Märkte (engl. «two-/multi-sided markets»). Bei diesen Terminologien handelt es sich in erster Linie um Begriffe, die ihren Ursprung in der ökonomischen Literatur haben und eine spezielle Struktur beschreiben, welche gewisse ökonomische Besonderheiten aufweist. Aus diesem Grund darf weder der Begriff der zwei- bzw. mehrseitigen Märkte noch der Begriff der digitalen Märkte dem kartellrechtlichen Marktbegriff gleichgestellt werden.⁵⁰
- 27 Erste Analysen der zweiseitigen Märkte und der darauf vorhandenen Netzwerkeffekte sind auf ROCHET/TIROLE zurückzuführen, die zu Beginn des 21. Jahrhunderts die grundlegenden Besonderheiten dieser Geschäftsmodelle herausgearbeitet haben.⁵¹ Ausserdem hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der neunten GWB-Novelle für mehrseitige Märkte und Netzwerke normiert, dass bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch die direkten und indirekten Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste, der Wechselaufwand für die Nutzer, die Grössenvorteile im Zusammenhang mit den Netzwerkeffekten, der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten sowie der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen sind (§ 18 Abs. 3a GWB). Das Gesetz orientiert sich dabei insbesondere an den Kriterien, die in der ökonomischen Literatur als wesentlich angesehen werden.⁵²

⁴⁹ Vgl. bereits [Fn. 11](#). So auch WALESCH, 169; ZUSCHLAG, 63 f. In der englischsprachigen Literatur hat sich ebenfalls der Begriff der digitalen Märkte (engl. «digital markets») etabliert (vgl. EBEN/ROBERTSON, J. Comp. L. & Econ. 2021; NEWMAN, Vand. L. Rev. 2019; NAZZINI, Ital. Antitrust Rev. 2018, 5).

⁵⁰ So auch WALESCH, 52 f.; WEBER, Zugang zu den Softwarekomponenten, 90.

⁵¹ ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 645 ff.; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 990 ff.

⁵² Vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drucksache 606/16, 49 mit Verweis auf EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007, 164.

Ein Grundverständnis dieser ökonomischen Besonderheiten ist erforderlich, um die wirkenden Wettbewerbskräfte verstehen zu können. Zudem bilden diese Erkenntnisse die Grundlage für weitere kartellrechtliche Fragestellungen, die im Verlauf dieser Arbeit zu behandeln sind. 28

In der digitalen Ökonomie sind insbesondere die Plattformen von grosser Bedeutung, da sie in engem Zusammenhang mit der Mehrseitigkeit der untersuchten Märkte stehen bzw. diese teilweise unmittelbar beeinflussen; sie leisten zudem einen wichtigen Beitrag zur Wirkung der Netzwerkeffekte. Deshalb sind nachfolgend zunächst die Charakteristika der Plattformen näher zu untersuchen (1.) Danach wird die Bedeutung der Skaleneffekte erläutert, da sie namentlich für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung relevant sind (2.). Zudem sind in der Digitalökonomie Konzentrationstendenzen und hohe Wechselkosten anzutreffen, die ebenfalls im Detail erklärt werden (3.). Dieses Kapitel untersucht ferner die Tendenz zur Parallelnutzung mehrerer Dienste sowie den Grad der Leistungsdifferenzierung in der digitalen Wirtschaft (4.). Schliesslich ist auch die Bildung digitaler Ökosysteme Teil der nachfolgenden Untersuchungen (5.). 29

1. Charakteristika der Plattformen

In der kartellrechtlichen Diskussion zur digitalen Wirtschaft ist der Begriff der Internetplattform zentral, jedoch ist seine Definition in der Literatur umstritten.⁵³ Während sich in der englischen Literatur der Begriff der «platform» bzw. «multisided platform» etabliert hat und «nur» die Identifikation als Plattform umstritten ist, besteht in der deutschen Literatur noch Uneinigkeit, ob der Begriff der Plattform oder jener der Intermediäre zu verwenden ist.⁵⁴ 30

Der Begriff des Intermediärs lässt sich zurückführen auf das Adjektiv «intermediär» (und ferner auf das lateinische Adjektiv «intermedius»), was sich als «in der Mitte liegend» oder «dazwischen befindlich» übersetzen lässt und somit dem Merkmal der Mehrseitigkeit Rechnung trägt.⁵⁵ Im kartellrechtlichen Kontext hat sich jedoch der Plattformbegriff durchgesetzt, u.a. auch weil der Begriff des Intermediärs ausserhalb des Kartellrechts bereits eine rechtliche 31

⁵³ Vgl. KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2148.

⁵⁴ WALESCH, 5; vgl. für die englische Literatur KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2148; ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 1 ff.; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 1 ff.

⁵⁵ Dudenredaktion, Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Schlagwort «intermediär», abrufbar unter <<https://www.duden.de/rechtschreibung/intermediaer>>; zum Merkmal der Mehrseitigkeit vgl. Kapitel [B.1.1.a](#).

Prägung erhalten hat (z.B. im deutschen Medienrecht; ähnliche Komplikationen ergeben sich mit dem Schweizer Finanzmarktrecht).⁵⁶ Das deutsche Bundeskartellamt fordert deshalb, im Bereich des Kartellrechts den Plattformbegriff zu verwenden, da die medienpolitische Definition «nicht an kartellrechtsrelevante Aspekte an[knüpft] und [...] daher auch nicht zu bestimmten kartellrechtlichen Fragestellungen [führt]».⁵⁷

- 32 Der deutsche Gesetzgeber beispielsweise verwendet in § 18 Abs. 3a GWB den Begriff der «mehreseitigen Märkte» bzw. der «Netzwerke» und geht nicht näher auf die Begriffsdiskussionen ein.⁵⁸ Im Rahmen dieser Arbeit werden die Begriffe der Plattform und jener der Intermediäre synonym verwendet, um Geschäftsmodelle zu bezeichnen, die eine Vermittlungsfunktion für verschiedene Nutzergruppen vornehmen und potenziell auf mehrseitigen Märkten vorzufinden sind. Folglich umfasst der Begriff der Plattform bzw. des Intermediärs nicht nur ausdrücklich als Plattform oder Intermediär bezeichnete Beziehungen (z.B. Vertriebsplattformen für Anwendungssoftware⁵⁹), sondern bei entsprechender Übereinstimmung mit den Charakteristika einer Plattform auch Webseiten, Betriebssysteme oder Anwendungsprogramme – unabhängig davon, ob diese für mobile Endgeräte oder andere Endgeräte konzipiert sind.
- 33 Darüber hinaus haben die Ökonom*innen in zahlreichen Untersuchungen bereits verschiedene Funktionsbedingungen für die Plattformen analysiert, ohne eine einheitliche Definition bestimmt zu haben.⁶⁰ Eine entscheidende Rolle spielt die Mehrseitigkeit bzw. Vermittlungsfunktion der Plattformen (a).⁶¹ Dennoch knüpft die ökonomische Literatur überwiegend an die Existenz von direkten bzw. indirekten Netzwerkeffekten an (b).⁶² Ausserdem gibt es auch Stimmen, die auf die Preisstruktur der Plattformen abstellen (c).⁶³ Obwohl kei-

⁵⁶ BKartA, Antworten des Bundeskartellamtes, 4; vgl. ferner Art. 22 FinfraG, Art. 2 Abs. 1 lit. a GwG und Art. 1 Abs. 1 lit. c HWpÜ.

⁵⁷ BKartA, Antworten des Bundeskartellamtes, 4.

⁵⁸ Vgl. bereits [Fn. 29](#); vgl. auch Kapitel [C.II.2.a](#).

⁵⁹ Die bekanntesten digitalen Vertriebsplattformen sind der App Store von Apple und Google Play von Google.

⁶⁰ Vgl. HAGIU/WRIGHT, IJIO 2015, 163 f.; BKartA, Marktmacht, 8 ff.; BKartA, Digitale Ökonomie, 11 ff.

⁶¹ Vgl. zur Bedeutung der Mehrseitigkeit und der Vermittlerfunktion HAGIU/WRIGHT, IJIO 2015, 163 f.; wohl auch EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007, 154.

⁶² Vgl. u.a. ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 668 ff.; CAILLAUD/JULLIEN, RAND J. Econ. 2003, 309 ff.

⁶³ Vgl. ROCHET/TIROLE, RAND 2006, 645 ff.

nes dieser Merkmale einen Ausschliesslichkeitscharakter hat bzw. als Voraussetzung für die Plattformdefinition herangezogen werden kann, sind sie gute Indikatoren für die Identifikation von Plattformen.

a) **Mehrseitigkeit und Interaktion**

Eine Plattform bringt verschiedene Nutzergruppen zusammen und vermittelt sie aneinander. Sie ermöglicht eine Interaktion zwischen den Nutzergruppen, die ohne die Plattform als Intermediär nicht oder nur mit deutlich mehr Aufwand möglich wäre. Da jede Nutzergruppe eine Seite der Plattform darstellen kann, hat sich die Bezeichnung als zwei- bzw. mehrseitige Plattform etabliert.⁶⁴ 34

Eine grundlegende Funktion der Plattform ist die Vermittlung von verschiedenen Nutzergruppen zum Zwecke einer direkten Interaktion zwischen den Plattformseiten.⁶⁵ Aufgrund dieser vermittelnden Tätigkeit wird nicht selten der Begriff des Intermediärs als Synonym für digitale Plattformen verwendet.⁶⁶ Die Art der direkten Interaktion ist vielfältig und lässt sich nicht abschliessend aufzählen. Denkbar sind Vertragsabschlüsse zwischen Händlerseite und Konsumentenseite (z.B. bei Amazon oder eBay), Austausch von Nachrichten oder Bildern (z.B. bei WhatsApp oder Facebook) oder Anzeige und Wahrnehmung von Werbung (z.B. bei Google oder YouTube). 35

Die Ermöglichung einer Interaktion als Geschäftsmodell ist jedoch kein neues Phänomen. Bereits das Forum Romanum diente als gesellschaftlicher Mittelpunkt, das Interaktion ermöglichte. Der römische Marktplatz war ein Ort, an dem sich die Gesellschaft für politische Diskussionen, für den Handel oder den kulturellen und religiösen Austausch traf.⁶⁷ Er ermöglichte – wie auch die digitalen Plattformen – Austauschbeziehungen zwischen Personen. 36

Als weiteres Beispiel sind die Supermärkte zu nennen, denn sie nehmen ebenfalls eine gewisse Vermittlerfunktion ein und ermöglichen eine Interaktion zwischen verschiedenen Nutzergruppen. Im Gegensatz zu diesen einseitigen Geschäftsmodellen stellt sich die Plattform als neutrale Vermittlerin dar. Anders als die Supermärkte tritt die Plattform weder als ökonomische noch als 37

⁶⁴ EVANS/SCHMALENSEE, Matchmakers, 17 ff.

⁶⁵ KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2147; HAGIU/WRIGHT, IJIO 2015, 163 f.; GASSER, 33.

⁶⁶ Vgl. Kapitel [B.I.1](#) mit [Rn. 32](#); vgl. ferner KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2143; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 33; Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Rn. 14; OECD, Online Intermediaries, 9.

⁶⁷ LEVY/LUCKENBACH, 5 f.

juristische Partei der Interaktion oder Transaktion auf und hat somit keine Kontrolle über deren Bedingungen. Bei den Plattformen obliegt die Bestimmung der für die Transaktion relevanten Parameter ausschliesslich den Parteien.⁶⁸

- 38 Das Konzept der Vermittlungsfunktion ist auch bei traditionellen Medien (z.B. Zeitungen) ersichtlich. Auf diesen Medienmärkten ist neben der Informationsvermittlung vor allem die Werbevermittlung zentral. Bei der Werbevermittlung wird aber deutlich, dass nicht immer dasselbe Interesse an der Vermittlung besteht. Die werbende Nutzergruppe hat ein grosses Interesse daran, ihre Werbung der anderen Nutzergruppe zu vermitteln, während aber die letztere Nutzergruppe nur ein beschränktes oder sogar negatives Interesse an der Vermittlung hat. Dieses beschränkte bzw. negative Interesse ist durch andere Leistungen auszugleichen.⁶⁹ Für den Kauf einer Zeitung ist ihr Inhalt entscheidend und nicht, welche Werbeanzeigen abgedruckt sind. Da unabhängig von der Interessenlage der Nutzergruppen eine Interaktion – und zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise sogar eine Transaktion – stattfindet, weisen auch diese Medienmärkte erste Ansätze einer Plattform auf.⁷⁰
- 39 Da die ökonomische Attraktivität der digitalen Plattformen darin liegt, die Transaktionskosten für ihre Nutzergruppen zu senken, ist die Verwendung einer Plattform insbesondere dann zweckmässig, wenn die verschiedenen Nutzergruppen hohen Transaktionskosten ausgesetzt sind.⁷¹ Als Transaktionskosten sind alle Aufwendungen zu bezeichnen, die jemand einsetzen muss, um überhaupt einen Dienst in Anspruch nehmen zu können.⁷² Es sind also die aufzuwendenden Kosten, die erforderlich sind, um eine potenzielle Austauschbeziehung überhaupt zu ermöglichen.
- 40 Verkauft beispielsweise ein Händler ein Auto, begründet der zugrunde liegende Vertrag die Austauschbeziehung. Die Transaktionskosten umfassen alle aufzuwendenden Kosten, welche den Kaufvertrag ermöglichen. Zu diesen Kosten gehören Kosten im Vorfeld des Austausches (z.B. Identifizierung der Transaktionspartner*innen, Kosten für die Informationsbeschaffung über die Transaktionspartner*innen), Kosten für den Abschluss des Vertrags (z.B. Verhandlungs- und Vertragsformulierungskosten) und Kosten im Nachgang des Austausches (z.B. Abwicklungs- und Transportkosten, allfällige Änderungskos-

⁶⁸ Vgl. BKartA, Marktmacht, 13 f.; HAGIU/WRIGHT, IJIO 2015, 163 f.

⁶⁹ DEWENTER/RÖSCH, 6 und 39 ff.

⁷⁰ DEWENTER/RÖSCH, 3 und 17; vgl. ferner GASSER, 34 f.

⁷¹ GASSER, 37; VOLMAR, Digitale Marktmacht, 73.

⁷² BESTER, 6; vgl. ferner COASE, *Economica* 1937, 390 f.

ten). Die Gesamtheit dieser Kosten ist entscheidend, ob die Parteien überhaupt eine Austauschbeziehung eingehen und in welchem Umfang sie diese eingehen.⁷³

Das Potenzial der digitalen Plattformen ist aber weitaus grösser: Sie können durch Verwertung der Verhaltens- und Nutzerdaten proaktiv passende Interaktionspartner*innen identifizieren. Digitale Plattformen sind also in der Lage, die Präferenzen der Nutzergruppen ausfindig zu machen und gestützt darauf die Interaktion zu «forcieren».⁷⁴ Da die Plattformen grundsätzlich keinen geographischen Einschränkungen unterliegen, eröffnen sie zudem – im Gegensatz zu einem physischen Marktplatz – Zugang zu potenziell mehr Gegenparteien.

Allerdings liegt in dieser nunmehr vielfältigen Senkung der Transaktionskosten auch eine kartellrechtliche Gefahr der Plattformen. Die Unternehmen der Digitalwirtschaft finden in der Hebelung ihrer Nutzerbasis Effizienzvorteile, die im Rahmen der Kopplungsgeschäfte die Transaktionskosten zusätzlich senken können. Solche Kopplungen sind nachfolgend ebenfalls zu untersuchen, weil dort u.a. die Forcierung von Interaktionen gestützt auf bereits bekannte Präferenzen eine besondere Rolle spielen kann.⁷⁵

b) Netzwerkeffekte

Ein Netzwerk besteht aus Verbindungen, die Knotenpunkte miteinander vernetzen.⁷⁶ Die Mehrseitigkeit der Plattformen und die Zusammenführung der Nutzergruppen bilden die Grundlage für die Qualifikation der Plattformen als Netzwerke.

Aus ökonomischer Sicht sind die Netzwerkeffekte entscheidend für ein Netzwerk. Bei mehrseitigen Märkten, die durch Netzwerkeffekte gekennzeichnet sind, wird der Nutzen eines Mitglieds direkt oder indirekt durch das Verhalten anderer Mitglieder beeinflusst und durch die Grösse des Netzwerks bestimmt.⁷⁷ Die Netzwerkeffekte liegen vor, wenn sich die wirtschaftlichen Akti-

⁷³ Vgl. GASSER, 37 f.

⁷⁴ Vgl. SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 7 f.

⁷⁵ Im Detail zu dieser Thematik vgl. Kapitel [E](#), insb. Kapitel [E.III.3](#).

⁷⁶ ECONOMIDES, IJIO 1996, 674.

⁷⁷ DEWENTER/RÖSCH, 26.

vitäten zwischen zwei Akteur*innen auch auf unbeteiligte Dritte auswirken und trotzdem niemand für diese Auswirkung bezahlt oder einen Ausgleich erhält.⁷⁸

aa) Direkte Netzwerkeffekte

- 45 Direkte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn die Grösse einer Plattform⁷⁹ unmittelbare Auswirkungen auf den individuellen Nutzen der Netzwerkteilnehmenden hat.⁸⁰ Die direkten Netzwerkeffekte beschreiben gewissermassen das Verhältnis zwischen der Grösse einer Nutzergruppe und dem Nutzen der einzelnen Mitglieder dieser Nutzergruppe. Die Vergrösserung einer Nutzergruppe wirkt sich also unmittelbar auf den Nutzen der einzelnen Mitglieder dieser Nutzergruppe aus.⁸¹ Bei negativen direkten Netzwerkeffekten verhält es sich gegenteilig, denn mit zunehmender Grösse der Nutzergruppe verringert sich der Nutzen der Mitglieder dieser Gruppe.⁸²
- 46 Die Wirkungen von direkten Netzwerkeffekten lassen sich auf Telekommunikationsnetzwerke zurückführen⁸³ und sind auch auf sozialen Netzwerken ersichtlich. Alle zusätzlichen Nutzenden ermöglichen auf sozialen Netzwerken eine weitere Verbindung mit allen anderen Nutzenden. Der individuelle Nutzen auf sozialen Netzwerken hängt von der Anzahl der potenziell möglichen Verbindungen ab, also ist der Nutzen eines sozialen Netzwerks umso höher, je mehr Mitglieder das Netzwerk hat.⁸⁴ Konkret hängt die Attraktivität von Facebook, Instagram oder LinkedIn von der Anzahl Personen ab, mit denen man sich auf diesen Plattformen verbinden und austauschen kann. Diese Netzwerkeffekte werden auch als «identitätsbasierte Netzwerkeffekte» bezeichnet, da die Nutzenden zumeist nur mit bestimmten Personen, wie z.B. mit Freund*innen, Bekannten oder Arbeitskolleg*innen, in Kontakt treten wollen.⁸⁵ Dies ist bei Plattformen wie eBay nicht der Fall, weil ein Kauf auf eBay anonym ist als ein Kontakt auf sozialen Netzwerken.

⁷⁸ Vgl. CLEMENT/SCHREIBER/BOSSAUER/PAKUSCH, 43; KATZ/SHAPIRO, JEP 1994, 94.

⁷⁹ Die Grösse einer Plattform wird an der Anzahl der Nutzenden gemessen.

⁸⁰ DEWENTER/RÖSCH, 27; FARRELL/KLEMPERER, 1974; KATZ/SHAPIRO, JEP 1994, 94 und 95 f.; vgl. ferner Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 36.

⁸¹ DEWENTER/RÖSCH, 27.

⁸² BKartA, Marktmacht, 9; DEWENTER/RÖSCH, 27.

⁸³ Die Telekommunikationsnetzwerke dienten als erstes Beispiel für Netzwerkexternalitäten vgl. SQUIRE, Bell J. Econ. 1973, 1 ff.; vgl. ferner ROHLFS, Bell J. Econ. 1974, 1 ff.

⁸⁴ GASSER, 44 f.; DEWENTER/RÖSCH, 27; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 300.

⁸⁵ BKartA, B 6-22/16 vom 06.02.2019, Facebook, Rn. 218.

Die Zunahme der Grösse einer Nutzergruppe bewirkt bei anderen «Plattformtypen» hingegen oft keine *unmittelbare* Zunahme des Nutzens der einzelnen Mitglieder dieser Gruppe.⁸⁶

47

bb) Indirekte Netzwerkeffekte

Indirekte Netzwerkeffekte hingegen liegen vor, wenn der Nutzen einer Gruppe von der Grösse der anderen Gruppe abhängt; sie lassen sich als Wechselbeziehungen zwischen den verschiedenen Nutzergruppen bzw. Plattformseiten definieren. Die steigende Anzahl der Nutzenden auf einer Plattformseite macht die Nutzung der Plattform für die andere Plattformseite attraktiver. Dadurch wird die Nutzung der Plattform für die erste Nutzergruppe wiederum attraktiver. In diesen Fällen vermittelt die Plattform zwischen Nutzergruppen mit unterschiedlichen Motivlagen. Die Steigerung des Nutzens für die einzelnen Gruppen hängt somit von der Entscheidung verschiedener Nutzergruppen ab.⁸⁷ Bei positiven indirekten Netzwerkeffekten steigt mit zunehmender Anzahl von Nutzenden in einer Gruppe der Nutzen der anderen Gruppe.⁸⁸ Bei negativen indirekten Netzwerkeffekten führt die Vergrößerung einer Nutzergruppe zum Sinken des Nutzens für die andere Gruppe.⁸⁹

48

Die indirekten Netzwerkeffekte können sowohl einseitig als auch gegenseitig vorliegen und so zur zweiseitigen Beeinflussung führen. Sie sind einseitiger Natur, wenn eine Nutzergruppe «A» von der steigenden Anzahl Nutzenden der anderen Gruppe «B» profitiert. Indirekte Netzwerkeffekte gegenseitiger Natur liegen vor, wenn die Gruppenmitglieder nur indirekt von der Grösse der eigenen Nutzergruppe «A» profitieren. Die Nutzenden profitieren von der Grösse der anderen, verbundenen Gruppe «B». Steigt die Anzahl der Teilnehmenden in dieser verbundenen Gruppe «B», steigt gleichzeitig auch der Nutzen für die Nutzenden in der ersten Gruppe «A». Falls die zweite, verbundene Gruppe «B»

49

⁸⁶ Bei Handelsplattformen handelt es sich grundsätzlich nicht um positive direkte Netzwerkeffekte. So auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 375; WEBER, Zugang zu den Softwarekomponenten, 73; ferner WALESCH, 69; KUMKAR, 54 f.; a.M. KLOTZ, WuW 2016, 64, der direkte Netzwerkeffekte erkennt, weil mit grösserer Anzahl der Nutzenden der Algorithmus verbessert werden kann und dies für die Suchnutzenden von Vorteil ist. Dieser Zusammenhang ist allerdings wohl zu mittelbar vgl. dazu WEBER, Zugang zu den Softwarekomponenten, 74.

⁸⁷ DEWENTER/RÖSCH, 30 f.; CAILLAUD/JULLIEN, RAND J. Econ. 2003, 310 f.; KATZ/SHAPIRO, JEP 1994, 99 f.; FARRELL/KLEMPERER, 1974 f.; vgl. ferner Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 38.

⁸⁸ DEWENTER/RÖSCH, 30.

⁸⁹ BLASCHCZOK, 30.

ebenfalls von der Grösse der ersten Gruppe «A» profitiert, liegen zweiseitige indirekte Netzwerkeffekte vor. Die Nutzenden der ersten Gruppe «A» profitieren indirekt von der Grösse ihrer eigenen Gruppe, weil dies zur Vergrösserung der verbundenen Gruppe «B» führt und dies in einem höheren Nutzen der ersten Nutzergruppe resultiert.⁹⁰ Diese zweiseitigen Effekte sind als positiver Rückkopplungseffekt (engl. «positive feedback loop») zu bezeichnen.⁹¹

50 Indirekte Netzwerkeffekte spielen bei technischen Entwicklungen eine wichtige Rolle. Bereits im Jahre 1985 haben KATZ/SHAPIRO die Kompatibilität von Hard- und Software sowie die Wirkungen von indirekten Netzwerkeffekten untersucht. Dabei hängt die Kaufentscheidung für Hardware eng mit der Kompatibilität (d.h. der Möglichkeit, bestimmte Software mit der Hardware nutzen zu können) zusammen.⁹² Die Hardwarehersteller*innen müssen zwei Kundengruppen berücksichtigen: Einerseits die Käufer*innen, an die sie die Hardware verkaufen und andererseits die Softwarehersteller*innen, die ein Schnittstelle benötigen, um ihre Software für die Hardware kompatibel machen zu können. Die Nutzergruppen lassen sich somit als Käufer*innen der Hardware (A) und Softwarehersteller*innen (B) qualifizieren. Der Nutzen einer Hardwarekomponente ist für die Käufer*innen der Hardware (A) grösser, wenn mehr Softwarehersteller*innen (B) kompatible Software für diese Hardwarekomponente herstellen. Sobald die Anzahl der Softwarehersteller*innen (B) steigt, haben die Käufer*innen der Hardware (A) einen grösseren Nutzen für ihre Hardware. Dies wiederum führt dazu, dass der Nutzen der Softwarehersteller*innen (B) steigt, da sie ihre Software einem grösseren Kundenkreis (hier die Käufer*innen der Hardware [A]) anbieten können. Es wirken also indirekte Netzwerkeffekte gegenseitiger Natur, da die jeweiligen Gruppenmitglieder nur indirekt von der Grösse der eigenen Gruppe profitieren; ausserdem entstehen in dieser Situation Rückkopplungseffekte. Heute gibt es verschiedene Betriebssysteme

⁹⁰ DEWENTER/RÖSCH, 118.

⁹¹ BLASCHCZOK, 29; KUMKAR, 63; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, 37 f.; EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 164 und 173 f. Bereits KATZ/SHAPIRO haben bei der Kompatibilität von Hardware und Software positive Rückkopplungseffekte ermittelt. Diese Überlegungen sind auch auf die Betriebssysteme von heute anwendbar vgl. KATZ/SHAPIRO, AER 1985, 424 f.; ferner GASSER, 47 f. Auch die Kartellbehörden und Gerichte haben diese Thematik genauer untersucht vgl. insb. BKartA, Marktmacht, 9 f.; EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*; Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*; US Court of Appeals D.C. Cir., *USA v. Microsoft Corp.*, 253 f.3d 34.

⁹² KATZ/SHAPIRO, AER 1985, 424 f.

teme, die als Kompatibilitätsvermittler dienen und als digitale Plattform zu qualifizieren sind.⁹³

Indirekte Netzwerkeffekte wirken u.a. auf werbefinanzierten Medien bzw. Plattformen. Als Beispiel dient hierfür das analoge Geschäftsmodell der Zeitungsverlage. Der Zeitungsverlag bedient einerseits den Markt der Zeitungslesenden und andererseits die Nutzergruppe der Werbetreibenden. Isoliert betrachtet ist die Zeitung an sich kein Netzwerkut. Der Wert der Zeitung hängt grundsätzlich weder von der Anzahl der Lesenden noch von der Anzahl Werbeflächen ab, sondern ergibt sich aus dem Inhalt der Zeitung. Da sich die Werbenden und Lesenden in der Regel in dieser Konstellation in einem Netzwerk befinden, ist für die Gruppe der Werbenden die Anzahl der Lesenden entscheidend. Je mehr Personen eine Zeitung lesen, desto wahrscheinlicher ist es, dass sie auf eine Werbeanzeige reagieren und allenfalls ein Produkt erwerben. Bei zunehmender Anzahl Lesender wirken somit positive indirekte Netzwerkeffekte zugunsten der Gruppe der Werbenden. Da die Lesenden aber die Werbung gleichgültig bis sogar negativ wahrnehmen,⁹⁴ besteht die Gefahr, dass die Zeitung bei zunehmender Anzahl Werbeflächen an Attraktivität verliert und so negative indirekte Netzwerkeffekte zu Lasten der Lesenden wirken.⁹⁵ Dieses Beispiel ist ebenso auf digitale Plattformen anwendbar. Meta oder Alphabet beispielsweise betreiben im Kern ein ähnliches Geschäftsmodell, denn sie nutzen ebenfalls die Aufmerksamkeit ihrer Nutzenden zur Vermarktung von Werbeflächen. Deshalb müssen auch sie die positiven und negativen Folgen der Werbung koordinieren, um ihre Attraktivität gegenüber den Nutzenden hochhalten zu können.

Die Netzwerkeffekte spielen insbesondere in der Anfangsphase beim Aufbau einer Plattform eine wichtige Rolle, da sie zum Erreichen der kritischen Masse beitragen.⁹⁶ Damit ein Unternehmen auf einer neuen Plattform möglichst rasch die kritische Masse erreichen kann, greift sie vermehrt auf Kopplungsgeschäfte zurück. Mit Vorinstallationen können die Unternehmen beispielsweise eine Quasi-Nutzerbasis aufbauen, welche die Vorteile der Netzwerkef-

⁹³ So auch GASSER, 47 f. In diesem Zusammenhang sind auch die kartellrechtlichen Untersuchungen im Rahmen von Microsofts Betriebssystem «Windows» von Bedeutung vgl. Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*; US Court of Appeals D.C. Cir. vom 28.06.2001, *USA v. Microsoft Corp.*, 253 f.3d 34.

⁹⁴ Vgl. DEWENTER/RÖSCH, 128 f.; FARRELL/KLEMPERER, 2016.

⁹⁵ So auch GASSER, 46 f.; MAUELSHAGEN, 74.

⁹⁶ ROHLFS, Bell J. Econ. 1974, 19 und 29 ff. Bei der kritischen Masse handelt es sich um die notwendige Anzahl Mitglieder in einem Netzwerk, ab deren Erreichen ein exponentielles Wachstum des Netzwerks eintritt.

fekte sofort abzuschöpfen vermag. Die Unternehmen können dadurch die effizientere Konkurrenz aus dem Markt ausschliessen, da diese die Vorteile der Netzwerkeffekte langsam erarbeiten muss.

c) Preisstruktur

- 53 Neben der charakteristischen Mehrseitigkeit und den ausgeprägten Netzwerkeffekten weisen die Plattformen auch eine besondere Preisstruktur auf, die sich auf die unterschiedlichen Präferenzen der Nutzergruppen zurückführen lässt. Da die Nutzergruppen abweichende Motive zur Nutzung der Plattform haben, unterscheidet sich das Leistungsangebot der Plattformen je nach Nutzergruppe. Aus diesem Grund bezahlen die Nutzergruppen unterschiedliche Preise für die unterschiedlichen Leistungen. Besonders ist dabei, dass eine Plattformseite die Dienstleistung der anderen Plattformseite mindestens mitfinanziert bzw. «quersubventioniert». Durch die Quersubventionierung erhält diese Plattformseite den Zugang auf die Nutzenden der anderen Plattformseite.⁹⁷ Die Plattformen zielen dabei darauf ab, die verschiedenen Plattformseiten optimal aufeinander abzustimmen. Im Ergebnis zahlt die Nutzergruppe mit unelastischer Nachfrage (oft die Gruppe der Werbenden) in der Regel einen Preis oberhalb des Monopolpreises, während die Gruppe mit elastischer Nachfrage (oft die Nutzergruppe) einen Preis unter dem Monopolpreis – oft sogar einen Preis von null⁹⁸ – zahlt.⁹⁹ Als Monopolpreis gilt der Preis, den ein marktbeherrschendes Unternehmen ohne Wettbewerb in diesen Wettbewerbsverhältnissen verlangen kann.¹⁰⁰
- 54 Verschiedene Autor*innen definieren daran anknüpfend eine Plattform über die Fähigkeit, unterschiedliche Preise auf den Plattformseiten fordern zu kön-

⁹⁷ Vgl. MOHR, EuZW 2019, 268; HOFFER/LEHR, NZKart 2019, 19; WARD, U. Chi. L. Rev. 2017, 2060; EVANS, CPI 2011, 269 f.; Urteil des BGH vom 23.06.2020, KVR 69/19 – Facebook, Rn. 62; vgl. ferner PARKER/VAN ALSTYNE für eine frühe Analyse, bei der sie zum Schluss kommen, dass es sinnvoll sein könnte, beim Angebot von zwei komplementären Produkten, die auf verschiedenen Märkten verkauft werden, den Preis für eines der Produkte zu senken, um den Gewinn zu maximieren.

⁹⁸ Sog. Nullpreis; vgl. ausführlich erläuternd hierzu SAUERMAN, ZWeR 2018, 347 f. und NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 153 ff.; vgl. ferner BKartA, Marktmacht, 40.

⁹⁹ In der Gruppe mit elastischer Nachfrage befinden sich die an die Kostenloskultur des Internets gewöhnten Nutzenden der Plattform vgl. KÖRBER, NZKart 2016, 305. Vgl. ferner Kapitel [C.II.1.a\)aa](#)) für die Auseinandersetzung mit dem Begriff der Unentgeltlichkeit.

¹⁰⁰ Komm. DIKE KG-DÖRR/GOLDSCHMIDT, § 1 Rn. 9.

nen.¹⁰¹ Gemäss ROCHET/TIROLE lassen sich die Plattformen durch die besondere Preisstruktur charakterisieren. Demnach zeichnen sich Plattformen dadurch aus, dass die verschiedenen Nutzergruppen unterschiedliche Preise bezahlen, aber die Preise trotzdem voneinander abhängig sind; es handelt sich also um «asymmetrische Preise».¹⁰² Dabei wird darauf abgestellt, dass das Gesamtvolumen der Vermittlungsleistungen von der Preisstruktur¹⁰³ abhängt. Folglich hängt das Leistungsvolumen der Plattformen – im Gegensatz zu traditionellen Märkten – nicht mehr von der Höhe des Preises der betroffenen Leistung ab, sondern von der Verteilung des Gesamtpreises auf die Nutzergruppen.¹⁰⁴ Steigt also in dieser Konstellation durch die Unentgeltlichkeit bzw. den niedrigen Preis die Anzahl der Nutzenden, steigt auch der Wert für die andere Gruppe (grundsätzlich Gruppe der Werbenden) und die Plattform kann hierfür einen höheren Preis verlangen.¹⁰⁵

Diese theoretischen Erkenntnisse decken sich mit der Erfahrung der Kostenloskultur im Internet, die insbesondere durch die Plattformökonomie ermöglicht wurde. Die Nutzung von Facebook oder die Nutzung der Suchfunktion von Google ist für die Nutzenden weiterhin nicht an ein monetäres Entgelt gebunden. Die Gruppe der Werbenden hingegen muss einen gewissen Preis bezahlen, um die Plattformen in ihrem Interesse nutzen und den Zugang zu den Nutzenden erhalten zu können. Dieser Zugang bietet den Werbenden einen erheblichen Vorteil in Form des Werbewertes und subventioniert gleichzeitig die andere Plattformseite der Nutzenden, welche einen deutlich geringeren Nutzen aus den Werbungen hat. Eine ähnliche Preisstruktur weisen auch Ama-

55

¹⁰¹ Vgl. WARD, U. Chi. L. Rev. 2017, 2075 f. m.w.H.; ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 648 f. mit Diskussion zur besonderen Preisstruktur im Zusammenhang mit der Zweiseitigkeit.

¹⁰² ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 1000 f.

¹⁰³ Die Preisstruktur bezeichnen sie als das Verhältnis zwischen den Preisen, den die verschiedenen Nutzergruppen an die Plattform bezahlen vgl. ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 648 f.

¹⁰⁴ Vgl. ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 648 f.; vgl. ferner BKartA, Marktmacht, 11 ff.

¹⁰⁵ ROCHET/TIROLE beschreiben diesen Umstand folgendermassen: «*the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board*» (vgl. ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 664 f.). Ferner ist dies auch im Beispiel der analogen Plattformen (z.B. den Zeitungsverlagen) gut ersichtlich. Senkt ein Zeitungsverlag den Preis für eine Zeitung bzw. bietet er die Zeitung kostenlos an, erhöht sich mit grosser Wahrscheinlichkeit die Anzahl der Lesenden. Dies wiederum führt dazu, dass die Werbenden mehr potenzielle Lesende erreichen können, weshalb sich grundsätzlich mehr Werbeunternehmen für die Werbeflächen interessieren. Durch den Wettbewerb auf der Plattformseite der Werbenden befindet sich die Plattform in einer profitableren Lage, da sie den Preis für die Werbeflächen erhöhen kann.

zon Marketplace¹⁰⁶ und Kreditkartenunternehmen auf. Letztere waren bereits Teil eines kartellrechtlichen Verfahrens in den Vereinigten Staaten von Amerika.¹⁰⁷

- 56 Aufgrund dieser besonderen Preisstruktur fällt in den kartellrechtlichen Untersuchungen die Feststellung eines Konsumentenschadens grundsätzlich schwieriger als beispielsweise beim Zwang zum Kauf von physischen Gütern. Aus diesem Grund ist nachfolgend einerseits der Begriff der Unentgeltlichkeit näher zu erörtern,¹⁰⁸ andererseits wird im Rahmen der Kopplungsgeschäfte der Tatbestand des Zwangs auf die Kostenloskultur hin geprüft.¹⁰⁹

2. Skaleneffekte

- 57 Eine weitere ökonomische Besonderheit der digitalen Märkte betrifft die Grössenvorteile, die oft auch Skalenerträge oder Skaleneffekte (engl. «economies of scale») genannt werden.¹¹⁰ Während die Netzwerkeffekte die Nachfrageseite eines Marktes beschreiben, handelt es sich bei den Grössenvorteilen um die Angebotsseite des Marktes.¹¹¹ Im Rahmen der Digitalökonomie liegen Grössenvorteile vor, wenn die Durchschnittskosten für eine Leistungseinheit mit zunehmender Leistungseinheitenmenge fallen.¹¹² In diesem Abschnitt interessiert nur die Wirkungsweise dieser Skaleneffekte im strukturellen Gefüge der digitalen Märkte. Im Verlauf der Arbeit ist aber auch auf die Bedeutung der Skaleneffekte im Rahmen der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens und der Kopplungen einzugehen.

¹⁰⁶ Vgl. Amazon Seller Central, Gebührenübersicht für Verkaufen bei Amazon, abrufbar unter <<https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/200336920>>; vgl. ferner GASSER, 59.

¹⁰⁷ Im Rahmen der Kreditkartenmärkte hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten bereits eine Entscheidung gefällt, die u.a. die Marktabgrenzung mit Blick auf die erwähnte Preisstruktur näher untersucht hat vgl. SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018); vgl. auch ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 660 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Kapitel [C.II.1.a](#).

¹⁰⁹ Vgl. Kapitel [E.III.3](#).

¹¹⁰ EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 165; SHAPIRO/VARIAN, 15 und 21 f.; vgl. ferner Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 45 ff.; DEWENTER/RÖSCH, 25.

¹¹¹ Gelegentlich werden die Netzwerkeffekte auch als «nachfrageseitige Skaleneffekte» (engl. «demand-sided economies of scale») bezeichnet vgl. GRAVE, Rn. 46 Fn. 93; so auch BLASCHCZOK, 36 m.w.H.

¹¹² SCHWALBE/ZIMMER, 17. Grössenvorteile können auch auf klassischen Produktmärkten vorliegen, wenn mit zunehmender Produktionsmenge die Stück- bzw. Grenzkosten der Produktion fallen. Einfach ausgedrückt steigen die Gewinne des Unternehmens mit zunehmender Produktionsmenge, weil die Herstellung des Produkts kostengünstiger wird.

Die Unternehmen müssen im Bereich der digitalen Märkte für den Betrieb ihrer Geschäftsmodelle sowohl Fixkosten als auch variable Kosten erbringen. Die Unternehmen mit einer grossen Anzahl von Nutzenden und dementsprechend einer hohen Anzahl Interaktionen weisen einen strukturellen Vorteil auf gegenüber Unternehmen mit einer kleineren Nutzeranzahl.¹¹³ Die Folge dieses Umstands ist eine Grenzkostendegression, d.h., mit zunehmender Leistungseinheitenmenge fallen die Durchschnittskosten für eine Leistungseinheit.¹¹⁴ Die Skaleneffekte sind grundsätzlich stärker, je höher die Fixkosten und je geringer die variablen Kosten sind.

58

Fixkosten entstehen unabhängig von der Anzahl der erbrachten Dienstleistungen bzw. von der produzierten Menge und ändern sich nicht durch Schwankung des Leistungs- bzw. Produktionsniveaus.¹¹⁵ Die Fixkosten für Geschäftsmodelle in der Digitalökonomie sind grundsätzlich sehr hoch und setzen sich insbesondere aus Entwicklungs- und Betriebskosten zusammen; sie sind für die Bereitstellung des Systems aufzuwenden.¹¹⁶ Zu diesen Kosten gehören u.a. der Forschungsaufwand, die Programmierung einer Software, die Personalkosten, die Bürokosten, die Lizenzgebühren oder der Betrieb der Server bzw. Datenzentren. Damit ein Unternehmen «online gehen» bzw. seine Leistung überhaupt anbieten kann, muss es hohe anfängliche Investitionssummen aufbringen.¹¹⁷

59

Im Gegensatz zu den Fixkosten entstehen die variablen Kosten durch die Produktion jeder Leistungseinheit bzw. durch jeden zusätzlichen Nutzungsvorgang der Kund*innen.¹¹⁸ In der Digitalökonomie sind die variablen Kosten im Vergleich zu den Fixkosten sehr gering,¹¹⁹ da für eine zusätzliche Vermittlungsleistung der Plattform grundsätzlich keine wesentlichen Kosten entstehen. Schliesslich macht es für eine Plattform keinen grossen Unterschied, ob 10'000 oder 20'000 Nutzende auf die Plattform zugreifen.¹²⁰ Folglich sinken bei zu-

60

¹¹³ KNIEPS, 5.

¹¹⁴ Vgl. GASSER, 55 f.; GRAVE, Rn. 45 f.

¹¹⁵ DEWENTER/RÖSCH, 21; vgl. ferner SHAPIRO/VARIAN, 3.

¹¹⁶ ELLGER, ZWeR 2018, 273 f.; EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 165; vgl. ferner US District Court D.C., USA v. Microsoft Corp., 84 f. Supp. 2d 9, 20: «Software development is characterized by substantial economies of scale. The fixed costs of producing software, including applications, is very high. By contrast, marginal costs are very low»; zur potenziellen Einordnung der Software als Plattform vgl. Kapitel [B.1.1](#) mit [Rn. 32](#).

¹¹⁷ Vgl. OECD, Big Data, Rn. 27; vgl. ferner GASSER, 56; SHAPIRO/VARIAN, 3.

¹¹⁸ DEWENTER/RÖSCH, 21.

¹¹⁹ EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 165.

¹²⁰ Unter der Annahme, dass die Serverkapazitäten nicht ausgelastet werden und hierfür keine Zusatzkosten aufzuwenden sind.

nehmender Grösse und zunehmender Nutzung der Plattform die Durchschnittskosten.¹²¹ In dieser Konstellation können die Plattformen die (indirekten) Netzwerkeffekte internalisieren und die Transaktionskosten verringern.¹²²

- 61 In den zwei- bzw. mehrseitigen Märkten mit (beidseitigen) indirekten Netzwerkeffekten müssen die Grössenvorteile nicht zwingendermassen symmetrisch auftreten, sondern können auch nur das Verhältnis zwischen der Plattform zu einer bestimmten Nutzergruppe betreffen. EVANS/NOEL beschreiben dies mit dem Beispiel einer Tageszeitung: Das Anbieten der Zeitung für die Lesenden ist mit hohen Fixkosten für die Erstellung der Zeitung, aber relativ geringen Reproduktions- und Vertriebskosten verbunden. Bei der Bereitstellung der Werbeflächen für die Werbenden hingegen treten keine besonderen Skaleneffekte auf. Aus diesem Grund ist das Verhältnis einer Plattform zu jeder Nutzergruppe gesondert auf mögliche Skaleneffekte zu untersuchen.¹²³
- 62 Mit Blick auf die digitalen Märkte ist es erforderlich, die Grössenvorteile nunciert zu erörtern: Während beim Beispiel der Tageszeitungen für der Bereitstellung der Werbeflächen keine Grössenvorteile auftreten, dürfte dies bei Plattformen nicht gelten. Im digitalen Bereich existieren aufgrund der Automatisierung der Abläufe wohl für Leistungen, die an die Gruppe der Werbenden erbracht werden, ebenfalls Grössenvorteile.¹²⁴
- 63 Darüber hinaus kann die Wirkung der Grössenvorteile mit zunehmender Grösse der Plattform aufgrund von Kapazitätsbeschränkungen auch abnehmen. Kapazitätsbeschränkungen in Form von Überfüllung sind jedoch angesichts der gegenwärtigen und in Zukunft zu erwartenden Serverkapazitäten sehr unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen.¹²⁵ Denkbar sind hingegen Kapazitätsbeschränkungen im Sinne von erhöhten Suchkosten bzw. erschwerten Vermittlungsleistungen, die auf die Vergrösserung der heterogenen Nutzergruppen zurückzuführen sind.¹²⁶

¹²¹ GRAVE, Rn. 46. Die Durchschnittskosten sind die Gesamtkosten pro Leistungseinheit. Da in der Digitalökonomie die Fixkosten den Hauptteil der Gesamtkosten ausmachen, liegen grundsätzlich fallende Durchschnittskosten vor (vgl. DEWENTER/RÖSCH, 21 f.).

¹²² FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 296 f.; ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 646; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 991 und 1007; vgl. ferner DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, NZKart 2014, 388.

¹²³ EVANS/NOEL, CBLR 2005, 668; vgl. ferner WALESCH, 93; BLASCHCZOK, 36 f.

¹²⁴ So auch WALESCH, 94; vgl. ferner ZUSCHLAG, 77 f.

¹²⁵ Vgl. BKartA, Marktmacht, 55; vgl. ferner EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 165 f.

¹²⁶ Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Rn. 1232.

Die Konsequenz hoher Grössenvorteile ist, dass die Bereitstellung der Leistung effizienter ist, wenn nur wenige grosse und nicht viele kleine Unternehmen den Markt bedienen. Die Skaleneffekte führen dazu, dass der Markt hochkonzentriert ist und ein Unternehmen seine Konkurrenten langfristig vom Markt verdrängen könnte.¹²⁷

64

3. Konzentrationstendenzen und Wechselkosten

In der digitalen Ökonomie gibt es ausserdem eine starke Tendenz zur Marktkonzentration. Faktoren, die zu diesen Konzentrationstendenzen führen, sind insbesondere Netzwerkeffekte verbunden mit Grössenvorteilen sowie Lock-in-Effekte.¹²⁸

65

a) Gefahr des Market Tipping

Ausschlaggebend für die Konzentrationstendenzen sind die Netzwerkeffekte, denn das Konzept der Plattform-Geschäftsmodelle basiert auf hohen Nutzerzahlen. Es liegt in der Natur der Plattformen, möglichst viele Nutzende für sich zu gewinnen und für alle Nutzergruppen attraktiv zu bleiben.¹²⁹ Damit verbunden sind die Selbstverstärkungseffekte, denn hat die Plattform eine grosse Nutzeranzahl in einer Nutzergruppe erreicht, wird sie aufgrund ihrer erhöhten Attraktivität noch mehr Nutzende auf den anderen Plattformseiten anziehen.¹³⁰ Diese Effekte verbunden mit den Skaleneffekten¹³¹ können zu einem «market tipping»¹³² bzw. zu einem Kippen des Marktes führen; es besteht also die Gefahr des Market Tipping. Beim Market Tipping verlieren die negativ betroffenen Plattformen ihre Nutzenden, da diese zur Plattform abwandern, die stärkere Netzwerk- und Skaleneffekte haben. Dadurch können die negativ betroffenen Plattformen potenziell vom Markt verdrängt werden.¹³³

66

¹²⁷ Im Extremfall kann diese Konstellation zur Bildung von natürlichen Monopolen führen; vgl. SCHWALBE/ZIMMER, 17; BLASCHCZOK, 33.

¹²⁸ ROBERTSON, *Concurrences* 2021, 4; BKartA, *Marktmacht*, 49 ff.; EVANS/SCHMALENSSEE, *CPI* 2007, 164 ff.

¹²⁹ Vgl. zu den Netzwerkeffekten Kapitel [B.1.1.b](#).

¹³⁰ SHAPIRO/VARIAN, 175 ff.

¹³¹ Vgl. zu den Skaleneffekten Kapitel [B.1.2](#).

¹³² Nachfolgend wird dieser Begriff eingedeutscht und grossgeschrieben, also «Market Tipping» oder Kippen des Marktes.

¹³³ EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*, Rn. 343 ff.

- 67 Ob es zu einem Kippen des Marktes kommt und sich eine Plattform dauerhaft als Marktgewinnerin etabliert, hängt stark davon ab, ob die Plattform die kritische Masse an Nutzenden erreichen kann.¹³⁴ Die kritische Masse ist erreicht, sobald ein System – z.B. eine Plattform – eine Eigendynamik entwickelt, aufgrund der sich das System durch die erwähnten Effekte ausbreiten und selbst tragen kann.¹³⁵ Ist die kritische Masse einmal erreicht, setzt ein exponentielles Wachstum ein und die Attraktivität der Plattform nimmt unaufhaltbar zu.¹³⁶

b) Wechselkosten und Lock-in-Effekte

- 68 Weitere Faktoren, die zu den Konzentrationstendenzen beitragen und die Gefahr des Market Tipping herbeiführen, sind Wechselkosten (engl. «switching costs») und Lock-in-Effekte. Wechselkosten sind jene Kosten, die bei den Nutzenden anfallen, wenn sie zu einer anderen Plattform wechseln möchten. Denkbare Wechselkosten sind hohe Transaktionskosten, Nutzungsentgelte, Zeit für die Registrierung bzw. Zeit für die Eingewöhnung mit der neuen Plattform, aber auch fehlende Datenportabilität (z.B. Verlust der Informationen oder der Kontakte auf der bisherigen Plattform).¹³⁷ Die Wechselkosten setzen sich also aus den Opportunitäts- und Integrationskosten¹³⁸ zusammen. Als Grundsatz gilt: Je höher die Wechselkosten sind, desto unwahrscheinlicher ist der Wechsel zu einer konkurrierenden Plattform.
- 69 Liegen sehr hohe Wechselkosten vor, kann dies dazu führen, dass die Nutzenden eine so starke Bindung mit der Plattform haben und sogenannte Lock-in-Effekte entstehen. Aufgrund der Lock-in-Effekte wirken die verwendeten Anwendungen und Investitionen als Hindernis für einen Plattformwechsel, da die Wechselkosten den Nutzen des Wechsels übersteigen.¹³⁹ Die Folge der Lock-in-Effekte ist, dass für die Nutzenden *de facto* keine Wechselmöglichkeit mehr

¹³⁴ EVANS/SCHMALENSEE, RNE 2010, 2.

¹³⁵ EVANS/SCHMALENSEE, RNE 2010, 2 ff.; ROHLFS, Bell J. Econ. 1974, 16 ff.

¹³⁶ TEN KATE/NIELS, Eur. Econ. eJ. 2020, 2; JAEKEL, 18; DEWENTER/RÖSCH, 27.

¹³⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 302; WEBER, Data portability, 65 f. und 67 f.; HAUCAP/HEIMESHOF, DICE Discussion Paper 2013, 7 und 12; WALLER, N.C. L. Rev. 2012, 1789 und 1791.

¹³⁸ Opportunitätskosten sind jene Kosten, die durch den Verlust der Netzwerkeffekte entstehen; sie ergeben sich also aus dem Nutzen der Verwendung der gegenwärtigen Plattform. Integrationskosten hingegen sind jene Kosten, die durch die Anmeldung auf die neue Plattform entstehen (z.B. Kosten für Zugang, Kosten für den Aufbau neuer Verbindungen).

¹³⁹ Vgl. DEWENTER/RÖSCH, 28; CLEMENT/SCHREIBER/BOSSAUER/PAKUSCH, 249.

besteht. Die Marktstruktur ist durch die Lock-in-Effekte grundsätzlich weniger angreifbar und es besteht die Gefahr, dass sich wenige grosse Unternehmen auf dem Markt durchsetzen.¹⁴⁰

Als anschauliches Beispiel dienen die Wechselkosten und Lock-in-Effekte auf sozialen Netzwerken: Auf sozialen Netzwerkplattformen steigen die Kosten grundsätzlich im Verhältnis zur Grösse des vorhandenen, persönlichen Netzwerks, da die Nutzenden alle Verbindungen auf der Plattform verlieren.¹⁴¹ Ein Wechsel der Plattform kommt für die Nutzenden grundsätzlich nur dann infrage, wenn auf der neuen Plattform ähnliche Netzwerkeffekte wirken. Allerdings ist dies in der Regel nicht möglich, da auf den verschiedenen sozialen Netzwerken keine Interoperabilität (netzwerkübergreifende Kommunikationsmöglichkeiten)¹⁴² herrscht und ein Wechsel des gesamten, persönlichen Netzwerks kaum möglich ist.¹⁴³ Es entstehen zwar keine Transaktionskosten im Sinne von monetären Nachteilen, aber Wechselkosten, die auf die Netzwerkeffekte zurückzuführen sind.

Ferner sind die Wechselkosten auch auf E-Commerce-Plattformen ersichtlich. Diese Plattformen bieten grundsätzlich die Möglichkeit zur Bewertung der Nutzenden an (sog. Reputationssysteme).¹⁴⁴ Diese Reputationssysteme agieren insbesondere für die Verkäufer*innen als Lock-in-Effekte,¹⁴⁵ da sie bei einem allfälligen Wechsel der Plattform das Vertrauen der Käufer*innen gewinnen und sich neu etablieren müssten.

4. Parallelnutzung und Leistungsdifferenzierung

In den Untersuchungen zu den ökonomischen Effekten im Rahmen der Digitalökonomie und der mehrseitigen Plattformen werden auch die Tendenzen zur Parallelnutzung mehrerer Dienste sowie der Grad der Leistungsdifferenzierung als relevant angesehen.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Vgl. im Detail die Thematik des Market Tipping in Kapitel [B.I.3.a](#)).

¹⁴¹ Vgl. VOLMAR, 232.

¹⁴² Bei der Interoperabilität handelt es sich um die Fähigkeit unterschiedlicher Systeme, problemlos zusammenzuarbeiten.

¹⁴³ Vgl. PILLE, 341 ff. m.w.H., insb. 342.

¹⁴⁴ Vgl. zu diesem Beispiel HAUCAP/HEIMESHOF, DICE Discussion Paper 2013, 11 f.

¹⁴⁵ Diese Reputations- bzw. Bewertungssysteme gibt es auch auf Seiten der Käufer*innen, jedoch wirken die Lock-in-Effekte bei den Käufer*innen weniger stark als bei den Verkäufer*innen.

¹⁴⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 45 ff.; EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007, 164 ff.

a) Multi-Homing und Single-Homing

- 73 In der Digitalökonomie beschränken sich die Nutzenden in der Regel nicht auf die Verwendung einer einzigen Plattform für eine bestimmte Dienstleistung, sondern sind gleichzeitig auf verschiedenen Plattformen aktiv. Für diese Parallelnutzung mehrerer Dienste verwendet die englische Literatur den Begriff «multi-homing». Nehmen die Nutzenden jedoch ausschliesslich die Leistung eines einzigen Anbietenden in Anspruch, betreiben sie «single-homing».¹⁴⁷
- 74 Das Multi-Homing kann somit den Netzwerk-, Selbstverstärkungs- und Lockin-Effekten sowie der Dynamik, die mit der Erreichung der kritischen Masse einhergeht, entgegenwirken. Die Konsequenz ist, dass aufgrund des Multi-Homing tendenziell auch die Gefahr des Market Tipping in geringerem Umfang vorliegt,¹⁴⁸ weil alle Plattformen gleichermaßen von den erwähnten Effekten profitieren können, sofern die Möglichkeit besteht, mit der potenziell gleichen Anzahl von Nutzenden zu operieren. Deshalb müssten in dieser Konstellation andere Parameter als nur die Anzahl der Nutzenden Einfluss auf die Entscheidung zur Nutzung einer bestimmten Plattform haben.
- 75 Die Entscheidung einer Nutzergruppe, Multi-Homing zu betreiben, liegt u.a. an der Preissetzung der Plattform.¹⁴⁹ Multi-Homing ist für die Nutzenden attraktiver, wenn sie keinen nutzungsunabhängigen Grundpreis bezahlen müssen, sondern bloss für die tatsächliche Nutzung der Leistung ein Entgelt entrichten. Folglich ist Multi-Homing umso attraktiver, je niedriger der nutzungsunabhängige Grundpreis für den Zugang auf die Plattform ist. Dies ist am Beispiel der Kreditkarten gut ersichtlich, denn sofern die Kund*innen einen Preis pro getätigte Transaktion – also pro tatsächliche Nutzung der Kreditkarte – bezahlen, tendieren sie dazu, mehrere Kreditkarten von verschiedenen Kartengesellschaften zu nutzen, und sie betreiben Multi-Homing, da jede Kreditkarte eigene Vorzüge leisten kann. Bezahlen die Kund*innen jedoch einen Mitgliedschaftsbeitrag, wel-

¹⁴⁷ EVANS/SCHMALENSEE, Matchmakers, 28; ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 669; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 991 f. Diese Arbeit verwendet die Anglizismen «Multi-Homing» und «Single-Homing».

¹⁴⁸ Zur theoretischen Möglichkeit, dass das Multi-Homing abmildernde Wirkungen auf die Netzwerkeffekte haben kann vgl. EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*, Rn. 344 ff.; vgl. ferner BKartA, *Digitale Ökonomie*, 20; BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 151 ff.; EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*, Rn. 16.

¹⁴⁹ LINDSTÄDT, ZWeR 2010, 64; ROSON, RNE 2005, 151 f.

cher als nutzungsunabhängiger Grundpreis den Zugang zur Kreditkarte gewährt, tendieren sie dazu, nur eine Kreditkarte zu nutzen und betreiben Single-Homing.¹⁵⁰

Das Multi-Homing kann aus verschiedenen Gründen auch begrenzt sein. Ein Grund für begrenztes Multi-Homing vermag in der Strategie der Plattform zu liegen, d.h., die Plattformunternehmen sind in der Lage, genau darauf abzuführen, ihre Leistung dem Multi-Homing nur begrenzt zugänglich zu machen. Denn für die Plattformen ist es grundsätzlich erstrebenswert, wenn ihre Nutzenden kein Multi-Homing betreiben. Dies können sie erreichen, indem sie die Nutzenden durch den technischen Aufbau, durch wirtschaftliche Anreize oder durch bestimmte Voreinstellungen exklusiv an ihre Plattform zu binden versuchen bzw. die Nutzung einer anderen Plattform weniger attraktiv machen.¹⁵¹ Die Begrenzung des Multi-Homing ist namentlich bei Kopplungsgeschäften eine attraktive Taktik, weil die Plattformen ihre Nutzenden so zur Verwendung der eigenen Güter bewegen und dadurch das Wachstum der konkurrenzierenden Unternehmen hemmen können.

Wie erwähnt, können die Nutzergruppen auch Single-Homing betreiben. Single-Homing ist insbesondere in jenen Konstellationen vorzufinden, in denen die Mehrkosten der Parallelnutzung deren Nutzen übersteigen. Als potenzielle Mehrkosten lassen sich die Zugangskosten zu einer Plattform, der Mehraufwand für die Verwendung verschiedener Plattformen oder weitere Wechselkosten¹⁵² identifizieren. Damit sich also eine parallele Nutzung mehrerer Dienste lohnt, müssen die Nutzenden grundsätzlich einen Zusatznutzen verspüren, der technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sein kann.¹⁵³ In der digitalen Wirtschaft haben die Unternehmen ein Interesse daran, dass ihre Nutzenden Single-Homing betreiben und bestenfalls an das Ökosystem gebunden sind. Mit Blick auf die Kopplungsgeschäfte birgt diese Entwicklung allerdings Gefahren, da durch das Single-Homing die wettbewerbsbeschränkenden Effekte stärker auftreten.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Vgl. z.B. der Kreditkarten ROSON, RNE 2005, 152.

¹⁵¹ ARMSTRONG/WRIGHT, Econ. Theory 2007, 354 f.; vgl. ferner KLEIN, JEP 2001, 50 mit dem Ergebnis, dass Exklusivverträge grundsätzlich zur Begrenzung des Multi-Homing führt. Bei der Begrenzung der Parallelnutzung sind auch die Lock-in-Effekte von Bedeutung vgl. Kapitel [B.I.3.b](#).

¹⁵² Vgl. zu den Wechselkosten Kapitel [B.I.3.b](#).

¹⁵³ PODSZUN, 11; so auch GASSER, 53 f.; vgl. auch Kapitel [B.I.4.b](#) für ein Beispiel eines möglichen, zusätzlichen Nutzens.

¹⁵⁴ Vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\(4\)](#).

- 78 Ferner ist auch auf die sprachliche Unterscheidung zwischen der Möglichkeit zu Multi-Homing und dem tatsächlichen Multi-Homing einzugehen, da in der Literatur beide Terminologien anzutreffen sind.¹⁵⁵ Gegen das Verständnis, dass tatsächliches Multi-Homing vorliegen müsse, spricht, dass die ganze Nutzergruppe betrachtet wird und nicht bloss einzelne Mitglieder der Nutzergruppe. In der Regel wird es immer einen Teil der Nutzergruppe geben, der nicht gleich wie der Grossteil der Gruppe handelt und nicht Multi-Homing betreibt. Aber auch das Abstellen auf die Möglichkeit zum Multi-Homing scheint nicht zielführend zu sein, da die Möglichkeit der parallelen Nutzung mehrerer Dienste de facto häufig besteht. Aus diesem Grund ist auf diese beiden sprachlichen Kategorisierungen zu verzichten und auf die Tendenz zur Parallelnutzung bzw. Tendenz zum Multi-Homing abzustellen.¹⁵⁶
- 79 Gemäss dem deutschen Bundeskartellamt ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, «inwieweit tatsächlich der Marktzutritt erleichtert wird, da das Nutzerverhalten in der Praxis deutlich vielfältiger ist. So wird in wenigen Märkten feststellbar sein, dass die Nutzer durchgängig das eine oder andere Nutzerverhalten an den Tag legen. Es finden sich auch abgestufte bzw. sequenzielle Nutzungsformen, die schwerpunktmässig eine einzige Plattform vorziehen und weitere Plattformen ergänzend, mit geringeren Verweildauern heranziehen.»¹⁵⁷ Es kann insbesondere nicht pauschal auf die Möglichkeit der Parallelnutzung bzw. die tatsächliche Parallelnutzung geschlossen werden.

b) Leistungsdifferenzierung

- 80 Auch der Grad an Leistungsdifferenzierung spielt eine wichtige Rolle bei der Ermittlung, ob eine Nutzergruppe zu Single- oder Multi-Homing tendiert.¹⁵⁸ Im Zusammenhang mit den Intermediären ist die zu betrachtende Leistung die Vermittlungsleistung der Plattform, d.h., im Rahmen der Leistungsdifferenzierung ist von Bedeutung, wie stark sich die angebotenen Vermittlungsleistungen der Plattformen unterscheiden. Gemäss den Untersuchungen von EVANS/

¹⁵⁵ Für die Möglichkeit zum Multi-Homing vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 379 f. (insb. auch Fn. 273); Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Rn. 19 und 23; DOGANOGLU/WRIGHT, IJIO 2006, 46 und 48. Für die Terminologie des tatsächlichen Multi-Homing vgl. BLASCHCZOK, 99 f.; DEWENTER/RÖSCH, 125. Auch der deutsche Gesetzgeber spricht im Rahmen der Gesetzesbegründung von der Möglichkeit zur Parallelnutzung, verwendet aber in § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB den Wortlaut der tatsächlichen, parallelen Nutzung.

¹⁵⁶ So auch bereits WALESCH, 71 f.

¹⁵⁷ BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 152.

¹⁵⁸ Vgl. ARMSTRONG/WRIGHT, *Econ. Theory* 2007, 354 f.

SCHMALENSSEE kann sich die Leistung einer Plattform in ihrer Qualität (vertikale Differenzierung) oder auch durch die Wahl bestimmter Preise oder Funktionen, die eine bestimmte Nutzergruppe ansprechen (horizontale Differenzierung), unterscheiden.¹⁵⁹

Multi-Homing liegt insbesondere dann vor, wenn sich die Vermittlungsleistung in mindestens einem Aspekt von der Leistung der anderen Plattformen unterscheidet. In den vorliegend untersuchten Marktverhältnissen ist überwiegend die horizontale Leistungsdifferenzierung, also die Differenzierung nach Nutzergruppen, für den Grad der Leistungsdifferenzierung relevant, da die Nutzenden aufgrund der unterschiedlichen Leistungsmerkmale auf verschiedene Plattformen zurückgreifen und potenziell mehrere Dienste verwenden.¹⁶⁰ Weisen die Plattformen jedoch dieselben Interaktionsparameter und folglich dieselben Leistungsmerkmale auf, hat das Multi-Homing keinen zusätzlichen Nutzen für die Verbrauchenden.

81

Für die dargelegte Konstellation dienen die Streamingplattformen als anschauliches Beispiel. Würden die verschiedenen Streamingplattformen alleamt dieselben Filme und Serien anbieten, bestünde für die Nutzenden kein Anreiz, mehrere Streamingdienste zu verwenden, d.h., sie würden aufgrund fehlender Leistungsdifferenzierung kein Multi-Homing betreiben. Der gleiche Effekt ist feststellbar, wenn eine Plattform alle Filme und Serien anbieten kann, wohingegen die andere Plattform bloss eine Teilmenge dieses Leistungskatalogs zur Verfügung stellt. Letztere Plattform hätte in diesem Fall ein Leistungsdefizit und die Nutzenden würden dazu tendieren, Single-Homing zu betreiben.¹⁶¹

82

Liegt ein hoher Grad an Leistungsdifferenzierung vor, stellt das Multi-Homing somit einen starken Gegenpol zu den Netzwerkeffekten dar und der Nutzen für die Verbrauchenden ist nicht mehr nur über die Gruppengrösse festzustellen.¹⁶² Ferner ist bei einem hohen Grad an Leistungsdifferenzierung folgende Situation erkennbar: Falls eine Nutzerseite «A» eine starke Tendenz zum Multi-Homing aufweist, führt dies dazu, dass die andere Plattformseite «B» grundsätzlich einen grösseren Spielraum hat, ihre präferierte Plattform aus-

83

¹⁵⁹ EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 166.

¹⁶⁰ EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 166. Gleichzeitig ist aber zu erwähnen, dass ARMSTRONG/WRIGHT davon ausgehen, dass bloss homogene Produkte bzw. Leistungen zur parallelen Nachfrage bzw. Nutzung führen, nicht jedoch heterogene Produkte (ARMSTRONG/WRIGHT, Econ. Theory 2007, 361).

¹⁶¹ Beispiel gestützt auf Europe Economics, Two-sided markets, 2; vgl. ferner GASSER, 53 f.; WALESCH, 74 f.

¹⁶² GRAVE, Rn. 43 f.

zuwählen.¹⁶³ Dies verringert jedoch in der Folge die Tendenz der Plattformseite «B», parallel mehrere Plattformen zu nutzen, da die Leistungen der Plattformen aus der Sicht der Plattformseite «B» vermehrt undifferenziert sind.¹⁶⁴ Vereinfacht lässt sich dies mit der Nutzergruppe und der Gruppe der Werbenenden auf einer Plattform veranschaulichen.¹⁶⁵ Liegt ein hoher Grad an Leistungsdifferenz zwischen verschiedenen Leistungsanbietern vor, tendiert die Nutzergruppe dazu, mehrere Dienste gleichzeitig in Anspruch zu nehmen. Da in dieser Situation die potenziell ansprechbare Gruppe der Nutzenden bereits auf fast allen Leistungsanbietern aktiv ist, genügt es für die Gruppe der Werbenenden, bloss eine Plattform auszuwählen und Single-Homing zu betreiben, da durch ihren Aufwand auf den anderen Plattformen kein bzw. nur ein sehr kleiner zusätzlicher Nutzen entstünde.

5. Bildung von Ökosystemen

a) Ökosysteme in der Forschung

- 84 Der Begriff der Ökosysteme setzt sich aus den griechischen Wörtern «oikos» (deutsch: Haus)¹⁶⁶ und «systema» (deutsch: Verbund)¹⁶⁷ zusammen. Gemäss der Ökosystemforschung lässt sich das Ökosystem als «ein Wirkungsgefüge von Lebewesen und deren anorganischer Umwelt, das zwar offen, aber bis zu einem gewissen Grade zur Selbstregulation befähigt ist» definieren.¹⁶⁸ Sie sind «stets offen, d.h. durch Einflüsse von aussen störbar und ohne scharfe Grenzen»¹⁶⁹ und «nie eine additive Summe, sondern eine Einheit oder Ganzheit»¹⁷⁰, die sich durch mannigfaltige Wechselwirkungen auszeichnet.¹⁷¹

¹⁶³ Dies lässt sich aus dem Umstand schliessen, dass bei einer starken Tendenz zum Multi-Homing viele Nutzende auf allen untersuchten Plattformen aktiv sind.

¹⁶⁴ GRAVE, Rn. 37 f.

¹⁶⁵ Dieses Beispiel ist stark vereinfacht und kommt in der Praxis wohl kaum in dieser Reinform zur Geltung. Es soll bloss das Verständnis für die dargestellte Konstellation veranschaulichen.

¹⁶⁶ Altgriechisch Wörterbuch, Schlagwort «οἶκος», abrufbar unter <<https://www.albertmartin.de/altgriechisch/?q=οἶκος>>.

¹⁶⁷ Langenscheidt Online Wörterbücher, Langenscheidt Universal-Wörterbuch Griechisch, Schlagwort «σύστημα», abrufbar unter <<https://de.langenscheidt.com/griechisch-deutsch/σύστημα>>.

¹⁶⁸ ELLENBERG, 1. In diesem Zusammenhang beschreibt die Selbstregulation die Fähigkeit der Ökosysteme, ihre Funktionen anzupassen bzw. Störungen auszugleichen.

¹⁶⁹ ELLENBERG, 1.

¹⁷⁰ HARTMANN, Erkenntnis 1932/1933, 253.

¹⁷¹ ELLENBERG, 1 und 21.

b) Business-Ökosysteme

Soweit ersichtlich, hat MOORE das Konzept der Ökosysteme in die Wirtschaftsliteratur eingeführt.¹⁷² IANSITI/LEVIEN haben zu einem späteren Zeitpunkt diese Idee aufgegriffen und versucht, die gegenseitigen Abhängigkeiten der Akteur*innen in «business ecosystems» (deutsch: Unternehmensökosysteme, auch Business-Ökosysteme) zu beschreiben.¹⁷³ Die Ausführungen von IANSITI/LEVIEN zu den Business-Ökosystemen haben grosse Ähnlichkeiten mit dem Begriff der Ökosystemforschung: Gemäss IANSITI/LEVIEN bestehen zwischen den Mitgliedern eines Ökosystems Wechselwirkungen, welche in der Lage sind, die Leistung der jeweiligen Mitglieder zu verbessern und so dem Ökosystem einen Mehrwert zuzuführen. Das Business-Ökosystem ist ebenfalls nicht von seiner Umwelt abgrenzbar. Grenzen zu ziehen sei sogar unmöglich¹⁷⁴, doch trotzdem ist jedes Ökosystem als eine Einheit zu betrachten.¹⁷⁵ Darüber hinaus können die Ökosysteme bei entsprechender Grösse und Internalisierung der Prozesse ihre Abhängigkeit von seiner Umwelt verkleinern und folglich potenzielle Störungen abfedern.¹⁷⁶

85

HAZLETT/TEECE/WAVERMAN haben eine Umschreibung für Business-Ökosysteme im Kontext der digitalen Wirtschaft geliefert. Laut ihrer Definition umfassen Business-Ökosysteme eine Reihe von Unternehmen – sowohl potenziell konkurrierender als auch komplementärer Unternehmen –, die gemeinsam kooperieren, um einen neuen Markt zu schaffen und Waren und Dienstleistungen zu produzieren bzw. anzubieten. Ausserdem beinhalten diese Ökosysteme im Rahmen der digitalen Wirtschaft in der Regel eine Plattform.¹⁷⁷

86

c) Digitale Ökosysteme

Auch für digitale und/oder plattformbasierte Ökosysteme gibt es summarische Definitionen. COZZOLINO/CORBO/AVERSA beispielsweise definieren die plattformbasierten Ökosysteme als ein Netzwerk, in dem der Eigentümer ei-

87

¹⁷² MOORE, HBR 1993, 75–83.

¹⁷³ IANSITI/LEVIEN, HBR 2004, 68–81.

¹⁷⁴ «Drawing the precise boundaries of an ecosystem is an impossible [...] exercise» (IANSITI/LEVIEN, HBR 2004, 70).

¹⁷⁵ IANSITI/LEVIEN, HBR 2004, 70 f.

¹⁷⁶ Gemäss IANSITI/LEVIEN können die Wechselwirkungen in den Ökosystemen sogar dazu führen, dass das Umfeld aufgrund der Produktivität, Innovativität und Grössenvorteile in den Ökosystemen auf das gebildete Ökosystem zurückgreift (IANSITI/LEVIEN, HBR 2004, 69 f.).

¹⁷⁷ HAZLETT/TEECE/WAVERMAN, 7; vgl. ferner Aut. conc./CMA, 6.

ner Plattform Drittparteien dazu ermutigt, komplementäre Innovationen zu entwickeln, und in dem das entstehende Unternehmensnetzwerk signifikante Interdependenzen aufweist.¹⁷⁸

- 88 Zielführender als statische Definitionen ist die Herangehensweise von HEIN et al., die gestützt auf die Erkenntnisse der Ökosystemforschung, der Business-Ökosysteme und ferner der Business-Ökosysteme in der digitalen Wirtschaft die Grundzüge der digitalen (Plattform-)Ökonomie herausgearbeitet haben. Dazu gehören das Bestehen einer Plattform, das Vorliegen von wertschöpfenden Mechanismen im Ökosystem und eine gewisse Autonomie der Komplementäre.¹⁷⁹

aa) Grundlagen

- 89 Das Vorliegen einer Plattform ist ein entscheidender Faktor für die digitalen Ökosysteme. Die Plattform dient dabei als Intermediär, der die verschiedenen Plattformseiten zusammenbringt.¹⁸⁰ In der Regel sind diese Ökosysteme zentral ausgelegt, d.h., es gibt einen einzigen Inhaber der Plattform, wie dies bei Meta, Apple oder Amazon ersichtlich ist. In diesen Fällen ist die «Macht» der Plattformen zentralisiert, da jeweils nur der Inhaber der Plattform Steuerungsmechanismen einführen, definieren und aufrechterhalten kann. Folglich kann der Plattforminhaber die Mechanismen schnell implementieren und anpassen, um das beste Wachstum für das Ökosystem zu gewährleisten. In solchen Ökosystemen besteht aber auch die Gefahr, dass ein Unternehmen Marktmacht erlangt und diese potenziell missbraucht.¹⁸¹ Mit dem Vorliegen der Plattformen einhergehend wirken in diesen Ökosystemen wertschöpfende Mechanismen (u.a. Netzwerkeffekte, Skaleneffekte und Lock-in-Effekte), welche die Monopolisierungstendenzen bzw. die Gefahr des Market Tipping vergrößern.¹⁸²
- 90 Die Plattform bietet gemäss HEIN et al. grundsätzlich die technologischen Kernfunktionen für ein Unternehmen.¹⁸³ Die digitalen Ökosysteme werden zusätzlich zu diesem Kern von unabhängigen Dritten (sog. Komplementären)¹⁸⁴

¹⁷⁸ COZZOLINO/CORBO/AVERSA, JBR 2021, 385.

¹⁷⁹ HEIN et al., EM 2020, insb. 90 ff.

¹⁸⁰ Vgl. zur Mehrseitigkeit der Intermediäre und zur Ermöglichung einer Interaktion Kapitel [B.I.1.a\)](#).

¹⁸¹ Vgl. hierzu Kapitel [D](#).

¹⁸² Vgl. zu diesen Mechanismen Kapitel [B.I.1–B.I.4](#).

¹⁸³ HEIN et al., 92; vgl. ferner ENGERT/EVERS/HEIN/KRCMAR, Inf. Syst. Front. 2022, 1.

¹⁸⁴ Zum Begriff der Komplementarität im Rahmen der Business-Ökosysteme vgl. ADNER/KAPOOR, SMJ 2010, 306 ff. und HANNAH/EISENHARDT, SMJ 2018, 3164.

ergänzt, welche die Kernfunktionen der Plattform erweitern.¹⁸⁵ Gemäss HEIN et al. ist für ein digitales Ökosystem eine bestimmte Autonomie – also ein gewisser Grad an Freiheit – der Komplementäre erforderlich. Der Grad an Freiheit lässt Rückschlüsse auf die Verbindung der Komplementäre zum Ökosystem zu: Je weniger Autonomie die Komplementäre haben (und je enger sie mit dem Ökosystem verbunden sind), desto mehr können sie Partnerschaften mit den Eigentümern der Plattform eingehen und das zentrale Nutzenversprechen der Ökosysteme stärken.¹⁸⁶

Ferner lassen sich die Ökosysteme in geschlossene und offene Ökosysteme unterteilen. Offene Ökosysteme haben Schnittstellen, die nicht nur dem Eigentümer des Ökosystems, sondern auch Dritten zugänglich sind und mit einer Vielfalt an Komponenten, die auf dem Markt existieren, zusammenarbeiten können. Ein offenes Ökosystem ermöglicht den Nutzenden eine grössere Anzahl an Komponentenvariationen und bis zu einem gewissen Masse auch eine grössere Freiheit. Im Gegensatz dazu sind die geschlossene Ökosysteme nur mit den Komponenten des Eigentümers verwendbar. Die Konsumierenden sind unmittelbar auf den Eigentümer des Ökosystems angewiesen und vermögen nicht auf Leistungen von Dritten auszuweichen.¹⁸⁷ Das Ökosystem von Apple dient als Beispiel eines geschlossenen Ökosystems. Einerseits sind die Nutzenden in der Lage, die Apple-Geräte bloss mit einer Anmeldung auf iCloud mit dem vollen Nutzen zu verwenden, andererseits sind sie bei Reparaturen auf Apple angewiesen, da sich die Geräte nur mit speziellen Werkzeugen öffnen und reparieren lassen.¹⁸⁸

91

bb) Bildung der digitalen Ökosysteme

Von Ökosystembildung wird gesprochen, wenn Unternehmen neue Geschäftsbereiche erschliessen und dadurch Dienstleistungen für neue Lebensbereiche und -situationen anbieten. Die Ökosystembildung ist ökonomisch insbesondere bei plattformbasierten Geschäftsmodellen attraktiv, da diese in der Regel auf (indirekten) positiven Netzwerkeffekten aufbauen. Die Unternehmen vermögen einerseits die Aktivität auf einer Plattformseite auszunutzen, um die Attraktivität der Plattform zu steigern.¹⁸⁹ Andererseits steigt im

92

¹⁸⁵ DE REUVER/SØRENSEN/BASOLE, JIT 2018, 126 f.; TIWANA/KONSYNSKI/BUSH, ISR 2010, 677 f.; vgl. ferner Aut. conc./CMA, 6.

¹⁸⁶ Vgl. BOUDREAU, Organ. Sci. 2012, 1409 ff.; DANNEELS, SMJ 2003, 572 f.

¹⁸⁷ Aut. conc./CMA, 12.

¹⁸⁸ Vgl. HAZLETT/TEECE/WAVERMAN, 9.

¹⁸⁹ Vgl. hierzu Kapitel [B.I.1.b](#)); vgl. ferner CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 33.

Rahmen der Ökosysteme die Attraktivität des Ökosystems summarisch mit jeder Nutzerseite, die neu erschlossen werden kann. Durch die Erweiterung der Tätigkeitsfelder stehen den Unternehmen mehr Daten zur Verfügung, die sie bearbeiten und für die Leistungen auf der umsatzgenerierenden Seite aller Dienstleistungen verwenden können.

- 93 Eine mögliche Konsequenz der gebildeten Ökosysteme ist, dass die etablierten Unternehmen ihr Angebot bzw. ihre Leistungen immer weiter ausbauen und durch die Bildung der Ökosysteme mehr Nutzende an sich binden. Mit steigender Zahl der Nutzenden können die Unternehmen einerseits auf mehr Daten zurückgreifen, andererseits die Netzwerkeffekte und Skaleneffekte für sich ausnutzen. Im Zusammenhang mit diesen Effekten können Konzentrationsstendenzen¹⁹⁰ entstehen, die sich nicht nur auf den Anfangsmarkt beschränken, sondern sich über das gesamte Ökosystem (und somit über verschiedene Märkte) erstrecken. Die Unternehmen können insbesondere bei leicht zugänglicher Leistungsintegration ihre Marktpräsenz benutzen, um in einem anderen Markt potenziell eine beherrschende Stellung einzunehmen; diese Machtstellungen sind in der Regel durch andere Unternehmen nur schwer angreifbar.¹⁹¹ Diese Umstände sind bei der Analyse der Marktbeherrschung im Rahmen der potenziellen Übertragung der Marktmacht (engl. «leveraging power») und bei den Kopplungsgeschäften zu beachten.

cc) Einzelne digitale Ökosysteme im Überblick

(1) Ökosystem von Alphabet und Google

- 94 Die Holdinggesellschaft Alphabet entstand im Rahmen einer Umstrukturierung von Google und dient als Dachgesellschaft von Google sowie weiteren Tochtergesellschaften. Seit der Gründung der Internetsuchmaschine Google hat sich Alphabet gewissermassen ein digitales Unternehmenskonglomerat aufgebaut mit verschiedensten Diensten in unterschiedlichen Bereichen wie z.B. Webanwendungen, Software, Hardware, Biotechnologie, künstliche Intelligenz oder autonome Fahrzeuge: Neben der Suchmaschine Google betreibt Google (und ferner Alphabet) u.a. auch die Dienste bzw. Webanwendungen Google Maps, Google Shopping, Google Flights, Google Scholar, YouTube, Gmail, DoubleClick oder Google Ads bzw. AdSense. Die Grundlage für fast all diese Dienste ist die Suchmaschine Google. Mit den vorliegenden Informatio-

¹⁹⁰ Für detailliertere Ausführungen zu den Konzentrationstendenzen vgl. Kapitel [B.1.3](#).

¹⁹¹ Vgl. BKartA, Pressemitteilung Apple, 1 f.; vgl. ferner NACHTWEY/STAAB, *Mittelweg* 36 2015, 63 für die Ausbreitung von Amazons Ökosystem.

nen und Daten kann Google (und ferner Alphabet) Suchergebnisse liefern, die auf die Nutzenden im jeweiligen Bereich zugeschnitten sind.¹⁹² Die Datenbasis, die Google zur Verfügung steht und Informationen für verschiedenste Lebensbereiche enthält, ermöglicht Google, neue Geschäftsbereiche zu erschliessen und in das Ökosystem zu integrieren.¹⁹³ Eric Schmidt, der frühere Geschäftsführer von Google, hat diese Form des erfolgreichen Einstiegs in ein neues Geschäftsfeld, das auf Suchanfragen der Nutzenden basiert, als «merge without merging» bezeichnet.¹⁹⁴ Die Ausbreitung mit eigenen Webanwendungen ist für Google oft der bessere Weg als die Übernahme eines neuen Unternehmens.

Während der Aufbau des Ökosystems als effizienzsteigernd vermarktet wird, ist diese Art der Erweiterung des Leistungsangebots nicht unbedenklich. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Google u.a. gegen das Kopplungsverbot verstossen hat.¹⁹⁵ Bei der Aufnahme neuer Leistungen in das Ökosystem tendieren die Plattformunternehmen dazu, ihre Verbrauchenden zur Nutzung neuer Dienste zu zwingen.¹⁹⁶ Aus Sicht der Plattformen ist dieser Zwang sehr attraktiv, da sie so ihre grosse Nutzerbasis hebeln und mit vergleichsweise geringem Aufwand von Netzwerk- und Skaleneffekten profitieren können. Dadurch können sie aufstrebende Unternehmen ohne Akquirierung bereits früh aus dem Wettbewerb ausschalten und eine beherrschende Stellung in neuen Märkten etablieren.

Wie erwähnt beinhaltet das Google-Ökosystem auch Software (u.a. Google Chrome, Stadia, Wear OS und das Betriebssystem Android mit dem Google Play Store, Google Pay sowie weiteren Systemen), Hardware (u.a. Google Home, Pixel Smartphones, Pixel Tablets und Pixel Notebooks) und weitere Dienste. Am Beispiel von Android ist gut ersichtlich, dass ein Unternehmen gestützt auf die Möglichkeiten des Ökosystems schnell neue Märkte erschliessen und sogar potenziell dominieren kann: Während Android im Jahre 2009 noch einen Anteil von 4% am weltweiten Angebot (ohne China) der Betriebssysteme für mobile Geräte hatte, steigerte sich dieser Anteil im Jahre 2016 auf 85%.¹⁹⁷

¹⁹² Vgl. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 24 f.

¹⁹³ Vgl. HÖPPNER/SCHAPER/WESTERHOFF, JECLAP 2018, 628.

¹⁹⁴ LASHINSKY ADAM, Google news, CEO Eric Schmidt wishes he could rescue newspapers., Fortune Magazine vom 7. Januar 2009, abrufbar unter <https://money.cnn.com/2009/01/07/technology/lashinsky_google.fortune/>.

¹⁹⁵ Vgl. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*; weitgehend bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*.

¹⁹⁶ Vgl. Kapitel [E.III.3](#).

¹⁹⁷ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 511 und Abbildung 15.

- 97 Dieses Google-Ökosystem macht möglicherweise den Hauptteil des Ökosystems von Alphabet aus, ist aber «bloss» in dieses eingegliedert. Ferner befinden sich u.a. auch Calico (Biotechnologieunternehmen), DeepMind (Anwendung künstlicher Intelligenz) oder Waymo (Entwicklung von Technologien für selbstfahrende Autos) im Ökosystem von Alphabet.
- 98 Die Internalisierung (fast) aller Prozesse im Ökosystem erlaubt dem Unternehmen eine effizientere Gewinnsteigerung. Einerseits hat das Ökosystem eine grosse Nutzerbasis, welche die Attraktivität der Plattformen steigert,¹⁹⁸ andererseits können sie alle neu erschlossenen Nutzerseiten direkt in ihr Ökosystem einbinden und die Gewinne internalisieren. Obwohl die Nutzenden der Dienstleistungen von Google in der Regel einen Preis von null bezahlen,¹⁹⁹ erzielt das Unternehmen seine Einnahmen durch Werbung über das hauseigene Werbesystem Google Ads. Dieses Werbesystem kann folglich auch auf die Daten und Informationen des Ökosystems zurückgreifen und sich schneller an die neuen Gegebenheiten anpassen.

(2) Ökosystem von Amazon

- 99 Auch Amazon hat ein Ökosystem, das verschiedene Märkte erschlossen hat. Das Unternehmen wurde als elektronisches Buchgeschäft gegründet und gilt heute als einer der grössten Online-Versandhändler.²⁰⁰ Neben dem Kerngeschäft als Online-Handelsplattform hat sich auch Amazon auf verschiedenste Bereiche ausgedehnt und deckt mit seinen Diensten unterschiedliche Lebenssituationen ab. Einerseits hat Amazon in sein Kerngeschäft, der Online-Handelsplattform, den Amazon Marketplace integriert. Auf dem Amazon Marketplace können Drittanbietende ihre Produkte gegen Zahlung einer Gebühr verkaufen.²⁰¹ Sie erhalten über Amazon Marketplace Zugang zum Kundestamm von Amazon und Amazon erweitert das Angebot auf seiner Website, ohne in zusätzliches Inventar investieren zu müssen. Andererseits bietet das Unternehmen verschiedenste Dienstleistungen ausserhalb des Kerngeschäfts an, wie z.B. die Videoplattform Prime Video, die Videostreaming-Plattform Twitch, die Musikplattform Amazon Music, das hauseigene Werbesystem Amazon Advertising, eigene Software (u.a. der Amazon Appstore, die Kindle

¹⁹⁸ Vgl. Kapitel [B.1.1.b](#).

¹⁹⁹ Vgl. Kapitel [B.1.1.c](#).

²⁰⁰ Vgl. Amazon, Was ist Amazon?, abrufbar unter <<https://www.aboutamazon.de/über-amazon/Was-ist-Amazon>>; vgl. ferner NACHTWEY/STAAB, Mittelweg 36 2015, 64.

²⁰¹ Vgl. Amazon, Anfängerleitfaden für Verkaufen bei Amazon, abrufbar unter <<https://sell.amazon.de/online-verkaufen/leitfaden-fuer-anfaenger>>.

Apps), eigene Hardware (u.a. der E-Book-Reader Kindle, der intelligente Lautsprecher Amazon Alexa) oder die sehr erfolgreichen Cloud-Computing-Dienste von Amazon Web Services.

Ähnlich wie Alphabet vermag Amazon gestützt auf die vielfältige Geschäftstätigkeit in verschiedensten Lebensbereichen die vorliegenden Informationen und Daten zu verwerten und – aufgrund der Netzwerkeffekte sowie der Datenskaleneffekte – die Grössenvorteile auszunutzen. Dadurch kann Amazon sowohl ihre bestehenden Produkte verbessern als auch neue Produkte entwickeln bzw. neue Märkte erschliessen. 100

(3) Ökosystem von Apple

Anders als im Falle von Google (und ferner Alphabet) zählt der Verkauf von Hardware zum Kerngeschäftsbereich von Apple. Mit der Firmengründung bot das Unternehmen einen Personal Computer, den Apple I, an. Mit der Zeit entwickelte das Unternehmen auch ein eigenes Betriebssystem für seine Computer. Heute bietet Apple verschiedenste Hardware (u.a. Smartphones, Tablets, Computer, Notebooks, Smart Watches oder Kopfhörer), Software (u.a. iOS, iPadOS, macOS oder watchOS) und Dienstleistungen (u.a. App Store, Apple Music, Apple TV+, Safari, iCloud oder Apple Pay) an. 101

Auch Apple hat seine Hardware, Software und Dienstleistungen vollständig erfolgreich in sein Ökosystem integriert. Die verschiedenen Betriebssysteme²⁰² ermöglichen und geben sogar den Anreiz, verschiedene Produkte von Apple zu benutzen. Apple kann ebenfalls aus Informationen und Daten das Nutzerverhalten analysieren und dementsprechend seine Position auf den jeweiligen Märkten stärken, wie dies beispielsweise an der Markteinführung vom iPhone ersichtlich war. 102

6. Zwischenfazit

In den Märkten der digitalen Wirtschaft bestehen verschiedene ökonomische Besonderheiten, die nicht isoliert betrachtet werden können. Diese Eigenschaften stehen zueinander in Wechselwirkung und beeinflussen sich gegenseitig. 103

²⁰² Die Betriebssysteme sind in diesem Zusammenhang als Plattform zu betrachten vgl. Kapitel [B.I.1](#).

- 104 Mit den software- und datenbasierten Geschäftsmodellen hat die Digitalökonomie zur Senkung der Transaktionskosten beigetragen und die traditionellen Geschäftsmodelle teils verdrängt. Hauptbestandteil dieser Geschäftsmodelle sind die Plattform und die indirekten Netzwerkeffekte. Die direkten Netzwerkeffekte hingegen spielen im vorliegenden Zusammenhang eine untergeordnete Rolle, können aber nicht vollständig ignoriert werden.
- 105 Die Netzwerkeffekte tragen zudem unmittelbar dazu bei, dass Skaleneffekte vorliegen bzw. die Unternehmen Grössenvorteile ausnutzen können. In diesem Zusammenhang nimmt die Kostenstruktur der Digitalökonomie eine entscheidende Rolle ein. Mit zunehmender Leistungseinheitenmenge fallen die Durchschnittskosten für eine Leistungseinheit, d.h., die Kosten unterliegen einer Grenzkostendegression. Durch die sinkenden Durchschnittskosten in Verbindung mit der Erhöhung der Attraktivität einer Plattform und den damit verbundenen Skaleneffekten schaukeln sich die Wirkungen gegenseitig auf. Dieses Zusammenspiel hat unmittelbare Auswirkungen auf die Profitabilität der Unternehmen auf diesen Märkten.
- 106 Eine weitere Besonderheit ist die charakteristische Preisfunktion der Plattformen, die dazu beiträgt, dass die Unternehmen unentgeltliche Leistungen anbieten können. Im Unterschied zu den traditionellen Märkten hängt die Absatzhöhe nicht mehr von der Anzahl der erbrachten Leistungen ab, sondern von der Preisstruktur. Die Unternehmen können die Verteilung des Preises auf die verschiedenen Nutzergruppen zumeist selbst bestimmen.
- 107 Die Preissetzung der Plattform ist auch entscheidend dafür, ob eine Nutzergruppe dazu tendiert, Single- oder Multi-Homing zu betreiben. Multi-Homing ist insbesondere dann attraktiv, wenn die Mehrkosten dieser Parallelnutzung deren Nutzen nicht übersteigen. In diesem Zusammenhang sind sodann die Wechselkosten und Lock-in-Effekte von grosser Bedeutung, da diese oft einen beträchtlichen Teil der Mehrkosten ausmachen.
- 108 Schliesslich ist die Bedeutung der Bildung von digitalen Ökosystemen nicht zu unterschätzen, da sie verschiedene Prozesse internalisieren können und somit eine effizientere Verwertung der erwähnten Effekte ermöglichen. Die digitalen Ökosysteme sind dafür mitverantwortlich, dass ein Unternehmen in der Digitalökonomie eine marktbeherrschende Stellung einnehmen und diese potenziell missbrauchen kann.

II. Rechtliche Einordnung der wettbewerbsökonomischen Aspekte

Die ökonomischen Besonderheiten der digitalen Märkte werfen bei ihrer rechtlichen Einordnung verschiedene Fragen auf. Einerseits schafft die Marktstruktur der digitalen Märkte eine neue Ebene für Probleme, die bereits auf klassischen Märkten existieren, andererseits kommen neue Fragestellungen in Bezug auf die verschiedenen Abweichungen zu klassischen Austauschmärkten auf. 109

1. Marktabgrenzung

Zunächst erweist es sich als schwierig, die massgeblichen Marktbeziehungen korrekt zu identifizieren und den kartellrechtlich relevanten Markt ökonomisch richtig abzugrenzen. Die Schwierigkeiten liegen darin, dass bei der Marktabgrenzung zwei oder mehrere Nutzergruppen bzw. Marktseiten von Bedeutung sind, zwischen denen Interdependenzen in Form von Netzwerkeffekten bestehen. Ausserdem ist in diesen Marktverhältnissen die besondere Preisstruktur mit dem Angebot unentgeltlicher Leistungen zu beachten, da in der Regel eine Marktseite (grundsätzlich die Nutzenden) keinen monetären Preis für den Gebrauch der Plattform bezahlt. Sie erbringen ihre Gegenleistung in einer anderen Form, z.B. durch Verstärkung der Netzwerkeffekte und damit verbunden Erhöhung der Attraktivität der Plattform, durch ihre Aufmerksamkeit oder durch die zur Verfügung gestellten Daten. Diese Formen der Gegenleistung ermöglichen sodann die Finanzierung der Plattform, da werbetreibende Unternehmen sich für die Werbeflächen auf Plattformen interessieren.²⁰³ Eine weitere Schwierigkeit bei der Ermittlung der massgeblichen Marktbeziehungen liegt darin, dass verschiedene Nutzergruppen Multi-Homing betreiben, d.h., gleichzeitig auf mehreren Plattformen aktiv sein können. 110

Diese Überlegungen zeigen, dass bereits die Identifikation der massgeblichen Marktverhältnisse und Leistungsbeziehungen Schwierigkeiten bereitet. Aufgrund dieser Herausforderungen erweist sich aber auch die Marktabgrenzung in digitalen Ökonomien, die oft mit Blick auf zwei- bzw. mehrseitige Plattfor- 111

²⁰³ Die Daten als Gegenleistung der Nutzenden bspw. ermöglichen den werbetreibenden Unternehmen, personenspezifische Werbung aufzuschalten.

men durchzuführen ist, um einiges komplexer als auf traditionellen Märkten. Einerseits ist die Anwendung der quantitativen Verfahren der Marktabgrenzung, die auf eindeutig quantifizierbaren Leistungsbeziehungen basieren, auf Plattformen mit unentgeltlichen Leistungen erschwert.²⁰⁴ Andererseits stellt sich die Frage, wie die Wettbewerbsverhältnisse, die auf die Plattformen wirken, zu erfassen sind. Diese Frage ist insbesondere im Hinblick auf die Mehrseitigkeit der Plattformen und folglich die mehrseitig wirkenden Wettbewerbskräfte zu beantworten. Diesen Besonderheiten ist bei der Marktanalyse angemessen Rechnung zu tragen, damit die relevanten Marktverhältnisse korrekt abgebildet werden können.

2. Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung

- 112 Es ist ausserdem fraglich, wie die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens in digitalen Märkten zu bestimmen ist. Auf herkömmlichen Märkten sind die Marktanteile in der Regel der Ausgangspunkt für die Analyse der Stellung der Unternehmen auf dem untersuchten Markt. In den vorliegenden Marktverhältnissen bereitet jedoch bereits die Berechnung der Marktanteile, um eine allfällige Marktbeherrschung festzustellen, grosse Schwierigkeiten. Die Marktanteile können nur noch mit grosser Ungewissheit – oft unter Einbezug alternativer Berechnungsmethoden – gemessen werden. Selbst wenn die Marktanteile berechnet werden können, sind hohe Marktanteile nicht mehr zwingend ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, weil grundsätzlich junge, dynamische und unentgeltliche Märkte vorliegen, die von Netzwerkeffekten und Konzentrationstendenzen geprägt sind. Es stellt sich somit die Frage, welche Rolle die Marktanteile bei der Analyse der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens in digitalen Märkten spielen werden und inwiefern die Unentgeltlichkeit noch mit den klassischen Methoden vereinbar ist.
- 113 Neben den Herausforderungen in Bezug auf die Marktanteile ist in digitalen Märkten zusätzlich zu untersuchen, ob Unternehmen in der Lage sind, sogenannte «Datenmacht» oder Intermediationsmacht zu erlangen. Damit verbunden ist die Frage, in welchem Verhältnis diese Macht zur Marktmacht steht. Zudem sind die ermittelten ökonomischen Besonderheiten im Rahmen der Marktbeherrschung zu beachten. Als marktmachtbegründenden Faktoren kommt den Netzwerkeffekten grosse Bedeutung zu, da sie in einem beträcht-

²⁰⁴ Die unentgeltlichen Leistungen lassen sich nicht so simpel und eindeutig quantifizieren wie die Leistungsbeziehungen auf den traditionellen Märkten.

lichen Masse sowohl zu den Skaleneffekten als auch den Konzentrations-tendenzen und schliesslich zum potenziellen Market Tipping beitragen. Im Gegensatz dazu weisen die besonderen Marktverhältnisse in der Digitalökonomie auch Merkmale auf, die als Faktoren für die Begrenzung der marktbeherrschenden Stellung dienen können. Dies ist beispielsweise durch eine starke Leistungsdifferenzierung möglich, da die Nutzenden in dieser Konstellation zu Multi-Homing tendieren. Darüber hinaus sind die negativen Netzwerkeffekte und potenziell niedrigen Wechselkosten zu berücksichtigen.

3. Kopplungsgeschäfte

Die Märkte in der digitalen Wirtschaft weisen darüber hinaus bestimmte Merkmale auf, welche die Kopplungsstrategien der Unternehmen attraktiver machen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Grössen- und Skaleneffekte, die niedrigen Grenzkosten, die (indirekten) Netzwerkeffekte sowie die Rückkopplungseffekte von grosser Bedeutung, da sie die Anreize der Unternehmen erhöhen, ihre (digitalen) Produkte zu bündeln. Neben den erhöhten Anreizen ist auch zu beachten, dass die Beschaffenheit dieser digitalen Produkte die Kopplung in der digitalen Wirtschaft zusätzlich vereinfacht. Die Unternehmen können beispielsweise mit dem Produktdesign die Interoperabilität verschiedener Güter beschränken und so das eigene digitale Ökosystem verstärken oder eine nahtlose Schnittstelle bzw. Benutzbarkeit zwischen verschiedenen eigenen Gütern schaffen. 114

Im Kontext der Kopplungsgeschäfte treffen sich die Herausforderungen der Marktabgrenzung und der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung an einem Punkt. Die Analyse der Kopplungsgeschäfte basiert auf der korrekten Marktabgrenzung, denn es stellt sich in diesem Zusammenhang regelmässig die Frage, ob einzelne Funktionalitäten auf der Plattform selbst gekoppelt wurden oder ob eine Kopplung ganzer Plattformen miteinander vorliegt. Aufgrund der marktorientierten Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der separaten Güter hat die Marktabgrenzung einen zusätzlichen Einfluss auf den Ausgang des Kartellverfahrens. 115

Ausserdem ist für die Analyse zur Beschränkung des Wettbewerbs entscheidend, ob ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte definiert wurden. Die Behörden haben den funktionalen Zusammenhang und die Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Marktseiten zu beachten, da die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen bei grösserer Kundenüberschreitung erheblicher in Erscheinung treten. Überdies beeinflussen die Unentgelt- 116

lichkeit der Produkte und die Netzwerkeffekte die Untersuchungen bei Kopplungsgeschäften. Bei unentgeltlichen Produkten sind die Kopplungsgeschäfte profitabler, wenn alle vom Kopplungsgeschäft untersuchten Märkte mehrseitig sind und weniger profitabel, falls der gekoppelte Markt einseitig ist. Dies ist auf die Netzwerkeffekte und die damit zusammenhängenden Grössen- bzw. Skaleneffekte zurückzuführen, da bei positiven indirekten Netzwerkeffekten die Attraktivität und somit der Nutzen einer Plattform steigt und im Ergebnis (datenbedingte) Grösseneffekte wirken.

C. Marktabgrenzung auf Märkten der digitalen Wirtschaft

Für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist immer eine zweistufige Prüfung erforderlich. Die Kartellbehörden grenzen jeweils zuerst den relevanten Markt ab und ermitteln in einem zweiten Schritt die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt; auch die digitale Wirtschaft ist von dieser Herangehensweise nicht ausgenommen. Nachfolgend sind die Marktverhältnisse auf diesen digitalen Märkten genauer zu untersuchen. Im Zentrum der kartellrechtlichen Analyse stehen die Begriffe des (Binnen-)Marktes und der (markt-)beherrschenden Stellung. Diesen Begriffen kommt insbesondere im Rahmen der Missbrauchskontrolle (Art. 102 AEUV, Art. 7 KG) und der Zusammenschlusskontrolle (Art. 2 FKVO, Art. 9 f. KG, Art. 11 Abs. 3 VKU) eine wichtige Rolle zu. Darüber hinaus existieren verschiedene Dimensionen der Marktabgrenzung: Der relevante Markt kann sowohl in sachlicher als auch in örtlicher und zeitlicher Dimension bestimmt werden.

117

Sowohl der Begriff des (Binnen-)Marktes als auch jener der (markt-)beherrschenden Stellung sind sog. unbestimmte Rechtsbegriffe, die für das Kartellrecht kennzeichnend sind und einer Auslegung bedürfen.²⁰⁵ Der Vorteil dieser auslegungsbedürftigen Begriffe ist, dass die neuen Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft ohne Tätigwerden des Gesetzgebers erfasst werden können.²⁰⁶ Dieser Umstand birgt gleichzeitig Gefahren, da er bei der Rechtsanwendung zu Rechtsunsicherheit führen kann. Aus diesem Grund – und weil sich die

118

²⁰⁵ So auch VOCKE, 18; WALESCH, 167; vgl. ferner Komm. KartellR-BULST, Bd. 2, Art. 102 AEUV, Rn. 32 ff.; Komm. KartellR-KÄSEBERG, Bd. 1, Einleitung, Rn. 134. Im schweizerischen Kartellrecht stellt sich die Praxis auch auf den Standpunkt, dass es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt (Urteil des BVGer A-2969/2010 vom 28.02.2012, E. 13.1; RPW 2000/4 – *Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG*, E. 5 und 5.1, 731 ff.), wohingegen die Lehre die Meinung vertritt, dass der Begriff der Marktbeherrschung das Ermessen betrifft (Komm. KG-DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9, Rn. 77; HEIZMANN, 104). Zur verwaltungsrechtlichen Definition dieser beiden Terminologien vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rn. 396 ff.; 413 ff., insb. 416 f. Auch bei der Generalklausel zum Missbrauch bedient sich der Gesetzgeber unbestimmter Rechtsbegriffe (Komm. KartellR-BULST, Bd. 2, Art. 102 AEUV, Rn. 82; Komm. KartellR-NOTHURFT, Bd. 1, § 19, Rn. 65; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 63).

²⁰⁶ Dies schliesst jedoch nicht aus, dass das Gesetz trotzdem Lücken aufweisen kann, wie dies in Deutschland im Rahmen der neunten GWB-Novelle (und ferner im Fall Facebook/WhatsApp) erkannt wurde, vgl. Bundesregierung, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BR-Drucksache 606/16, 77.

Grundsätze der Marktabgrenzung stetig weiterentwickeln – hat die Europäische Kommission im Jahre 1997 eine Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes²⁰⁷ mit Erläuterungen zur Marktabgrenzung erlassen.

- 119 Dieses Kapitel setzt sich mit der Thematik auseinander, wie die kartellrechtlichen Marktverhältnisse in den digitalen Märkten festzustellen sind. Wie bereits erwähnt, umschreibt der Begriff der digitalen Märkte lediglich das strukturelle Gefüge. Nachfolgend wird hierfür sowohl der Ausdruck «Märkte der digitalen Wirtschaft» als auch der Ausdruck «digitale Märkte» verwendet.²⁰⁸
- 120 In einem ersten Schritt sind die Grundzüge der Marktabgrenzung, einschliesslich der Definition des Marktbegriffs und der Erforderlichkeit einer Marktabgrenzung, darzulegen (I). Anschliessend wird die Methodik der Marktabgrenzung bei verschiedenen, in der Vergangenheit bereits festgestellten Marktverhältnissen untersucht (II). Gestützt auf diese Erkenntnisse sind die Grundsätze der Marktabgrenzung auf digitalen Märkten herauszuarbeiten, welche die Plattformtheorie und eine alternativ entwickelte Ermittlungsmethode beinhalten (III). Anschliessend ist dieses Wissen in die verschiedenen Methoden der Festlegung des sachlich relevanten Marktes einzubringen (IV). Danach wird die Marktabgrenzung bei digitalen Ökosystemen im Besonderen betrachtet (V). Schliesslich ist ein Blick auf den räumlich und zeitlich relevanten Markt erforderlich (VI–VII).

²⁰⁷ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABL. C 372, 9.12.1997, 5–13.

²⁰⁸ Vgl. bereits [Fn. 11](#) und [Fn. 49](#).

I. Zweck und Notwendigkeit der Marktabgrenzung

Diese Arbeit befasst sich in erster Linie mit der Marktabgrenzung im Rahmen der Missbrauchskontrolle. Obwohl der Marktabgrenzung der Zusammenschlusskontrolle eine andere Prämisse zugrunde liegt, ist die Methodik²⁰⁹ der Marktabgrenzung weiterhin dieselbe.²¹⁰ Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Erkenntnisse im Grundsatz auch auf die Zusammenschlusskontrolle anwendbar. 121

Bevor jedoch ein relevanter Markt im kartellrechtlichen Sinne abgrenzbar ist, muss dieser zunächst begrifflich überhaupt vorliegen. Deswegen ist in erster Linie der Markt Begriff in ökonomischer und rechtlicher Hinsicht zu erörtern (1.). Anschliessend wird der konzeptionelle Hintergrund der Marktabgrenzung diskutiert (2.). Neben der Anwendung des klassischen Marktmachtkonzepts existieren konzeptionelle Alternativen, die ebenfalls zu berücksichtigen sind (3.). Da es in der Literatur verschiedene Autor*innen gibt, die in der Digitalwirtschaft auf die Abgrenzung des relevanten Marktes verzichten wollen, ist ausserdem zu erklären, warum eine Marktabgrenzung auch auf digitalen Märkten notwendig ist (4.). 122

1. Skizzierung des Markt Begriffs

Es gilt zwischen dem kartellrechtlichen Markt als Rechtsbegriff und dem Begriff des Marktes in der Ökonomie zu unterscheiden.²¹¹ Gemäss der wirtschaftswissenschaftlichen Definition entsteht ein Markt durch ein Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage.²¹² Die Parteien bestimmen dabei die Menge und den Preis des Gutes; der Preis ist in der Regel als monetäres Ent- 123

²⁰⁹ Vgl. hierzu Kapitel C.IV.

²¹⁰ Vgl. Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-KÖRBER, Art. 2 FKVO, Rn. 20 ff. und Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 48 ff., wonach bei der (sowohl sachlichen als auch räumlichen) Marktabgrenzung dieselben Konzepte anwendbar sind.

²¹¹ So auch VOCKE, 9; PODSZUN/Franz, NZKart 2015, 125; zur Diskussion in der Schweizer Literatur vgl. BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 91 f. m.w.H.

²¹² Ausdrücklich hierzu BELLEFLAMME/PEITZ, 3: «Markets allow buyers and sellers to exchange goods and services in return for a *monetary* payment.»; vgl. ferner BAUER, 18 ff.; STIGLER/SHERWIN, JLE 1985, 555.

gelt definiert.²¹³ Das monetäre Entgelt scheint jedoch nicht zwingender Bestandteil der Definition zu sein: Wenn der Markt der Ort ist, an dem Angebot und Nachfrage zusammentreffen und einen beliebigen Preis bilden, ist das Element der monetären Entgeltlichkeit (noch) nicht näher beschrieben.

- 124 Obwohl für die Marktabgrenzung im Kartellrecht die ökonomischen Erkenntnisse zu den Märkten auch eine Rolle spielen, bleibt der kartellrechtliche Marktbegriff ein autonom auszulegender Rechtsbegriff. Im Sinne der Rechtssicherheit ist es notwendig, dass sowohl die Behörden als auch die Unternehmen den Marktbegriff gestützt auf denselben Voraussetzungen mittels einheitlicher Methodik auslegen können. Der Rechtsbegriff darf insbesondere nicht in den verschiedenen theoretischen Ansätzen und Diskussionen der Ökonom*innen untergehen.²¹⁴ Auch die Europäische Kommission verlangt in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes ausdrücklich, dass sich «der Begriff des relevanten Marktes von Marktbegriffen unterscheidet, wie sie oft in anderen Zusammenhängen gebraucht werden».²¹⁵
- 125 In der Schweiz ist ein ähnliches Verständnis bzgl. des Marktbegriffs ersichtlich. Das Bundesverwaltungsgericht hält in Sachen *Swisscom AG gegen WEKO (Terminierungspreise im Mobilfunk)* fest, dass der Markt in Anbetracht der wirtschaftlichen Realitäten abzugrenzen sei und führt im nächsten Absatz aus, dass es offensichtlich notwendig ist, «dem vom Gesetzgeber vorgesehenen und in Rechtsprechung und Lehre bestätigten Prüfschema zu folgen».²¹⁶ Die WEKO selbst hält zudem fest, dass «la délimitation matérielle du marché pertinent comporte une marge d'indétermination», was auf die Schwierigkeiten in der Ökonomie zurückzuführen sei.²¹⁷

²¹³ BELLEFLAMME/PEITZ, 3; STIGLER/SHERWIN, JLE 1985, 555 f.; zu sog. «unentgeltlichen» Märkten vgl. insb. Kapitel [C.II.1](#).

²¹⁴ So bereits aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht BRUNT, 213; vgl. ferner aus rechtswissenschaftlicher Perspektive FERRO, *Concurrences* 2015, Rn. 83; mit demselben Ergebnis in einer interdisziplinären, detaillierten Analyse vgl. WU/PHILIPSEN, *J. Comp. L. & Econ.* 2023, 119 ff.

²¹⁵ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 3.

²¹⁶ Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24.02.2010, E. 9.2.3, 110 f. Auch die WEKO verlangt einen Ansatz «sous l'angle de la réalité économique» (RPW 2000/4 – *Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG*, E. 5.2, 736).

²¹⁷ RPW 2000/4 – *Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG*, E. 5, 732 f. Die WEKO verweist dabei auf folgende Aussage von SOUTY und macht (indirekt) gleichzeitig auf die bedingte Anwendbarkeit der ökonomischen Theorien auf das Kartellrecht aufmerksam: «Les économistes ont de réelles difficultés à se mettre unanimement d'accord sur la manière de définir correctement la dimension du marché pertinent» (SOUTY, 78).

Bei der Auslegung des kartellrechtlich relevanten Marktes ist auch der (wirtschafts- und gesellschaftspolitische) Zweck der Wettbewerbsregeln zu berücksichtigen. Zur Zielsetzung des Wettbewerbsrechts gehört insbesondere der Schutz des freien Wettbewerbs, der u.a. durch bestmögliche Versorgung der Verbrauchenden sowie durch Unterbindung potenzieller Monopolisierungstaktiken zum Ausdruck kommt. Dadurch ist die freie Selbstbestimmung in Form der Entscheidungsfreiheit der Kund*innen als Konsumierende stets gewährleistet.²¹⁸ Diese Kundenorientierung ist bei der Marktabgrenzung ebenfalls ersichtlich, da beim Bedarfsmarktkonzept geprüft wird, welche Produkte bzw. Dienstleistungen²¹⁹ aus Sicht der Marktgegenseite (konkreter aus Sicht der betroffenen Nachfragenden) substituierbar sind.²²⁰

126

Die Zurückhaltung bei der Anwendung ökonomischer Modelle im Kartellrecht ist aber angebracht, da diese Modelle in der Regel als Mittel der Wettbewerbspolitik dienen und die wirtschaftlichen Realitäten nur bedingt abbilden.²²¹ Bedenkenlos anwendbar sind nur Modelle, welche die Realität der Wirtschaftsverhältnisse ungefiltert abbilden können.²²² Da sich die ökonomischen Modelle «zwischen die Wirklichkeit und das Recht schieben»,²²³ erschweren sie die Rechtsanwendung, indem die Rechtssicherheit darunter leidet. Ferner unterliegt auch die Auswahl einer spezifischen ökonomischen Theorie subjektiven Kriterien. Gleichzeitig spielt die ökonomische Methode eine wichtige Rolle, da der ausgewählte Ansatz das Kartellverfahren entscheidend beeinflussen kann.²²⁴ Aus diesem Grund ist die wirtschaftliche Analyse in eine rechtliche Terminologie zu übersetzen, die eine einheitliche Grundlage für die Bewertung vieler Fälle schafft.²²⁵ Der Vorteil des rechtlichen Ansatzes ist, dass er auf-

127

²¹⁸ MüKo WettbR-SÄCKER, Kapitel I: Grundlagen, Rn. 5 ff.; vgl. ferner Europäische Kommission, Evaluierung, 7.

²¹⁹ Nachfolgend werden die Begriffe Produkt, Dienstleistung und Gut austauschbar verwendet. Ein angebotenes Gut oder Produkt schliesst auch die Dienstleistung einer Plattform ein.

²²⁰ FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 99 ff.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 48 ff. Als abstraktes Beispiel für die Bedeutung der kartellrechtlichen Auslegung des relevanten Marktes ist zu erwähnen, dass global tätige Unternehmen in der Regel davon ausgehen, dass sie gegen Unternehmen auf allen Kontinenten um Einnahmen konkurrieren; im Gegensatz dazu sind im europäischen Wettbewerbsrecht insbesondere die Auswirkungen auf den europäischen Wirtschaftsraum von Bedeutung (vgl. auch Europäische Kommission, Evaluierung, 7).

²²¹ So auch RITTNER, 18 f.

²²² RITTNER, 18 und 26.

²²³ RITTNER, 18

²²⁴ HAHNE, 121.

²²⁵ So bereits BRUNT, 214.

grund unterschiedlicher Kriterien eine für den Einzelfall geeignete, flexible Lösung präsentieren kann.²²⁶

2. Konzept der Marktabgrenzung

- 128 Sowohl in der Europäischen Union als auch in der Schweiz hat sich das Marktmachtkonzept etabliert, wonach die Marktmacht bzw. Marktbeherrschung nur auf einem bestimmten Markt vorliegen kann.²²⁷ Hierfür bedient sich das Kartellrecht eines zweistufigen Vorgehens: Zunächst ist der relevante Markt abzugrenzen und erst in einem zweiten Schritt die wirtschaftliche Stellung eines Unternehmens in diesem ermittelten, relevanten Markt zu analysieren.²²⁸ Die Marktabgrenzung lässt sich somit als Hilfsmittel für die Feststellung von Marktmacht umschreiben.²²⁹ Die Marktabgrenzung erfolgt in der Regel in sachlicher, räumlicher und (teilweise in) zeitlicher Dimension.²³⁰
- 129 Die Ermittlung des relevanten Marktes dient dazu, den Rahmen für die kartellrechtliche Analyse abzustecken. Die Marktabgrenzung zielt darauf ab, die Wettbewerbskräfte zu bestimmen, die auf das untersuchte Unternehmen einwirken. Mit der Marktabgrenzung soll also die Frage beantwortet werden, welchem Wettbewerbsdruck das untersuchte Unternehmen ausgesetzt ist.²³¹ Im Ergebnis ist der «betroffene» Markt ein fiktiver Bereich, auf dem die Unternehmen aufgrund der wirkenden Wettbewerbskräfte im Wettbewerb stehen.²³² Die Europäische Kommission hält dies in der Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes wie folgt fest:

«Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen [...] zu stellen haben.

²²⁶ Vgl. VOCKE, 10; ähnlich auch FERRO, Concurrences 2015, Rn. 83; BRUNT, 213 f.

²²⁷ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 42; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 3 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 2.30; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 9.

²²⁸ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 42 ff.; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 3 ff.; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 6 ff.

²²⁹ HAHNE, 26; WERDEN, Antitrust Bull. 1992, 108.

²³⁰ Ausdrücklich in Europäische Kommission, Abl. C 372, 9.12.1997, Rn. 2 und Rn. 7 ff.; vgl. auch MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 83; Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 101 AEUV, Rn. 92 ff.; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 102 ff., Rn. 218 ff. und Rn. 256 f.; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 7 m.w.H.

²³¹ Für das europäische Kartellrecht vgl. MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 81; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 42; für das schweizerische Kartellrecht vgl. BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 94.

²³² Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 2 FKVO, Rn. 9.

Mit der Abgrenzung eines Marktes in sowohl seiner sachlichen als auch seiner räumlichen Dimension soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.»²³³

Die Marktabgrenzung dient somit der Eruiierung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem untersuchten Markt. Dabei ist zu beachten, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse ändern und ein ermittelter Markt nicht für immer gleich bleibt. Es gilt jeweils eine aktuelle Marktabgrenzung heranzuziehen. Da sich die Marktabgrenzung auf wirtschaftliche Grundsätze stützt und es sich dabei um eine tatsächliche Frage handelt, beschränkt sich die rechtliche Überprüfung auf die korrekte Anwendung der vorhandenen Massstäbe sowie die ausreichende Betrachtung aller wesentlichen Umstände, die für die Abgrenzung erforderlich sind.²³⁴ 130

Darüber hinaus ist der relevante Markt ein normativer Zweckbegriff.²³⁵ Die Definition des relevanten Marktes ist bloss der erste Schritt in der kartellrechtlichen Untersuchung. Die Behörden haben – gestützt auf die Erkenntnisse aus der Marktabgrenzung – in einem zweiten Schritt jeweils die Marktstellung des untersuchten Unternehmens zu analysieren und allenfalls die unzulässige Verhaltensweise zu bestimmen bzw. die wettbewerbsrechtliche Beurteilung durchzuführen.²³⁶ Als erster Schritt des zweistufigen Vorgehens steht die Marktabgrenzung in einer engen Wechselbeziehung mit der Ermittlung der beherrschenden Stellung und kann nicht isoliert betrachtet werden. Zwischen dem relevanten Markt und der beherrschenden Stellung (und ferner dem potenziell missbräuchlichen Verhalten) besteht ein normativ-funktionaler Zusammenhang.²³⁷ Je enger der relevante Markt abgegrenzt wird, desto eher kann eine beherrschende Stellung bzw. Marktmacht festgestellt werden.²³⁸ 131

²³³ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 2.

²³⁴ Vgl. Europäische Kommission, Evaluierung, 4; MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 81 f. m.w.H.

²³⁵ ALBACH, WuW 1978, 547.

²³⁶ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 42; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 3 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 2.30; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 9; vgl. auch Europäische Kommission, Evaluierung, 6.

²³⁷ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 44; so auch im Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015, wonach sich Marktabgrenzung und Ermittlung der Marktstellung nicht isoliert gegenüberstehen, sondern eine gegenseitige Wechselwirkung ausüben (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015, E. 256).

²³⁸ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 44; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 17.

- 132 Folglich ist der Begriff des relevanten Marktes bei der Missbrauchskontrolle und Zusammenschlusskontrolle nicht zwingend einheitlich auszulegen.²³⁹ Insbesondere in der Zusammenschlusskontrolle im Rahmen des europäischen Kartellrechts ist der in Art. 2 Abs. 3 FKVO festgelegte SIEC-Test («significant impediment to effective competition») zu beachten, der auch eine Prognose zukünftiger Marktverhältnisse enthält. Bei der Zusammenschlusskontrolle ist somit die zukünftige Marktentwicklung ebenfalls zu berücksichtigen, was tendenziell zu einer weiteren Marktabgrenzung führen kann.²⁴⁰ Dieselbe Unterscheidung ist im schweizerischen Kartellrecht gleichermaßen ersichtlich; deshalb enthält die Marktabgrenzung der Zusammenschlusskontrolle in der Schweiz ebenfalls ein Prognoseelement. Mit der Aufnahme des SIEC-Tests in die Botschaft zur Teilrevision des Kartellgesetzes will der Bundesrat die Zusammenschlusskontrolle an das europäische Recht anpassen;²⁴¹ heute gelten im schweizerischen Recht noch höhere Eingriffsschwellen.²⁴²
- 133 Trotz dieser Unterscheidung und der tendenziell weiteren Marktabgrenzung bei der Zusammenschlusskontrolle bzw. der tendenziell engeren Marktabgrenzung bei der Missbrauchskontrolle ist eine ergebnisorientierte Marktabgrenzung abzulehnen. Es ist nicht Aufgabe der Wettbewerbsbehörden, einen möglichst engen Markt abzugrenzen, damit sie viele Fälle der Marktmacht bzw. Marktbeherrschung feststellen können. Der relevante Markt hat weiterhin die Wettbewerbsverhältnisse sowie die auf das untersuchte Unternehmen wirkenden Wettbewerbskräfte abzubilden.²⁴³

²³⁹ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 45 m.w.H.; Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 11 m.w.H.; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 96 ff.

²⁴⁰ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 12; so auch Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 45 m.w.H.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-KÖRBER, Art. 2 FKVO, Rn. 20.

²⁴¹ Vgl. Botschaft Teilrevision KG, BBl 2023, 1463 ff.

²⁴² BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 22 m.w.H. und Rn. 96 ff.

²⁴³ Vgl. ferner RPW 2000/4 – Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG, E. 5, 731 f.

3. Konzeptionelle Alternativen zur Marktabgrenzung

Neben dem Marktmachtkonzept gibt es auch noch Alternativen, um die Marktmacht bzw. die Wirkung von Zusammenschlüssen bestimmen zu können. Dieses Kapitel stellt diese alternativen Methoden zum Konzept der Marktabgrenzung überblicksweise dar.²⁴⁴ 134

a) Lerner-Index

Als konzeptionelle Alternative zur Marktabgrenzung ist zuerst der Lerner-Index zu erwähnen.²⁴⁵ Dieses ökonomische Konzept basiert auf der Ausgangslage, dass Marktmacht vorliegt, wenn ein Unternehmen den Preis für ein Produkt oberhalb der Grenzkosten und folglich oberhalb des Preises, der sich bei existierendem Wettbewerb ergäbe, ansetzen kann.²⁴⁶ Der Lerner-Index stellt einen mathematischen Zusammenhang zwischen Preissetzungsspielraum und Marktmacht her und versucht so, direkt die Marktmacht von Unternehmen zu messen.²⁴⁷ Dabei ist als Marktmacht die Abwesenheit vollkommenen Wettbewerbs zu verstehen.²⁴⁸ 135

Der Lerner-Index ist aber im kartellrechtlichen Kontext auf unterschiedlichste Kritik gestossen: Zunächst kann dadurch die Marktmacht nur dargelegt werden, wenn ein Unternehmen Marktmacht tatsächlich ausübt, denn äussert sich die Marktmacht nicht in der Erhöhung von Preisen, ist der Lerner-Index keine Option mehr als Hilfsmittel.²⁴⁹ Aus diesem Grund kann der Lerner-Index nur preisbezogene Marktmacht darstellen und erfasst andere Verhaltensformen nicht.²⁵⁰ Ausserdem besteht auch das praktische Problem, die relevanten 136

²⁴⁴ Für eine detaillierte Analyse der Alternativen zum Konzept der Marktabgrenzung vgl. HAHNE, 131 ff. und AREEDA/HOVENKAMP, 515–522.

²⁴⁵ Zum Lerner-Index als Alternative zur indirekten Marktmachtbestimmung vgl. HAHNE, 132 ff.

²⁴⁶ KNIGHT, 76–93; vgl. ferner LERNER, Rev. Econ. Stud. 1934, 157 zum Monopol.

²⁴⁷ Zum Ganzen vgl. LERNER, Rev. Econ. Stud. 1934, 157 ff.

²⁴⁸ BLAIR/CARRUTHERS, 64.

²⁴⁹ Vgl. AREEDA/HOVENKAMP, 503b.

²⁵⁰ WURMNEST, 264. Im Rahmen der digitalen Wirtschaft könnte dies aufgrund der besonderen Preisstruktur eine zusätzliche Herausforderung darstellen vgl. Kapitel [B.I.1.c](#)) und Kapitel [C.II.1.a](#)).

Preise und Kosten (insbesondere die Kenntnis über den gewinnmaximierenden Preis) zu ermitteln²⁵¹ bzw. die Grenzkosten zu bestimmen.²⁵²

- 137 Die Ermittlung der Marktmacht ist in diesem Konzept grundsätzlich komplexer, als sie in der Literatur dargestellt wird.²⁵³ Aufgrund dieser Schwierigkeiten ist sich die (kartellrechtlichen) Literatur einig, dass sich die Marktmacht nur mit grossem Aufwand gestützt auf dieses ökonomische Konzept direkt messen lässt.²⁵⁴ Dies dürfte auch der Grund sein, warum in der europäischen Rechtsprechung keine Fälle der direkten Messung der Marktmacht auffindbar sind.

b) Direct Effects Approach

- 138 Darüber hinaus gibt es den «direct effects approach»,²⁵⁵ welcher wettbewerbsschädliche Wirkungen ohne vorangehende Marktabgrenzung durchzuführen gedenkt. Dieser Ansatz zielt nicht darauf ab, nach einer Marktabgrenzung die Marktmacht zu quantifizieren, sondern will die wettbewerbswidrigen Effekte aufgrund des zugrunde liegenden Verhaltens oder der zugrunde liegenden Transaktionen ermitteln.²⁵⁶

aa) Direct Effects Approach in den Vereinigten Staaten von Amerika

- 139 Im Gegensatz zum Lerner-Index tauchte der «direct effects approach» bereits in einigen Kartellverfahren in den Vereinigten Staaten von Amerika auf.
- 140 Soweit ersichtlich hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten das erste Mal in Sachen *Indiana Federation of Dentists* die «direct effects doctrine» anerkannt. Gemäss dem Obersten Gericht ist der unmittelbare Nachweis wettbewerbswidriger Wirkungen eines Verhaltens ohne Marktanalyse zulässig, d.h., man kann eine Verletzung des Sherman Act beweisen, ohne das Bestehen von Marktmacht darzulegen.²⁵⁷ Dieser Ansatz ist als Alternative zur Untersuchung der kompetitiven Effekte im Zusammenhang mit dem «rule of

²⁵¹ AREEDA/HOVENKAMP, 504a.

²⁵² KAPLOW, HLR 2010, 447.

²⁵³ WINGERTER, 116 m.w.H., insb. BLAIR/CARRUTHERS, 64 ff.; vgl. ferner WINGERTER, 118 ff.

²⁵⁴ KAPLOW, *Antitrust Law J.* 2013, 376 f.; WURMNEST, 265; GERADIN/LAYNE-FARRAR/PETIT, Rn. 2.66; HOVENKAMP, 90; KAPLOW, HLR 2010, 447; WALKER, 903; AREEDA/KAPLOW/EDLIN/HEMPHILL, 3B Rn. 349.

²⁵⁵ Zum «Direct Effects Approach» im Detail vgl. HAHNE, 142 ff.

²⁵⁶ HAHNE, 142.

²⁵⁷ SCOTUS, *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S., 460 f. (1986).

reason»²⁵⁸ anzusehen.²⁵⁹ Obschon bei der Anwendung der «rule of reason» im Normalfall eine Marktabgrenzung durchzuführen ist, erscheint dies bei logischer Weiterverfolgung dieses Ansatzes nicht mehr erforderlich, wenn die wettbewerbswidrigen Effekte bereits unmittelbar festgestellt werden können.²⁶⁰ Auch bei *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* erkannte das Oberste Gericht der Vereinigten Staaten von Amerika, dass Marktmacht aufgrund vorangehenden Verhaltens vorliege.²⁶¹

In der Rechtsprechung der Vereinigten Staaten von Amerika wurde aber mit dem «direct effects approach» das Konzept der Marktabgrenzung *nicht* verworfen. Obwohl in den erwähnten Fällen die direkten Effekte eine besondere Rolle spielen, ist aus der Rechtsprechung kein vollständiger Verzicht auf die Ermittlung des relevanten Marktes ersichtlich. Im Ergebnis scheint die Federal Trade Commission mit dem «direct effects approach» ein neues (zusätzliches) Instrument entwickelt zu haben, mit dem sie wettbewerbswidrige Effekte bzw. Verhalten ahnden kann.²⁶²

141

bb) Direct Effects Approach in der Europäischen Union

In der Europäischen Union hat sich die Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) bereits mit dem «direct effects approach» auseinandergesetzt und vorgeschlagen, den Fokus auf die wettbewerbswidrigen Verhal-

142

²⁵⁸ Der Sherman Act ist grundsätzlich nur anwendbar bei Vorliegen von «unreasonable restraints». Die Gerichte in den Vereinigten Staaten von Amerika haben die Unterscheidung zwischen «per se» verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen und nach der «rule of reason» verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt. Die «rule of reason» kommt zur Anwendung, wenn ein Verhalten «unreasonable restraints» vorweist, aber nicht unter die «per se Rule» fällt. Bei der «rule of reason» hat das Gericht eine umfassende Analyse durchzuführen mit Ermittlung des relevanten Marktes, Ermittlung der Marktmacht sowie Ermittlung der wettbewerbswidrigen Effekte (vgl. zum Ganzen WERDEN, *Antitrust Law J.* 2014, 713 ff. m.w.H.; BORK, *Yale L. J.* 1966, 377 ff.).

²⁵⁹ KEYTE/STOLL, *Antitrust Bull.* 2004, 612.

²⁶⁰ SCOTUS, *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S., 460 f. (1986) m.w.H. («the Commission's failure to engage in detailed market analysis is not fatal to its finding of a violation of the Rule of Reason [...] Since the purpose of the inquiries into market definition and market power is to determine whether an arrangement has the potential for genuine adverse effects on competition, <proof of actual detrimental effects, such as a reduction of output,> can obviate the need for an inquiry into market power, which is but a <surrogate for detrimental effects.>»).

²⁶¹ SCOTUS, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 477 (1992) («It is clearly reasonable to infer that Kodak has market power to raise prices and drive out competition in the aftermarkets, since respondents offer direct evidence that Kodak did so.»).

²⁶² So auch KEYTE/STOLL, *Antitrust Bull.* 2004, 631 f.

tensweisen zu setzen.²⁶³ Demnach ist bei der Anwendung des «direct effects approach» keine separate Feststellung der marktbeherrschenden Stellung erforderlich, da ohnehin nur marktbeherrschende Unternehmen solche wettbewerbswidrigen Wirkungen erzielen könnten; die wettbewerbswidrigen Wirkungen gelten also implizit bereits als Beweis für die Marktbeherrschung des untersuchten Unternehmens.²⁶⁴ In diesen Fällen braucht es gemäss der EAGCP keine formalistische Untersuchung der Marktbeherrschung mehr, da sich eine solche Prüfung in die Prüfung der wettbewerbswidrigen Effekte integrieren lässt.²⁶⁵ Dieser Ansatz hat sich aber in der Europäischen Union bisher noch nicht durchgesetzt.²⁶⁶

cc) Zwischenfazit

- 143 Bei den hier untersuchten Fällen im Zusammenhang mit dem «direct effects approach» ist ersichtlich, dass sie nicht direkt «in Konkurrenz» zur Marktabgrenzung und zur Marktmacht stehen, sondern dieses Konzept ergänzend Anwendung findet. Die Gerichte stützen sich insbesondere in offensichtlichen Fällen auf den «direct effects approach».²⁶⁷ Die Ermittlung des relevanten Marktes bzw. der Marktmacht stellt in diesen Fällen grundsätzlich keine Schwierigkeit dar, sondern scheint aufgrund der Gewissheit des wettbewerbswidrigen Verhaltens obsolet zu sein.
- 144 Trotz der vermeintlichen Simplifizierung des Kartellverfahrens aufgrund des Wegfalls der Marktabgrenzung ist der «direct effects approach» bloss bedingt sinnvoll. Dieser Ansatz kann nur zur Anwendung kommen, wenn ein unmittelbarer Nachweis der wettbewerbswidrigen Effekte gelingt, wobei hierfür hohe Anforderungen anzusetzen sind. Jedoch weist der «direct effects approach» auch Nachteile auf, insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit. Ein marktbeherrschendes Unternehmen muss – weil es im Rahmen der Missbrauchskontrolle (im Gegensatz zur Zusammenschlusskontrolle) keine vorgelagerten Prüfverfahren gibt – *ex ante* mindestens ansatzweise erkennen können, ob sein Verhalten aufgrund einer potenziell marktbeherrschenden Stellung erlaubt ist. Beim «direct effects approach» sind aber keine einheitlichen Kriterien ersicht-

²⁶³ GUAL et al., 13 f.

²⁶⁴ GUAL et al., 4.

²⁶⁵ GUAL et al., 14 f.

²⁶⁶ Ablehnend auch WURMNEST, 267.

²⁶⁷ Vgl. ferner OECD, Market Definition, 76, wonach die Anwendung des «Direct Effects Approach» davon abhängt, «whether or not the abuse can be established and the evidence is sufficient and cannot be interpreted differently».

lich, die den Unternehmen erlauben würden, ihr Verhalten *ex ante* zu überprüfen.²⁶⁸

c) **Konzeptionelle Alternativen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle**

Schliesslich gibt es auch ökonomische Modelle, welche die Effekte eines Zusammenschlusses zu prognostizieren versuchen. Ihr Ziel ist folglich, die Wirkungen von Fusionen direkt zu bestimmen. Im Mittelpunkt dieser Herangehensweisen stehen die sog. «merger simulation models» und die «pricing pressure tests».²⁶⁹ Da die Zusammenschlusskontrolle nicht im engeren Fokus der vorliegenden Arbeit steht, wird auf eine detaillierte Analyse dieser Modelle verzichtet.

145

4. **Notwendigkeit der Marktabgrenzung auf Märkten der digitalen Wirtschaft**

Die Diskussionen zum Verzicht auf die Marktabgrenzung gehen mindestens bis in die 1980er-Jahre zurück.²⁷⁰ Bereits damals stand der konzentrationsbasierte Ansatz unter Druck, da er nicht eindeutig feststellen kann, welche Güter als Substitute gelten und somit auf dem relevanten Markt direkt konkurrieren.²⁷¹ In der Diskussion zur Marktabgrenzung bei neueren Marktverhältnissen gibt es weiterhin Stimmen in der Literatur, die gestützt auf gleiche bzw. ähnliche Argumente auf die Ermittlung des relevanten Marktes verzichten wollen.²⁷²

146

²⁶⁸ OECD, Market Definition, 76 m.w.H.; WURMNEST, 267 f.; so auch DREHER, WuW 2008, 25; MEYER, CBLR 2007, 371 ff.

²⁶⁹ Da sich der Inhalt dieser Arbeit insbesondere auf die Marktabgrenzung im Rahmen der Missbrauchskontrolle begrenzt, sind diese Modelle hier nicht näher auszuführen. Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen Konzepten vgl. HAHNE, 146 ff.

²⁷⁰ Vgl. u.a. BRESNAHAN, 1049 f., insb. auch Fn. 44; HAUSMAN/LEONARD/ZONA, Ann. Econ. Stat. 1994, 173 ff.

²⁷¹ Vgl. AFFELDT/DUSO/GUGLER/PIECHUCKA, 5 und Fn. 5.

²⁷² Vgl. u.a. KAPLOW, HLR 2010, 437 sowie 515 ff. (insb. 517) mit dem Fazit, dass das Kartellrecht auch ohne Marktabgrenzung auskommen könne; auch PIKE bezeichnet die Marktabgrenzung als «kontraproduktiv» («In contrast, market definition is often unnecessary and can be counterproductive.») vgl. PIKE, 13; vgl. ferner SMITH/DUKE, ECJ 2021, 93 (insb. Fn. 1) m.w.H.; NAZZINI, Ital. Antitrust Rev. 2018, 13 ff.; SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 30 ff. m.w.H.; PODSZUN/FRANZ, NZKart 2015, 126; CRANE, Notre Dame L. Rev. 2014, 31 ff.; ZIMMER, WuW 2013, 928 ff. m.w.H.

147 Trotzdem ist die Marktabgrenzung aufgrund der kartellrechtlichen Rechtsgrundlage in der Europäischen Union und in der Schweiz weiterhin zentraler Bestandteil der kartellrechtlichen Verfahren. Aus diesem Grund ist zunächst die rechtliche Grundlage der Europäischen Union (a) und der Schweiz (b) im Hinblick auf die Notwendigkeit der Marktabgrenzung in digitalen Märkten zu analysieren. Ausserdem ist zu untersuchen, ob der Kopplungstatbestand zwingend abgegrenzte Märkte voraussetzt, um seine Funktion zu erfüllen (c). Darüber hinaus ist näher auf die Diskussion zum Verzicht auf die Marktabgrenzung einzugehen (d) sowie die Idee der flexiblen Marktabgrenzung zu beleuchten (e).

a) Europäische Union

aa) Grundlagen

148 Die zentralen Normen des Kartellrechts der Europäischen Union sind Art. 101 und 102 AEUV. Sie werden im Bereich der Zusammenschlusskontrolle durch Art. 2 FKVO ergänzt. Darüber hinaus ist die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes von entscheidender Bedeutung. Im Rahmen dieser Arbeit sind insbesondere Art. 102 AEUV sowie die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes von Interesse.

149 Bereits im Jahre 2002 entwickelte die Europäische Kommission eine Leitlinie zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste.²⁷³ Selbst wenn diese Leitlinie nicht unmittelbar auf digitale Märkte anwendbar ist, weisen die elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste gewisse Ähnlichkeiten mit den hier untersuchten digitalen Märkten auf. Da sich gewisse Aspekte der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste auch in digitalen Märkten wiederfinden, dient die Leitlinie der Europäischen Kommission als erste Orientierungshilfe bei der Frage, welche Bedeutung die Abgrenzung des relevanten Marktes hat. Mindestens die Leitgedanken der Europäischen Kommission lassen sich daraus ableiten:

«Bei der Feststellung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ob es also «eine wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden

²⁷³ Europäische Kommission, ABl. C 165, 11.07.2002.

und letztlich Verbrauchern zu verhalten» [...], ist die Definition des relevanten Marktes von grundlegender Bedeutung, da echter Wettbewerb nur unter Bezugnahme auf einen solchen relevanten Markt gewürdigt werden kann [...].»²⁷⁴

Die Europäische Kommission möchte insbesondere auch bei den (besonderen) Marktverhältnissen der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste nicht auf die Definition des relevanten Marktes verzichten; vielmehr betont sie, dass die Marktabgrenzung für die Würdigung des echten Wettbewerbs von grundlegender Bedeutung sei. 150

Obwohl Art. 102 AEUV nicht explizit eine Abgrenzung des relevanten Marktes verlangt, lässt sich bei Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale von Art. 102 AEUV, insbesondere der beherrschenden Stellung und deren Ermittlung über das zweistufige Verfahren,²⁷⁵ mindestens implizit eine Pflicht zur Marktabgrenzung ableiten.²⁷⁶ Ferner ist auch gemäss der Rechtsprechung die Definition des relevanten Marktes erforderlich: 151

«Bei der Anwendung des Artikels 86 EG-Vertrag [heute Art. 102 AEUV] hat die angemessene Definition des relevanten Marktes notwendig jeder Beurteilung eines angeblich wettbewerbswidrigen Verhaltens vorauszugehen, da vor dem Nachweis der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung die Existenz einer solchen Stellung auf einem bestimmten Markt nachgewiesen werden muss, was die vorherige Abgrenzung dieses Marktes voraussetzt.»²⁷⁷

Auch in Bezug auf digitale Produkte hat sich die Rechtsprechung der Europäischen Union diesbezüglich nicht verändert; insbesondere der Verweis auf den relevanten Markt bleibt ein zentraler Bestandteil der Verfahren: 152

«Die Richtigkeit dieser Vorgehensweise kann nicht bestritten werden. Art. 82 EG [heute Art. 102 AEUV] betrifft nämlich das Verhalten eines oder mehrerer

²⁷⁴ Europäische Kommission, ABl. C 165, 11.07.2002, 10 m.w.V.

²⁷⁵ Vgl. Kapitel [C.I.2](#) für das zweistufige Verfahren.

²⁷⁶ Vgl. für eine detaillierte Untersuchung zur rechtlichen Notwendigkeit der Marktabgrenzung in der Europäischen Union HAHNE, 189 ff.; für die Auseinandersetzung zur rechtlichen Notwendigkeit der Marktabgrenzung in Art. 102 AEUV vgl. HAHNE, 206 ff.

²⁷⁷ Urteil des EuG, Rs. T-62/98 vom 06.07.2000, *Volkswagen/Kommission*, Rn. 230, Ergänzungen durch den Autor. Die europäischen Gerichte gehen regelmässig davon aus, zunächst den (sachlich und geographisch) relevanten Markt abzugrenzen, bevor die beherrschende Stellung bestimmt werden kann, s. hierzu u.a. Urteil des EuGH, Rs. C-27/76 vom 14.02.1978, *Chiquita Bananen*, Rn. 10 («Zur Beurteilung der Frage, ob UBC auf dem Markt für Bananen eine beherrschende Stellung innehat, ist dieser Markt sowohl im Hinblick auf das Produkt als auch in räumlicher Hinsicht abzugrenzen.»); Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, Rn. 29–35; vgl. Kapitel [C.I.2](#) für eine detailliertere Auseinandersetzung mit dieser zweistufigen Vorgehensweise.

Wirtschaftsteilnehmer, das in der missbräuchlichen Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung besteht, die es dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer erlaubt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten [...].»²⁷⁸

- 153 Der Abgrenzung des relevanten Marktes kommt in den Entscheiden der Europäischen Kommission dieselbe Bedeutung zu; die Europäische Kommission hat sich u.a. auch unmittelbar mit den Besonderheiten der digitalen Märkte auseinandergesetzt und hält trotz der Herausforderungen im Rahmen der Marktabgrenzung auf digitalen Märkten weiterhin an der Marktabgrenzung fest:

«For the purposes of investigating the possible dominant position of an undertaking on a given product market, the possibilities of competition must be judged in the context of the market comprising the totality of the products or services which, with respect to their characteristics, are particularly suitable for satisfying constant needs and are only to a limited extent interchangeable with other products or services.»²⁷⁹

«The definition of the relevant product and geographic market in the context of the application of Article 102 TFEU is useful when assessing whether an undertaking has a dominant position and whether that dominant position enables it to prevent effective competition from being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and, ultimately, consumers.»²⁸⁰

«For the purposes of investigating the possible dominant position of an undertaking on a given product market, the possibilities of competition must be judged in the context of the market comprising the totality of the products or services which, with respect to their characteristics, are particularly suitable for satisfying constant needs and are only to a limited extent interchangeable with other products or services.»²⁸¹

²⁷⁸ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 229 m.w.H., Ergänzungen durch den Autor.

²⁷⁹ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 145 m.w.H.; ferner Rn. 154 ff. für die Abgrenzung der einzelnen Märkte.

²⁸⁰ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 210 m.w.H.; ferner Rn. 217 ff. für die Abgrenzung der einzelnen Märkte.

²⁸¹ EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*, Rn. 111 m.w.H.; ferner Rn. 120 ff. für die Abgrenzung der einzelnen Märkte.

Obwohl Art. 102 AEUV nicht unmittelbar auf die Abgrenzung des relevanten Marktes Bezug nimmt, beruht die Marktabgrenzung nicht bloss auf der Rechtsprechung der Gerichte²⁸² und den Entscheiden der Europäischen Kommission,²⁸³ sondern sie wird auch durch die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes beeinflusst. Die Bekanntmachung der Kommission ist zwar «bloss» ein Soft-Law-Instrument, jedoch ist ihre Bedeutung in der Rechtsprechung nicht zu unterschätzen, da sie unabhängig von der Auslegung der Gerichte Geltung beansprucht;²⁸⁴ insbesondere die nationalen Gerichte und nationalen Kartellbehörden sind nicht an die Bekanntmachung gebunden. Für die Europäische Kommission hingegen ist die Marktdefinitionsbekanntmachung bindend.²⁸⁵ 154

Ziel der Bekanntmachung ist die Erläuterung der Begriffe des sachlich und räumlich relevanten Marktes.²⁸⁶ Sie stützt sich direkt auf das Marktmachtkonzept, wonach die Marktabgrenzung dazu dient, die Marktanteile der Unternehmen zu berechnen. Mit der Marktabgrenzung soll der Rahmen gesetzt werden, innerhalb dessen das Wettbewerbsrecht anwendbar ist.²⁸⁷ Ferner hält die Europäische Kommission fest, dass der Hauptzweck der Marktabgrenzung die *systematische* Ermittlung der Wettbewerbskräfte ist, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben.²⁸⁸ 155

Jedoch sind im Rahmen der Marktabgrenzung auch weitere Aspekte zu berücksichtigen. Ein zusätzliches Ziel der Bekanntmachung ist, die Politik und Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission transparenter zu machen, indem sie das Vorgehen bei der Marktabgrenzung sowie die zugrunde liegenden 156

²⁸² Vgl. u.a. Urteil des EuG, Rs. T-62/98 vom 06.07.2000, *Volkswagen/Kommission*, Rn. 230; Urteil des EuGH, Rs. C-322/81 vom 09.11.1983, *Michelin/Kommission*, Rn. 37; Urteil des EuGH, Rs. C-27/76 vom 14.02.1978, *Chiquita Bananen*, Rn. 10; Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, Rn. 29–35.

²⁸³ Vgl. u.a. EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*, Rn. 111 m.w.H.; EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 210 m.w.H.; EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 145 m.w.H.

²⁸⁴ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 6; vgl. bspw. Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 484 ff. und Urteil des EuG, Rs. T-612/17 vom 10.11.2021, *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rn. 463 ff. bzw. Rn. 463 ff. für die Bezugnahme der Gerichte auf die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes.

²⁸⁵ Europäische Kommission, Evaluierung, 3.

²⁸⁶ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 1.

²⁸⁷ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 2.

²⁸⁸ Vgl. Kapitel [C.I.2](#) für dieses zweistufige Verfahren als Konzept der Marktabgrenzung.

den Kriterien und Nachweise angibt.²⁸⁹ Diese Transparenz soll zur Rechtssicherheit beitragen, indem die Unternehmen und deren Beratende die Fälle besser voraussehen können. Im Umkehrschluss verhindert die objektiv nachvollziehbare Marktabgrenzung willkürliche Vorgehensweisen der Kartellbehörden, da sie sich auf die Bekanntmachung bzw. auf die Rechtsprechung zu stützen haben.

- 157 Die Marktabgrenzung der Kommission blieb jedoch nicht von jeglicher Kritik der Gerichte verschont. Bei der Ermittlung des relevanten Marktes ist die Kommission an Beweise und etablierte wirtschaftliche Grundsätze²⁹⁰ gebunden; die gerichtliche Überprüfung gewährleistet eine korrekte Anwendung der anzuwendenden Massstäbe. Das Gericht kam im Entscheid *CEAHR/Kommission* zu folgendem Schluss:

«In Anbetracht dieser Gesichtspunkte und in Ermangelung weiterer Darlegungen in der angefochtenen Entscheidung, die die in der Rechtsprechung und in der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes aufgestellten Kriterien (oben in den [Rn.] 67 bis 70 angeführt) berücksichtigen würden, ist das Gericht der Ansicht, dass die Kommission weder dargetan hat, dass eine gemässigte Preiserhöhung auf dem Dienstleistungsmarkt zu einer Verlagerung der Nachfrage auf dem Markt für Luxus- oder Prestigeuhren führen würde, die eine solche Erhöhung als nicht gewinnträchtig erscheinen lassen könnte, noch, dass ganz allgemein der Preis der Dienstleistungen den Wettbewerb zwischen den Primärprodukten beeinflusst.»²⁹¹

- 158 Dabei kritisiert das Gericht *nicht* die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes bzw. die Marktabgrenzung an sich, sondern bloss das Vorgehen der Kommission. In diesem Sinne erfüllt das Gericht genau jene Aufgabe, die ihm obliegt: Es führt eine gerichtliche Überprüfung durch und analysiert, ob die Kommission die Grundsätze der Rechtsprechung und Bekanntmachung korrekt befolgt.

²⁸⁹ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 4; gemäss EuG «trug die Bekanntmachung über die Marktdefinition zur Klarstellung der Grenzen der Ausübung des Ermessens der Kommission bei, die bereits aus Art. 15 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 und Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 resultieren» (Urteil des EuG, Rs. T-446/05 vom 28.04.2010, *Amann & Söhne/Kommission*, Rn. 137).

²⁹⁰ Vgl. zu den etablierten wirtschaftlichen Grundsätzen Kapitel [C.1.1](#), insb. [Rn. 127](#) und [Rn. 130](#).

²⁹¹ Urteil des EuG, Rs. T-427/08 vom 15.12.2010, *CEAHR/Kommission*, Rn. 118; Ergänzungen durch den Autor.

bb) Evaluierung der Marktdefinitionsbekanntmachung

Als die Europäische Kommission ihre Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Jahre 1997 veröffentlichte, hatte sie mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht die Besonderheiten der digitalen Märkte vor Augen. Seit-
her haben sich nicht nur die Marktverhältnisse verändert, sondern teilweise auch die Ansichten zur Vorgehensweise der Europäischen Kommission; die Bekanntmachung selbst wurde aber trotz der neuen Herausforderungen nicht angepasst. Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission im Jahre 2020 eine Evaluierung der Marktdefinitionsbekanntmachung veranlasst, bei der u.a. die Anwendbarkeit der Bekanntmachung auf digitale Märkte zu prüfen war. Gestützt auf die Grundsätze der Leitlinien und des Instrumentariums für bessere Rechtsetzung der Europäischen Kommission hat die Evaluierung folgende Punkte untersucht:²⁹²

159

- die Relevanz, also ob die Ziele der Bekanntmachung weiterhin angemessen sind;
- die Wirksamkeit, also ob der Bekanntmachung ihre Ziele während der Anwendungszeit erreicht hat;
- die Effizienz, also ob die mit der Bekanntmachung verbundenen Nettovorteile positiv waren;
- die Kohärenz, also ob die verschiedenen Bestandteile der Bekanntmachung gut zusammenwirken und ob die Bekanntmachung mit anderen kartell- und fusionsrechtlichen Leitlinien, der Rechtsprechung der europäischen Gerichte sowie anderen europäischen Regelwerken übereinstimmend ist;
- ob die Bekanntmachung als Soft-Law-Instrument einen zusätzlichen Nutzen gebracht hat.

Während die Evaluierung auf alle erwähnten Punkte im Detail eingeht, ist im Rahmen dieses Kapitels insbesondere die weiterhin bestehende Notwendigkeit zur Marktabgrenzung von Bedeutung. In der Europäischen Union ist aufgrund der rechtlichen und ökonomischen Entwicklungen ein Zuwachs von Kartell- und Zusammenschlussverfahren mit einhergehender Durchführung der Marktdefinition bemerkbar; gestützt darauf haben sich sowohl die Europäische Kommission als auch die europäischen Gerichte mit einer steigenden Anzahl von herausfordernden Fällen der Marktabgrenzung auseinandergesetzt und sie in der Regel gut bewältigt.²⁹³ Trotzdem gibt es in der Literatur und ins-

160

²⁹² Europäische Kommission, Evaluierung, 2.

²⁹³ Vgl. Europäische Kommission, Evaluierung, 26.

besondere in der Privatwirtschaft Stimmen, welche die Rolle und Bedeutung der Marktabgrenzung kleinreden wollen.²⁹⁴

- 161 Ferner ist aus den Rückmeldungen zum Fahrplan und den Rückmeldungen aus der öffentlichen Konsultation ersichtlich, dass nahezu Einigkeit herrscht, weiterhin an der Marktabgrenzung festzuhalten. Auffällig ist, dass weder nationale Wettbewerbsbehörden noch die Interessenvertretung der Privatwirtschaft auf die Marktabgrenzung zu verzichten gedenken. Nur zwei von 29 nationalen Wettbewerbsbehörden und zwei von 86 Interessengruppen der Privatwirtschaft haben Kritik an der Relevanz der Bekanntmachung angebracht. Diese Kritik richtet sich jeweils nicht gegen die Marktabgrenzung an sich, sondern gegen die Art und Vorgehensweise bei der Marktabgrenzung, und zwar ist gemäss allen vier kritischen Rückmeldungen eine Anpassung an die technologischen und ökonomischen Entwicklungen im Rahmen der Digitalisierung erforderlich, da diese die Funktionsweise bestimmter Märkte verändert haben. In diesem Zusammenhang haben die Interessengruppen der Privatwirtschaft zusätzlich hervorgehoben, dass eine Orientierungshilfe in der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes notwendig sei, um die Rechtssicherheit zu verbessern. Gemäss diesen Rückmeldungen ist eine Aktualisierung der Bekanntmachung geboten, jedoch keine Abschaffung der Bekanntmachung bzw. kein Verzicht auf die Marktabgrenzung.²⁹⁵
- 162 Aus Sicht der Interessengruppen der Privatwirtschaft ist die Marktabgrenzung (und ferner die Bekanntmachung) notwendig, da sie eine Möglichkeit bietet, die Ansichten und Vorgehen der Vollzugsbehörden zu verstehen. Sie ermöglicht zudem eine methodisch nachvollziehbare Grundlage, auf der die Unternehmen in der Lage sind, interne (rechtliche) Risikobewertungen durchzuführen und bestenfalls durch frühen Abschluss potenzieller Untersuchungen Kosten zu sparen. Bei Dahinfallen der Bekanntmachung bzw. der Marktabgrenzung sind die Unternehmen einerseits gezwungen, hohe Beratungskosten an Anwaltskanzleien zu bezahlen, andererseits sind sie mit der Ungewissheit konfrontiert, wie bei ihrem Einzelfall vorgegangen wird.²⁹⁶
- 163 Obwohl die nationalen Wettbewerbsbehörden die Fälle aus einem anderen Blickwinkel betrachten, sind auch sie der Meinung, dass weiterhin an der Abgrenzung des relevanten Marktes festzuhalten sei; insbesondere die Grundprinzipien der Marktabgrenzung haben sich gemäss den nationalen Wettbe-

²⁹⁴ Vgl. hierzu im Detail Kapitel [C.I.4.d](#)).

²⁹⁵ Vgl. Europäische Kommission, Summary of the stakeholder consultation, 5; Europäische Kommission, Summary of the contributions of the National Competition Authorities, 3.

²⁹⁶ Vgl. Europäische Kommission, Evaluierung, 27 f. m.w.V.

werbsbehörden nicht bzw. nur punktuell verändert.²⁹⁷ Gemäss den Rückmeldungen sind die Leitlinien für die Marktabgrenzung korrekt, umfassend und klar.²⁹⁸ Ein wiederkehrender Kritikpunkt der nationalen Wettbewerbsbehörden war die Untauglichkeit des SSNIP-Tests («small but significant and non-transitory increase in price») für digitale Märkte.²⁹⁹ Aber auch hier wurde nicht die Marktabgrenzung an sich, sondern eine bestimmte Umsetzungsmöglichkeit der Marktabgrenzung kritisiert.

Mit der Evaluierung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes hat die Europäische Kommission die Funktionsweise der Bekanntmachung beurteilt und ist zum Schluss gekommen, dass die Bekanntmachung weiterhin von grosser Bedeutung und ein nützliches Instrument ist, da es den Unternehmen bzw. allen Beteiligten Klarheit und Transparenz in Bezug auf die Vorgehensweise der Kommission bei der Marktabgrenzung verschafft.³⁰⁰ Die Rolle der Marktabgrenzung als bewährtes und häufig verwendetes Konzept des Kartellrechts wurde in der Evaluierung betont und somit zusätzlich verstärkt. Dennoch sieht die Europäische Kommission Anpassungsbedarf bei der Bekanntmachung, und zwar insbesondere im Rahmen der Digitalisierung (und entfernt bei der Anwendung der quantitativen Methoden in digitalen Märkten), der Ökosysteme sowie der Produkte und Dienstleistungen zum Nulltarif (engl. «zero monetary price»).³⁰¹

164

b) Schweiz

In der Schweiz ist die Marktabgrenzung vor allem im Rahmen von Art. 5, Art. 7 und Art. 10 KG relevant. Ergänzt werden diese Bestimmungen durch die Kodifizierung des Bedarfsmarktkonzepts in Art. 11 Abs. 3 VKU. Das zweistufige Vorgehen zur Bestimmung der Marktbeherrschung sowie das Konzept des relevanten Marktes haben u.a. in diesen Bestimmungen Eingang in das Gesetz gefunden.³⁰² Nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherr-

165

²⁹⁷ Europäische Kommission, Summary of the contributions of the National Competition Authorities, 3 f.

²⁹⁸ Europäische Kommission, Summary of the contributions of the National Competition Authorities, 5.

²⁹⁹ Europäische Kommission, Summary of the contributions of the National Competition Authorities, 4 f., 7 und 9.

³⁰⁰ Vgl. Europäische Kommission, Evaluierung, 66 ff.

³⁰¹ Vgl. zu den Herausforderungen in diesem Zusammenhang und den Lösungsvorschlägen des Autors Kapitel [C.III.2 ff.](#)

³⁰² S. z.B. Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 lit. b KG oder auch Art. 11 Abs. 1 lit. d-f und Art. 11 Abs. 3 VKU.

schende Unternehmen «einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt [...] in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern [...] in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten».³⁰³ Obwohl das Gesetz nicht direkt von der Marktabgrenzung spricht, verlangt es, die Unternehmen auf Grundlage eines Marktes zu prüfen.

- 166 Zwar stösst dieses zweistufige Vorgehen in der schweizerischen Literatur auf Kritik,³⁰⁴ jedoch ist aufgrund mangelnder Alternativvorschläge keine seriöse Verfolgung anderer Ansätze möglich.³⁰⁵ Zudem wird der relevante Markt in der Botschaft zum Kartellgesetz – insbesondere im Rahmen der marktbeherrschenden Unternehmen – als selbstverständlicher Bestandteil des Kartellrechts behandelt.³⁰⁶ In der Botschaft wird auch auf die Problematik bei der Bestimmung des relevanten Marktes hingewiesen. Dennoch setzt sie weiterhin die Marktabgrenzung voraus, um überhaupt die Auswirkungen auf den Wettbewerb bestimmen zu können. Jedoch verzichtet der Bundesrat bewusst auf eine nähere Definition des Begriffs des relevanten Marktes, da sich dieser nicht losgelöst vom behandelten Sachverhalt konkretisieren lässt.³⁰⁷
- 167 Auch in der schweizerischen Rechtsprechung ist keine Abkehr von der Marktdefinition erkennbar; im Gegenteil insistieren die Gerichte auf die Abgrenzung des relevanten Marktes. Die Behörden haben sich in Sachen *Berner Zeitung AG* explizit mit der These von RAASS³⁰⁸ auseinandergesetzt, wonach auf die Marktabgrenzung bei Unternehmenszusammenschlüssen zu verzichten sei.³⁰⁹ Gemäss der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen setzt die vorzunehmende Prüfung – entgegen der These von RAASS – eine «den wirtschaftlichen Realitäten gerecht werdende Marktabgrenzung voraus».³¹⁰ Dadurch lassen sich die Streitfragen «nach den konkreten Wettbewerbsverhältnissen auf den für relevant erachteten Märkten» prospektiv betrachten.³¹¹ Das Bundesgericht hat diesen Entscheid im Rechtsmittelverfahren auch bestätigt.³¹² Zu dieser Frage

³⁰³ Hervorhebungen durch den Autor.

³⁰⁴ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 7 ff. m.w.V.

³⁰⁵ Vgl. BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 13 f. mit einem nicht tauglichen Ansatz zum Verzicht auf die Marktabgrenzung.

³⁰⁶ S. z.B. Botschaft KG, BBl 1995, 548 («Ausgangspunkt der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung ist in der Regel die Struktur des relevanten Marktes»), 554, 556 oder auch 571.

³⁰⁷ Botschaft KG, BBl 1995, 554.

³⁰⁸ RAASS, SIC! 1999, 669 ff.

³⁰⁹ RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, E. 6.1.3, 361 f.

³¹⁰ RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, E. 6.1.3, 361.

³¹¹ RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, E. 6.1.3, 362.

³¹² Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.02.2007, E. 6.6. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Fall zu einem späteren Zeitpunkt auch noch einmal aufgegriffen und bestätigt, dass

der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs hatte sich das Bundesgericht bereits im Jahre 2002 betreffend Buchpreisbindungen klar geäussert; gemäss dem Bundesgericht bezieht sich die «Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs [...] immer auf einen sachlich und räumlich abgegrenzten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen».³¹³

Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht im Fall *Swisscom AG gegen WEKO (Terminierungspreise im Mobilfunk)* die Frage des Verzichts auf die Marktabgrenzung ausdrücklich behandelt. Das Bundesverwaltungsgericht hat gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes, auf die Rechtsprechung sowie auf einen Vergleich mit der Leitlinie zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste das Vorbringen der Beschwerdeführerin, auf die Marktabgrenzung zu verzichten, abgelehnt.³¹⁴ Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht ist es offensichtlich notwendig, «dem vom Gesetzgeber vorgesehenen und in Rechtsprechung und Lehre bestätigten Prüfschema zu folgen und vorab eine Marktabgrenzung vorzunehmen».³¹⁵ 168

Ferner hält das Bundesverwaltungsgericht in Verfahren zu unzulässigen Verhaltensweisen nach Art. 7 KG wiederholt fest, dass es für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung formal erforderlich ist, «in einem ersten Schritt den massgeblichen Markt, auf dem diese marktbeherrschende Stellung eingenommen wird, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung ermittelt werden kann».³¹⁶ 169

Schliesslich haben sich die Behörden in der Schweiz auch schon mit der Marktabgrenzung im Rahmen von digitalen Märkten auseinandergesetzt. Im soweit ersichtlich ersten Fall zu den digitalen Märkten hat sich die WEKO mit Online-Buchungsplattformen für Hotels befasst.³¹⁷ Obwohl die WEKO nicht 170

die Marktabgrenzung nicht Selbstzweck, sondern die Grundlage für die weitere rechtliche und tatsächliche Beurteilung der Angelegenheit ist (vgl. Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24.02.2010, E. 9.2.3).

³¹³ BGE 129 II 18, E. 7.2.

³¹⁴ Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24.02.2010, E. 9.2.3 mit einem Vergleich zur Leitlinie zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (vgl. hierzu vorne Kapitel [C.I.4.a\)aa\)](#) mit [Rn. 149](#)); vgl. auch vorne Kapitel [C.I.4.b\)](#) mit [Rn. 165](#).

³¹⁵ Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24.02.2010, E. 9.2.3.

³¹⁶ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015, E. 256 m.w.V.

³¹⁷ Dies erwähnt die WEKO selbst auch: «Die WEKO setzt sich vorliegend zum ersten Mal mit Online-Buchungsplattformen auseinander und hat auch keine Praxis in vergleichbaren zweiseitigen Transaktions-Märkten aus der Reisebranche [...]» (vgl. RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 91, Rn. 180).

den Begriff der «digitalen Märkte» verwendet,³¹⁸ ist bei ihrer Prüfung der Eigenschaften der untersuchten Märkte ersichtlich, dass es sich um digitale Märkte im Sinne des hier verwendeten Begriffs handelt.³¹⁹ Um die Marktverhältnisse auf diesen Märkten untersuchen zu können, sind gemäss WEKO vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Aus Sicht der WEKO ist daher bei digitalen Märkten weiterhin an der Marktabgrenzung festzuhalten.³²⁰ In Sachen *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen* hat die WEKO diese Praxis noch einmal bestätigt, indem sie auch hier erkannte, dass es sich in diesem Fall um digitale Märkte im Sinne des hier verwendeten Begriffs handelt³²¹ und vorab der relevante Markt definiert werden muss, um zu prüfen, ob sich das untersuchte Unternehmen von anderen Marktteilnehmenden in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann.³²²

- 171 Folglich ist auch aus der hier geschilderten Praxis in der Schweiz das zweistufige Konzept für die Ermittlung der Marktverhältnisse bindend und die Marktabgrenzung somit (u.a. in digitalen Märkten) weiterhin notwendig.

c) Bedeutung der Marktabgrenzung für die Kopplungsgeschäfte

- 172 Unabhängig davon, dass die Rechtsgrundlagen zum Kartellrecht der Europäischen Union oder der Schweiz eine Marktabgrenzung voraussetzen, ist mit Blick auf einzelne Missbrauchstatbestände ersichtlich, dass eine Marktabgrenzung spätestens bei Anwendung dieser Tatbestände unabdingbar ist.

³¹⁸ Diese Praxis ist zu begrüßen, da vorliegend – wie bereits erwähnt – die Terminologie «Märkte der digitalen Wirtschaft» bevorzugt wird; ebenfalls angemessen ist die Herangehensweise der WEKO, welche die Eigenschaften der Märkte untersucht und gestützt auf dieses Ergebnis eine Marktabgrenzung vornimmt. Die Anwendung des Ausdrucks «digitale Märkte» birgt die Gefahr, dem kartellrechtlichen Verfahren eine falsche Marktabgrenzung zugrunde zu legen.

³¹⁹ RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 91 ff., Rn. 183 ff.

³²⁰ RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 90, Rn. 176.

³²¹ Vgl. RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, 1189 ff., Rn. 268 ff., mit der Prüfung der Eigenschaften der zweiseitigen Märkte, der indirekten Netzwerkeffekte, der Preisstruktur, der Transaktions- und Nicht-Transaktionsmärkte sowie des Single-Homing und Multi-Homing.

³²² Zur Durchführung der Marktabgrenzung vgl. RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, 1181, Rn. 211.

Das offenkundigste Beispiel hierfür ist der Tatbestand der Kopplungstatbestände (Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV; Art. 7 Abs. 2 lit. f KG). Die erste Voraussetzung für das Vorliegen eines Kopplungsgeschäfts ist die beherrschende Stellung auf dem Markt des koppelnden Gutes. Dabei handelt es sich nicht nur um eine juristische Voraussetzung für den Kopplungstatbestand, sondern auch um eine wirtschaftliche Voraussetzung, die für den erfolgreichen Abschluss eines Kopplungsgeschäfts erforderlich ist.³²³ Ohne die beherrschende Stellung auf dem Markt für das koppelnde Gut kann das Unternehmen in der Regel keinen Zwang ausüben, der für die Kopplungsgeschäfte charakteristisch ist. Folglich ist das Kopplungsgeschäft ein Tatbestand, der eine enge Beziehung zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch aufweist.³²⁴ Die Bedeutung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für das koppelnde Gut zeigt sich auch in der Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen und vertikale Vereinbarungen.³²⁵ Die Kopplungsklauseln sind gemäss dieser Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt, falls die Marktanteilsschwelle von 20% bzw. 30% auf dem relevanten Markt noch nicht überschritten ist (Art. 3 Gruppenfreistellungsverordnung).

173

In Fällen der Kopplungsgeschäfte ist ein Verzicht auf die Marktabgrenzung grundsätzlich nicht wünschenswert. In der Praxis zu den Kopplungspraktiken hat sich bei der Ermittlung der separaten Güter die Anwendung der marktorientierten Beurteilung etabliert. Darüber hinaus kann der sachlich relevante Markt auch einen Einfluss auf die Feststellung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von Kopplungsgeschäften haben. Dies ist insbesondere unter Berücksichtigung der Kundenüberlappung von Bedeutung. Grenzen die Behörden separate Einzelmärkte ab, bedarf es einer umfassenderen Analyse der Kundenüberlappung, da auf jede Marktseite separat Bezug genommen werden muss.³²⁶

174

³²³ GOYDER/ALBORS-LLORENS, 364; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 621.

³²⁴ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 621; vgl. ferner LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 194; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 278; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 718 f.

³²⁵ Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. L 93 vom 28. März 2014, 17–23).

³²⁶ Vgl. Kapitel [E.III.1.b\)bb](#)) (insb. [Rn. 822 ff.](#)), Kapitel [E.III.2.c](#)) (insb. [Rn. 835](#)) und Kapitel [E.III.4.b\)aa](#)(1) (insb. [Rn. 889](#)).

d) Diskussionen zum Verzicht auf die Marktabgrenzung

- 175 Gemäss den vorangehenden Ausführungen fordern weder die Europäische Kommission oder die nationalen Wettbewerbsbehörden noch die Interessenvertretung der Privatwirtschaft einen Verzicht auf die Marktabgrenzung. Darüber hinaus ist spätestens mit Blick auf die Kopplungstatbestände offenkundig, dass ein vollständiger Verzicht auf die Definition des relevanten Marktes kaum möglich ist. In der Literatur gibt es trotzdem Stimmen, die auf die Ermittlung der relevanten Märkte verzichten wollen.³²⁷
- 176 Ein langjähriger Verfechter dieses Ansatzes ist KAPLOW,³²⁸ der die Theorien im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle konsequent zu Ende geführt hat und zum Schluss gekommen ist, dass gänzlich auf die Marktabgrenzung zu verzichten sei.³²⁹ Der Standpunkt von KAPLOW lässt sich folgendermassen zusammenfassen: Zunächst ist er der Meinung, dass die Marktabgrenzung nur in Märkten mit homogenen Produkten nützlich ist. Sie hat aber keinen Nutzen, wenn der Markt neu definiert wird bzw. wenn er auch heterogene Produkte beinhaltet.³³⁰ Zudem behauptet er, dass sich die Marktmacht in gewissen Fällen aus den Marktanteilen ableiten lässt, jedoch brauche es für Schlussfolgerungen in diesem Zusammenhang geprüfte Benchmarks, die nicht existieren;

³²⁷ Von grosser Bedeutung sind die Erkenntnisse von FARRELL/SHAPIRO (vgl. FARRELL/SHAPIRO, BEJTE 2010, 1 ff.), die hier nicht im Detail zu untersuchen sind, da sie sich insbesondere auf die Zusammenschlusskontrolle beziehen. In Kürze ist aber zu erwähnen, dass der Vorschlag von FARRELL/SHAPIRO – unabhängig von der ebenfalls kritisierten ökonomischen Möglichkeit – rechtlich nicht mit den Regelungen in der Europäischen Union vereinbar ist. Die FKVO verlangt weiterhin, dass die Kommission u.a. «die Struktur aller betroffenen Märkte» (Art. 2 Abs. 1 lit. a FKVO) sowie «die Marktstellung [...] der beteiligten Unternehmen» (Art. 2 Abs. 1 lit. b FKVO) zu prüfen hat. Diese beiden Faktoren können nur nach einer Marktabgrenzung berücksichtigt werden. Aus diesem Grund scheint diese Idee mindestens in der Europäischen Union noch nicht haltbar bzw. unterliegt allfälligen rechtspolitischen Diskussionen (vgl. auch FERRO, Market Definition, 333 ff.). Ferner halten die Autoren selbst fest, dass ihr Vorschlag nicht immer, sondern nur «oft» durchführbar ist («we do not claim that our test is always tractable, only that it often is» vgl. FARRELL/SHAPIRO, BEJTE 2010, 17), weshalb er – wenn überhaupt – nur bedingt Sinn macht und nur in bestimmten Fällen zur Anwendung kommen kann. Trotzdem ist zu erwähnen, dass die vorgeschlagene Herangehensweise von FARRELL/SHAPIRO anwendbar sein kann und wertvolle Informationen bietet, jedoch soll der Anspruch nicht sein, diesen Test als zwingende oder exklusive Methode in die Zusammenschlusskontrolle einzuführen.

³²⁸ Vgl. u.a. KAPLOW, HLR 1982, 1818 und 1826 ff.; KAPLOW, HLR 2010, 437 ff.

³²⁹ KAPLOW, HLR 2010, 440 («The thesis of this Article is that the market definition process should be abandoned.») und 515 ff.

³³⁰ KAPLOW, HLR 2010, 441.

aus diesem Grund sind die Ergebnisse nicht vergleichbar und haben keine Aussagekraft.³³¹ Darüber hinaus ist es gemäss KAPLOW gar nicht möglich, den relevanten Markt zu bestimmen, wenn die Behörden nicht bereits beste Schätzungen zur Marktmacht bereit haben; sollte dies der Fall sein, ist die Marktabgrenzung ohnehin unnötig bzw. sogar fehleranfälliger, da die Behörden auch direkt mit den Schätzungen der Marktmacht arbeiten können.³³² Schliesslich stellt er fest, dass sich die Marktabgrenzung zu fest auf die Substituierbarkeit von Gütern und die Kreuzpreiselastizität konzentriert und gleichzeitig die Bedeutung der Preiselastizität der Nachfrage vernachlässigt, weshalb sie kein korrektes Bild der Marktmacht vermitteln kann.³³³

Dem Ansatz von KAPLOW ist aus verschiedenen Gründen nicht zu folgen. Zunächst basiert er seine Argumentation auf der Annahme, dass die Marktabgrenzung angewendet wird, um in einem nächsten Schritt aus den Marktanteilen automatisch Schlüsse auf die Marktmacht zu ziehen.³³⁴ Dieser Annahme ist – mindestens gestützt auf die Regulierung in der Europäischen Union und in der Schweiz – nicht zu folgen. Wie dargelegt, lässt sich die Marktabgrenzung als Hilfsmittel für die Feststellung von Marktmacht bzw. für die Analyse wettbewerbswidriger Wirkungen umschreiben; in einem zweiten Schritt haben die Behörden die Marktstellung des untersuchten Unternehmens zu analysieren. Diese Analyse berücksichtigt zwar die Marktanteile eines Unternehmens, aber sie lassen keine automatischen Schlüsse auf die Marktmacht zu. Die Behörden machen sich vielmehr ein Gesamtbild, indem sie die Marktstruktur (u.a. Marktanteile, potenzieller Wettbewerb, Marktzutrittsbarrieren), die Unternehmensstruktur (u.a. Grössenvorteile, technologischer Vorsprung, kommerzieller Vorsprung) und das Marktverhalten analysieren.³³⁵ Sehr hohen Marktanteilen kommt in der Europäischen Union und in der Schweiz weiter-

177

³³¹ KAPLOW, HLR 2010, 441 und 463.

³³² KAPLOW, HLR 2010, 441 f. und 466 f.

³³³ KAPLOW, HLR 2010, 442 und 480 ff.

³³⁴ KAPLOW, HLR 2010, 439.

³³⁵ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 86 ff.; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 117 ff. Für die Schweiz hält die Botschaft explizit fest, dass die im Gesetzesentwurf definierten Kriterien nicht für die Bestimmung der Marktbeherrschung ausreichen; die Marktbeherrschung ist vielmehr «anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falles» zu beurteilen (Botschaft KG, BBl 1995, 548). Daraus folgt, dass keine der einzelnen Kriterien zur Beurteilung der Marktbeherrschung für sich allein ausschlaggebend ist. Auch das Trade Practice Tribunal in Australien ist derselben Ansicht vgl. Trade Practices Tribunal, *Broken Hill v Koppers*, ATPR 40-203, 42,828.

hin grosse Bedeutung (bzw. teils sogar Indizwirkung) zu,³³⁶ sie sind aber trotzdem bloss ein Beurteilungspunkt neben anderen wichtigen Faktoren.

- 178 Bei fehlender Marktabgrenzung ist es zudem nicht möglich, sich ein solches Gesamtbild zu machen, da sich die Marktstruktur, insbesondere die Marktzutrittsbarrieren, nur korrekt untersuchen lässt, wenn die Behörden ihre Analyse auf einen bestimmten Markt richten. Zudem setzt der Begriff der Wettbewerbswidrigkeit einen Markt voraus, da wettbewerbswidrige Wirkungen nicht in einem leeren Raum stattfinden können. Folglich ist es nicht das einzige Ziel der Marktabgrenzung, Werte für die Marktanteile abzuleiten; die Definition des relevanten Marktes hat auch weiteren Nutzen. Aus diesem Grund stellt sich nicht die Frage, ob jemals überhaupt Märkte abzugrenzen sind,³³⁷ sondern welcher Markt den Untersuchungen zugrunde gelegt werden soll. Einerseits kann es sich dabei um einen Markt handeln, der gestützt auf bestimmte Prinzipien abgegrenzt wurde und bei korrekter Anwendung in gleich gelagerten Fällen gleiche bzw. ähnliche relevante Märkte abbildet (und somit eine gewisse Rechtssicherheit bietet). Andererseits ist es möglich, auf diesen Marktabgrenzungsprozess zu verzichten und basierend auf subjektivem «Marktempfinden» alle wettbewerbsrechtlich relevanten Vorgänge in Zusammenhang mit Märkten zu behandeln.³³⁸
- 179 Ausserdem dient die Marktdefinition zur Abgrenzung der relevanten Tatsachen. Aus der Marktabgrenzung lässt sich vielmehr eine Checkliste von Überlegungen ableiten, welche für den Wettbewerbsdruck und das Verhalten des untersuchten Unternehmens wichtige Informationen liefern können. Die Marktabgrenzung ist kein Hilfsmittel, welches der eigentlichen wettbewerbs-

³³⁶ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 87; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 118 f. Für die Schweiz hält das Bundesgericht fest, dass ein hoher Marktanteil zwar ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sei, aber nicht zwangsläufig bedeute, dass kein wirksamer Wettbewerb bzw. keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten bestehen (BGE 130 II 449, E. 5.7.2).

³³⁷ S. Titel des Aufsatzes «Why (Ever) Define Markets?» (KAPLOW, HLR 2010).

³³⁸ Es ist insbesondere erstaunlich, dass KAPLOW seinen Aufsatz auf der Argumentation aufbaut, dass der einzige Sinn der Marktabgrenzung die Ableitung von Marktmacht ist («that the primary (if not sole) purpose of defining markets is to make inferences about market power», KAPLOW, HLR 2010, 444 in Fn. 10; «Because the only purpose of defining a relevant market is to make an inference about market power [...]», KAPLOW, HLR 2010, 468 in Fn. 60), in seiner Schlussfolgerung jedoch sagt, dass der Aufsatz nicht die beste Art und Weise darlegen soll, wie Marktmacht in der Praxis zu ermitteln sei («At its core, however, this Article is not about the best interpretation of existing law. Nor is it about how, in practice, market power might best be measured in various industries or for different legal inquiries under competition law.», KAPLOW, HLR 2010, 517). Dieser Ansatz ignoriert die weiteren, möglichen Anwendungssituationen der Marktabgrenzung und ist letztlich in sich nicht konsequent.

rechtlichen Analyse vorgeht und bereits Marktmacht begründet, sondern ein Instrument zur Klassifizierung von Wettbewerbsbedingungen. Schliesslich erfordert das Recht, bei der Anwendung der relevanten Tatsachen auf den jeweiligen Einzelfall Schritt für Schritt vorzugehen. Die Marktabgrenzung bildet in diesem Zusammenhang einen Schritt, welcher nicht ausgeklammert werden kann.³³⁹

Darüber hinaus folgt KAPLOW einem überaus ökonomischen Ansatz, der für sich nicht beansprucht, dem gesetzlichen Rahmen zu entsprechen; implizit verlangt er vielmehr eine Änderung der Rechtsgrundlagen. Auffällig ist zudem, dass KAPLOW die gegenwärtig angewandte Methodik entwertet, aber selbst keine allgemein anwendbare Alternative vorbringt. Er schlägt beruhend auf ökonomischen Gedanken einen direkten Ansatz (engl. «direct approach») vor, der aber nur in den wenigsten Kartellrechtsfällen anwendbar ist und somit nicht als Alternative zur gegenwärtigen Situation dienen kann.³⁴⁰ Ein solcher Ansatz ist weder aus rechtswissenschaftlicher noch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht haltbar.³⁴¹

180

Der Ansatz von KAPLOW ist allerdings nicht gänzlich ausser Acht zu lassen, da er allenfalls als komplementäre Argumentationshilfe geeignet sein könnte. Problematisch an diesem Vorgehen ist, dass sich diese ökonomischen Modelle «zwischen die Wirklichkeit und das Recht schieben»³⁴² und die Rechtsanwendung nur weiter erschweren. Die Auswahl dieser Modelle unterliegt ferner – wie dies am Beispiel von KAPLOW ersichtlich ist – subjektiven Kriterien, die ein Kartellverfahren entscheidend beeinflussen können. Dies ist auch der Grund, weshalb im Kartellrecht nur Modelle, welche die Realität der Wirtschaftsverhältnisse *ungefiltert* abbilden können,³⁴³ bedenkenlos anwendbar sind;³⁴⁴ namentlich beim Modell von KAPLOW ist das nicht der Fall. Schliesslich muss der alternative Vorschlag zur Marktabgrenzung auch für Jurist*innen anwendbar sein und darf insbesondere nicht zu unrechtmässigen Unterscheidungen zwischen ähnlich gelagerten Fällen führen, da aufgrund der vorliegenden Ressourcen und der Bedeutung der Fälle unterschiedliche Methoden an-

181

³³⁹ So auch BRUNT, 218 m.w.V.

³⁴⁰ So bereits in Kapitel [C.I.3.b](#).

³⁴¹ Vgl. ferner nicht auf KAPLOW bezogen, aber mit ähnlicher Folgerung BRUNT, 213 f. und 218 f. RITTNER, 18

³⁴³ RITTNER, 18 und 26.

³⁴⁴ Vgl. hierzu auch Kapitel [C.I.2](#).

gewendet werden können,³⁴⁵ dies würde insbesondere zu einer Verschlechterung der Rechtssicherheit führen.

- 182 Diese Diskussion hat im Rahmen der digitalen Märkte ihren Weg auch in die Europäische Union gefunden. CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER argumentieren in ihrem Bericht an die Europäische Kommission, dass die Grenzen der Märkte in der digitalen Welt nicht mehr so klar sind wie zuvor in der «alten Wirtschaft». Zudem sei neu die Mehrseitigkeit der Märkte ein Problem, da die verschiedenen Marktseiten Wechselbeziehungen aufweisen und deshalb eine Isolierung der Probleme – wie dies die traditionelle Rolle der Marktabgrenzung sei – nicht mehr möglich sei. Aus diesem Grund müsse der Definition der relevanten Märkte weniger Bedeutung zugesprochen werden und der Fokus auf die «theory of harm» und die Identifizierung wettbewerbswidriger Strategien gelegt werden.³⁴⁶ Diese Argumentation überzeugt nicht, da das Phänomen der mehrseitigen Märkte für das Kartellrecht nicht neu ist; insbesondere die Kartellverfahren im Rahmen der Zeitungsverleger oder der Fernsehzuschauenden und Radiohörenden behandelten bereits mehrseitige Märkte, die Wechselbeziehungen aufwiesen.³⁴⁷ Ferner können die Autor*innen in diesem Bericht keine Alternative zur Marktabgrenzung vorschlagen, sondern belassen es bei ihrer Kritik. Sie führen in ihren Ergebnissen insbesondere auf, dass weiterhin die Marktmacht der Unternehmen auszumachen ist, jedoch mit angepassten Parametern für die Digitalwirtschaft.³⁴⁸ Hier wird auch wieder deutlich, dass die Diskussionen zum Verzicht auf die Marktabgrenzung nicht bloss auf objektiven Kriterien und Argumenten beruhen, sondern gleichzeitig grundlegende wettbewerbspolitische Veränderungen anstreben.

e) Anwendung einer flexiblen Marktabgrenzung

- 183 Ausserdem ist davon abzusehen, den ermittelten, sachlich relevanten Markt als unantastbaren Ausgangspunkt der Kartellrechtsanalyse zu betrachten. Während auf traditionellen Märkten die Marktabgrenzung gestützt auf be-

³⁴⁵ Vgl. FERRO, Market Definition, 339 («It would involve discriminating between cases, applying different methods depending on resources and importance»). Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht hat die Marktabgrenzung sogar «tailored for the analysis of competition and monopoly and for the assistance of courts of law (and related bodies) in <antitrust work> zu sein (vgl. BRUNT, 213).

³⁴⁶ CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 3 f.

³⁴⁷ Vgl. Kapitel [C.II.2](#) (insb. Kapitel [C.II.2.b](#)) mit der Erkenntnis, dass die Marktabgrenzung bei den dort erwähnten mehrseitigen Märkten grundsätzlich unproblematisch durchführbar war.

³⁴⁸ CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 48 f.

kannte Parameter aus der Vergangenheit (z.B. Preis und Verhaltensmuster rund um den Preis) erfolgte, ist dies auf dynamischen, durch Innovation getriebenen Märkten der digitalen Wirtschaft bloss bedingt bzw. teilweise nicht mehr möglich. In diesem Zusammenhang ist an den SSNIP-Test zu denken, welchem eine hypothetische Preiserhöhung zugrunde liegt. Obwohl diesem hypothetischen Gedankenexperiment in der Regel die erforderlichen, empirischen Werte fehlen, lässt sich anhand ökonomischer Modelle, welche die Realität der Wirtschaftsverhältnisse *ungefiltert* darstellen,³⁴⁹ eine quantifizierte Bestimmung des sachlich relevanten Marktes ableiten. Wird dieser Faktor «Preis» in Zukunft durch eine Qualitätsminderung oder durch grösstenteils unbekannte Aufmerksamkeitskosten ersetzt, stehen die Behörden einerseits vor denselben Problemen des SSNIP-Tests, andererseits lassen sich für die Qualitätsminderung oder Aufmerksamkeitskosten zurzeit keine Aussagen aus der Vergangenheit ableiten. Eine solche Anpassung, die am wahrscheinlich wichtigsten Parameter des Wettbewerbs erfolgt, erfordert die Sammlung der entsprechenden Daten, um ähnliche Rückschlüsse zu erlauben.

Im Rahmen der Marktabgrenzung in der Plattformökonomie könnte deshalb – neben dem Vorschlag einer angepassten Methode zur Marktdefinition – zusätzlich der Ansatz der «unabänderlichen» Marktabgrenzung angepasst werden. Die Marktabgrenzung sollte als dynamischer «Prozess» im Verlauf des Kartellrechtsverfahrens betrachtet werden, welcher weiterhin dazu dient, die wirkenden Wettbewerbskräfte zu ermitteln. Diese Herangehensweise sollte allerdings den Behörden ermöglichen, die Marktabgrenzung in einem nachgelagerten Schritt anzupassen bzw. zusätzlich erkannten Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen.

184

In diesem Zusammenhang ist ausserdem zu beachten, dass die Marktabgrenzung gestützt auf den untersuchten Missbrauchstatbestand anders ausfallen und insofern «flexibel» wirken kann. Diese Flexibilität kann insbesondere in der digitalen Wirtschaft eine wichtige Rolle spielen, da aufgrund der Charakteristika der Plattformen verschiedene Konstellationen der Marktabgrenzung denkbar sind.

185

Dieser Ansatz ist namentlich möglich, wenn die Behörden zunächst einen zu engen Markt abgegrenzt haben und im Nachhinein feststellen, dass weitere Unternehmen ähnlichen Wettbewerbsdruck ausüben. Dieser Umstand kann insbesondere bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des untersuchten Unternehmens einbezogen werden; als Beispiel hierfür dient der

186

³⁴⁹ RITTNER, 18 und 26.

indirekte Wettbewerbsdruck. Bei der Beachtung des indirekten Wettbewerbsdrucks haben die Behörden die Möglichkeit, bei einem zu eng abgegrenzten Markt die disziplinierende Wirkung von anderen relevanten Märkten zu erwägen. Mit dieser Herangehensweise können die Wettbewerbskräfte von Unternehmen und Ökosystemen, die ausserhalb des anfänglich abgegrenzten Marktes liegen, ebenfalls herangezogen werden. Der indirekte Wettbewerbsdruck hat grundsätzlich disziplinierende Wirkung auf das mutmasslich marktbeherrschende Unternehmen und ist das Gegengewicht zur zu engen Marktabgrenzung. Im Ergebnis wird die potenziell marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens durch das Zusammenspiel von Marktabgrenzung und der Ermittlung der Marktbeherrschung mittels einer entsprechenden Gesamtbeurteilung eruiert.

- 187 Die Anwendung einer solchen, dynamischen Marktabgrenzung ist insbesondere in Märkten der digitalen Wirtschaft zielführend, da die Behörden in diesen Fällen oft mit Schwierigkeiten bei der Marktdefinition konfrontiert sind. Die Europäische Kommission und ferner das Gericht der Europäischen Union haben in Sachen *Google Android* bereits implizit diesen Ansatz gewählt. Die Kommission hat zunächst einen engen weltweiten Markt (mit Ausnahme Chinas) für die Lizenzierung von Betriebssystemen für intelligente Mobilgeräte abgegrenzt.³⁵⁰ Diese Marktdefinition hat dazu geführt, dass nichtlizenzierbare Betriebssysteme für intelligente Mobilgeräte, wie z.B. das iOS-Betriebssystem von Apple, nicht in den relevanten Markt fallen. Nach der Feststellung dieser Märkte berücksichtigt die Kommission den «indirekten Wettbewerbsdruck»; sie hat in ihrem Entscheid anerkannt, dass nichtlizenzierbare Betriebssysteme einen indirekten Wettbewerbsdruck auf einer anderen Ebene (z.B. Ebene der Endnutzenden oder der Anwendungsentwicklung) ausüben können.³⁵¹ Die Kommission kommt jedoch zum Schluss, dass das iOS-Betriebssysteme einen nicht ausreichenden indirekten Wettbewerbsdruck auf dem weltweiten Markt (mit Ausnahme Chinas) für die Lizenzierung von Betriebssystemen für intelligente Mobilgeräte ausübt.³⁵² Mit dem Einbezug des indirekten Wettbewerbsdrucks erlaubt die Kommission eine dynamischere Beurteilung des Sachverhalts. In einem zweiten Schritt hat die Kommission sodann bei der Analyse der marktbeherrschenden Stellung die Implikationen des indirekten Wettbe-

³⁵⁰ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 402, vgl. auch. Rn. 238 ff.

³⁵¹ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 242.

³⁵² EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 243, Rn. 322, Rn. 479 ff. und Rn. 652 ff., so auch bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 122.

werbsdruck des Apple-Ökosystems berücksichtigt, obwohl es sich nicht im selben relevanten Markt befindet.³⁵³ Das Gericht der Europäischen Union bestätigt in seinem Urteil diese Vorgehensweise der Kommission.³⁵⁴

Auch die überarbeitete Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes greift die Möglichkeit dieser Herangehensweise auf. Gemäss dem Mitteilungstext besteht der Hauptzweck der Marktabgrenzung darin, «in systematischer Weise zu ermitteln, welchem wirksamen und unmittelbaren Wettbewerbsdruck die beteiligten Unternehmen [...] ausgesetzt sind».³⁵⁵ Folglich ist die Kommission ebenfalls der Meinung, dass die Marktabgrenzung bloss den ersten Rahmen für das nachfolgende Kartellrechtsverfahren bietet. Es handelt sich dabei insbesondere nicht um einen Selbstzweck, welcher abschliessend den Wettbewerbsdruck regelt, sondern vielmehr um ein Instrument, mit dem der Ausgangspunkt – im Falle der Marktabgrenzung die Bestimmung des anfänglichen Wettbewerbsdrucks – festgestellt wird. In einem nächsten Schritt steht der Kommission offen, mittelbaren Wettbewerbsdruck³⁵⁶ in ihre Analyse einfließen zu lassen.³⁵⁷ Dies wird in der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes verdeutlicht, indem die Kommission u.a. im Hinblick auf die digitalen Märkte den Wettbewerbsdruck der verbundenen Märkte separat behandelt³⁵⁸ und so im Gegensatz zur gegenwärtigen Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes von 1997 deren Bedeutung hervorhebt.

188

³⁵³ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 479 ff. und Rn. 652 ff.; vgl. auch Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 235 ff., insb. Rn. 248 ff.

³⁵⁴ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 120 ff. und Rn. 135 ff.

³⁵⁵ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 6 (Hervorhebungen durch den Autor).

³⁵⁶ Das Gericht der Europäischen Union verwendet die Bezeichnung «indirekter Wettbewerbsdruck» (vgl. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 122).

³⁵⁷ Dies war der Fall in Sachen *Google Android*, wobei sowohl die Kommission als auch das Gericht der Europäischen Union einen nicht ausreichenden indirekten Wettbewerbsdruck festgestellt haben (EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 243, Rn. 322, Rn. 479 ff. und Rn. 652 ff., so auch bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 122).

³⁵⁸ Vgl. Überschrift «4.5 Marktabgrenzung bei Anschlussmärkten, gebündelten Produkten und digitalen Ökosystemen» der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes (Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 99 ff.).

- 189 Das zugrunde liegende Ziel dieser Auffassung ist es – im Gegensatz zum Ansatz in den Vereinigten Staaten von Amerika³⁵⁹ – einen für die Wettbewerbsanalyse angemessenen Bereich zu ermitteln,³⁶⁰ der als Grundlage für die Untersuchungen dienen kann. Schliesslich weisen die kartellrechtlichen Märkte keine scharfen, äusseren Grenzen auf.³⁶¹ Ein weiterer Grund für das Erfordernis dieser flexiblen Marktabgrenzung ist die Verkomplizierung der Marktdefinition im Rahmen der digitalen Wirtschaft. Die Märkte der Plattformökonomie werden in der wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Literatur als Novum dargestellt; diese Ansicht wird mit vermeintlich neuen Konzepten untermauert.³⁶² Dies führt zu einer Abkehr der adäquaten Nutzung der bereits vorhandenen Instrumente des Wettbewerbsrechts und zu einer Aufblähung von Gesetzestexten.³⁶³ Die Darstellung als neues Phänomen dient als Nährboden für die weitere Verkomplizierung der Marktabgrenzung, was nicht im Sinne des Kartellrechts ist. Deshalb ist es einerseits wichtig, bereits existierende Konzepte nicht als neu zu verkaufen,³⁶⁴ andererseits erforderlich, die Marktabgrenzung nicht komplexer zu gestalten als es nötig ist.³⁶⁵ Der Rückgriff auf schon bestehende Rechtsprechung in Verbindung mit der Berücksichtigung der ökonomischen Besonderheiten der digitalen Wirtschaft liefert bereits die gebotenen Ergebnisse.³⁶⁶
- 190 Diese Herangehensweise ist strikt vom «market gerrymandering»³⁶⁷ zu trennen und soll nicht als ergebnisorientierte Marktabgrenzung zur Anwendung kommen, sondern vielmehr als Hilfestellung in komplexen Verfahren der

³⁵⁹ Vgl. insbesondere die entscheidende Rolle der Marktabgrenzung in SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___(2018), 10–15.

³⁶⁰ Vgl. Kapitel [C.I.2](#).

³⁶¹ Vgl. bereits BRUNT, 211.

³⁶² Bspw. mit der Einführung der Konzepte von «Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen» oder «Aufmerksamkeits- und Matchingplattformen».

³⁶³ Vgl. bspw. § 18 GWB und § 19a GWB

³⁶⁴ Vgl. Kapitel [C.II](#).

³⁶⁵ Die Marktabgrenzung dient schliesslich als Instrument für die adäquate Wettbewerbsanalyse. So bereits BRUNT, 235 m.w.V. High Court of Australia, *Queensland Wire v. Broken Hill*, ATPR 40-925, 50,014 («the concept of the market, a concept which is sometimes dealt with in a more complex manner than is necessary»).

³⁶⁶ Vgl. z.B. den alternativen Ansatz zur Ermittlung, ob ein Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte vorliegen (Kapitel [C.III.3.e](#)). Dabei handelt es sich nicht um ein neues Konzept per se, sondern bloss um eine Anpassung für die digitale Wirtschaft.

³⁶⁷ MANNE, ICLE Issue Brief 2024, 2 ff., insb. 3; vgl. ferner PETIT NICOLAS, EU engaged in antitrust gerrymandering against Google, The Hill, 31.07.2018, abrufbar unter <<https://the-hill.com/opinion/technology/399742-eu-engaged-in-antitrust-gerrymandering-against-google/>>. Ferner auch erwähnt in SCOTUS, *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 591 (1966).

Marktdefinition zur Verfügung stehen. Ausserdem ersetzt eine solche dynamische Herangehensweise nicht die traditionelle Marktabgrenzung; sie dient bloss als ergänzende Unterstützung für die Behörden.

Da die hier vorgeschlagene dynamische Marktabgrenzung bereits in der Fallpraxis der Europäischen Union angewendet wurde³⁶⁸ und die überarbeitete Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes dieses Vorgehen ebenfalls beinhaltet,³⁶⁹ dürfte sich diese Herangehensweise in Zukunft mindestens im Rahmen der digitalen Wirtschaft durchsetzen. 191

5. Zwischenfazit

Beim Markt handelt es sich um einen autonom auszulegenden Rechtsbegriff. 192 Wie dargelegt, ist die Marktabgrenzung direkt oder indirekt in verschiedenen Rechtssystemen verankert. Die hier behandelten Rechtssysteme weisen keine Anzeichen auf, von der Marktabgrenzung abzuweichen; am deutlichsten ist dies in der Europäischen Union ersichtlich, da die erst kürzlich durchgeführte Evaluierung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes unter Berücksichtigung der Entwicklungen im Rahmen der digitalen Märkte zum Ergebnis kommt, dass der Verzicht auf die Marktabgrenzung an sich nicht ernsthaft zur Diskussion steht, sondern vielmehr eine Anpassung der Methoden zur Definition der relevanten Märkte erforderlich ist. Selbst aus den neusten Entwicklungen in der Rechtsprechung zu den digitalen Märkten ist erkennbar, dass die Behörden weiterhin an der Marktabgrenzung festhalten.

Zudem fällt bei Betrachtung der Missbrauchstatbestände der Europäischen Union und der Schweiz auf, dass spätestens bei der Analyse des Kopplungstatbestands die Ermittlung der relevanten Märkte unverzichtbar ist, da die beherrschende Stellung auf dem definierten Markt sowohl eine juristische als auch eine wirtschaftliche Voraussetzung ist, um herauszufinden, ob ein Unternehmen Zwang ausüben kann. 193

Ferner ist zu kritisieren, dass die akademischen Diskussionen zum Verzicht auf die Marktabgrenzung einerseits die gegenwärtigen rechtlichen Grundlagen untergraben und andererseits keine anwendbaren Alternativen vorschlagen. 194 Oft beruhen die Argumente auf dem Grundsatz, dass die digitalen Märkte we-

³⁶⁸ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 242; so auch bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 122.

³⁶⁹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 6; für eine detaillierte Erklärung zur Änderung in der überarbeiteten Bekanntmachung vgl. oben [Rn. 188](#).

gen ihrer Besonderheiten schwieriger zu erfassen sind und deshalb bei der Marktabgrenzung Probleme bereiten können. Dieser Ansatz weist zwei Unstimmigkeiten auf: Zunächst ist nicht nachvollziehbar, bloss der Einfachheit halber auf die Marktabgrenzung zu verzichten und dabei die potenziellen Nebenwirkungen bzw. Fehler der neuen Ansätze zu ignorieren; ein Verzicht ist erst zu diskutieren, wenn die Marktabgrenzung an sich tatsächlich sinnlos erscheint und die Alternativen – gleich wie die gegenwärtigen Methoden – allgemein anwendbar sind und nahezu alle Fälle abdecken. Andererseits stimmt die Ansicht nicht, dass mit den digitalen Märkten neue Marktverhältnisse aufgekomen sind, die so im Kartellrecht nie existiert haben.³⁷⁰ Es sind vielmehr eine Abkehr von «neuen Konzepten» und die korrekte Anwendung der bereits vorhandenen Instrumente erforderlich.

³⁷⁰ Die Aufarbeitung der Marktverhältnisse im Kartellrecht, welche Ähnlichkeiten mit den digitalen Märkten aufweisen, ist nachfolgend in Kapitel [C.II](#) vorzufinden.

II. Isolierte Analyse der Marktabgrenzung bei einzelnen Teilaspekten der Plattformökonomie

Obwohl die digitalen Märkte in der Literatur oft als konzeptionelles Novum dargestellt werden, gilt es diese Ansicht mindestens teilweise zu relativieren. Das Kartellrecht kennt verschiedene Teilaspekte der Eigenschaften von digitalen Märkten schon seit langer Zeit und hat sich mit deren Erfassung in kartellrechtlichen Verfahren bereits auseinandergesetzt. Da die digitalen Märkte in der Regel eine besondere Preisstruktur aufweisen und auf mindestens einer Plattformseite ihre Leistungen unentgeltlich anbieten können, sind nachfolgend der bisherige Ansatz der Behörden bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen und die Qualifikation der unentgeltlichen Märkte als Märkte zu untersuchen (1.). Zudem ist gemäss der Literatur die Mehrseitigkeit der digitalen Märkte ein Problem, da das Kartellrecht diese Marktverhältnisse angeblich nicht fassen kann. Jedoch haben die Kartellbehörden bereits im letzten Jahrhundert – noch bevor die digitalen Märkte im hier umschriebenen Sinne die Aufmerksamkeit der Behörden erlangten – zweiseitige Zeitungsmärkte untersucht. Diese Herangehensweise gilt es aufzuarbeiten und potenzielle Erkenntnisse für die Methodik auf digitalen Märkten zu gewinnen (2.). In einem letzten Schritt wird zwischen den digitalen Märkten und den Märkten für digitale Güter unterschieden (3.).

195

1. Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen

Die Signifikanz der Preisstruktur der Plattformen wird im Kontext der Marktabgrenzung ersichtlich, denn in der Vergangenheit wurde insbesondere in Deutschland bei «unentgeltlichen Märkten» die Abgrenzung eines Marktes explizit verneint. Aus diesem Grund gilt es zunächst den Begriff der Unentgeltlichkeit zu definieren (a). Dabei ist die Bedeutung der Entgeltlichkeit als Voraussetzung für relevante Märkte im Sinne des Kartellrechts zu untersuchen und zu analysieren, ob nichtmonetäre Gegenleistungen existieren. Darüber hinaus sind die gegenwärtig vorhandenen Entscheidungen der Europäischen Kommission, der schweizerischen sowie ferner der deutschen Behörden zu den unentgeltlichen Märkten zu analysieren (b).

196

a) Unentgeltlichkeit

- 197 Wie bereits dargelegt, entsteht ein Markt durch Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage. Nach dem Modell der vollkommenen Konkurrenz besteht der Markt idealerweise aus einer grossen Anzahl von Anbietenden und Nachfragenden. Vereinfacht dargestellt, führt dies dazu, dass die Parteien die Menge und den Preis des Gutes zusammen bestimmen; der Preis ist in der Regel als monetäres Entgelt beschrieben. Er ist nicht der einzige, aber sicherlich einer der wichtigsten Faktoren, da er absolut bestimmbar ist.³⁷¹ Dieses Modell stösst jedoch an seine Grenzen, wenn auf einem Markt ein Produkt oder eine Dienstleistung für einen Preis von null angeboten wird; in diesen Fällen fehlt das monetäre Entgelt als Gegenleistung.

aa) Terminologie

- 198 In der Diskussion um unentgeltliche Märkte werden die Begriffe «kostenlos»³⁷² und «unentgeltlich»³⁷³ teilweise sinngleich verwendet, müssen aber voneinander unterschieden werden. Da der Begriff der Unentgeltlichkeit die hier untersuchten Strukturen am präzisesten beschreibt, verwendet diese Arbeit grundsätzlich den Begriff «unentgeltlich».
- 199 «Kostenlos» bedeutet «ohne dass dafür Kosten entstehen»;³⁷⁴ die Unterscheidung zwischen «kostenlos» und «unentgeltlich» ist wichtig, da bei einer kostenlosen Leistung keine Kosten verursacht werden. Jedoch ist bei kostenloser Erbringung einer Leistung nicht automatisch auf eine unentgeltliche Leistung zu schliessen, da der nichtzahlenden Seite des Geschäfts sehr wohl andere Kosten entstehen können. Deshalb ist nur von kostenloser Leistung zu sprechen, wenn für eine Seite tatsächlich *keinerlei* Kosten anfallen. «Unentgeltlich» (gleichbedeutend mit «ohne Entgelt»)³⁷⁵ hingegen deutet bloss darauf

³⁷¹ ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 1 ff. m.w.V. und Rn. 112; OTT, 16 und 142; vgl. ferner BELLEFLAMME/PEITZ, 3; BAUER, 18 ff.; STIGLER/SHERWIN, JLE 1985, 555 f.

³⁷² Zum Beispiel VOCKE, 6; ELLGER, ZWeR 2018, 279; RPW 2016/4 – Sport im Pay-TV, 967, Rn. 381; FERRO spricht von «free products» und «gratuity» (FERRO, Market Definition, 257 ff. und FERRO, Concurrences 2015, Rn. 1).

³⁷³ Zum Beispiel WALESCH, 103 ff. und 230 ff.; VOCKE, 139 ff.; VOLMAR, 86 ff.; NIELS, J. Comp. L. & Econ. 2019, 332; EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, Google Search (AdSense), Rn. 10 und Rn. 118; EU-Kommission, COMP/M.5932 vom 21.12.2010, News Corp/BSkyB, Rn. 209 und Rn. 241.

³⁷⁴ Dudenredaktion, Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Schlagwort «kostenlos», abrufbar unter <<https://www.duden.de/rechtschreibung/kostenlos>>.

³⁷⁵ Dudenredaktion, Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Schlagwort «unentgeltlich», abrufbar unter <<https://www.duden.de/rechtschreibung/unentgeltlich>>.

hin, dass für eine Leistung kein Entgelt bezahlt wird. Ein unentgeltlicher Markt ist deshalb nicht zwingend auch ein kostenloser Markt bzw. ein Markt für Gratisprodukte.

Darüber hinaus ist die Verwendung des Ausdrucks «unentgeltlicher Markt» nicht präzise, da in der kartellrechtlichen Praxis nicht *ein* unentgeltlicher Markt besteht, der alle unentgeltlichen Leistungen erfasst. Aus diesem Grund haben die Kartellbehörden die Besonderheiten jedes Einzelfalls zu analysieren und die Unentgeltlichkeit einer Leistung in den Gesamtkontext des untersuchten Falls richtig zu integrieren. Aus dieser Analyse erschliesst sich, ob die unentgeltliche Leistung tatsächlich einen eigenen Markt konstituiert oder bloss als substituierbares Gut ein Teil des «entgeltlichen» Marktes ist. Da sich in der Literatur jedoch der Begriff der «unentgeltlichen», «kostenlosen» oder «free» Märkten etabliert hat, ist dieser Ausdruck auch nachfolgend zu verwenden. 200

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die unentgeltlichen Leistungen nicht *per se* «kostenlos» sind. Vielmehr haben die Nutzenden in der Regel eine Gegenleistung zu erbringen. Diese Gegenleistung ist – im Gegensatz zum monetären Entgelt – nicht immer offensichtlich erkennbar. Es handelt sich dabei grundsätzlich um eine nichtmonetäre Gegenleistung, die verschiedene Formen annehmen kann. 201

bb) Nichtmonetäre Gegenleistung

Auf digitalen Märkten ist es – insbesondere aufgrund der besonderen Preisstruktur – üblich, dass auf mindestens einer Marktseite die Leistung unentgeltlich angeboten wird. Aufgrund dieser Unentgeltlichkeit ergibt sich ein schwammiger, oft unterschiedlich ausgelegter Marktbegriff. Bei «*free markets*» bzw. im Falle der «*gratuity*» tendiert die Literatur dazu, keinen Markt zu anerkennen.³⁷⁶ Obwohl diese Ansicht weder von den Gerichten bzw. Kartellbehör-

³⁷⁶ Vgl. SAUERMANN, ZWeR 2018, 342; FERRO, Concurrences 2015, Rn. 88 ff.; KERSTING/DWORSCHAK, ifo Schnelldienst 2014, 7, wonach «bereits ernsthafte Zweifel an der Existenz kartellrechtlich beherrschbarer Märkte» bestehen; BORK vgl. ferner Chi. Trib. 2012 mit folgender Aussage: «There is no coherent case for monopolization because a search engine, like Google, is free to consumers and they can switch to an alternative search engine with a click.»; in *Stephen Jay Photography v. Olan Mills* hat das Gericht festgehalten, dass ein «tying arrangement cannot exist when the tying product is not sold to the consumer, but is provided free of charge» (US Court of Appeals for the Fourth Circuit, *Stephen Jay Photography v. Olan Mills*, 903 f.2d 988, 991); m.E. korrekterweise a.M. HOPE, 63 mit der Ansicht, «dass es für das Bestehen eines kartellrechtlich relevanten Marktes nicht zwingend auf die Entgeltlichkeit einer Gegenleistung ankommt, sondern auf das Bestehen eines Austauschverhältnisses.»; ähnlich auch VOCKE, 71 ff. und insb. 137, wonach für das Vorliegen

den noch vom Gesetzgeber gestützt ist,³⁷⁷ soll nachfolgend trotzdem dargelegt werden, dass auch in diesen Fällen eine Gegenleistung erbracht wird und somit schon immer Märkte vorlagen. Um das Marktgeschehen korrekt fassen zu können, ist deshalb nachfolgend zu ermitteln, ob auf unentgeltlichen Märkten Daten (1) oder Aufmerksamkeit (2) als Gegenleistung zu betrachten sind.

- 203 Allerdings sind nicht sämtliche Kosten als Gegenleistung zu qualifizieren. Neben den hier untersuchten Aufmerksamkeitskosten und Kosten für Daten existieren u.a. auch Opportunitätskosten oder Wechselkosten. Bei diesen Kosten handelt es sich nicht um Austauschkosten; sie werden lediglich von jener Partei getragen, die diesen Kosten ausgesetzt ist. Folglich findet in diesem Zusammenhang kein Austausch statt und es ist keine Gegenleistung auszumachen, die einen Markt konstituieren könnte.³⁷⁸

(1) Daten als Gegenleistung

- 204 In der digitalen Wirtschaft basieren die Geschäftsmodelle oft auf Daten bzw. Informationen über die Person; diese Daten und Informationen haben einen mit Geld vergleichbaren Wert.³⁷⁹ Diese Aussage ist jedoch zu relativieren, da Daten – trotz einem mit Geld vergleichbaren Wert – keine Zahlungsmittel sind. Den Daten fehlt u.a. die staatliche Anerkennung als gesetzliches Zahlungsmittel.³⁸⁰ Dennoch hat in der Europäischen Union das Prinzip «Daten als Entgelt» in die Digitale-Inhalte-Richtlinie Eingang gefunden, denn gemäss Erw. 24 werden digitale Inhalte auch bereitgestellt, «wenn der Verbraucher keinen Preis zahlt, sondern dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung stellt».³⁸¹ Im kartellrechtlichen Kontext können Daten wettbewerbswidriges Verhalten (und Ausschlusspraktiken) ermöglichen³⁸² oder als

eines kartellrechtlichen Marktes «Angebot und Nachfrage (Anbieter und Nachfrager) sowie beidseitige Leistungen» erforderlich sind, aber nicht zwingend ein monetäres Entgelt; ferner BANIA, 274 («there are transactions that have an economic value without consisting in the exchange of products or services for money»).

³⁷⁷ Vgl. Kapitel [C.II.1.b](#).

³⁷⁸ So auch NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 163 f.

³⁷⁹ WEBER/HENSELER, SZW 2019, 335; WEBER, Disruptive Technologies, 229; NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 166.

³⁸⁰ DEURING, 49

³⁸¹ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. L 136 vom 22. Mai 2019, 1–27), Erw. 24.

³⁸² SHELANSKI, Univ. Pa. L. Rev. 2013, 1680 f. («When customer information is a useful input for a platform and is not equally available to that platform's competitors, the informational advantage can help to entrench market power.»).

Quelle indirekter Netzwerkexternalitäten ein Market Tipping erleichtern.³⁸³ Diese Anwendungen von Daten und Datensätzen sind insbesondere in den hier untersuchten unentgeltlichen Märkten auffindbar. Im Rahmen der Kopplungsgeschäfte beispielsweise können diese Daten vielfältig eingesetzt werden, indem sie u.a. als Monetarisierungsmittel die Kopplung rentabel machen oder auch in Bezug auf die Datenskalierung detailliertere Nutzerprofile erlauben und so eine effiziente Datenverarbeitung ermöglichen.³⁸⁴

Neben der Nutzung der Daten zur Verbesserung der eigenen Marktstellung können Daten – ähnlich wie es die Europäische Union in der Digitale-Inhalte-Richtlinie andeutet – auch von den Nutzenden bewusst oder unbewusst ausgetauscht werden.³⁸⁵ Unabhängig davon, ob Daten als Zahlungsmittel anerkannt sein sollten, lassen sie sich anhand von Marktpreisen bewerten. Einerseits ist an den Handel mit Daten und Datensätzen beim Dialogmarketing und Risikoscoring zu denken,³⁸⁶ andererseits sind auch Preise für Daten auf Wettbewerbsmärkten vergleichbar.³⁸⁷ Interessant ist dabei, dass den Daten und Datensätzen ein messbarer, monetärer Marktpreis zugeschrieben wird, wie z.B. ungefähr \$ 12 für einen Datensatz zum Bildungshintergrund.³⁸⁸ Deshalb argumentieren THOMAS und DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, dass den von den Nutzenden zur Verfügung gestellten Daten ein wirtschaftlicher Wert beizumessen sei, der sich über den Werbemarkt monetarisieren lasse; sie können somit mit ihren Daten «bezahlen».³⁸⁹ Diese Möglichkeit der Monetarisierung bzw. der Quersubventionierung einer Leistung über den Werbemarkt ermöglicht die besonderen Preisstrukturen auf digitalen Märkten.

Die (ältere) Literatur hat insbesondere nicht erkannt, dass die auf die Nutzenden abgewälzten «Datenkosten» bzw. «Informationskosten» auf ein Marktgeschehen deuten können.³⁹⁰ In solchen Fällen ist die Bereitstellung der (persön-

³⁸³ Im Allgemeinen zu dieser Thematik z.B. ARGENTON/PRÜFER, J. Comp. L. & Econ. 2012, 73 ff.

³⁸⁴ Vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(3\)](#) (insb. [Rn. 896 f.](#)) und Kapitel [E.III.4.b\)bb\)](#) (insb. [Rn. 907 f.](#)).

³⁸⁵ Zum Beispiel teilen alle Websites, die den Facebook-Like-Button oder andere Facebook-API integriert haben, Informationen (z.B. die IP-Adresse oder das Betriebssystem der Nutzenden) mit Facebook (vgl. HANLEY, Conn. Pub. Int. L.J. 2020, 304 m.w.V.).

³⁸⁶ NISSEN, 95 f.; vgl. auch GOLDHAMMER/WIEGAND, insb. 24 ff.; PALMETSHOFER/SEMSROTT/ALBERTS, 17.

³⁸⁷ Vgl. hierzu im Detail Kapitel [C.II.3](#).

³⁸⁸ OECD, Economics of Personal Data, 25 f.

³⁸⁹ THOMAS, NZKart 2017, 93; DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, NZKart 2014, 389; so auch NIELS/RALSTON, ECJ 2021, 130; vgl. zum monetären Wert der Daten auch WEBER, Disruptive Technologies, 229.

³⁹⁰ So auch EBEN, ISJLP 2018, 230 m.w.V.; GAL/RUBINFELD, Antitrust Law J. 2016, 527; NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 166.

lichen) Daten als Gegenleistung zu deuten. In diesem Zusammenhang ist aber zu erwähnen, dass die Bereitstellung der Daten bloss ein Marktgeschehen konstituiert und dazu dient, das Bestehen eines kartellrechtlich relevanten Marktes darzulegen. Es obliegt allerdings weiterhin den Kartellbehörden, für jeden Sachverhalt den relevanten Markt abzugrenzen; es gibt also nicht *einen* unentgeltlichen Markt, aber unentgeltliche Märkte müssen im Kartellrecht existieren.

(2) Aufmerksamkeit als Gegenleistung

- 207 Ähnlich wie Daten kann auch die Aufmerksamkeit der Nutzenden als markt-konstituierende Gegenleistung betrachtet werden.³⁹¹ Gemäss NEWMAN schenken die Nutzenden gewissen Angeboten ihre Aufmerksamkeit («literally *pay attention*»)³⁹² und opfern in der Regel gleichzeitig Zeit.³⁹³ DEWENTER/RÖSCH/Terschüren argumentieren, dass die Aufmerksamkeit ein hedonischer Preis sei.³⁹⁴ Da die Nutzenden Werbungen ausgesetzt sind, tragen sie die Kosten der Transaktion.³⁹⁵
- 208 Bei der Aufmerksamkeit handelt es sich um ein knappes Gut, da die Nutzenden viele Informationen ignorieren müssen und die Aufmerksamkeit des Menschen eine zeitliche Grenze aufweist.³⁹⁶ Die Zeit, welche die Nutzenden einem Produkt widmen, ist in dieser Konstellation ein wertvolles Gut, da sie auf dem Werbemarkt verwertbar ist.³⁹⁷ Hier tritt wieder die besondere Preisstruktur der Plattformen, die sich in der digitalen Wirtschaft etabliert haben, in den Vordergrund: Eine Plattformseite (grundsätzlich die Nutzerseite) bezahlt kein monetäres Entgelt, sondern widmet ihre Aufmerksamkeit der Werbung. Dadurch enthält die Plattformseite der Werbenden Zugang auf die Nutzenden

³⁹¹ VOCKE, 145; SAUERMAN, ZWeR 2018, 358 f.; KÖRBER, NZKart 2016, 303; BKartA, Marktmacht, 25; NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 171; DEWENTER/RÖSCH/Terschüren, NZKart 2014, 387; EVANS, J. Comp. L. & Econ. 2013, 348; HEINEMANN, Google, 15 ff.; WEBER, Competition Law Issues in the Online World, 15.

³⁹² NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 171.

³⁹³ NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 170 f.; für die Bezahlung gegen Zeitaufwendung gibt es ein konkretes Beispiel bei IKEA in Dubai vgl. CHANDLER SIMON, IKEA Becomes First Retailer To Let Customers Pay Using Time, Forbes, 17.02.2020, abrufbar unter <<https://www.forbes.com/sites/simonchandler/2020/02/17/ikea-becomes-first-retailer-to-let-customers-pay-using-time/?sh=4ff32e3a557b>>.

³⁹⁴ DEWENTER/RÖSCH/Terschüren, NZKart 2014, 389.

³⁹⁵ HOOFNAGLE/WHITTINGTON, UCLA L. Rev. 2014, 649.

³⁹⁶ EVANS, Attention Markets, 17 ff.; EVANS, Rev. Ind. Organ. 2019, 778 ff.

³⁹⁷ VOCKE, 146; SAUERMAN, ZWeR 2018, 358; EVANS, J. Comp. L. & Econ. 2013, 321; WEBER, Competition Law Issues in the Online World, 15.

und kann die unentgeltliche Leistung der Plattform auf Seiten der Nutzenden quersubventionieren bzw. mitfinanzieren.

Im Ergebnis sind die «Aufmerksamkeitskosten» der Gegenstand des Austauschs.³⁹⁸ Auch hier ist zu erwähnen, dass es nicht *einen* Markt für Aufmerksamkeit gibt, sondern dass die Aufmerksamkeit bloss die Gegenleistung in einem Markt darstellen kann. 209

b) Bisherige Fallpraxis zu den unentgeltlichen Märkten

aa) Deutschland

In der Vergangenheit haben sowohl das deutsche Bundeskartellamt als auch das OLG Düsseldorf keinen Markt für unentgeltliche Leistungsbeziehungen abgegrenzt. 210

Das Bundeskartellamt hat in Sachen *Springer/ProSieben* im Jahre 2005 die Existenz eines Marktes abgelehnt, wenn kein Entgelt geleistet wird. Gemäss dem Bundeskartellamt besteht ein «Fernsehzuschauermarkt [...] nur bei Pay-TV. Im frei empfangbaren Fernsehen fehlt es wegen des fehlenden Entgelts an einer für den Leistungsaustausch im Marktprozess wesentlichen Voraussetzung».³⁹⁹ Zudem hat das OLG Düsseldorf in Sachen *HRS-Bestpreisklauseln* noch im Jahr 2015 festgehalten, dass «eine Leistung [soweit sie] nach der einen Seite entgeltlich, nach der anderen Seite unentgeltlich erbracht wird, [...] sie nur mit der entgeltlichen Seite Teil des Marktes» ist.⁴⁰⁰ 211

Da diese Auslegungen insbesondere mit dem Aufkommen der digitalen Märkte nicht mehr tragbar waren, haben sowohl die deutschen Kartellbehörden als auch der deutsche Gesetzgeber erkannt, dass diese Frage mittlerweile anders zu beantworten ist. Das Bundeskartellamt hat bereits im Jahre 2015 in Sachen *Online-Dating-Plattformen*,⁴⁰¹ in Sachen *Online-Vergleichsplattformen*⁴⁰² so- 212

³⁹⁸ NEWMAN, Univ. Pa. L. Rev. 2015, 170.

³⁹⁹ BKartA, B 6-103/05 vom 19.01.2006, *Springer/ProSieben*Sat.1, 23.

⁴⁰⁰ Urteil des OLG Düsseldorf vom 09.01.2015 – *HRS-Bestpreisklauseln*, Rn. 42 ff., insb. Rn. 43.
⁴⁰¹ BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 70 und Rn. 81 ff., insb. Rn. 81 mit der Aussage, dass die «Unentgeltlichkeit der Dating-Plattform und die Abtrennung der Marktseite der Werbetreibenden im Rahmen der Marktabgrenzung [...] nicht dazu [führen], dass diese Plattformen keine Berücksichtigung im Markt für Online-Dating-Plattformen finden.»

⁴⁰² BKartA, Fallbericht vom 05.08.2015 zu B 8-76/15 – *Online-Vergleichsplattformen*, 3; auch hier ist das Bundeskartellamt eindeutig in seiner Begründung: «Die Unentgeltlichkeit der

wie ferner in Sachen *Online-Immobilienplattformen*⁴⁰³ das Vorliegen von unentgeltlichen Märkten akzeptiert. Ausserdem hat der deutsche Gesetzgeber in der 9. GWB-Novelle auf diesen Umstand reagiert und in § 18 Abs. 2(a) GWB explizit geregelt, dass der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.

bb) Europäische Union

- 213 Im Gegensatz zu den Entscheidungen in Deutschland scheint die Europäische Kommission das Bestehen eines Marktes bei unentgeltlichen Leistungen nicht zu bestreiten.⁴⁰⁴
- 214 Bereits im Jahre 1996 hat sich die Europäische Kommission mit dem TV-Sektor und dem «Fernsehmarkt» auseinandergesetzt. Dabei hat sie zwischen einem Markt für Fernsehwerbung und dem Pay-TV-Markt unterschieden; auf dem Markt für Fernsehwerbung konkurrieren die Sendeunternehmen um Werbeeinnahmen und auf dem Pay-TV-Markt konkurrieren sie um Abonnierende.⁴⁰⁵ Die Europäische Kommission hat folglich nicht pauschal einen gesamten Fernsehmarkt angenommen, sondern die Besonderheit der Funktionsweise der untersuchten Märkte bzw. den Bedarf jeder Seite berücksichtigt. Die Kommission anerkannte sowohl einen Fernsehmarkt als auch einen Zuschauermarkt und hielt fest, dass die Sendeunternehmen um Zuschaueranteile konkurrieren. Entscheidend ist, dass sie bei dieser Untersuchung zwischen den TV-Kanälen auf der Angebotsseite und den Zuschauern auf der Nachfrageseite unterscheidet.⁴⁰⁶ Zudem konzentriert sich die Kommission bei frei empfangbaren (engl. «free-to-air») TV-Anbietenden auf den Werbemarkt und hat bereits damals einen Markt für Fernsehwerbung bzw. für Werbetreibende abgegrenzt,⁴⁰⁷ die auch einen wichtigen Bestandteil der hier untersuchten digitalen Märkte darstellen. Die Kommission kam zum Ergebnis, dass sowohl über Werbung finan-

Vermittlung für einen Teil der Nachfrager führt aus Sicht des Bundeskartellamts weder dazu, dass die Märkte zu trennen sind, noch dass die Vermittlungsleistung insoweit keine Marktqualität hat.»

⁴⁰³ BKartA, Fallbericht vom 25.06.2015 zu B 6-39/15 – *Online-Immobilienplattformen*, 3.

⁴⁰⁴ A.M. KERSTING/DWORSCHAK, ifo Schnelldienst 2014, 7. Im Detail zum Thema der unentgeltlichen Märkte in der Europäischen Union vgl. FERRO, *Concurrences* 2015, Rn. 1 ff., insb. Rn. 50 ff.

⁴⁰⁵ EU-Kommission, IV/M.553 vom 20.09.1995, *RTL/Veronica/Endemol*, Rn. 20.

⁴⁰⁶ EU-Kommission, IV/M.553 vom 20.09.1995, *RTL/Veronica/Endemol*, Rn. 17 und Rn. 20; zur Untersuchung der zwei- bzw. mehrseitigen Märkte vgl. Kapitel [C.II.2](#).

⁴⁰⁷ EU-Kommission, IV/M.553 vom 20.09.1995, *RTL/Veronica/Endemol*, Rn. 20 ff.

zierte Privatsender als auch über Rundfunkgebühren finanzierte öffentliche Rundfunkanstalten und über Abonnementbeträge finanzierte Pay-TV-Anbietende im Wettbewerb um Zuschaueranteile stehen.⁴⁰⁸

Eine ähnliche Herangehensweise ist in weiteren Entscheidungen der Europäischen Kommission ersichtlich, bei denen sie Pay-TV-Anbietende und über Werbefinanzierte frei empfangbare TV-Anbietende untersucht hat. Die Kommission kommt jeweils zum Schluss, dass beim Markt der Pay-TV-Anbietenden eine direkte wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Sender und den Zuschauenden existiert, während beim Markt der frei empfangbaren TV-Anbietenden die wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Sender und den Werbenden besteht. Bei diesen Entscheidungen ermittelt die Kommission ebenfalls den Werbemarkt bei der Untersuchung der frei empfangbaren TV-Anbietenden.⁴⁰⁹ Es lässt sich somit festhalten, dass das Vorliegen von unentgeltlichen Märkten in der Europäischen Union nicht umstritten ist und darüber hinaus eine einheitliche Behandlung ersichtlich ist.

Neben diesen Entscheidungen der Europäischen Kommission sind auch die aktuelleren Entscheidungen im Rahmen der digitalen Märkte zu berücksichtigen. Die Europäische Kommission hat in Sachen *Facebook/WhatsApp* einen Markt für Verbraucherkommunikationsdienste und einen Markt für soziale Netzwerkdienste abgegrenzt und explizit erwähnt, dass diese Dienstleistungen grösstenteils unentgeltlich erbracht werden; gestützt auf diese Ausführungen hat sie unentgeltliche Märkte abgegrenzt.⁴¹⁰ In Sachen *Google Search (Shopping)*⁴¹¹ und *Google Search (AdSense)*⁴¹² hat die Kommission mit einer identischen Bemerkung ihren Standpunkt bzgl. der unentgeltlichen Märkte kommuniziert:

«The fact that a product or service is provided free of charge does not prevent the offering of such a service from constituting an economic activity for the purposes of the competition rules of the Treaty.»⁴¹³

⁴⁰⁸ EU-Kommission, IV/M.553 vom 20.09.1995, *RTL/Veronica/Endemol*, Rn. 20.

⁴⁰⁹ Vgl. u.a. EU-Kommission, COMP/M. 2876 vom 02.04.2003, *Newscorp/Telepiù*, Rn. 24; EU-Kommission, IV/M.584 vom 05.05.1995, *Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiù*, Rn. 15 ff.; vgl. auch EU-Kommission, COMP/M.5932 vom 21.12.2010, *News Corp/BSkyB*, Rn. 97 m.w.V.

⁴¹⁰ EU-Kommission, COMP/M.7217 vom 03.10.2014, *Facebook/WhatsApp*, Rn. 31 und Rn. 47.

⁴¹¹ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*.

⁴¹² EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*.

⁴¹³ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 152; EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*, Rn. 118.

- 217 Demnach spielt der Umstand, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung unentgeltlich angeboten wird, keine Rolle bei der Ermittlung der Frage, ob es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne vom AEUV handelt; sie anerkennt mithin die Existenz der unentgeltlichen Märkte. Gleichzeitig erwähnt die Kommission, dass sie im Rahmen des SSNIP-Tests bei der Abgrenzung von unentgeltlichen Märkten mindestens im Ansatz ein Qualitätsmerkmal an Stelle einer kleinen Erhöhung des Preises heranziehen können.⁴¹⁴
- 218 Auch in Sachen *Google Android* hält die Europäische Kommission an verschiedenen Stellen fest, dass die untersuchten Tätigkeiten unentgeltlich (engl. «free of charge») erbracht werden. Danach grenzt sie sachlich relevante Märkte für die Lizenzierung von Betriebssystemen für intelligente Mobilgeräte,⁴¹⁵ für Android-App-Stores,⁴¹⁶ für allgemeine Suchdienste⁴¹⁷ und für nicht betriebssystemspezifische mobile Internetbrowser ab.⁴¹⁸ Hier definiert die Kommission ebenfalls unentgeltliche Märkte und führt gestützt darauf das kartellrechtliche Verfahren durch.⁴¹⁹
- 219 Das Gericht der Europäischen Union geht in Sachen *Cisco Systems und Messagenet/Kommission* einen Schritt weiter und stellt fest, dass die kostenlose Bereitstellung eines Dienstes ein relevanter Umstand für die Beurteilung der Marktmacht sein kann.⁴²⁰ Es nimmt also nicht nur an, dass unentgeltliche Märkte existieren können, sondern legt auch ihre Bedeutung für die Ermittlung der Marktmacht dar.

⁴¹⁴ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 266 f.; vgl. ferner EU-Kommission, M.6576 vom 24.05.2013, *Munskjö/Ahlstrom*, Rn. 122, wonach das Gewicht des Papiers ausschlaggebend war, ob die Konsumierenden zu einem anderen Produkt wechseln würden; EU-Kommission, COMP/M.5984 vom 26.01.2011, *Intel/McAfee*, Rn. 154 ff., wonach die fehlende Interoperabilität als Qualitätsmerkmal herangezogen und deren negativer Einfluss auf Innovation und Auswahl in diesem Markt festgestellt wurde; EU-Kommission, COMP/M.5599 vom 14.12.2009, *Ancor/Alcan*, Rn. 23 und 137 ff., wonach höhere Hygieneanforderungen für flexible Verpackungen in der pharmazeutischen Industrie der entscheidende Faktor waren, dass ein separater Markt für flexible Verpackungen der pharmazeutischen Industrie abgegrenzt wurden (dasselbe Merkmal war auch ein Indikator für hohe Markteintrittsschranken vgl. Rn. 101–104).

⁴¹⁵ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 218 ff.

⁴¹⁶ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 268 ff.

⁴¹⁷ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 323 ff.

⁴¹⁸ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 367 ff.

⁴¹⁹ Zur Marktabgrenzung vgl. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 210 ff.

⁴²⁰ Urteil des EuG, Rs. T-79/12 vom 11.12.2013, *Cisco Systems und Messagenet/Kommission*, Rn. 73.

In der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes nimmt die Europäische Kommission zu dieser Thematik deutlich Stellung. Sie schildert zunächst die Situation, wonach auf mehrseitigen Plattformen ein Produkt zum monetären Nullpreis angeboten wird. Danach führt sie aus, dass monetäre Nullpreise «integraler Bestandteil der Geschäftsstrategie mehrseitiger Plattformen» sein können.⁴²¹ Gemäss der Kommission bedeutet somit die «Bereitstellung eines Produkts zum Nullpreis [...] nicht, dass es für dieses Produkt keinen relevanten Markt gibt».⁴²² Mit diesen Ausführungen stellt die Europäische Kommission unmissverständlich klar, dass kartellrechtlich relevante Märkte für die Bereitstellung eines Produkts zum monetären Nullpreis bzw. für unentgeltliche Leistungen existieren.⁴²³ 220

cc) Schweiz

In der Schweiz ist insbesondere der Entscheid der Wettbewerbskommission in Sachen *Berner Zeitung AG* von Bedeutung. Im Jahre 2003 meldeten die Tamedia AG und die Berner Zeitung AG ihre Absicht, mithilfe von einem Gemeinschaftsunternehmen die Kontrolle über die 20 Minuten (Schweiz) AG zu übernehmen. Nach der Meldung dieses Zusammenschlussvorhabens hat die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 19. Januar 2004 den Einstieg der Berner Zeitung AG bei der 20 Minuten (Schweiz) AG untersagt. Gestützt auf eine Beschwerde der Berner Zeitung AG und Tamedia AG hat sich sodann die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit diesem Sachverhalt auseinandergesetzt. 221

Dabei hat die Wettbewerbskommission «trotz der Unentgeltlichkeit von <20 Minuten> und ihrer Praxis, welche teilweise in eine andere Richtung hinzuweisen scheint» Leser- und Werbemärkte abgegrenzt.⁴²⁴ Die Unentgeltlichkeit der Märkte stellte kein Problem bzgl. der Frage dar, ob diese Märkte überhaupt als kartellrechtliche Märkte zu qualifizieren sind. Fraglich war vielmehr, «ob <20 Minuten> in Bezug auf ihre Leser sachlich dem Markt für regionale Tageszeitungen oder gar einem enger gefassten Markt für Pendlerzeitungen zuzuordnen sei»;⁴²⁵ die Frage der Unentgeltlichkeit schien kaum diskussionswürdig zu sein. 222

⁴²¹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 97.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ Vgl. zur gegenteiligen Ansicht in der Literatur [Fn. 376](#).

⁴²⁴ RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, E. 7, 367 f. mit Hinweis auf Ziff. 51 f. der Verfügung vom 19. Januar 2004 der Wettbewerbskommission.

⁴²⁵ RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, E. 7, 367 f. mit Hinweis auf Ziff. 68 f. der angefochtenen Verfügung.

- 223 Diese Ausführungen der Wettbewerbskommission (auf 20 von insgesamt 54 Seiten) zu den Wettbewerbsverhältnissen auf den alternativ untersuchten Lesermärkten wären hinfällig, sollten unentgeltliche Märkte nicht als Märkte im kartellrechtlichen Sinne qualifizierbar sein; dies deutet mindestens implizit darauf hin, dass sich die Wettbewerbskommission mit einem kartellrechtlich relevanten Sachverhalt auseinandergesetzt hat und die Abgrenzung unentgeltlicher Märkte nicht pauschal verneint. Auch die Rekurskommission kommt zum Schluss, dass – obwohl Gratisprintmedien nicht ausgetauscht, sondern verschenkt werden – ein kostenloses Printprodukt unter Umständen gleichwertige entgeltliche Printprodukte unter Wettbewerbsdruck setzen kann und nennt den Wettbewerb einen «Wettbewerb um dieselben Abnehmer (Leser/Seher/Hörer)».⁴²⁶
- 224 Die Rekurskommission kommt zur Einsicht, dass der SSNIP-Test bei unentgeltlich angebotenen Produkten nicht durchführbar ist und hält fest, dass in diesen Fällen nur eine Plausibilitätsüberlegung die Frage der funktionellen Austauschbarkeit beantworten kann.⁴²⁷ Im Ergebnis führt die Rekurskommission aus, dass sich die untersuchten Printmedien im selben sachlich relevanten Markt befinden, «wenn <20 Minuten> dieselben spezifischen Informations- und Unterhaltungsbedürfnisse ihrer Leser im Verbreitungsgebiet bedienen würde».⁴²⁸ Obwohl die Rekurskommission in einem weiteren Schritt die Marktabgrenzung der Wettbewerbskommission kritisiert und konstatiert, dass «20 Minuten» einem eigenen Pendlerzeitungsmarkt zuzuordnen sei, ist ersichtlich, dass sie auch für unentgeltliche Leistungsverhältnisse einen Markt abgrenzt.⁴²⁹
- 225 In den Erwägungen der Rekurskommission fällt auf, wie viel Wert sie auf die Informations- und Unterhaltungsbedürfnisse bzw. auf die korrekte Ermittlung der Bedürfnisse der Rezipierenden, in diesem Fall der Lesenden, legt. Diese Erkenntnis dürfte insbesondere für die korrekte Anwendung der Marktabgrenzungsmethoden im Rahmen der digitalen Märkte von Bedeutung sein.⁴³⁰ Darüber hinaus wird deutlich, dass weder die Wettbewerbskommission noch die Rekurskommission anzweifeln, dass unentgeltliche Märkte überhaupt vorliegen können; sie akzeptieren somit den Bestand solcher Märkte.

⁴²⁶ RPW 2006/2 – Berner Zeitung AG, E. 7.1.2, 369 f.

⁴²⁷ RPW 2006/2 – Berner Zeitung AG, E. 7.2.2, 371.

⁴²⁸ RPW 2006/2 – Berner Zeitung AG, E. 7.2.3, 372 f.

⁴²⁹ RPW 2006/2 – Berner Zeitung AG, E. 7.2.6, 375.

⁴³⁰ Vgl. insbesondere Kapitel [C.III.3.e\)bb](#); einen ähnlichen Fokus hat die Wettbewerbskommission auch in Sachen *Sport im Pay-TV* gelegt vgl. RPW 2016/4 – *Sport im Pay-TV*, 975 f., Rn. 439 und Rn. 444.

Auch in der neueren Verfügung in Sachen *Sport im Pay-TV* argumentiert die Wettbewerbskommission mit der Aufmerksamkeit als marktconstituierende Gegenleistung für den Markt für Free-TV. Demnach erfolgt die Finanzierung beim Free-TV über Werbeeinnahmen; die «Endkunden bezahlen das Free-TV folglich mit der Zeit, in der sie Werbung konsumieren».⁴³¹ Somit hat sich an der Ansicht der Wettbewerbskommission, dass auch «unentgeltliche» Märkte existieren können, nichts geändert. 226

c) Zwischenfazit

Bei der Analyse der sog. «unentgeltlichen» Märkte ist es von entscheidender Bedeutung, die Marktverhältnisse korrekt darzustellen. Hierfür ist insbesondere eine korrekte Terminologie zu verwenden. Obwohl gemäss der untersuchten Fallpraxis die Behörden unentgeltliche Leistungsbeziehungen grundsätzlich als Märkte im kartellrechtlichen Sinne qualifizieren, findet auch auf diesen Märkten ein (oft nichtmonetärer) Leistungsaustausch statt. Diese Leistungsbeziehung begründet die für einen Markt erforderliche wirtschaftliche Beziehung. In diesem Sinne sind diese Leistungen und Produkte nicht kostenlos, sondern befinden sich in einem Austauschverhältnis, denn die Nutzenden stellen ihre Daten oder Aufmerksamkeit als Gegenleistung zur Verfügung. 227

Dass unentgeltliche Leistungsbeziehungen ebenfalls Märkte im Sinne des Kartellrechts darstellen, ist heute unumstritten. Während in Deutschland mit der 9. GWB-Novelle explizit geregelt wurde, dass der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird (§ 18 Abs. 2(a) GWB), haben die Behörden der Europäischen Union und der Schweiz schon seit längerer Zeit den Bestand solcher Märkte akzeptiert. Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes fällt auf, dass die Behörden sowohl die Angebots- als auch die Nachfrageseite berücksichtigen und ihren Fokus verstärkt auf das eigentliche Bedürfnis der Nachfrageseite legen. Schliesslich greifen die Behörden bei Vorliegen von unentgeltlichen Märkten regelmässig auf andere Parameter als den Preis zurück, um die Marktabgrenzung durchzuführen. 228

⁴³¹ RPW 2016/4 – *Sport im Pay-TV*, 975, Rn. 440.

2. Marktabgrenzung auf zwei- bzw. mehrseitigen Märkten

- 229 Aufgrund der Mehrseitigkeit der Plattformen liegt es nahe, in der Digitalökonomie von mehrseitigen Märkten zu sprechen.⁴³² Jedoch ist das Phänomen der zwei- bzw. mehrseitigen Märkte nicht erst mit den digitalen Entwicklungen in den letzten Jahrzehnten entstanden. Schon im Römischen Reich «vermittelte» das Forum Romanum die Käufer*innen an die Verkäufer*innen, aber auch der «analoge» Markt der Zeitungsverleger oder der Fernseh- und Radiomarkt sind als zweiseitige Märkte zu bezeichnen. Diese zwei- bzw. mehrseitigen Märkte waren bereits Ausgangspunkt verschiedenster Kartellverfahren, ohne eine spezielle Bezeichnung erhalten zu haben. Die Benutzung der «two-sided markets» als Schlagwort lässt sich wohl auf die Forschung in der ökonomischen Literatur kurz nach der Jahrtausendwende zurückführen.⁴³³ Zusammen mit dem erheblichen Wachstum der Unternehmen in der Digitalökonomie sah sich auch die kartellrechtliche Literatur verpflichtet, diesen Begriff aufzunehmen. Dennoch eignen sich die Ermittlungen aus den Kartellverfahren im Rahmen der analogen Märkte der Zeitungsverleger bzw. der Fernseh- und Radiomärkte als Grundlage heutiger Verfahren, welche die digitalen Märkte behandeln.
- 230 Aus diesem Grund sind die mehrseitigen Märkte in einem ersten Schritt von einseitigen Märkten abzugrenzen (a).⁴³⁴ Erst in einem zweiten Schritt sind die kartellrechtlichen Verfahren im Rahmen von zwei- bzw. mehrseitigen Märkten auf die Herangehensweise der Marktabgrenzung zu untersuchen (b).

a) Abgrenzung zu einseitigen Märkten

- 231 Der Ausdruck der «zweiseitigen» bzw. «mehrseitigen» Märkte ist aus Sicht des Kartellrechts irreführend, da er zu vorschnellen Rückschlüssen bzgl. der Anzahl der abzugrenzenden Märkte verleitet.⁴³⁵ Aus diesem Grund darf der Begriff der

⁴³² Zur Diskussion, ob die Märkte in der Digitalökonomie bzw. «Plattformmärkte» tatsächlich *mehrseitige Märkte* sind vgl. [Fn. 29](#) in Kapitel [A.III](#).

⁴³³ Vgl. insbesondere ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 990 ff.; EVANS, Payment Card Econ. Rev. 2003, 1 ff.; GALLAUGHER/WANG, MIS Quarterly 2002, 303 ff.; PARKER/VAN ALSTYNE, 1 ff.

⁴³⁴ Für eine anschauliche Abbildung der Unterscheidung zwischen einseitigen und zweiseitigen Märkten vgl. Volmar, Digitale Marktmacht, 79.

⁴³⁵ WALESCH, 324; BLASCHCZOK, 60; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 467; vgl. Kapitel [C.III.3](#) für die Ermittlung, ob (bzw. wann) in den Märkten der digitalen Wirtschaft ein einheitlicher Plattformmarkt oder mehrere separate Märkte abzugrenzen sind.

«mehreseitigen Märkte» insbesondere nicht dem kartellrechtlichen Marktbegriff bzw. dem (sachlich) relevanten Markt gleichgestellt werden. Er umschreibt vielmehr die besonderen Marktverhältnisse der digitalen Wirtschaft. Potenziell geeignete Umschreibungen des vorliegenden Phänomens wären «mehreseitige Geschäftsmodelle», «mehreseitige Wirtschaftszweige» oder «mehreseitige Marktbeziehungen»;⁴³⁶ jedoch hat sich sowohl in der englischsprachigen Literatur der Ausdruck «two-sided markets»⁴³⁷ als auch z.B. im GWB in Deutschland der Begriff «mehreseitige Märkte» etabliert (§ 18 Abs. 3a GWB).

Es gibt keine allgemeingültige Definition der zwei- bzw. mehrseitigen Märkte; die Ermittlung dieser Märkte erfolgt über Merkmale und Indizien. Oft weisen diese Merkmale Ähnlichkeiten mit den Charakteristika der Plattformen auf.⁴³⁸ Ein mehrseitiger Markt liegt vor, wenn durch das Angebot von verschiedenen Produkten oder Dienstleistungen mindestens zwei Nutzergruppen bedient werden und im Marktgeschehen (indirekte) Netzwerkeffekte ermittelt werden können. Dabei internalisieren die Unternehmen, welche die Dienstleistungen bzw. Produkte den unterschiedlichen Nutzergruppen anbieten, diese Netzwerkeffekte. Weil die Nutzergruppen diese Netzwerkeffekte nicht internalisieren können, werden die Netzwerkeffekte auch als «externe Effekte» bzw. «Netzwerkexternalitäten» bezeichnet.⁴³⁹ Ferner weisen die mehrseitigen Märkte die grundlegenden Merkmale eines Marktes – verkürzt ausgedrückt die Nachfrage und das Angebot⁴⁴⁰ – auf jeder Marktseite separat, d.h. zwei- bzw. mehrmals, auf.⁴⁴¹

Im Gegensatz zu «traditionellen» bzw. einseitigen Märkten müssen die Anbietenden auf mehrseitigen Märkten grundsätzlich eine Plattform schaffen, die unterschiedliche Nutzergruppen bedient, um die zu bedienende Nachfrage zu schaffen.⁴⁴² Die Anbietenden sind sich in dieser Lage bewusst, dass die Nach-

⁴³⁶ So auch LOUVEN, 3; BLASCHCZOK, 25 und 27 ff.

⁴³⁷ Vgl. u.a. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 293 ff.; EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007, 151 ff.; ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 668 ff.; ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 645 ff.; EVANS, Payment Card Econ. Rev. 2003, 1 ff.

⁴³⁸ Für die Charakteristika der Plattformen vgl. Kapitel [B.I.1](#).

⁴³⁹ Gestützt auf EVANS, YREG 2003, 331 ff.; vgl. ferner ZINNDORF, 64 f.; NIELS/RALSTON, ECJ 2021, 120 f.; FILISTRUCCHI, OECD, 37 f.; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, World Competition 2013, 36 ff.; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 296 ff., insb. 300 ff.; HAGIU, RNE 2007, 116 und 120 ff.; ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 649 f.; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 1018; CAILLAUD/JULLIEN, RAND J. Econ. 2003, 310 f.; so auch BLATTER, sic! 2016, 379.

⁴⁴⁰ Vgl. zum Marktbegriff im Detail Kapitel [C.I.1](#).

⁴⁴¹ So auch LOUVEN, 2.

⁴⁴² EVANS, YREG 2003, 336.

232

233

frage auf jeder Marktseite jene der anderen Marktseite (positiv) beeinflussen kann. Deshalb versuchen sie alle Marktseiten für sich zu gewinnen.⁴⁴³ In einseitigen Märkten können die Anbietenden ebenfalls verschiedene bzw. sich ergänzende Produkte und Dienstleistungen der Nutzergruppe der Nachfragenden anbieten. Neben dem Verkauf von komplementären Gütern (z.B. Drucker und Druckerpatronen) sind auch die Kopplungsgeschäfte ein anschauliches Beispiel hierfür, z.B. wenn ein pharmazeutisches Unternehmen den Verkauf eines Medikaments an den Erwerb eines Blutdruckgeräts bindet. Jedoch handelt es sich bei den Nachfragenden auf den einseitigen Märkten um bloss eine Gruppe von Nachfragenden, die sich in der Regel über den Zusammenhang der Produkte sowie die Zusammensetzung des Preises beider Produkte bewusst sind.⁴⁴⁴ Darüber hinaus liegen in einseitigen Märkten grundsätzlich keine Netzwerkeffekte vor, von denen die Unternehmen bzw. die unterschiedlichen Marktseiten profitieren könnten; diese Netzwerkeffekte sind ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal für die Ermittlung der Mehrseitigkeit eines Marktes.⁴⁴⁵

b) Bisherige Fallpraxis zu den zwei- bzw. mehrseitigen Märkten

234 Wie bereits eingangs erwähnt, sind die sog. zwei- bzw. mehrseitigen Märkte kein neues Phänomen für das Kartellrecht. Folglich sind nachfolgend ausgewählte Entscheidungen der Europäischen Union, der Schweiz sowie der Vereinigten Staaten von Amerika zu analysieren.

aa) Europäische Union

235 Die Europäische Kommission hat sich schon früh mit mehrseitigen Märkten auseinandergesetzt, auch wenn sie diese nicht ausdrücklich als «mehrseitige Märkte» bezeichnet hat. Dabei unterteilt die Fallpraxis die Märkte für Printmedien, Radio und Fernsehen regelmässig in getrennte Werbemärkte und Le-

⁴⁴³ Vgl. für diese Wirkungen der Netzwerkeffekte Kap. [B.1.1.b](#)); FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, World Competition 2013, 34 und 39.

⁴⁴⁴ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, World Competition 2013, 39.

⁴⁴⁵ EVANS, YREG 2003, 336; vgl. ferner FILISTRUCCHI, OECD, 37 f.; CODAGNONE/MARTENS, 8 f.; DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, NZKart 2014, 388; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 296 ff.; insb. 298; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME, World Competition 2013, 37 f.; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 1018.

ser-, Zuhörer- oder Zuschauermärkte.⁴⁴⁶ In diesen Fällen hat die Europäische Kommission jeweils separate Märkte abgegrenzt.

In Sachen *Newspaper Publishing* beispielsweise erkannte die Europäische Kommission, dass die Zeitungen neben den Lesenden als Endkonsumierende auch Werbeunternehmen als Kund*innen zu befriedigen haben.⁴⁴⁷ Diese Erkenntnis ist wichtig, da etwa Tageszeitungen und Wochenzeitungen potenziell nicht demselben relevanten sachlichen Markt angehören, jedoch die Austauschbarkeit für die Werbeleistung auf Tages- und Wochenzeitungen (sowie potenziell auch Werbeleistungen im Radio, Fernsehen oder Internet) gegeben sein könnte. In Sachen *News Corp/BSkyB* war weder aus Sicht der anmeldenden Parteien noch aus Sicht der Europäischen Kommission strittig, dass für den Werbesektor eine separate Marktabgrenzung erforderlich ist; einzig diskutabel war, ob die Printmedienwerbung und Fernsehwerbung sowie die «Online»- und «Offline»-Werbung separate Märkte darstellen.⁴⁴⁸ Trotz fehlender Bezeichnung als «zweiseitige» bzw. «mehreseitige Märkte» dürfte diese konstante Praxis bzgl. der Marktabgrenzung in Werbemärkten auch im Rahmen der digitalen Wirtschaft von Bedeutung sein.

236

Die Fallpraxis zu den Werbemärkten und Leser-, Zuhörer- oder Zuschauermärkten scheint in dieser Sache geklärt zu sein. Die Europäische Kommission hat sich in der Vergangenheit jedoch auch mit zwei- bzw. mehrseitigen Märkten im Rahmen der Dienstleistungen von Kreditkarten auseinandergesetzt.⁴⁴⁹ In Sachen *Visa International* hat die Europäische Kommission einen System-

237

⁴⁴⁶ Eine Auswahl dieser Entscheidungen: EU-Kommission, COMP/M.6547 vom 14.03.2012, *Antena 3/La Sexta*; EU-Kommission, COMP/M.5932 vom 21.12.2010, *News Corp/BSkyB*; EU-Kommission, COMP/M.5533 vom 08.09.2009, *Bertelsmann/KKR/JV*; EU-Kommission, COMP/M.5273 vom 14.08.2008, *Schibsted/MISA*; EU-Kommission, COMP/M. 4122 vom 26.04.2006, *Burda/Hachette/JV*; EU-Kommission, COMP/M.3817 vom 07.07.2005, *Wegeener/PCM/JV*; EU-Kommission, COMP/M.3648 vom 08.04.2005 *Grüner + Jahr/MPS*; EU-Kommission, COMP/M.3420 vom 16.06.2004, *GIMD/Socpresse*; EU-Kommission, COMP/M.1958 vom 29.06.2000, *Bertelsmann/GBL/Pearson TV*; EU-Kommission, IV/M.1455 vom 20.04.1999, *Grüner + Jahr/Financial Times/JV*; EU-Kommission, IV/M.1401 vom 01.02.1999, *Recoletos/Unedisa*; EU-Kommission, IV/M.779 vom 07.10.1996, *Bertelsmann/CLT*; EU-Kommission, IV/M.665 vom 29.11.1995, *CEP/Groupe de la Cité*; EU-Kommission, IV/M.423 vom 14.03.1994, *Newspaper Publishing*.

⁴⁴⁷ EU-Kommission, IV/M.423 vom 14.03.1994, *Newspaper Publishing*, Rn. 15 («Apart from readers, who are the final consumers, the other category of customers for newspapers consists of companies or agencies who use newspaper <space> as vehicles for advertising [...]»).

⁴⁴⁸ EU-Kommission, COMP/M.5932 vom 21.12.2010, *News Corp/BSkyB*, Rn. 262 ff.

⁴⁴⁹ Vgl. dazu auch den wichtigen Entscheid des SCOTUS in Sachen *American Express* in Kapitel [C.II.2.b\)cc](#).

/Netzmarkt (Wettbewerb zwischen verschiedenen Zahlungssystemen/-netzen) und einen Markt für Finanzinstitute (Wettbewerb zwischen Finanzinstituten um kartenbezogene Tätigkeiten) abgegrenzt.⁴⁵⁰ Während die Europäische Kommission an diese Abgrenzung separater Märkte in ihrer zukünftigen Fallpraxis festgehalten hat, ist bemerkenswert, dass sie in Sachen *Visa International* innerhalb der ermittelten, separaten Märkte jedoch einen ersten Ansatz zur «Vereinheitlichung» bzw. Verbindung des Marktgeschehens heranzieht. Denn gemäss der Europäischen Kommission muss – um die genaue Definition des Systemmarktes zu ermitteln – die Nachfrage der Einzelhändler*innen und der Karteninhaber*innen berücksichtigt werden, da «sowohl die Einzelhändler in ihrer Eigenschaft als Kunden der Anwerber, [sic] als auch die Karteninhaber in ihrer Eigenschaft als Kunden der ausstellenden Institute als Verbraucher anzusehen» sind.⁴⁵¹ Damit also zwei Zahlungssysteme demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind, müssen sie sowohl für die Verbrauchenden als auch die Einzelhändler*innen substituierbar sein.⁴⁵² Diese Argumentation für den Systemmarkt folgt im Ergebnis der Logik der Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes innerhalb des Systemmarktes.

- 238 In Sachen *Cartes Bancaires* hat die Europäische Kommission zwischen dem Markt für die Ausgabe von Zahlungskarten, dem «Acquiring-Markt» (engl. «*acquiring of payment and withdrawal transactions*») und dem Markt der Zahlungskarten (da die Zahlungskartensysteme miteinander im Wettbewerb stehen, ein sog. Intersystem-Wettbewerb) unterschieden.⁴⁵³ Ausserdem hält die Europäische Kommission fest, dass der zweiseitige Charakter einer Wirtschaftstätigkeit nicht darauf hinweist, dass ein einheitlicher bzw. verbundener Gesamtmarkt vorliegt. Das Bestehen separater Märkte bei zweiseitiger Wirtschaftstätigkeit war bereits mit der damaligen Fallpraxis vereinbar.⁴⁵⁴ Diese

⁴⁵⁰ EU-Kommission, COMP/29.373 vom 24.07.2002, *Visa International*, Rn. 43.

⁴⁵¹ EU-Kommission, COMP/29.373 vom 24.07.2002, *Visa International*, Fn. 28 (in Rn. 46).

⁴⁵² EU-Kommission, COMP/29.373 vom 24.07.2002, *Visa International*, Rn. 46. Die Europäische Kommission nimmt diese Marktabgrenzung vor, obwohl sie später einsieht, «dass ein vierseitiges Bezahlsystem durch externe Effekte gekennzeichnet ist und dass es eine voneinander abhängige Nachfrage seitens der Einzelhändler und Karteninhaber gibt, jedoch nicht, dass es ein gemeinsames Angebot eines einzelnen Produkts gibt» (EU-Kommission, COMP/29.373 vom 24.07.2002, *Visa International*, Rn. 65).

⁴⁵³ EU-Kommission, COMP/D1/38.606 vom 17.10.2007, *Cartes Bancaires*, Rn. 162 ff.

⁴⁵⁴ EU-Kommission, COMP/D1/38.606 vom 17.10.2007, *Cartes Bancaires*, Rn. 180 f. m.w.V., insb. mit Verweis auf EU-Kommission, COMP/29.373 vom 24.07.2002, *Visa International*, Rn. 65; EU-Kommission, IV/M.1455 vom 20.04.1999, *Grüner + Jahr/Financial Times/JV*, Rn. 15; EU-Kommission, IV/M.1401 vom 01.02.1999, *Recoletos/Unedisa*, Rn. 16; EU-Kommission, IV/M665 vom 29.11.1995, *CEP/Groupe de la Cité*, Rn. 9. In Sachen *MasterCard* äussert sich die Europäische Kommission ebenfalls zu dieser Angelegenheit: «*Two-sided de-*

Marktabgrenzung in «Issuing-Markt», «Acquiring-Markt» und Systemmarkt hat die Europäische Kommission sodann auch in den darauffolgenden Verfahren beibehalten.⁴⁵⁵ Zudem haben die europäischen Gerichte diese Ansicht ebenfalls bestätigt (bzw. aufgrund fehlender Rüge gar nicht geprüft).⁴⁵⁶

Anzufügen ist eine wichtige Bemerkung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Cartes Bancaires*: Gemäss dem Gerichtshof hat die Abgrenzung separater Acquiring- und Issuing-Märkte *nicht* zur Folge, dass die Wechselwirkungen (bzw. die Interaktionen) auf der Acquiring-Seite und der Issuing-Seite bei der nachfolgenden Untersuchung ausgeklammert werden. Diese Ausführungen sind insoweit wichtig, als sie folgerichtig festlegen, dass nicht zwingend ein einheitlicher Gesamtmarkt vorliegen muss, um diese Aspekte u.a. bei der Ermittlung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens zu berücksichtigen; diese Wirkungen, namentlich die indirekten Netzwerkeffekte, sind im kartellrechtlichen Verfahren also auch bei getrennten Märkten zu beachten.⁴⁵⁷

239

bb) Schweiz

In der Schweiz zeigt sich bei der Abgrenzung von Märkten im Medienbereich ein ähnliches Bild. In konstanter Praxis hat die WEKO zwischen Lesermärkten, Märkten für Nutzende von News-Sites, Hörermarkten, Zuschauermarkten, Werbemärkten (Unterscheidung Bereitstellung und Vermittlung von Werbung), Rubrik- und Ankündigungsanzeigenmärkten, Märkten für die Frühzustellung von Zeitungen, dem Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe sowie Druckereimärkten unterschieden. Mit dieser Unterscheidung hat sie jeweils separate Märkte angenommen.⁴⁵⁸ Diese Praxis der WEKO geht mindes-

240

mand does not imply the existence of one single 'joint product' supplied by a 'joint venture.'» (EU-Kommission, COMP/34.579, COMP/35.518, COMP/38.580 vom 19.12.2007, MasterCard, Rn. 257).

⁴⁵⁵ EU-Kommission, AT.39398 vom 29.04.2019, Visa MIF, Rn. 22 ff.; EU-Kommission, COMP/34.579, COMP/35.518, COMP/38.580 vom 19.12.2007, MasterCard, Rn. 250 ff., insb. Rn. 257 ff. und Rn. 278 ff.; EU-Kommission, COMP/D1/37860 vom 03.10.2007, Morgan Stanley, Rn. 39 ff.; vgl. ferner für einen ähnlichen Ansatz bei der Marktabgrenzung in anderen Sektoren EU-Kommission, IV/M.1455 vom 20.04.1999, Grüner + Jahr/*Financial Times*/JV, Rn. 13 ff., insb. mit der Trennung der Märkte für Tageszeitungen und der Werbemärkte.

⁴⁵⁶ Urteil des EuG, Rs. T-491/07 RENV vom 30.06.2016, CB/Kommission, Rn. 79 f.; Urteil des EuG, Rs. T-111/08 vom 24.05.2012, MasterCard/Kommission, Rn. 174 ff.; Urteil des EuGH, Rs. C-382/12 P vom 11.09.2014, MasterCard/Kommission, Rn. 178.

⁴⁵⁷ Urteil des EuGH, Rs. C-67/13 P vom 11.09.2014, CB/Kommission, Rn. 77 ff.

⁴⁵⁸ Vgl. RPW 2021/2 – *Aventinus/Heidi Media*, 499, Rn. 42 f.; RPW 2018/4 – *AZ Medien/NZZ*, 874, Rn. 69; RPW 2015/3 – *Axel Springer Schweiz/Ringier*, 438, Rn. 94; RPW 2014/4 – *Ringier/Le Temps*, 709, Rn. 26; RPW 2012/1 – *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*, 117, Rn. 53 f.;

tens bis Ende der 1990er Jahre zurück und hat sich somit bereits einige Zeit vor dem Aufkommen der «zweiseitigen Märkte» etabliert.⁴⁵⁹

- 241 Bei den mehrseitigen Märkten prüft die WEKO zudem grundsätzlich auch die Abhängigkeit der verschiedenen Marktseiten; dabei geht sie in der Regel wie folgt vor:

«Bei der Prüfung, ob sich Unternehmen auf dem Lesermarkt unabhängig verhalten können, ist die Wirkung des Lesermarktes auf den Werbemarkt zu berücksichtigen: Durch einen geringeren Absatz eines Presseerzeugnisses auf dem Lesermarkt sinkt der Wert dieses Presseerzeugnisses auf den Werbemärkten. Aufgrund dessen ist der Werbemarkt unter Umständen in der Lage, das Verhalten eines Anbieters auf dem Lesermarkt bis zu einem gewissen Grad zu disziplinieren.»⁴⁶⁰

- 242 Aus dieser und weiteren, vergleichbaren Entscheidungen der WEKO ist ersichtlich, dass zwar separate Märkte abzugrenzen sind, aber diese eine gewisse Abhängigkeit aufweisen. Aufgrund dieser Abhängigkeit ist es wichtig, nach der Definition des sachlich relevanten Marktes auf weitere, disziplinierende Wirkungen auf dem Markt zu achten. Die WEKO nimmt keine pauschale, separate Marktabgrenzung vor, sondern ist bereit, weitergehende Wettbewerbskräfte in ihren Untersuchungen miteinzubeziehen.
- 243 Die WEKO hat sich ebenfalls mit der Marktabgrenzung von zwei- bzw. mehrseitigen Märkten im Rahmen der Dienstleistungen von Kreditkarten auseinandergesetzt.⁴⁶¹ Bei der Marktabgrenzung verfolgt sie eine konstante Praxis und grenzt in der Regel getrennte Märkte ab, und zwar einen Issuing-Markt, Acquiring-Markt und Systemmarkt. Die WEKO erwähnt in ihren Entscheidungen jedoch auch, dass es nicht schadet, jeweils die Sichtweise der Nachfragenden auf den anderen Märkten zu berücksichtigen.⁴⁶² In Sachen *KKDMIF II* erkennt die WEKO, dass bei einem Vierparteiensystem ein zweiseitiger Markt vorliegt,

RPW 2009/3 – *Tamedia/PPSR*, 254, Rn. 73; RPW 2007/4 – *Tamedia AG/Espace Media Groupe*, 606 f., Rn. 29 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. z.B. für die Abgrenzung zwischen Lesermärkten und Anzeigemärkten RPW 1997/2 – *Publicitas/Gasser/Tschudi Druck*, 182, Rn. 33 (für die Marktabgrenzung im Detail 184, Rn. 39 ff.)

⁴⁶⁰ RPW 2004/2 – *NZZ-Espace-Bund*, 503, Rn. 102; dieselbe Herangehensweise auch in RPW 2000/3 – *Berner Oberland Medien*, 438 ff., Rn. 120 ff.

⁴⁶¹ RPW 2015/2 – *KKDMIF II*, 174, Rn. 88 f.

⁴⁶² Dies deutet jedoch nicht auf eine Abgrenzung eines Gesamtmarktes hin. Es handelt sich dabei vielmehr um eine aufwändigere Marktabgrenzung getrennter Märkte unter Berücksichtigung aller (potenziell) relevanten Elemente (vgl. u.a. RPW 2003/1 – *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, 131, Rn. 145).

weil zwei oder mehr Nachfragegruppen über eine Plattform interagieren. Es gibt also mehrere Marktteilnehmende, aus deren Sicht der Markt abzugrenzen ist.⁴⁶³

Interessanterweise grenzt die WEKO in Sachen *Sport Pay-TV* «einen einheitlichen Markt für Plattformen für leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV» ab; folglich grenzt sie bei Vorliegen von zwei- bzw. mehrseitigen Märkten nicht pauschal separate Märkte ab. Bei der Marktabgrenzung berücksichtigt die WEKO zwei unterschiedliche Marktgegenseiten – die Fernsehzuschauernden und die Programmveranstaltenden. Nach kurzer Analyse der Theorie der Transaktionsmärkte⁴⁶⁴ kommt sie zum Schluss, dass aus Sicht beider Marktgegenseiten ein einheitlicher Gesamtmarkt abzugrenzen sei.⁴⁶⁵

244

cc) Vereinigte Staaten von Amerika

In Ergänzung zu den bereits erwähnten Fällen im Rahmen von Dienstleistungen bei Kreditkarten ist der wichtige Fall des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten in Sachen *American Express* darzustellen, in welchem die Marktabgrenzung von Beginn an ein entscheidender Faktor war.⁴⁶⁶ Das Bundesbezirksgericht («District Court») war der Meinung, dass zwei getrennte Märkte, ein Handelsmarkt bzw. Markt für Händler*innen und ein Markt für Karteninhaber*innen, vorliegt. Das Berufungsgericht («Second District») hingegen war der Meinung, dass ein Gesamtmarkt vorliege. Nachfolgend soll insbesondere die Herangehensweise des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten für die Marktabgrenzung genauer analysiert werden.⁴⁶⁷

245

In einem ersten Schritt hat das Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten – gestützt auf den im vorangehenden Kapitel bereits erwähnten Merkmalen – die Zweiseitigkeit des zu untersuchenden Marktes ermittelt und ist zum Schluss gekommen, dass eine «Transaktionsplattform» vorliegt.⁴⁶⁸ Gemäss

246

⁴⁶³ RPW 2015/2 – KKDMIF II, 174, Rn. 89.

⁴⁶⁴ Vgl. hierzu im Detail Kapitel [C.III.3.d\)aa](#).

⁴⁶⁵ RPW 2016/4 – *Sport im Pay-TV*, 981, Rn. 483 ff.

⁴⁶⁶ Das Gericht hält bei der Marktabgrenzung zudem ausdrücklich fest, dass es ohne die Definition eines Marktes nicht möglich ist zu messen, ob der Wettbewerb eingeschränkt oder beseitigt wird (vgl. SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 11 m.w.V.).

⁴⁶⁷ Zur Marktabgrenzung des SCOTUS vgl. SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 10–15.

⁴⁶⁸ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 2 f. m.w.V.; vgl. zu den Merkmalen eines zweiseitigen Marktes Kapitel [C.II.2.a](#)). Zur vertieften Auseinandersetzung mit den Transaktionsplattformen vgl. Kapitel [C.III.3.d\)aa](#).

dem Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten können solche Plattformen aufgrund indirekter Netzwerkeffekte den Preis nicht auf einer Plattformseite erhöhen, da sie einen Rückkopplungseffekt (engl. «feedback loop») mit sinkender Nachfrage riskieren.⁴⁶⁹ Zudem führt das Gericht aus, dass diese Plattformen «a single, simultaneous transaction» zwischen Händler*innen und Karteninhaber*innen vermitteln; das Kreditkartennetzwerk kann schliesslich nur funktionieren, wenn sich die Händler*innen und Karteninhaber*innen gleichzeitig für die Nutzung des Kreditkartennetzwerks entscheiden.⁴⁷⁰ Daraus folgert das Gericht, dass ein Kreditkartennetzwerk weder den Händler*innen noch den Karteninhaber*innen einzeln Transaktionsdienstleistungen verkaufen könne.⁴⁷¹ Da diese Transaktionsplattformen nur dann einen Verkauf tätigen können, wenn beide Seiten der Plattform gleichzeitig zustimmen, liegen auch ausgeprägtere indirekte Netzwerkeffekte vor; der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten geht sogar so weit und spricht von «supplying only one product»-transactions,⁴⁷² d.h., das Gericht sieht mindestens in der kartellrechtlichen Betrachtung bloss ein einziges Produkt (bzw. in diesem Fall bloss eine einzige Dienstleistung) in den Tätigkeiten der Kreditkartennetzwerke. Schliesslich können nur andere zweiseitige Plattformen, die ebenfalls Transaktionen zwischen Händler*innen und Karteninhaber*innen vermitteln, mit der untersuchten zweiseitigen Plattform im Wettbewerb stehen.⁴⁷³ Im Ergebnis grenzt das Gericht sodann bloss einen Gesamtmarkt ab.⁴⁷⁴

- 247 Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten führt zudem aus, dass das Vorliegen von indirekten Netzwerkeffekten und einer besonderen Preisstruktur nicht automatisch zur Abgrenzung eines Gesamtmarktes führt; wirken sich die indirekten Netzwerkeffekte oder die relative Preisgestaltung nur in geringerer Weise aus, sind weiterhin getrennte Einzelmärkte abzugrenzen. Beispielsweise in den Werbemärkten der Zeitungen sind die indirekten Netzwerkeffekte weniger ausgeprägt, weshalb sich der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten in diesen Fällen für die Definition getrennter Einzelmärkte ausspricht.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 12.

⁴⁷⁰ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 13.

⁴⁷¹ So auch KLEIN/LERNER/MURPHY/PLACHE, *Antitrust Law J.* 2006, 583.

⁴⁷² SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 13; dieser Ausdruck ist abgeleitet von KLEIN/LERNER/MURPHY/PLACHE, *Antitrust Law J.* 2006, 580.

⁴⁷³ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 14.

⁴⁷⁴ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 15. In seinem Entscheid fasst der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten die Issuing- und Acquiring-Märkte zu einem Gesamtmarkt zusammen.

⁴⁷⁵ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 12 f.

c) Zwischenfazit

Wie dargelegt, ist der zweiseitige Charakter der Märkte für das Kartellrecht kein Novum. Die Europäische Kommission unterteilt Märkte für Printmedien, Radio und Fernsehen regelmässig in getrennte Märkte (insbesondere Werbemärkte und Leser-, Zuhörer- oder Zuschauermärkte). Auch im Rahmen der Dienstleistungen von Kreditkarten grenzt die Europäische Kommission durchweg getrennte Märkte im Sinne von Issuing-Märkten, Acquiring-Märkten und Systemmärkten ab, jedoch erkennt sie gleichzeitig, dass die andere Marktseite für ihre Analyse nicht unerheblich ist; trotzdem sieht sie davon ab, einen Gesamtmarkt für die Dienstleistungen von Kreditkarten abzugrenzen. 248

In der Schweiz zeichnet sich ein sehr ähnliches Bild ab, denn die WEKO grenzt in ständiger Praxis ebenfalls getrennte Märkte im Medienbereich ab (insbesondere Werbe- und Leser-, Zuhörer- oder Zuschauermärkte). Zudem folgt sie in ihren Entscheiden zu verschiedensten Konstellationen der Kreditkarten jeweils der Fallpraxis der Europäischen Kommission (und ferner auch der Gerichte). Sie erwähnt zwar ausdrücklich, dass bei der Abgrenzung von Acquiring-Märkten «auch die Sichtweise der Konsumenten mit[zu]berücksichtig[en]» ist, jedoch veranlasst dies keine Abgrenzung eines Gesamtmarktes.⁴⁷⁶ Darüber hinaus hat die WEKO in ihrer jüngeren Praxis – ähnlich wie der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten – auch einen einheitlichen Gesamtmarkt abgegrenzt, da eine Transaktionsplattform vorlag, d.h., bei Bestehen entsprechender Umstände ist die Abgrenzung getrennter Einzelmärkte aus Sicht der WEKO nicht angebracht. Diese Erkenntnis ist mit Blick auf die Märkte der digitalen Wirtschaft von Bedeutung, da je nach Konstellation getrennte Einzelmärkte oder einheitliche Gesamtmärkte vorliegen. 249

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten ist insbesondere im Vergleich zur Fallpraxis in Europa (und ferner der Schweiz) interessant, da es einen Gesamtmarkt für die Dienstleistungen von Kreditkartenunternehmen abgegrenzt hat; im Ergebnis fasst sie die in der europäischen (und schweizerischen) Rechtsprechung anzutreffenden Issuing- und Acquiring-Märkte zu einem Gesamtmarkt zusammen. Dieser Ansatz eröffnet potenziell auch den Weg, in zukünftigen Fällen im Rahmen der digitalen Wirtschaft einen Gesamtmarkt abzugrenzen an Stelle der getrennten Einzelmärkte der europäischen (und schweizerischen) Fallpraxis. 250

⁴⁷⁶ Vgl. RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 131, Rn. 145.

3. Märkte für digitale Güter

- 251 Die Daten in der digitalen Wirtschaft können auf wettbewerbsrechtlicher Ebene unterschiedlich relevant sein. Sie dienen nicht nur der Optimierung von Produktionsprozessen, sondern generieren teilweise einen erheblichen Wettbewerbsvorteil oder ermöglichen den Zugang zu einem bestimmten Markt.⁴⁷⁷ In der Digitalökonomie ist es üblich, dass die Nutzergruppe ihre Daten ab- bzw. preisgibt und im Gegenzug eine Dienstleistung bezieht. In diesen Fällen sind die Daten die Gegenleistung der bezogenen Dienstleistung.⁴⁷⁸ In einem ähnlichen Zusammenhang ist es möglich, die Daten als Ressource anzusehen (a). Ferner ist aber auch denkbar, dass es sich bei den Daten um das eigentliche Marktprodukt selbst handelt (b).

a) Daten als Ressource

- 252 Die Erhebung und Nutzung von Daten erlaubt den Unternehmen, ihre Geschäftstätigkeit zu optimieren und Wertschöpfungspotenziale zu verwerten. Darüber hinaus können Daten Marktzutrittsvoraussetzung sein oder auch als Voraussetzung für die Erschliessung komplett neuer Märkte dienen.⁴⁷⁹ Bei den Daten als Ressourcen handelt es sich um eine unerschöpfliche Ressource, d.h., die Nutzung der Daten durch ein Unternehmen führt nicht zum Ausschluss der Verwendung derselben Daten durch ein anderes Unternehmen.⁴⁸⁰ Die Daten sind somit nicht ausschliesslich und mehrere Unternehmen können dieselben Daten sammeln oder kaufen.⁴⁸¹ In diesem Zusammenhang spricht die Literatur von «fehlender Rivalität», da die gleichzeitige Nutzung der Daten möglich ist.⁴⁸²
- 253 Es ist grundsätzlich nicht zielführend, einen generellen Markt für Daten als Ressourcen abzugrenzen, denn gerade die Individualisierung der Daten (z.B. Alter, Geschlecht, Ortsdaten, Beruf und/oder Suchverhalten im Internet) macht die Daten wertvoll und speziell. Aus diesem Grund soll – wenn Daten als Ressourcen für Unternehmen vorliegen – gestützt auf das Geschäftsmodell

⁴⁷⁷ Vgl. z.B. Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(3\)](#).

⁴⁷⁸ Vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)\(1\)](#).

⁴⁷⁹ Auch im Rahmen der Kopplungsgeschäfte können die Daten grossen Einfluss auf den Marktzutritt haben vgl. z.B. Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(3\)](#).

⁴⁸⁰ DEWENTER/LÜTH, 10 f.; HEYMANN, CR 2016, 652 f.; vgl. ferner DENOTH/KAUFMANN, sic! 2016, 507; ZECH, CR 2015, 139.

⁴⁸¹ Zu den Daten als Marktprodukt vgl. Kapitel [C.II.3.b\)](#).

⁴⁸² DEWENTER/LÜTH, 10 f.; HEYMANN, CR 2016, 652 f.; vgl. ferner DENOTH/KAUFMANN, sic! 2016, 507; ZECH, CR 2015, 139.

das Wettbewerbsgeschehen eingeordnet werden und sollen entsprechende Märkte abgegrenzt werden. Eine Pauschalisierung der Marktabgrenzung führt zu falschen Ergebnissen. Die Marktabgrenzung muss jeweils einzelfallweise nach Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite erfolgen.

Trotzdem vertritt beispielsweise WALLER die Meinung, dass ein allgemeinerer Markt für Benutzerdaten (insbesondere im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken) abzugrenzen sei.⁴⁸³ Dabei stellt er sich auf den Standpunkt, dass ein Markt für die Monetarisierung der Benutzerdaten existiere.⁴⁸⁴ Während sich Daten monetarisieren lassen, ist nicht ersichtlich, warum ein Markt für Benutzerdaten definiert wird, weil praktisch alle Unternehmen in der digitalen Wirtschaft Daten sammeln und verarbeiten. Ein allgemein abgegrenzter Markt für die Monetarisierung der Benutzerdaten hätte zur Folge, dass sich all diese Unternehmen automatisch im gleichen Markt befinden würden. Dies führt zu einer künstlichen Erweiterung des sachlich relevanten Marktes und entspricht nicht dem Sinn der Marktabgrenzung im Kartellrecht.⁴⁸⁵ Folglich ist es angebrachter, zuerst das Marktgeschehen korrekt einzuordnen und z.B. eine Marktseite für Werbende abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist es dann möglich, einen sachlich relevanten Markt für Benutzerdaten im Rahmen der Werbungen (bzw. der Aufmerksamkeit) zu definieren. Dieselbe Herangehensweise ist bereits verschiedentlich in den Untersuchungen der Werbemärkte ersichtlich,⁴⁸⁶ da die Kartellbehörden regelmässig zunächst das Marktgeschehen einordnen und erst dann die Austauschbarkeit der Dienstleistung der Werbemärkte in diesem Umfeld untersuchen.⁴⁸⁷

254

b) Daten als Marktprodukt

Für die nachfolgenden Ausführungen ist es unerheblich, ob es sich um verarbeitete Daten, nichtverarbeitete Daten, personenbezogene Daten, nicht-personenbezogenen Daten oder andere Formen von Daten handelt.⁴⁸⁸

255

⁴⁸³ WALLER, N.C. L. Rev. 2012, 1784.

⁴⁸⁴ Vgl. hierfür Kapitel [C.II.1.a\)bb](#).

⁴⁸⁵ Vgl. zur Marktabgrenzung im Detail Kapitel [C.III](#).

⁴⁸⁶ Vgl. zur Abgrenzung der Werbemärkte Kapitel [C.II.2](#).

⁴⁸⁷ Die Kartellbehörden grenzen bspw. zuerst einen (Tages-)Zeitungsmarkt ab und untersuchen erst in einem zweiten Schritt, ob die Dienstleistungen für die Werbung der Tageszeitungen, Monatszeitungen und andere Werbung austauschbar sind vgl. im Detail Kapitel [C.II.2.b](#).

⁴⁸⁸ Für die Marktabgrenzung des untersuchten Marktes könnte diese Unterscheidung selbstverständlich eine Rolle spielen, jedoch ändert sie nichts an der Tatsache, dass es sich um einen einseitigen Markt handelt.

- 256 Aufgrund der grossen Bedeutung der Daten als Ressourcen im Wettbewerb sind die Unternehmen gehalten, diese Daten zu sammeln oder anderweitig zu erwerben. Es ist also nicht unüblich, dass sich einzelne Unternehmen darauf spezialisieren, Daten zu sammeln und auszuwerten. Diese Data Broker kaufen Datensätze von Datenerzeugenden und verkaufen sie weiter.⁴⁸⁹ In diesen Fällen erfolgt die Veräusserung der Daten zwischen zwei Parteien und es handelt sich um einen «traditionellen», einseitigen Markt. Deshalb soll in Märkten mit Daten als Marktprodukt die Marktabgrenzung nach den allgemeinen Regeln der Definition des relevanten Marktes in traditionellen Märkten erfolgen.⁴⁹⁰
- 257 Dass die Marktabgrenzung in Märkten, in denen die Daten als Marktprodukt dienen, nach den allgemeinen Regeln der Marktdefinition geschehen soll, zeigt sich auch in verschiedenen Entscheidungen der Europäischen Kommission.⁴⁹¹ Im Finanzbereich hat die Europäische Kommission in Sachen Thomson/Reuters verschiedene Märkte für Finanzdaten abgegrenzt.⁴⁹² Zudem hat sie in Sachen IMS Health einen Markt für Kontaktdaten definiert.⁴⁹³ Im Rahmen der digitalen Wirtschaft ist die Abgrenzung eines Marktes für (die Lizenzierung von) Musikdaten in Sachen *Apple/Shazam*⁴⁹⁴ ein gutes Beispiel. Ferner hat die Europäische Kommission in Sachen *Facebook/WhatsApp* grundsätzlich die Möglichkeit zur Definition eines «Datenmarktes» anerkannt, jedoch hat sie in diesem Fall auf eine solche Marktdefinition verzichtet, da weder Apple noch Shazam in diesem Markt tätig war.⁴⁹⁵ Da es sich bei diesen Märkten um einseitige Märkte handelt, verwendet die Europäische Kommission die üblichen Methoden der Marktabgrenzung bei der Ermittlung des sachlich relevanten Marktes. Aus der Fallpraxis der Europäischen Kommission (sowie der WEKO) ist somit ersichtlich, dass solche Datenmärkte keiner besonderen Behandlung bei der Marktabgrenzung bedürfen.

⁴⁸⁹ DEWENTER/LÜTH, 30; KÖRBER, NZKart 2016, 304; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 73.

⁴⁹⁰ Vgl. auch HARBOUR/KOSLOV, Antitrust Law J. 2010, 787 ff.; zur Annahme eines Nachfragemarktes für Daten vgl. LUCHETTA, J. Comp. L. & Econ. 2013, 199 ff.; für eine detaillierte Analyse der Datenmärkte vgl. VOLMAR, 117 ff.

⁴⁹¹ Bei genauer Betrachtung grenzt auch die WEKO einen «Markt für Lieferung tagesaktueller Verzeichnisdaten in elektronischer Form» (also einen Markt für Daten als Marktprodukt) nach den allgemeinen Regeln der Marktdefinition ab vgl. RPW 2006/4 – *Swisscom Directories AG*, E. 5.3.4, 717.

⁴⁹² EU-Kommission, COMP/M.4726 vom 19.02.2008, Thomson/Reuters, Rn. 110.

⁴⁹³ EU-Kommission, COMP/M.7337 vom 19.12.2014 IMS Health, Rn. 66.

⁴⁹⁴ EU-Kommission, M.8788 vom 06.09.2018 – *Apple/Shazam*, Rn. 119 ff.

⁴⁹⁵ EU-Kommission, COMP/M.7217 vom 03.10.2014, *Facebook/WhatsApp*, Rn. 70 und Rn. 72.

Wie aus den hier untersuchten Fällen ersichtlich ist,⁴⁹⁶ definiert die Europäische Kommission keinen allgemeinen Markt für Daten, sondern stellt auf die Substituierbarkeit der Daten ab. Sie grenzt insbesondere je nach Nutzung und je nach spezifischem Verwendungszweck der Daten die Märkte unterschiedlich ab. Folglich ist eine Abgrenzung eines allgemeinen Datenmarktes weder zielführend noch möglich, weshalb die Marktabgrenzung einzelfallweise nach den Regeln der Ermittlung des sachlich relevanten Marktes in einseitigen Geschäftsbeziehungen zu erfolgen hat.

258

⁴⁹⁶ Mit Ausnahme der merkwürdigen Wortwahl in Sachen *Facebook/WhatsApp* und der damit einhergehenden, potenziellen Abgrenzung eines «Datenmarktes». Dieser Datenmarkt bezieht sich jedoch auch bloss auf die in diesem Fall untersuchten Daten und stellt keinen allgemeinen Datenmarkt dar.

III. Grundsätze der Marktabgrenzung auf Märkten der digitalen Wirtschaft

259 Wie bereits erwähnt, existieren grundsätzlich keine simplifizierten Formen eines bestimmten Marktes. Aus diesem Grund ist es wichtig, fallbasiert auf die ökonomischen Besonderheiten der digitalen Wirtschaft einzugehen und mit einem standardisierten Vorgehen die vorliegende Marktstruktur zu erfassen. Damit ein solcher, standardisierter Prüfprozess möglich ist, müssen zunächst die elementarsten Grundlagen der Marktabgrenzung kurz zusammengefasst werden (1.). In einem nächsten Schritt sind die Herausforderungen im Kontext der Marktabgrenzung der digitalen Wirtschaft zu ermitteln (2.). Anschliessend greift dieses Kapitel die Diskussion zur Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes oder die Abgrenzung separater Einzelmärkte auf und unterbreitet unter Berücksichtigung der Plattformtheorie einen Vorschlag für eine alternative Ermittlungsmethode zu dieser Abgrenzung. Darüber hinaus ist darzulegen, warum diese Differenzierung für das nachfolgende Kartellverfahren von entscheidender Bedeutung ist (3.). Schliesslich ist die herausgearbeitete Ermittlungsmethode an Anwendungsbeispielen zu testen und sind deren Ergebnisse mit den Abgrenzungsmethoden der Plattformtheorie zu vergleichen (4.).

1. Grundlagen der Marktabgrenzung

260 Wie bereits dargelegt, ist sowohl in der Europäischen Union als auch in der Schweiz die Marktabgrenzung der erste Schritt für die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung.⁴⁹⁷ Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite. Zum relevanten Markt gehören alle Produkte und Dienstleistungen, die angesichts ihrer Substituierbarkeit eine eigene Produkt- oder Leistungsgruppe bilden, die also zusammen im Wettbewerb stehen. Bei der Austauschbarkeit wird auf verschiedene Kriterien, wie z.B. den Preis, die Qualität, die Verfügbarkeit oder die Verbraucherpräferenzen, abgestellt. Dabei ist keine vollständige Austauschbarkeit erforderlich, sondern ein hinreichender Grad an Austauschbarkeit genügt bereits.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Vgl. Kapitel C.I.

⁴⁹⁸ ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 660 ff.; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 102; MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 89; STANCKE, §5 Rn. 11, in: Bunte/Stanke; Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 101 AEUV, Rn. 92 m.w.V.; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER,

Für die Marktabgrenzung braucht es eine Gesamtanalyse; doch weder in der Europäischen Union noch in der Schweiz kommt einer Abgrenzungsmethode Vorrang zu. Trotzdem wird in der Praxis bei der Abgrenzung des (sachlich) relevanten Marktes in der Regel zunächst auf das Prinzip der funktionellen Austauschbarkeit, also auf das Bedarfsmarktkonzept, zurückgegriffen.⁴⁹⁹ Neben dem Bedarfsmarktkonzept kommt der SSNIP-Test am häufigsten zur Anwendung.⁵⁰⁰ 261

2. Herausforderungen für die Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft

Aufgrund der Marktstruktur bzw. der ökonomischen Besonderheiten der digitalen Märkte treten verschiedene, damit verbundene Schwierigkeiten im Kontext der Marktabgrenzung auf. Die Erkenntnisse des vorhergehenden Kapitels verschaffen bereits erste Denkansätze für die Überwindung einiger Schwierigkeiten. Im Rahmen des vorliegenden Kapitels gilt es die weiteren – teilweise neuen – Herausforderungen für die digitalen Märkte herauszukristallisieren und die Grundlage für die Ausarbeitung einer allgemein anwendbaren Methodik der Marktabgrenzung zu schaffen. Bei den digitalen Märkten treten die besonderen Marktstrukturen in der Regel simultan auf und erschweren so die Abgrenzung des relevanten Marktes zusätzlich. Eine eindimensionale Übernahme der ermittelten Methoden des vorhergehenden Kapitels ist aus diesem Grund keine valable Option. 262

Angesichts der Tatsache, dass in der digitalen Wirtschaft insbesondere zwei- und mehrseitige Plattformen prominent auftreten,⁵⁰¹ liegt die erste Herausforderung bereits in der Ermittlung der Zwei- bzw. Mehrseitigkeit des untersuchten Marktes.⁵⁰² Haben die Behörden einmal festgestellt, dass ein zwei- bzw. mehrseitiger Markt vorliegt, müssen sie ausfindig machen, ob in den untersuchten Sachverhalten ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Ein- 263

Art. 102, Rn. 35 m.w.V.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 48.

⁴⁹⁹ Vgl. BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 104 m.w.V. (insb. Fn. 106); BGE 139 I 72, E. 9.2.3.1; RPW 2005/3 – *Telekurs Multipay AG*, E. 7.1, 558 f.; Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 7; Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rn. 23 und 28; Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, Rn. 14 und Rn. 32; ausführlich zu dieser Thematik auch LENSSEN, 185 ff.

⁵⁰⁰ Zum SSNIP-Test im Detail vgl. Kapitel [C.IV.3.a](#)); zu den praktischen Schwächen des SSNIP-Tests, insb. auch der «cellophane fallacy» vgl. Kapitel [C.IV.3.a\)bb](#)).

⁵⁰¹ Vgl. Kapitel [B.I.1](#).

⁵⁰² Vgl. Kapitel [C.II.2.a](#)).

zelmärkte für jede Seite abzugrenzen sind. Die Literatur hat hierfür bereits verschiedene Herangehensweisen entwickelt. Einerseits haben FILISTRUCCHI et al. eine systematische Unterscheidung zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen vorgeschlagen,⁵⁰³ andererseits geht das Bundeskartellamt in Deutschland davon aus, dass eine Differenzierung zwischen Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen im kartellrechtlichen Kontext angebracht ist.⁵⁰⁴

264 Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie die Netzwerkeffekte zu behandeln sind.⁵⁰⁵ Da die Entscheidungen einer Nutzergruppe wesentlich vom Verhalten der anderen Plattformseite abhängen und die Plattformbetreibenden die Möglichkeit haben, diese Entscheidungen bzw. dieses Verhalten massgeblich zu beeinflussen, ist es wichtig, diese Interdependenzen zwischen zwei- bzw. mehreren Nutzergruppen bei der Marktabgrenzung angemessen zu berücksichtigen. Die korrekte Berücksichtigung dieser Interdependenzen hat nicht bereits in die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der Europäischen Union von 1997 Eingang gefunden, obwohl sich die Behörden schon zuvor mit zweiseitigen Märkten auseinandergesetzt hatten.⁵⁰⁶ Diese Problematik sorgt in den Märkten der digitalen Wirtschaft weiterhin für Diskussionen, da dort – im Vergleich zu den Fernseh-, Radio- oder Zeitungsmärkten – vermehrt starke Grössen- und Skaleneffekte wirken.⁵⁰⁷ Die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes greift die versäumte Gelegenheit der Bekanntmachung von 1997 auf und befasst sich mit den indirekten Netzwerkeffekten.⁵⁰⁸ Gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung hat die Kommission bei der Abgrenzung der relevanten Märkte die «die indirekten Netzwerkeffekte zwischen Nutzergruppen auf verschiedenen Seiten der Plattform» zu berücksichtigen.⁵⁰⁹

265 Als zusätzliche Herausforderung ist auch der Einfluss des Multi-Homing und des Single-Homing zu beachten.⁵¹⁰ Die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes erwähnt die Homing-Entscheidungen ebenfalls als wichtigen Faktor; die Kommission geht allerdings nicht im Detail

⁵⁰³ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 293 ff.

⁵⁰⁴ Für detaillierte Ausführungen zur erwähnten Plattformtheorie vgl. Kapitel [C.III.3.d](#).

⁵⁰⁵ Für die Bedeutung der Netzwerkeffekte in der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [B.I.1.b](#).

⁵⁰⁶ Vgl. Kapitel [C.II.2.b](#).

⁵⁰⁷ Für die Skaleneffekte in der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [B.I.2](#).

⁵⁰⁸ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 94 ff.

⁵⁰⁹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95.

⁵¹⁰ Für Details zum Multi-Homing und Single-Homing vgl. Kapitel [B.I.4.a](#).

auf die Auswirkungen der Homing-Entscheidungen ein.⁵¹¹ Mögliche Komplikationen ergeben sich insbesondere, wenn eine Plattformseite Single-Homing und die andere Plattformseite Multi-Homing betreibt. FRANCK/PEITZ beispielsweise sind der Meinung, dass bei einer solchen asymmetrischen Ausgestaltung der Homing-Struktur potenziell nur ein Markt für die Multi-Homing-Seite abzugrenzen sei.⁵¹² Während das Multi-Homing die Wirkungen der Netzwerkeffekte teilweise hemmen kann, birgt sich darin eine weitere Herausforderung für die Marktabgrenzung: Betreibt eine Seite Single-Homing und die andere Seite Multi-Homing, dann befindet sich die Plattform in einer besonderen «Monopolstellung» für den Zugang zur Single-Homing-Seite. Deshalb sind die Kartellbehörden dazu angehalten, einerseits die Homing-Strukturen richtig zu erkennen, andererseits den erwähnte Monopolzugang korrekt zu behandeln.

Die Schwierigkeiten im Kontext der Marktabgrenzung betreffen nicht nur Fragen im Rahmen der Marktstruktur. Auch die Anwendung der etablierten Methoden zur Definition des sachlich relevanten Marktes stösst an ihre Grenzen. Da in den Märkten der digitalen Wirtschaft besondere Preisstrukturen vorzufinden sind⁵¹³ und in der Regel die Aufmerksamkeit oder die Daten der Nutzenden als Gegenleistung an die Stelle des Geldes treten,⁵¹⁴ funktioniert der SSNIP-Test nicht mehr.⁵¹⁵ Es kann keine dauerhafte Erhöhung des relativen Preises stattfinden. Ausserdem ist selbst bei Anwendung eines modifizierten SSNIP-Tests herauszufinden, auf welcher Marktseite dieser Test zum Einsatz kommt, falls ein einheitlicher Gesamtmarkt vorliegt. Erschwerend kommt hinzu, dass selbst bei Abgrenzung separater Einzelmärkte allenfalls die Wechselbeziehungen der anderen Marktseite zu erwägen sind. Aus diesem Grund müssen die Behörden vermehrt auf qualitative Methoden der Marktabgrenzung zurückgreifen oder diese quantitativen Methoden der Realität der digitalen Wirtschaft anpassen.

266

Schliesslich fordern auch die digitalen Ökosysteme die Kartellbehörden heraus, da sie – neben den hier bereits erwähnten Problempunkten für die Marktabgrenzung – zusätzlich die Frage aufwerfen, ob die Marktdefinition auf un-

267

⁵¹¹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95, wonach die Homing-Entscheidung ein zu berücksichtigender Faktor bei der Prüfung, ob erhebliche Unterschiede bei den Substitutionsmöglichkeiten bestehen, ist.

⁵¹² FRANCK/PEITZ, CYELS 2021, 113 ff.; FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 57 ff.

⁵¹³ Für die besonderen Preisstrukturen vgl. Kapitel [B.I.1.c](#).

⁵¹⁴ Für die Möglichkeit von nichtmonetären Gegenleistungen vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb](#).

⁵¹⁵ So auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 96, wonach die Anwendung des SSNIP-Tests in mehrseitigen Märkten schwieriger ist.

terschiedlichen Ebenen zu erfolgen hat und ob allenfalls das gesamte Ökosystem einen eigenen, sachlich relevanten Markt ausmacht und die Theorien der Cluster Markets, Bundle Markets bzw. der Systemmärkte bei der Abgrenzung relevant sind.⁵¹⁶

3. Einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte

a) Allgemeines

- 268 Im Rahmen der Marktabgrenzung auf Märkten der digitalen Wirtschaft stellt sich zunächst die Frage, ob ein einheitlicher Gesamtplattformmarkt, der zwei, mehrere bzw. alle Seiten umfasst, oder separate Einzelmärkte – also getrennte Märkte – abzugrenzen sind. Ein einheitlicher Gesamtmarkt kann vorliegen, wenn das Unternehmen jeder Marktseite dieselben Güter anbietet (und so die verschiedenen Marktseiten untrennbar miteinander verbunden sind); bei Feststellung getrennter Einzelmärkte hingegen würden die Behörden erkennen, dass das Unternehmen jeder Marktseite unterschiedliche Produkte bzw. Dienstleistungen anbietet. Im letzteren Fall haben die Wettbewerbsbehörden weiterhin die Möglichkeit, die andere Marktseite (und somit die Netzwerkeffekte) zu berücksichtigen, ohne dass automatisch von einem einzigen Gesamtmarkt auszugehen ist.⁵¹⁷
- 269 Die Berücksichtigung aller Umstände ist bedeutend für die Marktabgrenzung, da die Marktdefinition darauf abzielt, die Wettbewerbskräfte zu bestimmen, die auf das untersuchte Unternehmen einwirken. Sie soll also die Frage beantworten, welchem Wettbewerbsdruck das untersuchte Unternehmen ausgesetzt ist.⁵¹⁸ Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann das untersuchte Unternehmen beispielsweise auch aufgrund der vorhandenen Netzwerkeffekte einen (indi-

⁵¹⁶ Vgl. im Detail Kapitel [CV](#); auch die Europäische Kommission greift die Herausforderungen im Rahmen der digitalen Ökosysteme auf vgl. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 99 ff.

⁵¹⁷ Vgl. hierfür beiderseits die Fallpraxis in zwei- bzw. mehrseitigen Märkten vor Aufkommen der digitalen Märkte in Kapitel [C.II.2.b](#); so auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95; der Wortlaut im Entwurf war anschaulicher gewählt, vgl. Europäische Kommission, Entwurf der überarbeiteten Bekanntmachung, Rn. 95 («In Fällen, in denen für die auf jeder Seite der Plattform angebotenen Produkte getrennte Märkte abgegrenzt wurden, können Netzwerkeffekte und Wettbewerbsdruck, die von der anderen Seite der Plattform ausgehen, bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung dennoch berücksichtigt werden.»).

⁵¹⁸ Vgl. im Detail Kapitel [C.1.2](#).

rekten) Wettbewerbsdruck der anderen Plattformseite spüren. Dieser Wettbewerbsdruck kann entweder integraler Bestandteil der Marktabgrenzung sein⁵¹⁹ oder als zu berücksichtigendes Element «ausserhalb» des untersuchten Marktes auftreten.⁵²⁰

b) Bedeutung der Unterscheidung

Die Frage der Abgrenzung eines Gesamtmarktes oder separater Einzelmärkte ist von entscheidender Bedeutung, da sie das gesamte Kartellverfahren grundlegend beeinflusst.⁵²¹ Definieren die Wettbewerbsbehörden einen einheitlichen Gesamtmarkt, müssen sie konsequenterweise die marktbeherrschende Stellung bei gemeinsamer Betrachtung aller Seiten ermitteln, bevor eine unzulässige Verhaltensweise feststellbar ist. Diese Vorgehensweise hat unterschiedliche Folgen: Einerseits kann die Marktabgrenzung potenziell breiter ausfallen, da nicht alle Leistungen der verschiedenen Marktseiten separat betrachtet werden,⁵²² andererseits kann der definierte Markt auch enger sein, da nur andere Unternehmen bzw. Plattformen, welche dieselbe Plattformstruktur aufweisen und/oder dieselben Leistungen gemeinsam anbieten, als Substitute anzusehen sind. Schliesslich liegt in dieser Konstellation bloss ein einziger Markt vor. Dies birgt die Gefahr, dass nahe Substitute einer Marktseite keine Berücksichtigung in der Marktabgrenzung finden, da sie nicht als Substitute des Gesamtmarktes gelten. Das könnte dazu führen, dass die wirkenden Wettbewerbskräfte nicht angemessen erfasst werden und die Analyse der Marktbeherrschung falsch ausfällt.

270

Grenzen die Behörden hingegen separate Einzelmärkte ab, vermögen sie unzulässige Verhaltensweisen auf bloss einer Marktseite zu ahnden und können somit feststellen, dass ein Unternehmen auf einer Marktseite marktbeherrschend ist, nicht jedoch auf der anderen Seite.⁵²³ Eine solche Abgrenzung separater Märkte impliziert nicht automatisch eine isolierte Betrachtung der Marktseiten; in der wettbewerbsrechtlichen Analyse müssen aufgrund der Wechselwirkungen auch bei der Definition von getrennten Einzelmärkten die

271

⁵¹⁹ Dies ist der Fall, wenn ein einheitlicher Gesamtmarkt vorliegt.

⁵²⁰ Dies ist der Fall, wenn separate Einzelmärkte vorliegen.

⁵²¹ Aufgrund der Bedeutung thematisiert die Europäische Kommission diese Möglichkeit der unterschiedlichen Abgrenzung auch in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes (vgl. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95).

⁵²² Vgl. zur Implikation einer engen bzw. breiten Marktabgrenzung Kapitel [C.I.2](#).

⁵²³ So auch WISMER/RASEK, 56 f.

anderen Marktseiten, einschliesslich der indirekten Netzwerkeffekte, berücksichtigt werden.⁵²⁴ Die Folgen der separaten Einzelmärkte lassen sich mit umgekehrten Vorzeichen aufzeigen: Einerseits kann die Marktabgrenzung potenziell enger ausfallen, da jede Leistung einzeln betrachtet wird, andererseits kann der definierte Markt auch grösser sein, weil für jede einzelne Leistung der verschiedenen Marktseiten potenziell «separate» Substitute vorliegen können.

- 272 Darüber hinaus hat die Feststellung eines Gesamtmarktes oder separater Einzelmärkte Folgen für die Anwendung der Methoden für die Marktabgrenzung.⁵²⁵ Falls die Behörden einen Gesamtmarkt abgrenzen, stellt sich die Frage, auf welcher Seite das Bedarfsmarktkonzept bzw. der SSNIP-Test durchzuführen sind⁵²⁶ und welche Rolle die andere Marktseite einschliesslich der Netzwerkeffekte spielt.⁵²⁷ Werden hingegen separate Einzelmärkte abgegrenzt, sind die etablierten Methoden für die Marktabgrenzung ohne Anpassung anwendbar, da im Verhältnis zwischen dem untersuchten Unternehmen und der Marktgegenseite – isoliert betrachtet – ein einseitiges Marktverhältnis vorliegt (z.B. Markt für Dienstleistungen an eine vorbestimmte Nutzergruppe).
- 273 Diese Ausgangslage ist eng mit der Bedeutung von Netzwerkeffekten in der digitalen Wirtschaft verknüpft,⁵²⁸ da sie ein wichtiges Merkmal der zwei- bzw. mehrseitigen Märkte sind.⁵²⁹ In Verbindung mit den Wirkungen des Single- und Multi-Homing tragen sie entscheidend dazu bei, dass die Netzwerkexternalitäten als Wettbewerbsdruck wahrgenommen werden können. Dies führt auch dazu, dass auf zwei- bzw. mehrseitigen Märkten Unternehmen, die auf jeder Seite unterschiedliche Märkte bedienen, potenziell auf allen Seiten dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Die Nutzergruppe auf einer Plattformseite kann in der Lage sein, direkten Wettbewerbsdruck auszuüben (die Stärke des

⁵²⁴ Die gleiche Herangehensweise ist bereits in der Fallpraxis in zwei- bzw. mehrseitigen Märkten vor Aufkommen der digitalen Märkte ersichtlich vgl. Kapitel [C.II.2.b](#)); so auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95; KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2144 f.

⁵²⁵ Im Detail zur Anwendung der Methoden für die Marktabgrenzung vgl. Kapitel [C.IV](#).

⁵²⁶ So auch FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 295; BARBUR/MACH/CLARKE, Sedona Conf. J. 2011, 290. NIELS/RALSTON bspw. sind der Meinung, den SSNIP-Test auf allen Marktseiten durchführen zu müssen (NIELS/RALSTON, ECJ 2021, 126 f.); zur Frage, welche Marktseite zu untersuchen ist (unabhängig von der Frage, wie der SSNIP-Test anwendbar wäre).

⁵²⁷ So auch FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 295.

⁵²⁸ Zur Bedeutung der Netzwerkeffekte in der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [B.I.1.b](#)); so auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 94 ff.

⁵²⁹ Zur Unterscheidung zwischen den zwei- bzw. mehrseitigen Märkten und den einseitigen Märkten vgl. Kapitel [C.II.2.a](#)).

Drucks hängt u.a. vom Single- bzw. Multi-Homing dieser Seite ab), während das Unternehmen – verstärkt durch niedrige Wechselkosten⁵³⁰ – auf der anderen Seite durch den Wechsel der Nutzenden indirektem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sein kann. Trifft das Unternehmen falsche oder schlechte Entscheidungen, kann dies durch die Wirkung negativer Netzwerkeffekte in einem Verlust der Nutzenden auf beiden Plattformseiten resultieren. Aus diesem Grund können die Netzwerkeffekte zu zusätzlichem Wettbewerbsdruck auf der anderen Marktseite führen, der ebenfalls zu berücksichtigen ist.⁵³¹

Diese Erkenntnis ist wichtig, da sie gestützt darauf, ob ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte vorliegen, unterschiedlich in die Marktabgrenzung einfließt. Liegt ein einziger Gesamtmarkt vor, sind die soeben erklärten Effekte und Wirkungen der ökonomischen Besonderheiten in der digitalen Wirtschaft essenzieller Bestandteil der Marktabgrenzung und somit für das Ergebnis der Marktabgrenzung ausschlaggebend. Definieren die Behörden hingegen separate Einzelmärkte, besteht die Gefahr, dass die geschilderten Effekte nicht angemessen berücksichtigt werden, da die separaten Märkte von den Behörden potenziell isoliert untersucht werden. Deshalb muss auch in Verfahren mit separat definierten Einzelmärkten den Netzwerkeffekten und der Parallelnutzung Rechnung getragen werden. Da aber die Wettbewerbsbehörden bei der Feststellung von separaten Einzelmärkten offensichtlich zum Schluss gekommen sein müssen, dass möglicherweise Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen Märkten existieren, diese jedoch nicht stark genug sind für die Ermittlung eines gemeinsamen Marktes, ist dies beim Wettbewerbsdruck entsprechend geringfügig zu berücksichtigen.

274

Darüber hinaus wird die Marktabgrenzung jeweils im Kontext der unzulässigen Verhaltensweisen durchgeführt.⁵³² Entsprechend dem untersuchten Missbrauchstatbestand ist es denkbar, dass ein Missbrauch bloss auf einer Marktseite vorliegt;⁵³³ in diesen Fällen ist die Abgrenzung eines Gesamtmarktes nicht zielführend. Trotzdem hat die Lehre in der Vergangenheit bei der Entwicklung der Methoden der Marktabgrenzung oft Kriterien herangezogen, die in der digitalen Wirtschaft in der Regel zur Abgrenzung eines Gesamtmarktes führen.⁵³⁴ Dadurch kommt der grundsätzlich objektiven Fragestellung der

275

⁵³⁰ Vgl. zu den Wechselkosten Kapitel [B.I.3.b](#)).

⁵³¹ So auch RALSTON et al., CLPD 2021, 65; vgl. ferner im Ansatz ähnlich BARBUR/MACH/CLARKE, Sedona Conf. J. 2011, 291.

⁵³² Vgl. Kapitel [C.I.4.e](#)).

⁵³³ Mit einem Beispiel hierzu vgl. GROTHE, 118.

⁵³⁴ Vgl. z.B. nachfolgend Kapitel [C.III.3.d\)aa](#)). FILISTRUCCHI et al. stützen sich auf das Kriterium der Beobachtbarkeit einer Transaktion; dieses Kriterium liegt in der digitalen Wirtschaft

Marktabgrenzung eine wertende Interessenskomponente hinzu, die einen entscheidenden Einfluss auf die Anwendung der Missbrauchstatbestände hat. Grenzen die Behörden separate relevante Märkte ab, genügt es, wenn ein wettbewerbswidriger Effekt bloss auf einer Marktseite dargelegt wird; grenzen sie hingegen einen Gesamtmarkt ab, haben sie den wettbewerbswidrigen Effekt auf dem Gesamtmarkt nachzuweisen. Ein solcher Nachweis betreffend den Gesamtmarkt ist nur sehr schwer, teilweise sogar unmöglich, zu führen. Folglich haben die Behörden bereits bei der Wahl der Marktabgrenzungsmethode grossen Einfluss auf den Ausgang eines Kartellrechtverfahrens. Diese Wahl erfolgt sodann u.a. mit Blick auf die Durchsetzungsmöglichkeit der untersuchten unzulässigen Verhaltensweisen. Im Ergebnis kann die Marktabgrenzung zu einem wettbewerbspolitischen Instrument verkommen.⁵³⁵ Das ist problematisch, da die Gerichte in der Vergangenheit schon ökonomische Begriffe und Theorie ungenau ins Recht «übersetzt» haben.⁵³⁶ Bei solchen Ungenauigkeiten verliert die Marktabgrenzung ihren objektiven Charakter und dient bloss als vorgeschobener Grund für einen prädestinierten Verfahrensausgang.

- 276 Die Frage der Marktabgrenzung spielt auch im Rahmen der Kopplungsgeschäfte eine entscheidende Rolle. Aufgrund des marktorientierten Ansatzes bei der Ermittlung der separaten Güter vermag die Marktabgrenzung bei diesem Tatbestandselement einen grossen Einfluss zu haben.⁵³⁷ Zudem können mittels der Abgrenzung separater Märkte die Monetarisierungsmöglichkeiten besser erfasst werden.⁵³⁸ Ausserdem lässt sich bei der Definition separater Einzelmärkte grundsätzlich öfter auf die grosse Kundenüberlappung schlies-

grundsätzlich vor. In ihrem Aufsatz erwähnen sie als Beispiel der Nicht-Transaktionsmärkte die Medienmärkte, die gemäss ihren Ausführungen in der Zukunft ebenfalls als Transaktionsmärkte zu qualifizieren sind, da die Verwendung von Cookies und anderen Tracking-Methoden die Beobachtbarkeit der Transaktion in diesen Märkten ermöglichen (FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 298 ff.).

⁵³⁵ Obwohl es Richter BREYER in Sachen *American Express* nicht beim Namen nennt, wird im Sondervotum deutlich, dass die angewendete Marktabgrenzungsmethode der Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen nicht mehr den Grundsätzen der Marktabgrenzung entsprechen bzw. die ökonomischen Grundlagen angewendet eingesetzt werden. Implizit weist Richter BEYER darauf hin, dass eine interessensgebundene Marktabgrenzung nicht zielführend ist (vgl. SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), JUSTICE BREYER, dissenting, 18 ff., insb. 19 f.).

⁵³⁶ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), JUSTICE BREYER, dissenting, 19 ff.; vgl. auch Kapitel [C.III.3.d\)cc](#)), insb. [Rn. 308](#).

⁵³⁷ Vgl. Kapitel [E.III.2](#).

⁵³⁸ Vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa](#)(3) (insb. [Rn. 896](#) mit Verweis auf CONDORELLI/PADILLA, J. Comp. L. & Econ. 2020).

sen, welche ein Indiz für die Wettbewerbsbeschränkung darzustellen vermag. Ferner ist die Marktabgrenzung für die Analyse des Marktmachtransfers wegweisend, da bei separaten Einzelmärkten ein Transfer über die Plattform selber stattfinden kann, während bei einheitlichen Gesamtmärkten ein solcher Transfer bloss über das gesamte Ökosystem erfolgen kann.⁵³⁹

c) Fallpraxis zur Unterscheidung

Die Europäische Kommission hat sich bereits verschiedentlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob ein einheitlicher Gesamtmarkt oder getrennte Einzelmärkte zu definieren sind. Einerseits sind hierfür die bereits behandelten Fälle zu den Kreditkarten zu erwähnen,⁵⁴⁰ bei denen die Europäische Kommission regelmässig getrennte Einzelmärkte abgrenzt. Andererseits grenzt die Kommission in ihren neueren Fällen grundsätzlich fallbezogen entweder einen Gesamtmarkt⁵⁴¹ oder separate Einzelmärkte⁵⁴² ab, und zwar ohne Präferenz für eine der beiden Varianten. Bei der Fusionskontrolle von *Travelport/Worldspan* geht die Kommission inkonsequent vor, denn sie spricht vom «Markt für elektronische Reisevertriebsdienste über ein GDS [Global Distribution Services]» als Produktmarkt und scheint einen einheitlichen Gesamtmarkt abzugrenzen.⁵⁴³ Im selben Entscheid legt die Europäische Kommission auch fest, dass die betroffenen Betreibenden «als Vermittler in einem zweiseitigen Markt [handeln], indem sie zwei getrennte Kundenkategorien miteinander verbinden»,⁵⁴⁴ wobei eine komplexe Bewertung für beide Seiten des Marktes nötig sei, um die Austauschbarkeit der Produkte zu bestimmen.⁵⁴⁵ Zudem liegen gemäss der Kommission vor- und nachgelagerte Märkte vor;⁵⁴⁶ diese Ausführungen hingegen weisen auf die Abgrenzung separater Einzelmärkte hin.

277

⁵³⁹ Vgl. Kapitel [D.III.1.a\)cc](#)) (insb. [Rn. 821 ff.](#)).

⁵⁴⁰ Vgl. hierzu Kapitel [C.II.2.b\)aa](#)).

⁵⁴¹ EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*, Rn. 73; EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*, Rn. 11.

⁵⁴² EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 328; EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 159.

⁵⁴³ So auch BKartA, Marktmacht, 31.

⁵⁴⁴ EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*, Rn. 11.

⁵⁴⁵ EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*, Rn. 6 ff., insb. Rn. 41.

⁵⁴⁶ EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*, Rn. 6.

- 278 In *Google/DoubleClick* untersuchte die Europäische Kommission unterschiedliche Produktmärkte, und zwar den allgemeinen Markt für Onlinewerbung,⁵⁴⁷ den Markt für Onlinewerbung bei Intermediären⁵⁴⁸ sowie den Markt für Ad-serving-Technologie für Display-Anzeigen.⁵⁴⁹ In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Ausführungen zum Markt für Onlinewerbung bei Intermediären von Bedeutung, da die Kommission dort davon ausgeht, dass ein «intermediation market» existiert.⁵⁵⁰ Dieses Ergebnis deutet darauf hin, dass die Kommission die Leistungen auf solchen Märkten zusammen betrachtet, also einen Gesamtmarkt für die Intermediäre abgrenzt.
- 279 Verschiedene Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind ebenfalls innerstaatlich auf die Frage der Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes bzw. separater Einzelmärkte eingegangen, wie z.B. die französische Autorité de la concurrence und das deutsche Bundeskartellamt. In Sachen *HRS-Bestpreisklauseln* hielt das Bundeskartellamt fest, dass «der Markt für die Vermittlungsdienstleistungen der Hotelportale (der «Hotelportalmarkt») betroffen» sei, d.h., das Bundeskartellamt hat einen einheitlichen Gesamtmarkt abgegrenzt.⁵⁵¹ Das OLG Düsseldorf hat diese Herangehensweise bestätigt, selbst wenn es der Meinung war, dass keine unentgeltlichen Märkte definiert werden können.⁵⁵² In Sachen *Booking.com* ging das Bundeskartellamt gleich vor und grenzte einen einheitlichen Gesamtmarkt ab.⁵⁵³ Auch in Sachen *Online-Dating-Plattformen*, einem inhaltlich ähnlich gelagerten Fall, kommt das Bundeskartellamt zum Schluss, dass «durch wechselseitige positive indirekte Netzwerkeffekte keine Trennung der Marktseiten» gerechtfertigt sei, sondern im Gegenteil ein weitgehend einheitlicher Bedarf vorliege und somit ein einheitlicher Gesamtmarkt abzugrenzen sei.⁵⁵⁴
- 280 Die französische Autorité de la concurrence hingegen scheint in dieser Angelegenheit einen anderen Ansatz gewählt zu haben. In Sachen *Booking.com* hat die französische Autorité de la concurrence zwei separate Einzelmärkte defi-

⁵⁴⁷ EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*, Rn. 44–56.

⁵⁴⁸ EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*, Rn. 57–73.

⁵⁴⁹ EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*, Rn. 74–81.

⁵⁵⁰ EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*, Rn. 70.

⁵⁵¹ BKartA, B 9-66/10 vom 20.12.2013, *HRS-Bestpreisklauseln*, Rn. 71.

⁵⁵² Urteil des OLG Düsseldorf vom 09.01.2015 – *HRS-Bestpreisklauseln*, Rn. 38, ferner Rn. 44 («Hier ist die nachgefragte Hauptleistung die Vermittlung [...]»); für die Diskussion zur Möglichkeit eines unentgeltlichen Marktes vgl. Kapitel [C.II.1.b\)aa](#).

⁵⁵³ BKartA, B 9-121/13 vom 22.12.2015, *Booking.com*, Rn. 135 («Der sachlich relevante Markt beschränkt sich auf den Hotelportalmarkt»).

⁵⁵⁴ BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 78.

niert; einerseits den «vorgelagerten Markt» (frz. «marché amont»), auf dem die Plattform den Hotels «Sichtweite» und Vermittlungsleistungen anbietet, und andererseits den «nachgelagerten Markt» (frz. «marché aval»), auf dem die Plattform den Nachfragenden kostenlose Such-, Vergleichs- und Buchungsdienste für Hotelübernachtungen zur Verfügung stellt.⁵⁵⁵ Obwohl die Autorité de la concurrence unterschiedliche relevante Märkte auf jeder Plattformseite abgegrenzt hat, hält sie fest, dass die Wechselwirkungen und Verflechtungen beider Marktseiten zu berücksichtigen sind.⁵⁵⁶

Die Wettbewerbskommission der Schweiz hat sich ebenfalls bereits (zumindest indirekt) zu dieser Thematik geäußert. Sie kommt in Sachen *Online-Buchungsplattformen* zum Ergebnis, dass «der sachlich relevante Markt die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen» umfasst. Sie stützt sich also auf die Vermittlungsleistung, fasst so die Leistungen auf beiden Marktseiten zusammen und grenzt einen einheitlichen Gesamtmarkt ab.⁵⁵⁷ Die WEKO grenzt auch in Sachen *Sport Pay-TV* mit Argumentation über Transaktionsplattformen⁵⁵⁸ einen einheitlichen Gesamtmarkt ab.⁵⁵⁹ In Sachen *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen* zieht die WEKO wie in den soeben erwähnten Fällen ebenfalls die indirekten Netzwerkeffekte, die Nachfragegruppen, die Preisstruktur, die Unterscheidung nach Transaktions- und Nicht-Transaktionsmärkten sowie die Unterscheidung zwischen Single- und Multi-Homing in Erwägung.⁵⁶⁰ Im Ergebnis führt die WEKO aus, dass sich die «Analyse [...] im Einzelfall nur auf eine Marktseite beschränken [kann], sofern die Verhältnisse auf der anderen Marktseite konstant bleiben» und grenzt somit separate Einzelmärkte ab.⁵⁶¹

281

⁵⁵⁵ Aut. conc. vom 15.04.2015 – *Booking.com*, Rn. 96 f.

⁵⁵⁶ Aut. conc. vom 15.04.2015 – *Booking.com*, Rn. 98 («L'analyse du marché pertinent portera dès lors sur ce côté du marché. Dans la mesure où il s'agit d'un marché biface, il convient cependant de tenir compte de la seconde face du marché et de ses effets indirects éventuels sur le marché en cause.» [Hervorhebungen durch den Autor]).

⁵⁵⁷ RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 100, Rn. 253.

⁵⁵⁸ Vgl. zur Unterscheidung zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen Kapitel [C.III.3.d\)aa\)](#).

⁵⁵⁹ Vgl. Kapitel [C.II.2.b\)bb\)](#); RPW 2016/4 – *Sport im Pay-TV*, 981 f., Rn. 483 ff.

⁵⁶⁰ RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, 1190, Rn. 274 ff.

⁵⁶¹ RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, 1193, Rn. 295.

- 282 Schliesslich hat sich auch der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten in Sachen *American Express* zur Frage geäussert, ob in mehrseitigen Märkten ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte abzugrenzen sind. Da es sich in diesem Fall um «a single, simultaneous transaction»⁵⁶² zwischen Händler*innen und Karteninhaber*innen handelte und gemäss dem Obersten Gerichtshof «supplying only one product»-transactions⁵⁶³ vorlagen, definiert er einen einheitlichen Gesamtmarkt.⁵⁶⁴
- 283 Wie aus diesen Erläuterungen und Beispielen ersichtlich ist, bereitet die Abgrenzung in einen einheitlichen Gesamtmarkt bzw. in separate Einzelmärkte den Behörden Schwierigkeiten. Es ist insbesondere nicht erkennbar, mithilfe welcher Methoden die Definition in einen einheitlichen Gesamtmarkt bzw. in separate Einzelmärkte geschieht. Um eine uneinheitliche Rechtsanwendung zu vermeiden, haben FILISTRUCCHI et al. vorgeschlagen, nach Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen zu unterscheiden. Das deutsche Bundeskartellamt dagegen empfindet eine Differenzierung zwischen Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen in einem Kartellrechtsverfahren als zutreffender. Nachfolgend gilt es daher diese beiden Ansätze zu untersuchen.

d) Plattformtheorie

- 284 Angesichts der Komplexität der Sachverhalte in der digitalen Wirtschaft hat sich in der Literatur bisher keine einheitliche Methode für die Anzahl abzugrenzender Märkte durchgesetzt. Trotzdem ist eine Tendenz zur Kategorisierung der Märkte nach Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen sowie Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen erkennbar, die unter dem Oberbegriff der Plattformtheorie zusammengefasst werden kann. Obwohl bereits der Sinn einer solchen Typisierung in Frage zu stellen ist, bildet sie grundsätzlich den Ausgangspunkt im Schrifttum; deshalb sind die Details dieser beiden Herangehensweisen näher zu untersuchen.
- 285 Die Differenzierung von FILISTRUCCHI et al. in Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen ist in der Literatur bereits rezipiert worden (aa)) und prägt die Diskussionen bis heute. Gestützt auf diese Erkenntnisse entwickelte das deutsche Bundeskartellamt eine Unterteilung in Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen, welche die Schwächen des Modells von FILISTRUCCHI et al. zu

⁵⁶² SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. __ (2018), 13.

⁵⁶³ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. __ (2018), 13; dieser Ausdruck ist abgeleitet von KLEIN/LERNER/MURPHY/PLACHE, *Antitrust Law J.* 2006, 580.

⁵⁶⁴ Vgl. diese Entscheidung im Detail in Kapitel [C.II.2.b\(cc\)](#).

beheben beabsichtigt (bb). Da beide Ansätze Defizite aufzeigen, sind sie kritisch zu würdigen (cc).

aa) Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen

FILISTRUCCHI et al. haben in ihrem vielzitierten Aufsatz die systematische Differenzierung zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen⁵⁶⁵ vorgenommen.⁵⁶⁶ In ihren Untersuchungen stellen sie fest, dass in «two-sided markets»⁵⁶⁷ indirekte Netzwerkeffekte wirken und die Plattform deswegen beide Seiten ansprechen muss.⁵⁶⁸ Daraus leiten sie die Frage ab, ob aufgrund dieser Netzwerkeffekte ein einheitlicher Gesamtplattformmarkt oder separate Einzelmärkte zu definieren sind.⁵⁶⁹ Gemäss FILISTRUCCHI et al. müssen bei Vorliegen von Transaktionsplattformen ein einheitlicher Gesamtmarkt und bei Vorliegen von Nicht-Transaktionsplattformen getrennte Einzelmärkte für jede Plattformseite abgegrenzt werden.⁵⁷⁰

286

Transaktionsmärkte (bzw. Märkte mit Transaktionsplattformen) sind gemäss FILISTRUCCHI et al. durch das Vorliegen und die Beobachtbarkeit einer Transaktion zwischen den verschiedenen Gruppen der Plattformnutzenden gekennzeichnet. Infolgedessen kann die Plattform sowohl einen Preis für den Beitritt zur Plattform als auch einen Preis für die Nutzung der Plattform verlangen; sie kann also eine zweiteilige Gebühr einfordern.⁵⁷¹ Die zweiseitigen Transaktionsmärkte lassen sich sowohl durch indirekte Netzwerkeffekte (sog. Mitgliedschaftsexternalitäten bzw. «membership externalities») als auch durch Nutzungsexternalitäten (engl. «usage externalities») beschreiben. Die Mitgliedschaftsexternalitäten existieren ebenfalls auf Nicht-Transaktionsmärkten und entstehen durch den

287

⁵⁶⁵ In der Literatur werden sowohl die Begriffe Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen als auch Transaktions- und Nicht-Transaktionsmärkte verwendet, deshalb sind diese beiden Begriffspaare nachfolgend als austauschbar anzusehen.

⁵⁶⁶ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 293 ff.

⁵⁶⁷ Der Ausdruck «zweiseitige Märkte» bzw. «two-sided markets» ist irreführend, hat sich aber in der Literatur etabliert vgl. Kapitel C.II.2.a).

⁵⁶⁸ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 300; ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 665.

⁵⁶⁹ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 300.

⁵⁷⁰ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 300 ff., insb. 302.

⁵⁷¹ Entscheidend ist, dass eine zweiteilige Gebühr, d.h., sowohl ein Preis für den Beitritt als auch ein Preis für jede Nutzung der Plattform verlangt werden kann. Für die Qualifikation als Transaktionsmarkt ist es unerheblich, ob diese Gebühr tatsächlich verlangt wird oder nicht; allein die Möglichkeit zur Erhebung der Gebühr genügt.

Beitritt zur Plattform.⁵⁷² Die Nutzungsexternalitäten entstehen durch die Nutzung der Plattform, z.B. durch den Kauf bzw. Verkauf eines Produkts auf einer Auktionsplattform.⁵⁷³ Als Beispiele für Transaktionsplattformen nennen FILISTRUCCHI et al. die Kreditkarten, Auktionsplattformen, virtuelle Marktplätze oder Betriebssoftware.

288 Nicht-Transaktionsmärkte (bzw. Märkte mit Nicht-Transaktionsplattformen) hingegen lassen sich dadurch charakterisieren, dass keine Transaktion zwischen den verschiedenen Marktseiten stattfindet. Es ist zwar möglich, dass eine Interaktion zwischen den Marktseiten erfolgt, diese Interaktion ist aber nicht beobachtbar («not observable»); dadurch ist es nicht möglich, eine Gebühr pro Transaktion (bzw. pro Interaktion) oder eine zweiteilige Gebühr zu erheben.⁵⁷⁴ Als Beispiel für Nicht-Transaktionsmärkte nennen FILISTRUCCHI et al. die Medienmärkte. Obwohl auf Medienmärkten eine beobachtbare Interaktion stattfindet, gibt es auf diesen Märkten bloss eine zeitlich verzögerte Transaktion. Eine solche Transaktion ist in der Regel nicht identifizierbar, da nicht bekannt ist, ob jemand ein Produkt aufgrund einer bestimmten Werbung oder aus anderen Beweggründen gekauft hat. Im Endeffekt kann die Plattform keine Gebühren für den Kauf bzw. die Ermöglichung des Verkaufs aus Sicht der Werbenden des beworbenen Produkts erheben.⁵⁷⁵

289 Diese Problematik wäre vermeidbar, wenn die Plattform in der Werbung Rabattcodes zur Verfügung stellen würde. Bei einem Kauf durch Verwendung der Rabattcodes wird in dieser Konstellation die Transaktion identifizierbar. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine perfekte Lösung, da die Werbenden in diesen Fällen die Plattformen nicht bereits für die Aufschaltung der Werbung, sondern erst pro genutzten Rabattcode zu bezahlen hätten. Im Zeitalter des Internets ist es mittlerweile vermehrt möglich, die Kaufentscheidungen der Nutzenden auf bestimmte Werbungen zurückzuführen (z.B. mit der Verwendung von Cookies oder anderen Tracking-Möglichkeiten) und so die Transaktionen pro getätigten Kauf zu identifizieren sowie beobachtbar zu machen. Dies kann dazu führen, dass die Medienmärkte nicht mehr als Beispiel

⁵⁷² Wie erwähnt, handelt es sich dabei um indirekte Netzwerkeffekte; vgl. im Detail zu den indirekten Netzwerkeffekten Kapitel [B.I.1.b\)bb\)](#).

⁵⁷³ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 298 f.

⁵⁷⁴ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 298 («Two-sided non-transaction markets, such as most media markets, are characterized by the absence of a transaction between the two sides of the market.» [Hervorhebungen durch den Autor]).

⁵⁷⁵ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 298 mit Fn. 11.

für Nicht-Transaktionsmärkte dienen, sondern vielmehr Elemente von Transaktionsmärkten aufweisen.⁵⁷⁶

Die Aufteilung in Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen haben auch schon verschiedene Behörden in ihren Untersuchungen zu den Märkten der digitalen Wirtschaft bzw. Märkten im Rahmen von Kreditkarten aufgegriffen. Das prominenteste Beispiel hierfür ist wohl der Fall des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten in Sachen *American Express*.⁵⁷⁷ Ausserdem hat die WEKO bereits in unterschiedlichen Fällen diese Unterscheidung zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen als Teilelement der gesamten Untersuchung, ob ein einheitlicher Gesamtmarkt oder getrennte Einzelmärkte vorliegen, berücksichtigt.⁵⁷⁸ Schliesslich hat das Bundeskartellamt in Deutschland in seinem Arbeitspapier die Kategorisierung von FILISTRUCCHI et al. in Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen kritisiert und eine eigene Herangehensweise vorgeschlagen.⁵⁷⁹

290

bb) Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen

Da die Differenzierung zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen nicht für alle denkbaren Sachverhalte der Kartellrechtsprüfungen anwendbar ist, schlägt das Bundeskartellamt eine Unterscheidung in Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen vor.⁵⁸⁰

291

Gemäss dem Bundeskartellamt kann die Unterteilung in Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen jene Fälle nicht korrekt erfassen, in denen zunächst ein Matching zwischen den Nutzergruppen stattfindet, danach aber keine direkte Transaktion vorhanden ist, sondern eine andere Interaktion zwischen den Nutzergruppen eintritt. Diese Umschreibung lässt sich weder als Transaktionsplattform noch als Nicht-Transaktionsplattform qualifizieren. Als Beispiel erwähnt das Bundeskartellamt die Online-Dating-Plattformen, denn hier braucht es – in einem heteronormativen Setting – sowohl die Gruppe der Männer als auch die Gruppe der Frauen, damit die Plattform einen direkten

292

⁵⁷⁶ Auch FILISTRUCCHI et al. deuten im Aufsatz bereits darauf hin, dass sich die Auffassung der Medienmärkte als Nicht-Transaktionsmärkte in Zukunft ändern könnte vgl. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 298 mit Fn. 11.

⁵⁷⁷ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 2 f. m.w.V.; vgl. eingehend hierzu Kapitel [C.II.2.a\)](#) und Kapitel [C.II.2.b\)cc\)](#).

⁵⁷⁸ RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, 1192, Rn. 288 ff.; RPW 2017/2 – *Post/SBB/SwissSign*, 303, Rn. 51 ff.; RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 93, Rn. 194 ff.

⁵⁷⁹ Vgl. zum Ansatz des deutschen Bundeskartellamts nachfolgend Kapitel [C.III.3.d\)bb\)](#).

⁵⁸⁰ BKartA, *Marktmacht*, 22 ff.

Kontakt zwischen den Gruppen vermitteln kann.⁵⁸¹ Die Vermittlung des direkten Kontakts zwischen den Gruppen spricht dafür, solche Dating-Plattformen als Transaktionsplattformen einzustufen. Zwischen den Nutzergruppen findet allerdings keine Transaktion im ökonomischen Sinne statt, woraus das Bundeskartellamt schliesst, dass die Plattform nicht zwingend darauf abzielt, eine Transaktion zu ermöglichen, sondern vielmehr das bestmögliche Matching zwischen den Nutzergruppen anstrebt.⁵⁸²

- 293 Die Matchingplattform «ist eine Plattform, die eine auf individuelle Präferenzen abgestimmte und von allen Nutzergruppen angestrebte Vermittlung zwischen Mitgliedern zweier oder mehr Nutzergruppen ermöglicht».⁵⁸³ Die Vermittlung der Matchingplattform erlaubt eine direkte Interaktion zwischen den verschiedenen Mitgliedern der Nutzergruppe. Bei den Matchingplattformen sind unterschiedliche Ausprägungen vorstellbar, z.B. Dienstleistungen, bei denen die Nutzenden selbst aktiv die «Angebote» der anderen Nutzergruppen durchsuchen können, oder auch Dienstleistungen, bei denen die Plattform gestützt auf die angegebenen, individuellen Präferenzen den Nutzenden Vermittlungsvorschläge unterbreitet.⁵⁸⁴
- 294 Das Bundeskartellamt unterteilt die Matchingplattformen weiter in Matchingplattformen mit Transaktion (Transaktionsplattformen) und Matchingplattformen ohne Transaktion, d.h., die Transaktionsplattform in der Kategorisierung von FILISTRUCCHI et al. ist nur eine Untergruppe der Matchingplattform des Bundeskartellamts. Daneben gelten auch jene Plattformen als Matchingplattformen, welche die Herbeiführung eines Matching zwischen den Nutzergruppen als Ziel haben, aber dies mit einer anderen Art von Interaktion ermöglichen. Im Beispiel der Online-Dating-Plattformen liegt «eine andere Art von Interaktion» vor, wenn nach einem Matching zwischen den Nutzerinnen und den Nutzern eine Kontaktaufnahme oder ein persönliches Treffen stattfindet.⁵⁸⁵

⁵⁸¹ Das Beispiel des deutschen Bundeskartellamts geht davon aus, dass die Gruppe der Männer eine Vermittlung mit der Gruppe der Frauen (und vice versa die Gruppe der Frauen eine Vermittlung mit der Gruppe der Männer) anstrebt; das Beispiel ist auch möglich, wenn die Gruppe der Männer eine Vermittlung mit anderen Männern (und die Gruppe der Frauen eine Vermittlung mit anderen Frauen) ersucht.

⁵⁸² BKartA, Marktmacht, 22 f.

⁵⁸³ BKartA, Marktmacht, 23 f.

⁵⁸⁴ BKartA, Marktmacht, 24.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

Gemäss dem Bundeskartellamt ist den Matchingplattformen – sofern die unterschiedlichen Nutzergruppen der Plattform «einheitlichen Bedarf nach einer Vermittlung zur anderen Nutzergruppe haben» – die Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes zugrunde zu legen. Diese Ansicht vertritt das Bundeskartellamt selbst jedoch nur zurückhaltend, da es der Meinung ist, dass daran «keine schematische Betrachtungsweise zu knüpfen [ist], wenn auch die einheitliche Marktabgrenzung bei diesen Plattformen besonders nahe liegen dürfte». ⁵⁸⁶ Zudem hält das Bundeskartellamt fest, dass den Interdependenzen und dem tatsächlichen, wirtschaftlichen Geschehen nicht genug Rechnung getragen würde, wenn die nicht aufteilbare Vermittlungsleistung nicht beide Nutzergruppen zusammen einbezieht. ⁵⁸⁷ 295

Als Synonym für die Aufmerksamkeitsplattformen verwendet das Bundeskartellamt den Begriff «Werbeplattformen»; diese Plattformen verschaffen einer Nutzergruppe die Aufmerksamkeit der anderen Nutzergruppe. Als konkretes Beispiel erwähnt das deutsche Bundeskartellamt die Gruppe der Werbenden, die auf einer Werbeplattform die Aufmerksamkeit der anderen Nutzergruppe zu erlangen beabsichtigt. ⁵⁸⁸ Dabei ermöglicht die Plattform eine Interaktion in Form eines Werbefolgekontakts; der Werbefolgekontakt entsteht, weil die Nutzenden mit einem Klick auf die Werbung diese weiterverfolgen. ⁵⁸⁹ Das deutsche Bundeskartellamt ist der Meinung, dass die Begriffe Aufmerksamkeits- oder Werbeplattform die Leistung der Plattform besser beschreiben als der Begriff der Nicht-Transaktionsplattformen, insbesondere weil es aufgrund des Werbefolgekontakts ebenfalls zu einer Transaktion zwischen den Werbenden und den Nutzenden kommen kann und deshalb das Abstellen auf die fehlende Transaktion nicht als entscheidendes Element anzusehen ist. ⁵⁹⁰ 296

Im Gegensatz zu den Matchingplattformen ist bei Aufmerksamkeitsplattformen keine Definition eines einheitlichen Gesamtmarktes geboten, weil das Produkt oder die Dienstleistung der Plattform auch ohne die andere Plattformseite besteht. Die Plattform monetarisiert dabei das vorhandene Produkt bzw. schafft ein neues Produkt (in Form einer neuen Werbefläche), das mone- 297

⁵⁸⁶ BKartA, Marktmacht, 31; so auch in BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 81 ff. und BKartA, Fallbericht vom 25.06.2015 zu B 6-39/15 – *Online-Immobilienplattformen*, 3.

⁵⁸⁷ BKartA, Marktmacht, 31.

⁵⁸⁸ BKartA, Marktmacht, 24.

⁵⁸⁹ Vgl. zu dieser Thematik Kapitel [C.III.3.d\)aa](#).

⁵⁹⁰ Vgl. zur Schwierigkeit der Ermittlung eines solchen Werbefolgekontakts Kapitel [C.III.3.d\)aa](#).

tarisiert wird. Aus diesem Grund schlägt das Bundeskartellamt vor, bei Aufmerksamkeitsplattformen separate Einzelmärkte abzugrenzen.⁵⁹¹

- 298 Schliesslich erwähnt das Bundeskartellamt, dass sich die Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen nicht gegenseitig ausschliessen, d.h. dass auf einer Plattform gleichzeitig beide Kategorien vorliegen bzw. dass beide Kategorien zusammenfallen können. Als Beispiel lässt sich dabei die Vermittlungsplattform nennen, die einerseits das Matching der Nutzenden herbeiführt (Komponente «Matchingplattform») und sich andererseits über Werbungen finanziert (Komponente «Aufmerksamkeitsplattform»)⁵⁹²

cc) Kritische Würdigung der Plattformtheorie

- 299 Die Kategorisierung der Plattformen in Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen sowie in Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen vermag gelegentlich zu nachvollziehbaren Marktabgrenzungen führen. Dennoch ist sie nicht zielführend, da die Plattformtheorie in beiden Ausgestaltungsformen nicht konstant eine korrekte Marktdefinition erlaubt. Trotzdem ist der ökonomische Hintergrund der Unterteilung in Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen nicht anzuzweifeln. Die Kategorisierung an sich hat zweifellos eine Daseinsberechtigung und die erarbeiteten Charakteristika der beiden Typen bringen auch einen Mehrwert,⁵⁹³ allerdings dürfen daraus keine automatischen Schlüsse in Bezug auf die Anzahl der abzugrenzenden Märkte gezogen werden. Die Definition des (sachlich) relevanten Marktes unterliegt einer komplexen Analyse, die sich u.a. aufgrund der sich ständig weiterentwickelnden Geschäftsmodelle in der digitalen Wirtschaft nicht in der Form einer simplen Kategorisierung fassen lässt.

- 300 Im Aufsatz von FILISTRUCCHI et al. formulieren sie zwar ihre Hypothesen bzw. Vorschläge allgemeingültig für die Marktabgrenzung, wenden diese in ihren Beispielen jedoch auf Fälle der Zusammenschlusskontrolle an und ziehen daraus eine allgemeingültige Legitimation.⁵⁹⁴ Der Aufsatz bezieht sich zwar nicht aus-

⁵⁹¹ BKartA, Marktmacht, 33.

⁵⁹² BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 76 und Rn. 80.

⁵⁹³ So auch NIELS, J. Comp. L. & Econ. 2019, 330.

⁵⁹⁴ Vgl. bspw. folgende Aussagen: «For instance, a merger between free-to-air TV channels may raise the price of advertising but also affect viewers.» (FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 300 f.); «For instance, when analyzing a merger among newspapers, [...]» (FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 301); «Everyone would probably agree that a payment card company such as American Express is either in the relevant market on both sides or on neither side, [...] services on both sides, or it does not take place through American Express. The ana-

schliesslich auf Fusionsfälle,⁵⁹⁵ weist in der Argumentation aber wichtige Lücken auf, wenn er Fälle ausserhalb der Zusammenschlusskontrolle erwähnt.⁵⁹⁶ Für Fälle der Unternehmenszusammenschlüsse scheint der Ansatz ebenfalls nachvollziehbar zu sein, da das Prognoseelement in der Marktabgrenzung von Unternehmenszusammenschlüssen auch die potenziellen, zukünftigen Auswirkungen des Zusammenschlusses berücksichtigt. Für die Anwendbarkeit bei der Zusammenschlusskontrolle sprechen auch die Erkenntnisse aus der unterstützenden Studie der Europäischen Kommission für die Evaluierung der Marktdefinitionsbekanntmachung, die festhält, dass bereits verschiedene Gerichte die Methodik von FILISTRUCCHI et al. in Fällen der Zusammenschlusskontrolle angewendet haben.⁵⁹⁷

Ausserdem deutet der Aufsatz eine strikte Trennung zwischen Unternehmen auf Transaktionsmärkten und Unternehmen auf Nicht-Transaktionsmärkten an, da eine Folge der Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes ist, dass

301

lysis of a merger between two payment card platforms should thus consider whether cash or PayPal exert competitive pressure on payment card companies on both sides of the market.» (FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 301). Dasselbe Muster ist auch in Kapitel «III. Defining one versus two markets» erkennbar (vgl. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 307 ff. insb. mit Fn. 39, 45, 77-79, 84-87) und in Kapitel «IV. Considering both sides of the market» (vgl. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 319 ff. insb. mit Fn. 89, 94, 99 und 118. Die Argumentation im Aufsatz bezieht sich in der Regel auch direkt auf Fälle der Zusammenschlusskontrolle vgl. z.B. folgende Aussagen: «By failing to consider all sides in the definition of the relevant market, one would then ignore the real competitive pressure faced by the merging firms before and after the merger.» (FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 321) und «Whether a relevant market defined too widely or too narrowly leads to the wrong decision about a merger would then depend on the case itself and on whether the merger was cleared or blocked.» (FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 333).

⁵⁹⁵ Vgl. z.B. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 303 mit Zitat aus SCOTUS, *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 563 (1966), bei dem es sich um einen Fall von §1 (unzulässige Wettbewerbsabreden) und §2 (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) des Sherman Act handelt.

⁵⁹⁶ Vgl. SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), JUSTICE BREYER, dissenting, 18 f. und 21, wonach es sich bei *United States v. Grinnell* (SCOTUS, *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 563 (1966)) um einen Fall der «producer substitutes» handelte; dies ist gemäss Richter BREYER beim Entscheid von American Express nicht der Fall, weshalb der Vergleich nicht passt. In Sachen American Express stützt sich der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika auf die Theorie von FILISTRUCCHI et al. (vgl. SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 2 ff. mit mehrfacher Erwähnung der Transaktionsplattformen und Zitierung des Aufsatzes).

⁵⁹⁷ Vgl. Europäische Kommission, Support study, und 48 f., 44 mit Fn. 65 und 47 mit Fn. 89. Als konkretes Beispiel für die Bezugnahme der Behörden auf die Theorie von FILISTRUCCHI et al. vgl. CMA, 16.11.2017, *Just Eat/Hungryhouse*, Rn. 4.11 ff.

das Unternehmen sich auf beiden Marktseiten befindet und nur mit anderen Transaktionsplattformen, welche dieselben Dienstleistungen auf beiden Plattformseiten anbieten, konkurriert.⁵⁹⁸ Diese Folgerung entspricht nicht der Kartellrechtspraxis; die Plattformen stehen nämlich nicht nur mit anderen Plattformen im Wettbewerb, sondern können auch mit «traditionellen» Geschäftsmodellen konkurrieren, wie z.B. im Fall des Wettbewerbs um Zuschaueranteile beim Pay-TV und bei über Werbung finanzierten TV-Sendern.⁵⁹⁹ Eine Folgeproblematik dieser Trennung ist die Gesamtbetrachtung der Plattform, denn wenn ein Unternehmen entweder auf Transaktions- oder Nicht-Transaktionsmärkten aktiv ist, erlaubt dieser Ansatz nicht, die einzelnen Verhältnisse der verschiedenen Gruppen auf der Plattform zu beurteilen. Dies ist insbesondere bei der übertriebenen Simplifizierung der Werbemärkte ersichtlich.⁶⁰⁰

- 302 Selbst FILISTRUCCHI et al. erkennen in ihrem Aufsatz, dass die Qualifizierung der beobachtbaren Interaktion in der digitalen Wirtschaft zu hinterfragen ist. Sie erwähnen, dass aufgrund der Digitalisierung das am weitesten verbreitete Beispiel der Nicht-Transaktionsplattformen – die Werbepattformen – nicht mehr zwingend in diese Kategorie fällt; dies trifft heute noch mehr zu als zum Zeitpunkt der Publikation des Aufsatzes. Da es in der digitalen Wirtschaft vermehrt möglich ist, mit Cookies oder anderen Trackingmethoden (z.B. Tracking-Algorithmen) die Kaufentscheidung der Konsumierenden nachzuverfolgen, sind die getätigten Transaktionen in der Regel identifizier- und beobachtbar. Dies hat zur Folge, dass das Unterscheidungsmerkmal zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen, die Beobachtbarkeit einer Interaktion, mit der Zeit an Aussagekraft verliert und der Hauptanwendungsfall der Nicht-Transaktionsplattformen sich in einer Übergangsphase zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattform befindet. Diese Veränderung in der Digitalwirtschaft führt dazu, dass die Kategorisierung von FILISTRUCCHI et al. nicht als absoluter Standard für die Frage, wie viele Märkte abzugrenzen sind, bestehen kann.

⁵⁹⁸ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 301 («One of the consequences of defining only one market is that a firm would be either on both sides of the market or on none.»).

⁵⁹⁹ Vgl. Kapitel [C.II.1.b\)bb\)](#) für das Ergebnis, dass sowohl über Werbung finanzierte Privatsender als auch über Rundfunkgebühren finanzierte öffentliche Rundfunkanstalten und über Abonnementbeträge finanzierte Pay-TV-Anbietende im Wettbewerb um Zuschaueranteile stehen. BARBUR/MACH/CLARKE geben ein ähnliches Beispiel für Märkte der digitalen Wirtschaft, bei denen die Marktseiten der Werbenden überlappen können (vgl. BARBUR/MACH/CLARKE, Sedona Conf. J. 2011, 291).

⁶⁰⁰ Vgl. im Detail zu den Werbemärkten Kapitel [C.III.3.e\)bb\)\(2\)](#) und Kapitel [C.III.4.c\)](#).

Ausserdem schlägt auch die Hypothese fehl, dass bei Nicht-Transaktionsplattformen getrennte Einzelmärkte abgegrenzt werden.⁶⁰¹ Wie bereits das deutsche Bundeskartellamt dargelegt hat, liegen bei Nicht-Transaktionsplattformen nicht immer separate Einzelmärkte vor. Auf Online-Dating-Plattformen beispielsweise findet zwischen den vermittelten Plattformseiten keine beobachtbare Interaktion im Sinne der Definition von FILISTRUCCHI et al. statt. Gemäss der These führt dies dazu, dass es sich hierbei um Nicht-Transaktionsplattformen handelt und separate Einzelmärkte zu definieren sind. In dieser Konstellation ist es jedoch sinnvoller, einen einheitlichen Gesamtplattformmarkt abzugrenzen.⁶⁰² 303

Obwohl das Bundeskartellamt mit seinem Lösungsansatz an diesem Defizit anknüpft und einen verbesserten Vorschlag zur Typisierung der Plattformen unterbreitet, treten auch in seinem Ansatz Mängel und fehlerhafte Ergebnisse der Marktdefinition auf. Zunächst hält das deutsche Bundeskartellamt selbst ausdrücklich fest, dass seine Definition als Matchingplattform an «keine schematische Betrachtungsweise zu knüpfen [ist], wenn auch die einheitliche Marktabgrenzung bei diesen Plattformen besonders nahe liegen dürfte».⁶⁰³ Diese Aussage lässt folglich die Frage offen, weshalb überhaupt eine Kategorisierung vorgenommen wird, wenn sie gar nicht zur Anwendung kommen soll. Zudem ist der Ansatz über den Rückgriff zu den Matchingplattformen mit Transaktionen – und somit die fehlende Distanzierung von der Theorie von FILISTRUCCHI et al. – zu bemängeln, da sich dieselben Problempunkte hier ebenfalls wieder abzeichnen. Insbesondere die Unterscheidung zwischen der Interaktion und der Transaktion ist sinnlos, da die Interaktion zwischen den Plattformseiten weder eine klare Definition noch eine klare Trennlinie zur Transaktion hat. Bei der Interaktion handelt es sich vielmehr um ein Spektrum, an dessen Ende sich die Transaktion befindet.⁶⁰⁴ 304

⁶⁰¹ Zu diesem Vorschlag vgl. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 302.

⁶⁰² Vgl. zu dem Beispiel der Online-Dating-Plattformen Kapitel [C.III.4.a](#)); BKartA, Marktmacht, 22 f. Auch die Europäische Kommission ist der Meinung, dass bei Nicht-Transaktionsplattformen nicht immer automatisch separate Einzelmärkte definiert werden sollten («However, this does not lead to concluding that in the event of non-transaction markets authorities always define the two sides of the platform as separate product markets.», Europäische Kommission, Support study, 43). Vgl. ferner auch Kapitel [C.III.4.a](#)).

⁶⁰³ BKartA, Marktmacht, 31.

⁶⁰⁴ Ähnlich auch NIELS/RALSTON, ECJ 2021, 128 f., die ebenfalls von «spectrum of interactions» sprechen.

- 305 Die Problematik des Begriffs der Interaktion lässt sich an der Praxis des Bundeskartellamts veranschaulichen. Während in den früheren Entscheidungen des Bundeskartellamts noch von Transaktionsplattformen die Rede war, änderte sich dies zu Matchingplattformen in Sachen *Online-Dating-Plattformen*. Als Grundlage galt dabei, dass solche Plattformen einen Kontakt zwischen Nutzenden vermitteln und dies für die Annahme einer Matchingplattform genügt.⁶⁰⁵ In Sachen *Google/VG Media* hat das Bundeskartellamt die Grundlage für die Annahme einer Matchingplattform weiter geöffnet, da bereits das Vorliegen einer Interaktion ausreichte.⁶⁰⁶ Als Interaktion ist in diesem Fall der Umstand zu verstehen, dass die Nutzenden auf ein Ergebnis aus der Google-Suchmaschine klicken und auf die entsprechende Website weitergeleitet werden. Obwohl das Bundeskartellamt letztlich offenlässt, ob diese Art von Interaktion bereits genügt, um eine Matchingplattform darzustellen,⁶⁰⁷ verdeutlicht es die Schwierigkeiten in der digitalen Wirtschaft, die mit der Verwendung des Begriffs der Interaktion als Abgrenzungsmerkmal einhergehen. Im Internet interagieren grundsätzlich alle Nutzenden mit jedem getätigten Klick mit einer anderen Partei, was in letzter Konsequenz eigentlich dazu führen müsste, dass praktisch in jeder Situation eine Matchingplattform vorliegt.⁶⁰⁸
- 306 Gleichzeitig führt das Bundeskartellamt in seinem Arbeitspapier aus, dass auch auf Aufmerksamkeitsplattformen eine Interaktion zwischen Nutzenden und Werbenden ermöglicht wird,⁶⁰⁹ die jedoch «in Form des Werbefolgekontakts nicht von beiden Seiten angestrebt» wird.⁶¹⁰ Dieser Ansatz hilft allerdings nicht, den bereits schwer qualifizierbaren Begriff der Interaktion besser zu erfassen. Ohnehin stellt das deutsche Bundeskartellamt die Aufmerksamkeits- bzw. Werbeplattformen zu simplifiziert dar. Insbesondere die «Werbeplattform»⁶¹¹ erfordert eine differenzierte Betrachtungsweise.
- 307 Schliesslich ist es möglich, dass bei einer Plattform sowohl eine Matching- als auch eine Aufmerksamkeitsplattform gleichzeitig vorliegen;⁶¹² dies führt die gesamte Typisierung des Bundeskartellamts *ad absurdum*, da der Sinn der Ka-

⁶⁰⁵ BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 76.

⁶⁰⁶ BKartA, B 6-126/14 vom 08.09.2015, *Google/VG Media*, Rn. 123.

⁶⁰⁷ BKartA, B 6-126/14 vom 08.09.2015, *Google/VG Media*, Rn. 128.

⁶⁰⁸ So auch VOLMAR, ZWeR 2017, 395 f.

⁶⁰⁹ BKartA, Marktmacht, 24.

⁶¹⁰ BKartA, Marktmacht, 25.

⁶¹¹ Vgl. im Detail zu den Werbemärkten Kapitel [C.III.3.e\)bb\)\(2\)](#) und Kapitel [C.III.4.c\)](#).

⁶¹² Vgl. Kapitel [C.III.3.d\)bb\)](#).

tegorisierung darin liegt, die Plattfortmtypen voneinander zu trennen.⁶¹³ Die nachfolgend dargestellte alternative Ermittlungsmethode greift diese Problematik auf und verzichtet auf eine allgemeine Kategorisierung der Plattform als Ganzes. Vielmehr sind die einzelnen Beziehungen auf der Plattform ausfindig zu machen und ist zu evaluieren, ob diese Verhältnisse eine ausreichend enge Verbundenheit sowie die Elemente des Angebots und der Nachfrage aufweisen, um selbst unter den kartellrechtlichen Marktbeffriff zu fallen. Folglich können die Behörden auch den Umstand berücksichtigen, dass auf derselben Plattfortmebene Charakteristika der Matching- bzw. Aufmerksamkeitsplattfortmen (oder der Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattfortmen) vorkommen, diese aber nicht gestützt auf diese Typisierung, sondern gemäss Auswertung der einzelnen, zu bewertenden Elemente in der Marktabgrenzung beurteilt werden. Im Ergebnis sind also nicht die Plattfortmkategorien von Bedeutung, sondern die der Plattform zugrunde liegenden Verhältnisse der verschiedenen Gruppen.

Darüber hinaus wird in der Literatur und Praxis die Marktabgrenzung anhand einer Kategorisierung an sich kritisiert, da dies für die Ermittlung des sachlich relevanten Marktes nicht zielführend ist.⁶¹⁴ Überdies hilft es auch nicht, dass in der Praxis die Behörden nicht einig sind, welcher Ansatz der Plattfortmtheorie zu verfolgen ist und welche Kriterien in den jeweiligen Ansätzen ausschlaggebend sind.⁶¹⁵ Obwohl die Ökonomie im Rahmen des Kartellrechts grundlegend ist, zeigt die Praxis wiederholt, dass eine gewisse Vorsicht bei der «Übersetzung» der ökonomischen Theorien in das Recht erforderlich ist. Ansonsten laufen die Behörden Gefahr, durch Ungenauigkeiten den Sinn einer Theorie zu verändern oder ökonomische Begriffe in einem falschen Kontext zu verwenden.⁶¹⁶

308

⁶¹³ Es lässt sich in einigen Fällen argumentieren, dass dies kein Problem darstellt, wenn zwei unterschiedliche Beziehungen betroffen sind (z.B. bei Facebook das Matching von Nutzen auf der Plattform als eine Beziehung und der Verkauf von Werbeflächen als die andere Beziehung zwischen der Plattform und den Werbenden). Anders sieht es bspw. auf Suchplattfortmen aus, bei denen Matchingplattfortm und Aufmerksamkeitsplattfortm auf derselben Ebene auftreten und die Unterscheidung wieder sinnlos machen vgl. zum Ganzen VOLMAR, ZWeR 2017, 396 f.

⁶¹⁴ Europäische Kommission, Support study, 43 und 50; SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), JUSTICE BREYER, dissenting, 21; KATHURIA, ECJ 2019, 266; MANDRESCU, *World Competition* 2018, 461.

⁶¹⁵ Europäische Kommission, Support study, 43 ff.

⁶¹⁶ Dies war bereits der Fall in Sachen *American Express*, so auch SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), JUSTICE BREYER, dissenting, 19 f.

- 309 Beide Ansätze der Plattformtheorie weisen Mängel auf. Diese Defizite lassen sich auf den Ursprung dieser beiden Ansätze zurückführen: Es erweist sich nicht als zweckmässig, in dieser Frage eine Kategorisierung vorzunehmen, da solche Kategorisierungen nur sinnvoll sind, wenn eine vorbestimmte Anzahl von Typen existiert. Für die Plattformen in der digitalen Wirtschaft ist dies offensichtlich nicht der Fall, da einerseits kaum zwei Jahre nach Veröffentlichung des Aufsatzes von FILISTRUCCHI et al. drei neue Typisierungsvorschläge des Bundeskartellamts auftauchten, und es andererseits naiv wäre zu behaupten, dass alle Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft in zwei bzw. drei Typen zu subsumieren sind und in Zukunft keine neuen Geschäftsmodelle mehr entstehen würden. In solchen Konstellationen ist vielmehr eine auf den Einzelfall zugeschnittene, schematische Untersuchung der einzelnen ökonomischen Aspekte, die auch in zukünftigen, neuen Geschäftsmodellen vorzufinden sind, erforderlich. Bei dieser Vorgehensweise kann die Unterscheidung in Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen sowie Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen zwar als Teilaspekt herangezogen werden, allerdings kommt ihr insgesamt nicht mehr Gewicht zu als den anderen Punkten der Evaluierung.⁶¹⁷
- 310 Zusammenfassend gilt es festzuhalten, dass weder der Ansatz von FILISTRUCCHI et al. noch der Ansatz des deutschen Bundeskartellamts für die Anzahl der abzugrenzenden Märkte als ausschliessliches Kriterium ausschlaggebend ist. Deshalb sollte auf jegliche Kategorisierung in dieser Frage verzichtet werden.⁶¹⁸

e) Alternative Ermittlungsmethode

- 311 Wie dargelegt, führen beide Varianten der Plattformtheorie (Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen sowie Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen) nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen. Es ist nicht haltbar, gestützt auf eine Typisierung die Anzahl der zu untersuchenden Märkte auszumachen.⁶¹⁹ Aus diesem Grund ist eine allgemein anwendbare Methodik er-

⁶¹⁷ Vgl. nachfolgend für die alternative Ermittlungsmethode Kapitel [C.III.3.e](#).

⁶¹⁸ So auch Europäische Kommission, Support study, 43 und 50; SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), JUSTICE BREYER, dissenting, 20 f.; KATHURIA, ECJ 2019, 260; MANDRESCU, *World Competition* 2018, 461.

⁶¹⁹ In der Literatur sind auch andere Ansätze ersichtlich, insbesondere GROTHE und VOLMAR setzen nicht bei einer gesonderten Betrachtung der Ermittlung der Anzahl Marktseiten an, sondern machen einen Vorschlag, direkt im Bedarfsmarktconcept die Anzahl der abzugrenzenden Marktseiten festzustellen (GROTHE, 116 ff.; VOLMAR, *Digitale Marktmacht*,

forderlich, die es erlaubt, alle notwendigen Informationen im Rahmen der Märkte der digitalen Wirtschaft zu verwerten, um so herauszufinden, ob der Marktabgrenzung ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte zugrunde zu legen sind. Ferner ist es nicht effizient, entweder einen einheitlichen Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte als Grundsatz heranzuziehen und die andere Variante in Ausnahmefällen anzuwenden.⁶²⁰ Im Rahmen der digitalen Wirtschaft führt dieser Ansatz ohnehin zu einer umfassenden Prüfung des Marktes, da erst eine Gesamtanalyse das komplette Bild der Plattformen abgibt. Folglich ist von Beginn an eine unvoreingenommene Untersuchung sinnvoller, um potenzielle False Positives bzw. False Negatives zu vermeiden. Ähnlich darf auch nicht gestützt auf Annahmen eine der beiden Varianten beigezogen werden.⁶²¹

FRANCK/PEITZ gehen in ihrem Bericht einen Schritt weiter und argumentieren, dass die Behörden durchgehend getrennte Einzelmärkte definieren sollten, da die Bedingungen für diesen Ansatz nur sehr schwer erfüllbar seien und nur unter seltenen Umständen ein Gesamtmarkt vorliege. Darüber hinaus bringt die Abgrenzung eines Gesamtmarktes gemäss den Autoren erhebliche Risiken mit sich, da sie dazu führen könnte, dass die Behörden fälschlicherweise einen Gesamtmarkt abgrenzen.⁶²² Diese Argumentation überzeugt nicht. Es ist nicht eine Frage der Marktabgrenzung, wie oft oder wie selten eine bestimmte Marktkonstellation vorkommen könnte; die Marktabgrenzung im Kartellrecht erfolgt ohnehin einzelfallweise und wird somit für jeden, auch ähnlich gelagerten Fall neu durchgeführt. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern eine potenzielle Fehlerquelle der Grund sein sollte, einen möglichen Ansatz kom-

312

169 ff.; VOLMAR, ZWeR, 401 ff.). Diese Herangehensweise ist zwar vertretbar, birgt aber die Gefahr, nur bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts funktional zu sein. Aus diesem Grund basiert der nachfolgende Vorschlag nicht auf einem bestimmten Konzept der Marktabgrenzung, sondern soll vielmehr vorgelagert die Anzahl der zu untersuchenden Märkte bestimmen.

⁶²⁰ VOLMAR bspw. geht in seinen Untersuchungen davon aus, dass die separate Marktabgrenzung als Grundsatz gelten sollte und die einheitliche Marktabgrenzung bei bestimmten Konstellationen zur Anwendung kommt (vgl. VOLMAR, Digitale Marktmacht, 169 ff.); ähnlich auch WISMER/RASEK, 56 f.

⁶²¹ WALESCH arbeitet ebenfalls mit verschiedenen Annahmen, die je nach Konstellation zur Abgrenzung eines einheitlichen Marktes oder getrennter Märkte führen (WALESCH, 300 ff.).

⁶²² FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 6 und 38 («the necessary conditions are so severe that it would only be applicable under rare circumstances. [...] a single-market approach would create substantial risks that an authority or a court would adopt it erroneously.»).

plett zu ignorieren; das Kartellrecht zielt nicht darauf ab, die Fehlerquellen der Behörden zu reduzieren, sondern strebt – zumindest in dieser Frage – eine möglichst korrekte Erfassung der Marktverhältnisse an.

- 313 Die nachfolgende Methodik ermittelt anhand einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände, wie die verschiedenen Charakteristika der digitalen Wirtschaft sich auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirken. Neben der Auswertung der Eigenschaften der digitalen Wirtschaft zeigt diese Methode zusätzlich auf, welchen Einfluss die gleichzeitige Wirkung unterschiedlicher Elemente auf den Grundsatz der Marktabgrenzung – die Ermittlung der wirkenden Wettbewerbskräfte auf das untersuchte Unternehmen – hat und inwiefern sich dies für die Analyse in einem einheitlichen Gesamtmarkt oder in separaten Einzelmärkten auswirkt. Ein weiteres Ziel dieses Ansatzes ist, dass die verflochtenen bzw. verbundenen Märkte adäquat für jeden Einzelfall berücksichtigt werden können.

aa) Ermittlung der untersuchten Produkte oder Dienstleistungen

- 314 Der sachlich relevante Markt umfasst alle Produkte oder Dienstleistungen, die aus Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.⁶²³ Aus diesem Grund ist der Ausgangspunkt dieser Methodik die korrekte Ermittlung der zu untersuchenden Produkte bzw. Dienstleistungen. Auch die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes erkennt die Bedeutung der Ermittlung der substituierbaren Güter. Gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung berücksichtigt die Kommission bei der Prüfung, ob erhebliche Unterschiede bei den Substitutionsmöglichkeiten bestehen, u.a. «die Frage, ob verschiedene Unternehmen substituierbare Produkte für jede Nutzergruppe anbieten».⁶²⁴
- 315 Wenngleich dieser Schritt offensichtlich erscheinen mag, hat er eine grosse Bedeutung und bereitet teilweise Probleme. Dieser Umstand wird bei der vertieften Auseinandersetzung mit dem zu untersuchenden Produkt bzw. der zu untersuchenden Leistung von Richter BREYER in seinem Sondervotum (engl. «dissenting opinion») in Sachen *American Express* ersichtlich. Er unterstreicht

⁶²³ Sowohl Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 7 m.w.V. als auch Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU umschreiben den sachlich relevanten Markt auf diese Weise; vgl. auch Kapitel [C.IV.2.a\)aa](#).

⁶²⁴ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95.

dadurch mindestens implizit die Bedeutung der Ermittlung des Untersuchungsgegenstandes.⁶²⁵ Die erforderliche Sorgfalt bei diesem Schritt soll nachfolgend geschildert werden: Auf der Online-Auktionsplattform eBay beispielsweise stellt sich die Frage, ob die Plattform, das jeweilige Produkt bzw. der (Ver-)Kauf an sich das zu untersuchende Produkt darstellen oder ob – insbesondere auch unter Berücksichtigung der hier ermittelten Vermittlerfunktion der Plattformen⁶²⁶ – die Vermittlungsleistung als zu untersuchende Dienstleistung zu gelten hat.⁶²⁷ Diese Konstellation mit der Vermittlungsleistung ist von Situationen des Agenturvertrags (Art. 418a ff. OR) und der Kommission (Art. 425 ff. OR) zu unterscheiden,⁶²⁸ da die Plattform bloss in einer neutralen Vermittlungsposition auftritt, ohne die Bedingungen einer potenziellen Transaktion zu kontrollieren.⁶²⁹

Am Beispiel von eBay kommt man bei dieser Herangehensweise zum Ergebnis, dass die Käufer*innen eine Vermittlung mit den Verkäufer*innen (und vice versa die Verkäufer*innen eine Vermittlung mit den Käufer*innen) begehren und beide Nutzergruppen die Plattform bloss für diese Vermittlungsleistung besuchen. Es ist also irrelevant, welche Produkte auf der Plattform gehandelt werden. Ebenso ist es nicht möglich, auf den «Konsum» der Plattform und so auf die Plattform selbst als Produkt abzustellen.

316

Die Ermittlung des zu untersuchenden Produkts bzw. der zu untersuchenden Dienstleistungen erfordert eine vertiefte Analyse der Marktverhältnisse. Auch aufgrund dieser Komplikationen, die auf jeder Marktseite entstehen können, ist eine simplifizierte Form der Einteilung in bestimmte Plattformkategorien in der gegenwärtigen Zeit nicht mehr haltbar.⁶³⁰ Mit welchen Schwierigkeiten die Behörden bei der Erfassung von «Werbeplattformen» (bzw. Aufmerksamkeitsplattformen oder Nicht-Transaktionsplattformen) konfrontiert sind, ist aus den Untersuchungen des Department of Justice der Vereinigten Staaten von Amerika ersichtlich. Bei dieser Klage wird behauptet, dass Google die wichtigsten Werbetechnologien monopolisiert hat.⁶³¹ In der Analyse des Department of Justice ist ersichtlich, dass nicht bloss eine Werbeplattform vorliegen

317

⁶²⁵ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), JUSTICE BREYER, dissenting, 10–12.

⁶²⁶ Vgl. Kapitel [B.I.1.a](#).

⁶²⁷ MANDRESCU hingegen spricht weiterhin von «product» und nicht «service» bzw. Dienstleistung vgl. MANDRESCU, *World Competition* 2018, 466.

⁶²⁸ So auch BKartA, *Marktmacht*, 31 f.

⁶²⁹ Vgl. zur neutralen Vermittlungsposition Kapitel [B.I.1.a](#).

⁶³⁰ Zur Kritik an der Plattformtheorie im Detail vgl. Kapitel [C.III.3.d\)cc](#).

⁶³¹ DOJ, *Civil Antitrust Suit against Google*, Case 1:23-cv-00108, Rn. 4 ff.

kann, sondern ein Zusammenspiel von einem «Publisher Ad Server»⁶³², einer «Ad Exchange»⁶³³ und einem «Advertiser Ad Network»⁶³⁴ oder einer «Demand Side Platform (DSP)»⁶³⁵ zu erörtern ist. Google soll gemäss dem Department of Justice auf mehreren Ebenen hohe Marktanteile besitzen.⁶³⁶

- 318 Weder der Ansatz von FILISTRUCCHI et al. noch jener des deutschen Bundeskartellamts sind in der Lage, diese komplexe Marktsituation korrekt zu erfassen. Anstelle des Versuchs, das Kartellrecht für die digitale Wirtschaft zu revolutionieren und anhand von Buzzwords neue Phänomene zu kreieren, gilt es das Kartellrecht in seinen seit Jahren bekannten Grundzügen korrekt anzuwenden. Diese neuen Herangehensweisen sind in der Regel bloss gelegentlich geeignet und erweisen sich im Vergleich zur Marktabgrenzung in bereits ähnlich gelagerten Fällen grundsätzlich nicht als besser.⁶³⁷

bb) Ermittlung der Marktseiten

- 319 Anhand der festgestellten Güter, die für das spezifische Verfahren relevant sind, gilt es die betroffenen Marktseiten ausfindig zu machen. Die korrekte Ermittlung der betroffenen Marktseiten basiert auf den Erkenntnissen aus der

⁶³² Publisher Ad Server erlauben den Betreibenden von Webseiten, Werbung auf der eigenen Plattform zu schalten. Der Server auf der Seite der «Publisher» legt den Zeitpunkt, die Platzierung sowie die am besten geeignete Anzeige fest (DOJ, Civil Antitrust Suit against Google, Case 1:23-cv-00108, Rn. 44).

⁶³³ Beim Ad Exchange handelt es sich grundsätzlich um eine Börse für Werbeanzeigen. Der Ad Exchange erhält in der Regel von der Angebotsseite (Publisher Ad Server) die Anfragen und vermittelt diese im Rahmen einer Auktion an die Nachfrageseite (Advertiser Ad Network und DSP; vgl. DOJ, Civil Antitrust Suit against Google, Case 1:23-cv-00108, Rn. 46 f.).

⁶³⁴ Ein Advertiser Ad Network fungiert als Vermittler zwischen den Werbetreibenden und der Ad Exchange und im Endergebnis der Plattform, auf der die Werbung geschaltet werden sollte. Das Advertiser Ad Network gibt gemäss den Angaben der Werbetreibenden bei der Auktion auf der Ad Exchange ein Angebot ab, um für bestimmte Impressionen auf bestimmten Websites zu bestimmten Zeiten ihre Werbung aufschalten zu können. Der genaue Prozess hinter diesen Angeboten der Advertiser Ad Networks ist nicht bekannt (DOJ, Civil Antitrust Suit against Google, Case 1:23-cv-00108, Rn. 50 ff.).

⁶³⁵ Demand Side Platforms (DSP) funktionieren grundsätzlich ähnlich wie ein Advertiser Ad Network und werden von grösseren Werbeunternehmen und Werbeagenturen in Anspruch genommen, da sie aufgrund Anpassungs- und Individualisierungsmöglichkeiten eine bessere Kontrolle bieten (DOJ, Civil Antitrust Suit against Google, Case 1:23-cv-00108, Rn. 49).

⁶³⁶ DOJ, Civil Antitrust Suit against Google, Case 1:23-cv-00108, Rn. 75 mit anschaulicher Grafik.

⁶³⁷ Zur Marktabgrenzung in Märkten mit Ähnlichkeiten zu den Märkten der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [C.II](#).

Plattformstruktur.⁶³⁸ Es ist nicht möglich, eine abschliessende Liste mit potenziellen Marktseiten zu erstellen, die bei jedem Sachverhalt durchgeprüft werden können. Da sowohl noch nicht im Mainstream etablierte Geschäftsmodelle existieren als auch noch nicht bestehende Geschäftsmodelle in der Zukunft auftauchen können, ist hier bloss eine beispielhafte Auswahl an Marktseiten – gewiss die gegenwärtig am häufigsten vorhandenen Konstellationen – zu analysieren. Es handelt sich dabei um die Nutzermarktseite ((1)) und den Werbemarkt ((2)), zusätzlich sind ebenfalls weitere, potenzielle Marktseiten anzusprechen ((3)).

Im Zusammenhang mit dieser Untersuchung sind jeweils nur die Marktseiten, die vom ermittelten Produkt betroffen sind, zu berücksichtigen. Das Erfassen einer nicht betroffenen Plattformseite birgt die Gefahr, fälschlicherweise zur Abgrenzung von separaten Märkten zu tendieren, da dann der Denkfehler bereits im Kern der Analyse liegt. In diesem Fall würden zwei unterschiedliche, also ohnehin nicht substituierbare Güter als Grundlage der Kartellprüfung dienen.

320

(1) Nutzermarktseite

In der Regel ist die Nutzermarktseite die Basis für gegenwärtige Geschäftsmodelle in der digitalen Wirtschaft. Die Nutzenden sind aus verschiedenen Gründen äusserst wichtig und aus diesen Geschäftsmodellen nicht wegzudenken, denn sie ermöglichen in erster Linie die Existenz der Plattformen; sie sind in gewissem Sinne das wichtigste Wirtschaftsgut der Plattform.⁶³⁹ Folglich sind die Nutzenden auf allen Märkten der digitalen Wirtschaft vorhanden. Darüber hinaus sind sie auch – unter Berücksichtigung der Netzwerkeffekte⁶⁴⁰ – der treibende Faktor für das Wachstum dieser Plattformen. Da sich die unterschiedlichen Nutzermarktseiten gegenseitig bedingen und die Finanzierung einer Plattform und deren Geschäftsmodell überhaupt ermöglichen, ist es wichtig, von den verschiedenen Nutzermarktseiten ausgehende Auswirkungen korrekt zu erfassen und zu würdigen. Dies geschieht über die Auswertung der Netzwerkeffekte, über die Ermittlung des Single- und Multi-Homing, über

321

⁶³⁸ Vgl. hierzu Kapitel [B.I.1](#), insb. Kapitel [B.I.1.a](#).

⁶³⁹ Ähnlich auch DAUB, der festhält, dass bspw. Bewertungsportale wie Yelp nutzlos wären, falls die Benutzenden keine Inhalte bereitstellen würden (DAUB, 55). Entfernt auch ZECH, der die (Anwender-)Daten als Wirtschaftsgut qualifiziert (ZECH, CR 2015, 138 und 146).

⁶⁴⁰ Vgl. für die Netzwerkeffekte im Allgemeinen Kapitel [B.I.1.b](#)) und für die Bedeutung der Netzwerkeffekte bei der Ermittlung der Anzahl abzugrenzender Märkte Kapitel [C.III.3.e\)dd\(1\)](#).

die Würdigung der Preisstruktur (im Rahmen der Frage der Mehrseitigkeit der Plattform) sowie über die korrekte Erfassung der vorliegenden Nachfragegruppen.⁶⁴¹

- 322 Die Bedeutung der Nutzermarktseite wird deutlicher bei Ansicht der weiteren Charakteristika der Märkte in der digitalen Wirtschaft. Skaleneffekte beispielsweise können bloss entstehen, wenn eine Plattform eine genügend grosse Nutzerbasis hat. Ein Unternehmen der digitalen Wirtschaft⁶⁴² ist nur in der Lage, seine Durchschnittskosten pro Leistungseinheit zu senken, wenn es genug Nutzende hat, die eine Leistungseinheitenmenge nachfragen. Somit verfügen Unternehmen mit einer grossen Anzahl von Nutzenden und einer dementsprechend hohen Anzahl an Interaktionen über einen strukturellen Vorteil gegenüber Unternehmen mit einer kleineren Nutzeranzahl.⁶⁴³
- 323 Aus dem Bericht von FRANCK/PEITZ lässt sich eine weitere Erkenntnis für die Nutzergruppen bzw. Nutzerseite ableiten. In ihrer kritischen Bewertung der Marktabgrenzung (und in diesem Zusammenhang des Ansatzes des Bundeskartellamts) argumentieren sie, das Bundeskartellamt werde mit seinem Vorschlag der Tatsache nicht gerecht, dass unterschiedliche Personen eine Plattform zu unterschiedlichen Zwecken und mit unterschiedlicher Intensität nutzen können. Demnach wäre es möglich, dass einige Personen die Plattform als Substitut ansehen, andere Personen hingegen nicht.⁶⁴⁴
- 324 Während diese Aussage an sich stimmen mag, schlägt die Argumentation an zwei unterschiedlichen Punkten fehl: Zunächst verkennen die Autoren den Umstand, dass beim Bedarfsmarktkonzept von den Durchschnittsverbrauchenden auszugehen ist, d.h., die funktionelle Austauschbarkeit von Gütern bezieht sich auf die Sicht von vernünftigen, durchschnittlichen Nachfragenden. Es findet mithin eine objektivierte Betrachtung statt.⁶⁴⁵ Insofern ist irrelevant, was einige (wenige) Nutzende als Substitute – oder nicht als Substitute – ansehen. Sofern bei objektivierter Betrachtung das untersuchte Produkt

⁶⁴¹ Vgl. für eine ausführliche Analyse dieser Punkt Kapitel [C.III.3.e\)dd](#).

⁶⁴² Für Ausführungen zu den Plattformen als wichtige Bestandteile der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [B.1.1](#).

⁶⁴³ Vgl. ausführlicher Kapitel [B.1.2](#).

⁶⁴⁴ FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 38.

⁶⁴⁵ Das BGer formuliert seinen Standpunkt diesbezüglich eindeutig: «Auszugehen ist vom Durchschnittsverbraucher, vom vernünftig durchschnittlichen Nachfrager» (Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 5.2.4 m.w.H.); gleich auch REINERT/WÄLCHLI: «Massgebend sind allerdings nicht die Empfindungen Einzelner sondern der Durchschnittsnachfrage» (BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 111); vgl. auch Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 49; HAHNE, 73; Traugott, WuW 1998, 930.

als austauschbar wahrgenommen wird, liegen beide Produkte bzw. Dienstleistungen im selben Markt. Hier lässt sich der zweite Problempunkt der Argumentation anführen, da FRANCK/PEITZ von einer Plattform als Substitut ausgehen.⁶⁴⁶ Dabei ist eine sprachliche Ungenauigkeit festzustellen. Das Produkt bzw. die Dienstleistung muss substituierbar sein, nicht die Plattform an sich.⁶⁴⁷ In der Regel ist es zwar die Plattform, die das Produkt bzw. die Dienstleistung anbietet, jedoch lässt sich nicht ausschliessen, dass eine Plattform auch weitere (oder weniger) Produkte bzw. Dienstleistungen anbietet und deshalb potenziell in diesen Punkten nicht als substituierbar angesehen wird. Aus diesem Grund ist auf das Produkt bzw. die Dienstleistung und nicht auf die Plattform selbst abzustellen.⁶⁴⁸

(2) Werbemarkt

Der Werbemarkt ist ein geläufiger Begriff und ebenfalls ein äusserst wichtiger Bestandteil des Geschäftsmodells der Plattformen, da die Plattformen sich in der Regel über Werbeeinnahmen finanzieren.⁶⁴⁹ Allerdings wurde der Werbemarkt in der Vergangenheit grundsätzlich in einer zu simplifizierten Form untersucht.⁶⁵⁰ 325

Abgesehen von der Tatsache, dass sich die Behörden bereits früher regelmässig mit sogenannten «Werbemärkten» auseinandergesetzt haben,⁶⁵¹ ist insbe- 326

⁶⁴⁶ FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 38 («thus, a platform that may be seen as a good substitute by some [...]»).

⁶⁴⁷ Zur Substituierbarkeit der Produkte bzw. Dienstleistungen vgl. Kapitel [C.III.3.c\)aa](#).

⁶⁴⁸ Vgl. zu dieser Diskussion bereits Kapitel [C.III.3.a](#)) und Kapitel [C.III.3.b](#)); für die Bedeutung der korrekten Ermittlung der substituierbaren Produkte oder Dienstleistungen vgl. Kapitel [C.III.3.e\)aa](#).

⁶⁴⁹ Vgl. bspw. FTC, Statement of the Federal Trade Commission Concerning *Google/DoubleClick* vom 20. Dezember 2017, FTC File No. 071-0170, 3, wonach der Verkauf von Werbeflächen die «primary source of revenue» ist.

⁶⁵⁰ In den zwei neusten Fällen zur Werbetechnologie setzen sich die Europäische Kommission sowie das Department of Justice in den USA detaillierter mit diesen Märkten auseinander vgl. EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechnologie, Pressemitteilung, 14.06.2023, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_3207>; DoJ, Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies, Press Release, 24.01.2023, abrufbar unter <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies>>. Die vorliegende Methodik erlaubt ebenfalls eine solch differenzierte Herangehensweise.

⁶⁵¹ Vgl. für die kartellrechtliche Auseinandersetzung mit den Werbemärkten Kapitel [C.II.1.b](#)) und Kapitel [C.II.2.b](#)).

sondere im letzten Jahrzehnt deren Bedeutung noch genauer untersucht worden.⁶⁵² Der Werbemarkt dient in diesen Konstellationen zur Monetarisierung des Inhalts auf der Plattform⁶⁵³ bzw. kann auch in Form eines zusätzlichen Produkts, z.B. einer neuen Werbefläche, auf der Plattform erscheinen.⁶⁵⁴

- 327 Die Trennung des Werbemarktes von den anderen Marktseiten ist entscheidend, da ansonsten eine Vermengung von für das Kartellrecht relevanten Daten stattfinden würde.⁶⁵⁵ Als anschauliches Beispiel soll der Vergleich des Marktanteils des sozialen Netzwerks Facebook mit dem Marktanteil von dessen Werbeanzeigenmanager (Facebook Ad Manager) dienen. Gemäss den Ausführungen in Sachen *Facebook/WhatsApp* hatte Facebook mit seinem Ad Manager im Jahre 2013/2014 einen Marktanteil von 20–30% im allgemeinen Markt für Onlinewerbung.⁶⁵⁶ In derselben Zeitperiode soll das soziale Netzwerk Facebook einen Marktanteil von zwischen 70.46 und 89.63% gehabt haben.⁶⁵⁷ Bei separater Betrachtung des Marktes für Onlinewerbung würde Facebook (heute Meta) potenziell keine marktbeherrschende Stellung einnehmen.⁶⁵⁸ Im Markt der sozialen Netzwerke hingegen liegt die Argumentation nahe, dass eine Marktbeherrschung vorliegen könnte.⁶⁵⁹ Bei der – nach der hier vertretenen Ansicht – nicht möglichen Zusammenführung beider Märkte in einen übergeordneten Markt für Onlineunternehmen könnten diese beiden Verhältnisse nicht mehr getrennt berücksichtigt werden.
- 328 Auch beim Werbemarkt ist genauer zu untersuchen, welche Netzwerkeffekte existieren (und somit welche Bedeutung die teilweise eng zusammenhängende Nutzermarktseite einnimmt), inwiefern Single- oder Multi-Homing möglich ist oder auch welche Rolle die Werbemärkte für die Preisstruktur spielen.⁶⁶⁰ Dar-

⁶⁵² Vgl. bspw. BOGENREUTHER, 93 f.; DECAROLIS/ROVIGATTI, AER 2021, 3299 ff.; BARTH, insb. 243 ff.; WALESCH, 369 ff. VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 170 f.; MAUELSHAGEN, 144 ff.; REISINGER, IJO 2012, 243 ff.

⁶⁵³ Damit einhergehend auch die Monetarisierung von Daten bzw. von Aufmerksamkeit vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb](#)).

⁶⁵⁴ So auch BKartA, *Marktmacht*, 33.

⁶⁵⁵ Diese Trennung erlaubt auch die korrekte Erfassung dieser «Werbemärkte» vgl. Kapitel [C.III.3.e\)aa](#)) mit Hinweis zur Klage des Department of Justice gegen Google.

⁶⁵⁶ EU-Kommission, COMP/M.7217 vom 03.10.2014, *Facebook/WhatsApp*, Rn. 171.

⁶⁵⁷ Statcounter GlobalStats, Social Media Stats Europe, Jan–Dec 2013, abrufbar unter <https://gs.statcounter.com/social-media-stats/all/europe/2013> und Statcounter GlobalStats, Social Media Stats Europe, Jan–Dec 2014, abrufbar unter <https://gs.statcounter.com/social-media-stats/all/europe/2014>).

⁶⁵⁸ Vgl. Grafik in DOJ, *Civil Antitrust Suit against Google*, Case 1:23-cv-00108, Rn. 75.

⁶⁵⁹ Zu detaillierten Ausführungen zur marktbeherrschenden Stellung vgl. Kapitel [D](#).

⁶⁶⁰ Vgl. hierzu nachfolgend Kapitel [C.III.3.e\)dd](#)).

über hinaus gilt es beim Werbemarkt zwischen den verschiedenen Ebenen der in Verbindung mit der Aufschaltung von Werbung bestehenden Plattformen innerhalb der Werbemarktseite zu trennen.⁶⁶¹

Trotz der wichtigen Monetarisierungsmöglichkeiten durch die Werbung und deren ausserordentlich grossen Bedeutung für das Bestehen von Plattformen ist nicht auszuschliessen, dass die Behörden in einer kartellrechtlichen Untersuchung zum Schluss kommen könnten, dass kein Werbemarkt vorhanden ist. Dieser Umstand soll jedoch nicht davon abhalten, deren Bestehen (bzw. allenfalls deren Abwesenheit) zu prüfen. 329

(3) Weitere Marktseiten

Wie eingangs erwähnt, ist eine abschliessende Auflistung aller möglichen Marktseiten nicht möglich, trotzdem sind nachfolgend beispielhaft weitere, ebenfalls wichtige Marktseiten zu erwähnen. 330

Eine besonders wichtige Marktseite ist bei den Märkten der Suchmaschinen⁶⁶² ersichtlich, denn sie weisen nicht nur eine Nutzermarktseite und einen Werbemarkt auf, sondern auch einen Markt für die Indexierung der Websites.⁶⁶³ 331
Die Europäische Kommission hat diese Thematik in Sachen *Google Search (Shopping)* bereits angeschnitten, jedoch kam sie nicht zum Schluss, dass bei Suchmaschinen ein dreiseitiger Markt mit einem Markt für die Indexierung der Websites (bzw. die Aufnahme in den Index⁶⁶⁴) vorliege.⁶⁶⁵ In diesem Entscheid erwähnt die Europäische Kommission das Vorliegen von zweiseitigen Märkten sogar bloss nebenbei,⁶⁶⁶ um – dem Anschein nach – die wirtschaftliche Tätigkeit in unentgeltlichen Märkten zu begründen.⁶⁶⁷ Diese Unterteilung

⁶⁶¹ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)aa\)](#) und DOJ, Civil Antitrust Suit against Google, Case 1:23-cv-00108, Rn. 75.

⁶⁶² Suchmaschinen lassen sich grundsätzlich unter den Begriff der horizontalen Intermediäre zusammenfassen. Horizontale Intermediäre führen vielfältige Vermittlungsleistungen aus, d.h., sie vermitteln «in der Breite». Vertikale Intermediäre hingegen sind auf bestimmte Vermittlungsleistungen spezialisiert und sind deshalb bloss in einem speziellen Gebiet tätig (Verwendung dieser Begriffe u.a. bei WALESCH, 6 f., 15 ff. und 38 ff.).

⁶⁶³ Im Detail zum Indexierungsprozess vgl. ZINNDORF, 43 ff.

⁶⁶⁴ So HEINEMANN, Google, 20 f.

⁶⁶⁵ Derselben Meinung BOGENREUTHER, 133; ZINNDORF, 64 ff.; HEINEMANN, Google, 20 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 188; WEIDT, WuW 2016, 165; PAAL, 72 f.; WEBER/VOLZ, Online Marketing, Rn. 388; auch MAUELSHAGEN erarbeitet im Ansatz dieselbe Ansicht vgl. MAUELSHAGEN, 128 f.

⁶⁶⁶ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 159.

⁶⁶⁷ Zur Entbehrlichkeit dieses Begründungsansatzes vgl. Kapitel [C.II.1](#), denn auch «unentgeltliche» Märkte sind kartellrechtlich relevante Märkte.

in den zusätzlichen Markt der Aufnahme in den Index ist entscheidend. Liegt nämlich ein dreiseitiger Markt vor, so ist neben dem Wettbewerbsdruck der (Such-)Nutzenden und der Werbenden auch der Wettbewerbsdruck der Unternehmen zu prüfen, die im Index gelistet sind bzw. ebenfalls der Unternehmen, die *nicht* gelistet sein wollen. Diese Marktseite lässt sich unter dem Oberbegriff der Inhalte anbietenden zusammenfassen.

- 332 Ähnlich verhält es sich bei sogenannten vertikalen Intermediären.⁶⁶⁸ Dabei handelt es sich um die bekannten Beispiele von E-Commerce-Plattformen, wie z.B. eBay oder Amazon, die sich auf bestimmte Vermittlungsleistungen spezialisiert haben. Eine besondere Form der vertikalen Intermediäre liegt bei der vertikalen Integration der Intermediäre vor.⁶⁶⁹ Hier tritt die Plattform nicht mehr bloss im Rahmen der Vermittlung von Vertragsabschlüssen auf, sondern bietet eigene Produkte auf der Plattform an und wird bei Abschluss eines Vertrags selbst Vertragspartei. Die Plattform agiert in diesem Beispiel nicht mehr als Vermittlern, sondern gleichzeitig auch als Vertragspartei.⁶⁷⁰ Im Ergebnis ist es irrelevant, ob diese Marktseite als Inhalte anbietende oder Waren anbietende beschrieben wird, wichtig ist die korrekte Erfassung als eigene Marktseite.

cc) Ermittlung der Marktgegenseite

- 333 Die Marktabgrenzung des Kartellrechts baut grundsätzlich auf der Austauschbarkeit der Produkte bzw. Dienstleistungen aus der Sicht der Marktgegenseite auf,⁶⁷¹ d.h., nachdem die unterschiedlichen Marktseiten ermittelt wurden, ist zusätzlich die korrekte Marktgegenseite zu bestimmen. In diesem Schritt liegt

⁶⁶⁸ Zu diesem Begriff vgl. [Fn. 662](#).

⁶⁶⁹ Mit der vertikalen Integration optimieren die Unternehmen ihre Wertschöpfungs- und Lieferkette, indem sie vor- oder nachgelagerte Verarbeitungsstufen in den Produktionsprozess internalisieren. Zur vertikalen Integration im Detail vgl. KHAN, Yale L. J. 2017, 731 ff. Zur Gefahr der vertikalen Integration für den Wettbewerb vgl. ACCC, Discussion Paper for Interim Report No. 5, 29 f.

⁶⁷⁰ WALESCH, 39.

⁶⁷¹ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 7, wobei hier noch im Wortlaut auf die Sicht der Verbrauchenden abgestellt wird; das Urteil des EuG, Rs. T-7/93 vom 08.06.1995, *Langnese-Iglo/Kommission*, Rn. 61 stellt ebenfalls auf die Sicht der Verbrauchenden ab; EU-Kommission, IV/31.043 vom 26.07.1988, *Tetra Pak I*, Rn. 30 ff. mit Nachfragesubstitution und Angebotssubstitution; Urteil des EuGH, Rs. C-22/78 vom 31.05.1979, *Hugin/Kommission*, R. 5. Vgl. ferner ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 660; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 102; MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 88; STANCKE, §5 Rn. 11, in: Bunte/Stancke («aus Sicht der Kunden und Abnehmer»); Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 101 AEUV, Rn. 92; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 49 (ausdrücklich «aus Sicht der Marktgegenseite»).

der Fokus in der Ermittlung der zu untersuchenden, relevanten Wettbewerbsbeziehung. Die Bestimmung der Marktgegenseite basiert auf dem Verfahrensgegenstand und kann nicht allgemeingültig definiert werden. Bei dieser Bewertung sind alle möglichen Marktseiten⁶⁷² in Betracht zu ziehen und die konkret betroffenen Produkte bzw. Dienstleistungen zu berücksichtigen.⁶⁷³

dd) Auszuwertende Elemente

Sind die betroffenen Güter und Marktseiten ermittelt, gilt es sie in den Kontext von unterschiedlichen Elementen – grundsätzlich die bereits untersuchten Elemente im Rahmen der ökonomischen Besonderheiten der Märkte in der digitalen Wirtschaft⁶⁷⁴ – einzubetten. In einer Gesamtanalyse sind insbesondere die Netzwerkeffekte ((1)), das damit zusammenhängende Ausschliesslichkeitskriterium ((2)), das Single- und Multi-Homing ((3)) sowie die Ansätze der Plattformtheorie ((4)) zu würdigen. Keinem dieser Elemente kommt jedoch einzeln eine ausschlaggebende Bedeutung zu, da sie alle als gleichwertige Komponenten der Analyse zu betrachten sind.

334

(1) Netzwerkeffekte

Die Netzwerkeffekte sind zwar per se nicht in der Lage ausschlaggebend zu bestimmen, ob ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte zu definieren sind, jedoch spielt die korrekte Auswertung der Netzwerkeffekte eine wichtige Rolle in der entsprechenden Beurteilung.⁶⁷⁵ Gleichzeitig schliesst die Berücksichtigung der Netzwerkeffekte bei der Marktabgrenzung nicht aus, dass sie in einem späteren Schritt – insbesondere bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung oder der Wertung eines potenziell marktmissbräuchlichen Verhaltens – ebenfalls berücksichtigt werden können. In Zukunft dürfte es vielmehr üblich werden, die Netzwerkeffekte auf verschiedenen Ebenen der Kartellverfahren einzubeziehen.

335

⁶⁷² Nachfolgend Kapitel [C.III.3.e\)bb](#)).

⁶⁷³ Nachfolgend Kapitel [C.III.3.e\)aa](#)).

⁶⁷⁴ Vgl. hierfür Kapitel [B.I](#).

⁶⁷⁵ So auch bereits unterschiedliche Entscheidungen in der Europäischen Union vgl. Europäische Kommission, Support study, 52 ff. m.w.V.; ferner auch GROTHE und VOLMAR, auch wenn die Argumentation dort gestützt auf das Bedarfsmarktkonzept erfolgt (GROTHE, 117 f.; VOLMAR, Digitale Marktmacht, 139 ff.; VOLMAR, ZWeR, 401 f.). Auf dasselbe Ergebnis kommen auch FRANCK/PEITZ vgl. FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 40 f.

- 336 Die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes nimmt ebenfalls Bezug auf die Bedeutung der indirekten Netzwerkeffekte und schreibt vor, «die indirekten Netzwerkeffekte zwischen Nutzergruppen auf verschiedenen Seiten der Plattform bei der Abgrenzung der relevanten Märkte oder in ihrer wettbewerbsrechtlichen Würdigung» zu berücksichtigen.⁶⁷⁶
- 337 Nachfolgend gilt es zu ermitteln, inwiefern die Netzwerkeffekte in der digitalen Wirtschaft gegenüber dem zu untersuchenden Unternehmen Wettbewerbsdruck ausüben können. Es ist mithin herauszufinden, ob die Netzwerkeffekte dazu führen, dass allenfalls auch bloss eine Marktseite disziplinierende Wirkung auf das Unternehmen hat, sodass dieses Unternehmen aufgrund der wirkenden Wettbewerbskräfte (hier aufgrund der Netzwerkeffekte) im Wettbewerb steht. Hierfür ist eine Unterscheidung zwischen wechselseitigen Netzwerkeffekten ((i)) und einseitigen Netzwerkeffekten ((ii)) vorzunehmen.

(i) Wechselseitige Netzwerkeffekte

- 338 Wenn von beiden Marktseiten starke, wechselseitige indirekte Netzwerkeffekte ausgehen, gibt es eine Tendenz, einen einheitlichen Gesamtmarkt abzugrenzen.⁶⁷⁷ Treten auf einer Plattform wechselseitige indirekte Netzwerkeffekte auf, profitieren die Gruppenmitglieder der Marktseite «A» nur indirekt von der Grösse der eigenen Nutzergruppe «A». Für diese Konstellation typisch ist, dass eine andere, *verbundene* Gruppe «B» existiert,⁶⁷⁸ d.h. steigt die Anzahl der Teilnehmenden in der Gruppe «B», wird die Plattform für die Gruppe «A» attraktiver und die Plattform kann mehr Nutzende der Gruppe «A» für sich gewinnen. Da sowohl die Gruppe «A» von der Grösse der Gruppe «B» als auch die Gruppe «B» von der Grösse der Gruppe «A» profitieren, liegt eine Wech-

⁶⁷⁶ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95.

⁶⁷⁷ Ein ähnliches Konzept schlagen auch VOLMAR und MANDRESCU vor. VOLMAR, der über das Bedarfsmarktkonzept die Anzahl der abzugrenzenden Märkte bestimmt, baut dabei seine Argumentation über den reziproken Bedarf auf (VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 174 ff.). MANDRESCU hingegen schlägt eine «Interaktionstypologie» vor und nimmt die Interessen der Parteien als Ausgangspunkt der Marktabgrenzung. Dabei argumentiert er über unilaterales Matching und bi- oder multilaterales Matching, wobei in letzterer Konstellation wechselseitige indirekte Netzwerkeffekte vorzuliegen haben und folglich ein einheitliche Gesamtmarkt zu definieren ist (MANDRESCU, *World Competition* 2018, 464 f.). Dabei bleibt jedoch das Problem der Definition des Matching weiterhin ungelöst. DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN gehen sogar davon aus, dass die Analyse der Netzwerkeffekte zu Beginn jeder kartellrechtlichen Prüfung stehen soll und daran die Zweckmässigkeit der einheitlichen Gesamtmarktabgrenzung überprüft werden soll (DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, *NZKart* 2014, 390).

⁶⁷⁸ Vgl. Kapitel [B.I.1.b\)bb\)](#).

selseitigkeit vor, die im Ergebnis zu Eigendynamiken, z.B. positiven Rückkopplungseffekten, führen kann. Diese Folgewirkungen der indirekten Netzwerkeffekte sind in diesem Masse nur möglich, wenn sie wechselseitig vorkommen.⁶⁷⁹ Bei solchen Eigendynamiken üben die betroffenen Marktseiten *gemeinsam* einen anderen Wettbewerbsdruck auf die Plattform aus als bei separater Betrachtung der jeweiligen Marktseiten. Während die Plattform bei getrennter Betrachtung der Marktseiten zwei oder mehr unterschiedlichen Arten von Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist (jede Marktseite übt einen «eigenen» Wettbewerbsdruck auf die Plattform aus), muss sie bei gemeinsamer Betrachtung der Marktseiten als einheitlicher Gesamtmarkt die kumulativ vor dem Hintergrund der sich aus den Eigendynamiken ergebenden Wettbewerbskräfte berücksichtigen. In diesem Zusammenhang sind nur beide bzw. alle Marktseiten gemeinsam in der Lage, dem Verhalten des untersuchten Unternehmens Schranken zu setzen.

Diese wechselseitigen indirekten Netzwerkeffekte führen folglich dazu, dass eine enge Beziehung zwischen den unterschiedlichen Gruppen bzw. Marktseiten besteht, da sich die Marktseiten für das Bestehen der Plattform gegenseitig bedingen.⁶⁸⁰ Diese enge Beziehung kann in Verbindung mit anderen Elementen der alternativen Ermittlungsmethode eine Tendenz zur Abgrenzung von einheitlichen Gesamtmärkten entwickeln. Dabei ist zunächst auf die zu untersuchenden Produkte bzw. Dienstleistungen abzustellen.⁶⁸¹ Treten starke, wechselseitige indirekte Netzwerkeffekte auf, liegen in der Regel auch potenziell austauschbare Güter in «umgekehrter Richtung» vor.⁶⁸²

KATZ/SALLET führen für die Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes die Gefahr der falschen bzw. nicht vollständigen Darstellung der Wettbewerbsbedingungen auf; als Beispiel nennen sie das iOS-Betriebssystem von Apple und das Android-Betriebssystem von Google.⁶⁸³ Während diese Ausführungen grundsätzlich der Realität entsprechen, ist die eindimensionale Be-

339

340

⁶⁷⁹ Für ein Beispiel der einseitig wirkenden indirekten Netzwerkeffekte, die keinen positiven Rückkopplungseffekt generieren können vgl. Kapitel [B.I.1.b\)bb\)](#) und nachfolgend Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(i\)\(ii\)](#).

⁶⁸⁰ So auch GROTHE, die diese Schlussfolgerung über das Bedarfsmarktkonzept begründet. Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Netzwerkeffekte vom Bedarf separat zu behandeln (GROTHE, 117).

⁶⁸¹ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)aa\)](#).

⁶⁸² Ähnlich auch KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2157; WISMER/RASEK, 57; vgl. ferner VOLMAR, Digitale Marktmacht, 174; BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 78, wonach ein «einheitlicher Bedarf» vorliegt, da das Bundeskartellamt dies über das Bedarfsmarktkonzept begründet.

⁶⁸³ KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2155 mit Fn. 43.

trachtung des Problems zu beanstanden. Obwohl die Autoren grundsätzlich Recht haben, ist dieses Risiko – mindestens nach der hier empfohlenen Herangehensweise – zu relativieren, denn die vorliegende, alternative Ermittlungsmethode schreibt vor, alle erwähnten Merkmale gleichbehandelnd in einer umfassenden Gesamtbetrachtung auszuwerten. Daraus folgt, dass die im obengenannten Aufsatz beschriebene Gefahr nicht bloss aus der Sicht der vorhandenen Netzwerkeffekte, sondern auch unter Berücksichtigung des Ausschliesslichkeitskriteriums, insbesondere des Single- und Multi-Homing⁶⁸⁴ sowie der Überprüfung mittels der Plattformtheorie zu untersuchen ist. Darüber hinaus ist bzgl. der Bedenken zum Wettbewerb unter den Mobilfunkherstellern die korrekte Erfassung der digitalen Ökosysteme entscheidend.⁶⁸⁵

- 341 Als anschauliches Beispiel für Konstellationen mit starken, wechselseitig indirekten Netzwerkeffekte sind Online-Dating-Plattformen zu nennen; der Einfachheit halber wird im Folgenden von einer Plattform ausgegangen, welche die Gruppe «Männer» mit der Gruppe «Frauen» zusammenführen möchte.⁶⁸⁶ Beide Gruppen ziehen sich gegenseitig an; eine solche Plattform ist also umso attraktiver, je mehr Mitglieder sie auf jeder Marktseite hat, da somit die Möglichkeit steigt, mit einer Person der anderen Gruppe in Verbindung zu treten. Mit dem Vorliegen dieser positiven Rückkopplungseffekte und der engen Verbundenheit beider Marktseiten sind die beiden Gruppen in der Lage, gemeinsam Wettbewerbsdruck auf die Plattform auszuüben. Es liegt schliesslich eine Situation austauschbarer Güter in «umgekehrter Richtung» vor, da die Gruppe der «Männer» eine Vermittlung mit der Gruppe der «Frauen» und die Gruppe der «Frauen» eine Vermittlung mit der Gruppe der «Männer» anstrebt; beide Nutzergruppen «konsumieren» die Vermittlungsleistung der Plattform.

(ii) Einseitige Netzwerkeffekte

- 342 Die Bezeichnung «einseitige Netzwerkeffekte» ist nicht ganz präzise, da es in der Regel bereits genügt, wenn unterschiedlich stark ausgeprägte Netzwerkeffekte existieren, bei denen insbesondere gegenüber einer Marktseite starke

⁶⁸⁴ Das Single- und Multi-Homing ist besonders im Hinblick auf die im Aufsatz erwähnte «product differentiation» von Bedeutung vgl. Kapitel [B.I.4](#) (vgl. zur «product differentiation» im Aufsatz von KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2155).

⁶⁸⁵ Zur Marktabgrenzung bei digitalen Ökosystemen vgl. Kapitel [C.V](#).

⁶⁸⁶ Das Beispiel funktioniert auch bei Vermittlung der Gruppe «Männer» mit einer anderen Gruppe «Männer» und/oder der Vermittlung der Gruppe «Frauen» mit einer anderen Gruppe «Frauen».

Netzwerkeffekte, aber umgekehrt schwache Netzwerkeffekte vorliegen.⁶⁸⁷ Die Bezeichnung «einseitige Netzwerkeffekte» rührt vom Umstand, dass insbesondere eine Marktseite «A» Interesse an der Vermittlung bzw. Kontaktaufnahme mit der anderen Marktseite «B» hat, während dies bei der anderen Marktseite «B» gar nicht, kaum oder gelegentlich der Fall ist. Von dieser anderen Marktseite «B» treten also stark ausgeprägte indirekte Netzwerkeffekte auf, denn sie sorgen dafür, dass sich aus Sicht der Marktseite «A» die Attraktivität der Plattform mit zunehmender Grösse der Marktseite «B» steigert. Wie bereits erwähnt, vermittelt die Plattform in dieser Konstellation unterschiedliche Motivlagen.⁶⁸⁸ Folglich sind tendenziell getrennte Einzelmärkte zu definieren.

Diese Situation der einseitigen Netzwerkeffekte kommt in der digitalen Wirtschaft häufiger vor als jene der wechselseitigen Netzwerkeffekte. Ein Musterbeispiel dieser unterschiedlich starken Netzwerkeffekte sind die sogenannten Werbemärkte (bzw. jeder Sachverhalt mit einer Marktseite der Werbenden).⁶⁸⁹ Die Gruppe der Werbenden hat grundsätzlich grösseres Interesse an der Vermittlung mit der anderen Marktseite; die Nutzenden hingegen haben wohl kaum oder bloss gelegentlich Interesse an einer Vermittlung mit den Werbenden. Von der Gruppe der Nutzenden gehen starke indirekte Netzwerkeffekte in Richtung der Gruppe der Werbenden aus. In dieser Wettbewerbslage unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen der beiden Marktseiten. Die Plattform, beispielsweise Facebook als soziales Netzwerk, ist hier geringem Wettbewerbsdruck von der Nutzermarktseite ausgesetzt.⁶⁹⁰ Im Rahmen der werbenden Wirtschaft dagegen ist es möglich, dass Facebook keine starke Position einnimmt und mit grösserem Wettbewerbsdruck konfrontiert ist, da die Gruppe der Werbenden potenziell weitere Ausweichmöglichkeiten hat. Diese Alternativen können ebenfalls eine grosse Nutzerbasis auf der anderen Marktseite aufweisen (z.B. Suchmaschinen⁶⁹¹). Folglich unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen auf den verschiedenen Marktseiten⁶⁹² und es drängt sich

343

⁶⁸⁷ Die Verwendung der Begriffe «einseitig», «gegenseitig» und «wechselseitig» ist im Einklang mit den Begrifflichkeiten, die in der allgemeinen Literatur zu den Netzwerkeffekten gebraucht werden vgl. auch Kapitel [B.1.1.b](#). Mit einem ähnlichen Ansatz auch FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 39 f.

⁶⁸⁸ Vgl. Kapitel [B.1.1.b\)bb](#).

⁶⁸⁹ Vgl. auch GROTHE, 117 f.; VOLMAR, Digitale Marktmacht, 169 f.

⁶⁹⁰ So auch VOLMAR, Digitale Marktmacht, 170.

⁶⁹¹ Vgl. bspw. das Volumen des Werbemarktes gemäss EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*, Rn. 97.

⁶⁹² KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2155; unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen auch gemäss GROTHE, 118 und VOLMAR, Digitale Marktmacht, 170.

eine Abgrenzung separater Märkte auf. Ausserdem handelt es sich in diesen Konstellationen – bei genauer Betrachtung der untersuchten Produkte oder Dienstleistungen⁶⁹³ – gar nicht um Substitute, denn die Nutzerseite bei sozialen Netzwerken sucht den sozialen Kontakt (bei Suchmaschinen die Suchergebnisse), während die Marktseite der Werbenden in beiden Beispielen die Aufmerksamkeit der anderen Marktseite (bzw. die Aufschaltung ihrer Werbung) anstrebt.

344 Letztlich hängen die verschiedenen Marktseiten aufgrund der (indirekten) Netzwerkeffekte auf eine bestimmte Art und Weise zusammen (engl. «inter-related markets») und können bei allfälligen Analysen des Marktes nicht komplett ignoriert werden. Aus diesem Grund gehen SMITH/DUKE sogar davon aus, dass jedes wettbewerbswidrige Verhalten das gesamte Geschäftsmodell der Plattform betrifft, selbst wenn besagtes Verhalten bloss an eine Marktseite gerichtet ist.⁶⁹⁴ Dieser Ansicht kann – wie aus diesem Unterkapitel hervorgeht – nicht gefolgt werden, da es gestützt auf die ermittelten Netzwerkeffekte sehr wohl möglich ist, getrennte Einzelmärkte abzugrenzen, auf denen ein Unternehmen marktbeherrschend ist und folglich «nur» auf dieser Marktseite sich missbräuchlich verhält. Folgt man der Ansicht von SMITH/DUKE, liegen in jedem Fall einheitliche Gesamtmärkte vor, die es nicht immer erlauben, die wirkenden Wettbewerbskräfte korrekt zu bestimmen. Es ist beispielsweise nicht ersichtlich, warum bei einem potenziell missbräuchlichen Verhalten beim Verkauf von Werbeflächen die Nutzenden auf der anderen Marktseite am Missbrauch direkt betroffen sein sollten. Deshalb sollten weiterhin anhand einer Bewertung aller Umstände im Sachverhalt die abzugrenzenden Märkte und in einem nächsten Schritt die marktbeherrschende Stellung sowie potenziell marktmissbräuchliches Verhalten bestimmt werden. Darüber hinaus sind einige Missbrauchstatbestände ihrer Natur nach bloss auf bestimmten Märkten möglich.⁶⁹⁵

345 Allerdings greift die vorliegende Methode den Grundgedanken von SMITH/DUKE – die Berücksichtigung aller Marktseiten bei der Marktabgrenzung – auf und schlägt vor, die anderen Marktseiten ebenfalls in die Gesamtanalyse der Definition der relevanten Märkte miteinzubeziehen.⁶⁹⁶ Im Gegensatz zu SMITH/DUKE setzt der vorliegende Vorschlag jedoch nicht voraus, dass jedes

⁶⁹³ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)aa](#)).

⁶⁹⁴ SMITH/DUKE, ECJ 2021, 107; sie sind sogar der Meinung, dass sowohl für Transaktions- als auch für Nicht-Transaktionsmärkte ein einheitlicher Gesamtmarkt zu definieren sei.

⁶⁹⁵ Vgl. Kapitel [C.III.3.b](#)), insb. [Rn. 275](#).

⁶⁹⁶ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)ee](#)).

wettbewerbswidrige Verhalten das gesamte Geschäftsmodell der Plattform betrifft. Vielmehr haben die Behörden, selbst wenn sie separate Einzelmärkte ermittelt haben, weiterhin das Gesamtbild in ihren Analysen zu beachten. Diesen Ansatz verfolgt auch die Europäische Kommission in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes, da die Kommission «die indirekten Netzwerkeffekte zwischen Nutzergruppen auf verschiedenen Seiten der Plattform» zu berücksichtigen hat.⁶⁹⁷

(2) Ausschliesslichkeitskriterium

Die wechselseitigen indirekten Netzwerkeffekte alleine genügen noch nicht, um einen einheitlichen Gesamtmarkt begründen zu können. Zusätzlich zu den Netzwerkeffekten ist ein Ausschliesslichkeitskriterium erforderlich. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Definition des sachlich relevanten Marktes in Sachen *American Express* hat bereits der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten ein ähnliches Kriterium zur Beurteilung der abzugrenzenden Märkte verwendet, und zwar bediente er sich des Elements der «single, simultaneous transaction».⁶⁹⁸ Dieses Element macht jedoch bloss im Kontext der Plattformtheorie, genauer in Verbindung mit dem Vorschlag von FILISTRUCCHI et al. gestützt auf die Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen, Sinn. Da hier nicht der Plattformtheorie gefolgt wird, ist dieser Ansatz ebenfalls anzupassen.

346

Der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten bringt mit dem Kriterium der «single, simultaneous transaction» zum Ausdruck, dass sich beide Marktseiten gegenseitig bedingen, d.h. dass eine Vermittlung, Kontaktaufnahme oder – im Falle der Transaktionsmärkte – eine Transaktion ohne die andere Marktseite gar nicht möglich ist. Daraus schliesst er, dass die Plattform bei jedem «Verkauf» einer Transaktion an eine Marktseite automatisch auch eine Transaktion an die andere Plattformseite «verkauft» – mit der Begründung: «cardholders and merchants jointly consume a single product, payment card transactions».⁶⁹⁹ In der vorliegenden Untersuchung hingegen fällt die Definition über

347

⁶⁹⁷ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95 (Hervorhebungen durch den Autor). Die Wortwahl im Entwurf der überarbeiteten Bekanntmachung war anschaulicher gewählt, da gemäss dem Entwurfstext «Netzwerkeffekte und Wettbewerbsdruck, die von der anderen Seite der Plattform ausgehen, bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung dennoch berücksichtigt werden» können (Europäische Kommission, Entwurf der überarbeiteten Bekanntmachung, Rn. 95)

⁶⁹⁸ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 13.

⁶⁹⁹ SCOTUS, *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, 585 U.S. ___ (2018), 13 mit Verweis auf KLEIN/LERNER/MURPHY/PLACHE, *Antitrust Law J.* 2006 583.

die Transaktion weg, da ein einheitlicher Gesamtmarkt auch abgegrenzt werden kann, wenn keine Transaktion im Sinne der Transaktionsplattformtheorie stattfindet. Trotzdem ist das Element der Gegenseitigkeit beizubehalten, da es wichtige Erkenntnisse liefert. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Dienst- bzw. Vermittlungsleistung der Plattform nur möglich, wenn beide bzw. alle Marktseiten vorhanden sind,⁷⁰⁰ d.h. die Vermittlung mit fehlender Gegenseite nicht funktioniert. Folglich tritt die Situation der «single, simultaneous transaction» auch auf, wenn die eigentliche Funktion der Plattform – sei es die Herbeiführung einer Transaktion, einer Kontaktaufnahme, einer Interaktion oder ein Kauf bzw. Verkauf – zwingend und ausschliesslich die untersuchten Marktseiten benötigt, diese aus Sicht jeder Marktseite untereinander also unverzichtbar sind. In dieser Konstellation sind einseitige Gesamtmärkte abzugrenzen, da ohne das Vorliegen beider bzw. aller Marktseiten gar kein Markt existiert bzw. es nie zu einem Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage kommt.⁷⁰¹

348 Diese Konstellation tritt in der Regel bei Vermittlungsplattformen (z.B. Buchungsplattformen, Verkaufsplattformen oder Online-Dating-Plattformen) auf, welche dieses Element der Ausschliesslichkeit bzw. Unverzichtbarkeit gut veranschaulichen: Auf einer Hotelbuchungsplattform vermittelt die Plattform die Gruppe der «Gäste» mit der Gruppe der «Hotels». Dabei ist ein Zusammenführen der Gruppe «Gäste» ausschliesslich mit der Gruppe der «Hotels» möglich. Es tritt also eine ähnliche Situation der «single, simultaneous transaction» auf, da zwingend und ausschliesslich die erwähnten Gruppen, die «Gäste» und «Hotels», für das Funktionieren der Plattform (und ferner für das Vorliegen eines Marktkonstrukts) erforderlich sind. Die Gruppe der «Gäste» ist somit aus der Sicht der Gruppe der «Hotels» unverzichtbar und umgekehrt. Falls die untersuchten Marktseiten nicht unverzichtbar (und das Zusammenführen der Gruppen nicht ausschliesslich möglich) wären, müsste die Vermittlungsplattform die Gruppe der «Gäste» mit anderen «Gästen» und die Gruppe der «Hotels» mit anderen «Hotels» zusammenführen können, was wenig Sinn ergeben würde. Die beiden Nutzergruppen können nur beide zusammen das Marktkriterium von «Angebot und Nachfrage» erfüllen.⁷⁰²

⁷⁰⁰ So auch VOLMAR, der dies jedoch über das Bedarfsmarktkonzept erläutert, also darlegt, dass der Bedarf der verschiedenen Marktseiten «reziprok» ist (VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 174 f.); vgl. ferner BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 78.

⁷⁰¹ Vgl. Kapitel [C.I.1](#).

⁷⁰² Es gibt Stimmen, wonach eine Abgrenzung separater Einzelmärkte in solchen Sachverhalten der Argumentation entspricht, dass linke Schuhe nicht mit rechten Schuhen substituierbar sind, also für die linken Schuhe und rechten Schuhe separate relevante Märkte

Die Gruppe der «Gäste» allein konstituiert – überspitzt ausgedrückt – einen leeren Raum, der für das kartellrechtliche Verfahren belanglos ist; gleich verhält es sich mit der anderen Marktseite der «Hotels». Sind jedoch die untersuchten Marktseiten nicht unverzichtbar – wie dies beispielsweise bei Betrachtung der Werbemärkte und der Nutzermarktseite der Fall ist – liegt eine Tendenz zur Abgrenzung von separaten Einzelmärkten vor. In letztgenannter Situation entsteht der Werbemarkt durch Nachfrage nach Aufschaltung der Werbung seitens der Werbenden und durch das Angebot der Werbeflächen seitens der Plattform; das zu analysierende Verhältnis betrifft bloss die Plattform und die Werbenden. Hier entstehen Angebot und Nachfrage auch, wenn die Nutzermarktseite mit einer zufällig gewählten, anderen Marktseite ausgetauscht wird; die Marktseiten sind also nicht unverzichtbar, sondern im Gegenteil sogar austauschbar. Es fehlt folglich eine genügend enge Verbundenheit der Marktseite; deshalb können keine einheitlichen Gesamtmärkte abgegrenzt werden.

349

An dieser Stelle ist auf die Argumentation von FRANCK/PEITZ zu verweisen, wonach auf einer Plattform unterschiedliche Nutzende die Plattform aus unterschiedlichen Gründen, zu unterschiedlichen Zwecken und mit unterschiedlicher Intensität verwenden (und als Folge davon die Unverzichtbarkeit gar nicht ermittelbar wäre). Diese Argumentation ignoriert jedoch die Tatsache, dass bei der funktionellen Austauschbarkeit mittels objektiverer Betrachtung auf Durchschnittsverbrauchende abzustellen ist.⁷⁰³

350

(3) *Single- und Multi-Homing*

Neben den Netzwerkeffekten ist das Single- bzw. Multi-Homing der verschiedenen Marktseiten äusserst wichtig; derselben Ansicht ist auch die Europäische Kommission in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes.⁷⁰⁴ Weil mit der Marktabgrenzung die Wettbewerbskräfte bestimmt werden sollen, die auf das untersuchte Unternehmen einwirken,⁷⁰⁵ gilt es für jede Marktseite zu ermitteln, inwiefern sie das untersuchte Unternehmen

351

abzugrenzen sind vgl. SCOTUS, Brief No. 16-1454, 16 f.; KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2157 f. m.w.H., insb. mit der Erklärung einer gewissen Ungenauigkeit dieser Argumentation.

⁷⁰³ Vgl. zum Ganzen Kapitel [C.III.3.e\)bb\)\(1\)](#).

⁷⁰⁴ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95. Gemäss der Kommission kann u.a. mit dem Faktor der Homing-Entscheidung ermittelt werden, ob erhebliche Unterschiede bei den Substitutionsmöglichkeiten bestehen.

⁷⁰⁵ Für detaillierte Ausführungen hierzu vgl. Kapitel [C.I.2](#).

einem Wettbewerbsdruck aussetzen können. Ist eine Marktseite allein fähig, eine disziplinierende Wirkung gegenüber dem Unternehmen auszuüben, lässt sich daraus eine Tendenz zur separaten Abgrenzung dieser Marktseite ableiten.

- 352 Bei digitalen Plattformen können Single- und Multi-Homing in verschiedenen Konstellationen auftreten, die nachfolgend überprüft werden. Zunächst ist es denkbar, dass beide bzw. alle Marktseiten Single-Homing praktizieren, d.h., die Gruppen beider bzw. aller Seiten nur jeweils diese Plattform verwenden. In diesem Sachverhalt müssen die Nutzenden beider Seiten auf derselben Plattform sein, d.h., jede Vergrößerung der Anzahl der Nutzenden auf einer Plattformseite macht die Plattform attraktiver, da mehr Transaktionspartner vorhanden sind. Zeitgleich verkleinert sich die Anzahl Transaktionspartner einer konkurrierenden Plattform (da beide Seiten Single-Homing betreiben). Deshalb müssen sich die Plattformen auf jeder Plattformseite einem intensiven Wettbewerb stellen, weil verschiedene Plattformen für dieselbe Gruppe konkurrieren. Da die Plattformen dem Wettbewerb jeder Marktseite separat ausgesetzt sind, liegt eine Tendenz zur Abgrenzung getrennter Einzelmärkte vor.
- 353 Ausserdem ist auch das Gegenteil dieser Situation denkbar, also dass beide bzw. alle Marktseiten Multi-Homing ausüben, d.h. die Gruppen beider bzw. aller Seiten parallel mehrere Dienste verwenden. Im Gegensatz zu den Single-Homer kann die Seite der Multi-Homer kaum disziplinierenden Wettbewerbsdruck auf die Plattform ausüben, da sie ohnehin unterschiedliche Dienste bzw. Plattformen parallel nutzt. In dieser Situation ist keine Tendenz zur Abgrenzung getrennter Marktseiten ersichtlich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob Multi-Homing auf beiden Marktseiten eine Tendenz zur Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes aufweist. In bestimmten Konstellationen – insbesondere im Zusammenhang mit den wechselseitigen Netzwerkeffekten und dem Ausschliesslichkeitskriterium – zeigt Multi-Homing beider Marktseiten eine Tendenz zur Definition eines einheitlichen Gesamtmarktes. Ferner existiert auch bei Vorliegen von Multi-Homing auf beiden Marktseiten ein kartellrechtlicher Markt, aufgrund dessen das untersuchte Unternehmen einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist; dies kann namentlich dann geschehen, wenn beide Marktseiten zusammengefasst als ein einheitlicher Gesamtmarkt betrachtet werden.
- 354 Eine besondere Konstellation des Single- und Multi-Homing entsteht, wenn eine Marktseite Single-Homing betreibt, während die andere Marktseite Multi-Homing praktiziert (sog. «competitive bottlenecks»)⁷⁰⁶. In diesem Sach-

⁷⁰⁶ ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 677 f.

verhält kann die Plattform zwar eine marktbeherrschende Stellung gegenüber der Seite der Multi-Homer über den Zugang zur Marktseite der Single-Homer haben,⁷⁰⁷ gleichzeitig ist sie von der Single-Homing-Seite abhängig, d.h., die Single-Homer haben eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Plattform. Diesen Wettbewerbsdruck kann die Plattformseite der Single-Homer unabhängig vom Nutzungsverhalten auf der anderen Marktseite ausüben. Daraus folgt eine Tendenz zur Abgrenzung von separaten Märkten.⁷⁰⁸ Eine ähnliche Ansicht vertritt auch ARMSTRONG:

«[When users multi-home on one side and single home on the other] it does not make sense to speak of the competitiveness of «the market.» There are two markets: the market for single-homing agents which is, to a greater or lesser extent, competitive, and a market for multi-homing agents where each platform holds a local monopoly.»⁷⁰⁹

Neben den erwähnten Konstellationen ist es zweifellos auch möglich, weitere Zusammensetzungen von Single- und Multi-Homing in der digitalen Wirtschaft anzutreffen. Eine abschliessende Erfassung aller potenzieller Zusammensetzungen ist insbesondere im Hinblick auf die Mehrseitigkeit der Plattformen nicht zielführend. Vielmehr ist wichtig festzuhalten, welche Wirkungen einzelne Formen des Single- und Multi-Homing für den Wettbewerbsdruck haben können.

355

(4) *Bedeutung der Plattformtheorie*

Wie bereits zuvor erwähnt, kommt der Plattformtheorie weiterhin eine lenkende Rolle in dieser Methodik zu, jedoch hat sie keinen ausschlaggebenden Charakter; sie dient vielmehr als Korrekturlement. In der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes der Europäischen

356

⁷⁰⁷ ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 669; für weiterführende Details zur marktbeherrschenden Stellung im Zusammenhang mit Single- und Multi-Homing vgl. Kapitel [D.III.1.d](#)). Die Plattform kann eine marktbeherrschende Stellung gegenüber den Multi-Homer haben, da diese der Plattform beitreten müssen, falls sie eine Transaktion mit den Single-Homer ausführen möchten (so auch FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 55; KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2156).

⁷⁰⁸ FRANCK/PEITZ argumentieren – mindestens implizit – auf dieselbe Weise, wenn auch nicht auf der Ebene der abzugrenzenden Marktseiten, sondern auf der Ebene der marktbeherrschenden Stellung von Plattformen («This suggests that there is a market for each platform regarding the service provided to the multi-homing side.», FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 55).

⁷⁰⁹ ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 680; ARMSTRONG verwendet die Begriffe «market» und «monopoly» im ökonomischen und nicht kartellrechtlichen Sinne (zur Unterscheidung des kartellrechtlichen Marktbegriffs von anderen Markt Begriffen vgl. Kapitel [C.1.1](#)).

Kommission kommt der Plattformtheorie ebenfalls eine ähnliche untergeordnete Rolle zu. Gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung kann die Kommission für die Prüfung, ob erhebliche Unterschiede bei den Substitutionsmöglichkeiten bestehen, u.a. die Art der Plattform (z.B. ob es sich um eine Transaktionsplattform handelt), berücksichtigen.⁷¹⁰ Kommen die Behörden aufgrund der auszuwertenden Elemente zum Schluss, dass entweder ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte zu definieren sind, lässt sich dieses Resultat anhand der Vorgehensweise von FILISTRUCCHI et al. vergleichen. Insbesondere eine Übereinstimmung mit den Erkenntnissen der Transaktionsplattformen kann wertvolle Unterstützung liefern; dies ist weniger der Fall bei Nicht-Transaktionsplattformen, weil dieser Plattfortmtypp grösseren Defiziten ausgesetzt ist. Aufgrund der unscharfen Trennung und der fehlenden Konsequenz ist ein potenzieller Vergleich mit der Plattformtheorie des deutschen Bundeskartellamts, wenn überhaupt, bloss zurückhaltend zu bewerten.⁷¹¹

ee) Berücksichtigung der anderen Marktseiten

- 357 Selbst wenn gemäss den Kartellbehörden getrennte Einzelmärkte abzugrenzen sind, haben sie in der digitalen Wirtschaft die anderen Marktseiten ebenfalls zu berücksichtigen.⁷¹² Da es sich aufgrund der Netzwerkeffekte in der Regel um zusammenhängende Märkte handelt, müssen diese zunächst bereits auf der Ebene der Marktabgrenzung und darüber hinaus auch auf der Ebene der marktbeherrschenden Stellung in die Auswertungen der Behörden miteinfließen.⁷¹³ Die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des rele-

⁷¹⁰ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95.

⁷¹¹ Vgl. Kapitel [C.III.3.d\)jcc](#); a.M. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95, wonach bei der Art der Plattform das Vorliegen von Matchingplattformen auf gleicher Ebene und mit gleicher Bedeutung wie das Vorliegen von Transaktionsplattformen zu bewerten sind.

⁷¹² Diese Ansicht wird auch überwiegend in der Lehre (und der Rechtsprechung) vertreten vgl. FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 319 ff.; EVANS/NOEL, J. Comp. L. & Econ. 2008, 664 f. und 666 f.; ferner LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 48. Vgl. auch die Ausführungen in Sachen *Cartes Bancaires* in Kapitel [C.II.2.b\)aa](#)). Die WEKO hat ebenfalls bereits vor dem Aufkommen des Begriffs der «zweiseitigen Märkte» die Abhängigkeit der verschiedenen Marktseiten geprüft vgl. Kapitel [C.II.2.b\)bb](#)) mit RPW 2004/2 – NZZ-Espace-Bund, 503, Rn. 102; RPW 2000/3 – Berner Oberland Medien, 438 ff.; Rn. 120 ff. Vgl. ferner Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95.

⁷¹³ FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 37 (auch 38 f.); FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 319 ff., insb. 322. FRANCK/PEITZ sprechen

vanten Marktes der Europäischen Kommission greift diese Thematik auf und schlägt dieselbe Herangehensweise vor. Demnach können die Behörden, selbst wenn sie getrennte Einzelmärkte abgegrenzt haben, «Netzwerkeffekte zwischen Nutzergruppen auf verschiedenen Seiten der Plattform bei der Abgrenzung der relevanten Märkte oder in ihrer wettbewerbsrechtlichen Würdigung» berücksichtigen.⁷¹⁴ Es muss folglich nie eine komplett isolierte Betrachtung einer Marktseite stattfinden. NIELS vertritt dieselbe Ansicht und begründet diese ebenfalls mit den Netzwerkeffekten, denn gemäss NIELS konkurrieren mehrseitige Plattformen auf den Märkten von allen Plattformsseiten, unabhängig davon, ob es sich um Transaktions- oder Nicht-Transaktionsplattformen handelt. Sie zielen darauf ab, die Nutzenden anderer Plattformen auf jeder Seite zu gewinnen, damit auf der eigenen Plattform stärkere Netzwerkeffekte auftreten können. Da in dieser Konstellation alle Marktseiten einer Plattform mit allen Marktseiten einer anderen Plattform konkurrieren, sind gemäss NIELS in jedem Fall alle Marktseiten mitzuberücksichtigen – unabhängig davon, ob ein einheitlicher Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte definiert wurden.⁷¹⁵

ff) Zwischenfazit

Diese alternative Ermittlungsmethode für die Anzahl abzugrenzender Märkte in der digitalen Wirtschaft stützt sich auf die Grundprinzipien des Kartellrechts, denn es müssen zunächst ganz grundlegend die untersuchten Produkte oder Dienstleistungen ausfindig gemacht werden, da das gesamte Verfahren auf dieser Erkenntnis aufbaut. Danach muss die Marktsituation anhand einer korrekten Auswertung der ökonomischen Besonderheiten der digitalen Wirtschaft ermittelt werden. Darüber hinaus gilt es sich ein Bewusstsein über die verschiedenen, vorstellbaren Marktseiten anzueignen und anhand dieser Grundlage die Marktabgrenzung zu starten.

358

Anders als bei der Plattformtheorie gibt es kein einzelnes, ausschlaggebendes Kriterium, das auf die Anzahl der zu definierenden Märkte schliesst. Im Rahmen der hier vorgeschlagenen Herangehensweise ist in einer Gesamtbeurteilung aller Elemente zu entscheiden. Dabei deuten einseitige bzw. unterschiedlich starke indirekte Netzwerkeffekte, fehlende Notwendigkeit der Gegenseitigkeit der Marktseiten, Single-Homing auf zwei oder mehr Marktseiten

359

sich dafür aus, dass der anderen Marktseite vor allem bei der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung eine wichtige Rolle zukommt.

⁷¹⁴ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95.

⁷¹⁵ NIELS, J. Comp. L. & Econ. 2019, 331.

und/oder das Vorliegen von Competitive Bottlenecks (Single-Homing auf einer Marktseite, Multi-Homing auf der anderen Marktseite) jeweils auf eine Abgrenzung von separaten Einzelmärkten.

- 360 Für die Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes hingegen sprechen wechselseitige bzw. ähnlich stark ausgeprägte indirekte Netzwerkeffekte, insbesondere, wenn sich beide oder alle Marktseiten bedingen, d.h. wenn eine Vermittlung ausschliesslich mit der anderen Marktseite möglich ist und deshalb die Vermittlung ohne die andere Marktseite gar nicht stattfinden könnte. Zudem könnte auch der Umstand, dass beide bzw. alle Marktseiten Multi-Homing betreiben, ein Indiz für die Definition eines einheitlichen Gesamtmarktes sein.
- 361 Selbst wenn es sich ergibt, dass separate Einzelmärkte abzugrenzen sind, muss aufgrund der (indirekten) Netzwerkeffekte die andere Marktseite im Kartellverfahren mindestens mitberücksichtigt werden. Schliesslich kann die Plattformtheorie als Überprüfungselement ohne ausschlaggebenden Charakter wertvolle Hinweise für das Ergebnis aus dieser alternativen Ermittlungsmethode liefern.

4. Anwendung der ermittelten Methode an Beispielen aus der Praxis

- 362 Nachfolgend ist anhand unterschiedlicher Beispiele darzulegen, inwiefern sich die soeben ermittelte Methodik für die Festlegung, ob ein Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte abzugrenzen sind, eignet, sich von den Methoden von FILISTRUCCHI et al. sowie des deutschen Bundeskartellamts unterscheidet und eine Verbesserung darstellt.

a) Online-Dating-Plattformen

- 363 Als erstes Beispiel sind die Online-Dating-Plattformen zu betrachten. In ihrer elementarsten Form bringen Online-Dating-Plattformen zwei unterschiedliche Nutzergruppen zusammen, z.B. die Gruppe der «Frauen» und jene der «Männer»;⁷¹⁶ gleichzeitig schalten diese Plattformen Werbung auf, um mit den

⁷¹⁶ Das Beispiel funktioniert auch bei Vermittlung der Gruppe «Männer» mit einer anderen Gruppe «Männer» und/oder der Vermittlung der Gruppe «Frauen» mit einer anderen Gruppe «Frauen».

generierten Werbeeinnahmen die Aufrechterhaltung des Service zu gewährleisten bzw. um Gewinne zu erzielen.

aa) Anwendung der Methode von FILISTRUCCHI et al.

Bei einer Anwendung des Ansatzes von FILISTRUCCHI et al. ist darauf zu achten, ob eine beobachtbare Transaktion auf der Plattform stattfindet. Gemäss der Autorenschaft handelt es sich um Nicht-Transaktionsmärkte, selbst wenn eine Interaktion vorhanden, diese aber nicht beobachtbar ist. Auf diesen Online-Dating-Plattformen findet keine direkte Transaktion zwischen den zwei Nutzergruppen statt, sondern tritt eine andere Art der Interaktion ein. Da sich zwischen der Gruppe der «Männer» und der Gruppe der «Frauen» keine (beobachtbare) Transaktion im ökonomischen Sinne realisiert, liegen Nicht-Transaktionsmärkte vor, weshalb getrennte Einzelmärkte zu definieren sind. Gemäss FILISTRUCCHI et al. müsste ein eigener Markt für die Gruppe der «Männer» und ein eigener Markt für die Gruppe der «Frauen» vorliegen (ferner auch ein eigener Markt für die Werbenden⁷¹⁷).

364

bb) Anwendung der Methode des deutschen Bundeskartellamts

Folgt man dem Vorschlag des deutschen Bundeskartellamts, stellt sich die Frage, ob Online-Dating-Plattformen als Matchingplattformen eingestuft werden können, also als «eine Plattform, die eine auf individuelle Präferenzen abgestimmte und von allen Nutzergruppen angestrebte Vermittlung zwischen Mitgliedern zweier oder mehr Nutzergruppen ermöglicht». ⁷¹⁸ Die Matchingplattformen erlauben somit eine direkte Interaktion zwischen zwei Nutzergruppen, ohne dass es sich dabei um eine Transaktion im ökonomischen Sinne handeln muss; ein Matching kann insbesondere eine andere Art der Interaktion sein, wie z.B. die Herbeiführung einer Kontaktaufnahme bzw. eines persönlichen Treffens. ⁷¹⁹ Das deutsche Bundeskartellamt grenzt – im Gegensatz zu FILISTRUCCHI et al. – einen einheitlichen Gesamtmarkt für die Gruppe der «Männer» und die Gruppe der «Frauen» ab; der Werbemarkt ist auch hier aus einem anderen Blickwinkel zu betrachten. ⁷²⁰

365

⁷¹⁷ Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Werbemärkten vgl. Kapitel [C.III.4.c](#).

⁷¹⁸ BKartA, Marktmacht, 23 f.

⁷¹⁹ BKartA, Marktmacht, 24; vgl. ferner auch ausdrücklich in BKartA, B 6-57/15 vom 22.10.2015, *Online-Dating-Plattformen*, Rn. 76.

⁷²⁰ Vgl. Kapitel [C.III.4.c](#).

cc) Anwendung der alternativen Ermittlungsmethode

- 366 Die alternative Ermittlungsmethode verlangt in einem ersten Schritt die zu untersuchenden Güter sowie die relevanten Marktseiten und die Marktgegenseite zu ermitteln. Die untersuchten Güter können nicht pauschal festgestellt werden, sondern hängen vom untersuchten Sachverhalt ab. Es ist möglich, dass das Zusammenbringen von unterschiedlichen Nutzergruppen oder der Verkauf von Werbeflächen die zu untersuchende Leistung darstellt. Gleich verhält es sich mit den relevanten Marktseiten; der Einfachheit halber wird nachfolgend auf die Marktseite der «Frauen», die Marktseite der «Männer» und die Marktseite der werbenden Wirtschaft abgestellt. In Bezug auf die Marktgegenseite ist ebenfalls der Verfahrensgegenstand entscheidend; es ist denkbar, dass sowohl die privaten Nutzenden als auch die Werbenden oder andere Teilnehmenden die Marktgegenseite konstituieren.⁷²¹
- 367 In einem nächsten Schritt gilt es die Beziehungen der Marktseiten zueinander zu erfassen. Im erwähnten Beispiel sind das Verhältnis zwischen der Gruppe der «Frauen» und der Gruppe der «Männer» sowie das Verhältnis der Gruppe der Werbenden zu beiden Nutzergruppen zusammen – bzw. jeweils separat, falls Gründe für eine separate Betrachtung existieren – zu erfassen. Zwecks einer besseren Übersicht ist für das Verhältnis der Gruppe der Werbenden zu beiden Nutzergruppen auf die nachfolgenden Kapitel zu verweisen.⁷²²
- 368 Bei Betrachtung des Verhältnisses der beiden Nutzergruppen («Frauen» und «Männer») treten wechselseitige indirekte Netzwerkeffekte auf, da sich beide Gruppen gegenseitig anziehen. Die Plattform hat umso mehr Wert, je mehr Mitglieder sie in beiden Nutzergruppen vorzuweisen hat, weil jede Gruppe so eine grössere Möglichkeit hat, mit einem Mitglied der anderen Nutzergruppe in Verbindung zu treten; es wirken also starke, indirekte Netzwerkeffekte in beide Richtungen. Dadurch entsteht nicht nur die Eigendynamik der positiven Rückkopplungseffekte, sondern die Marktseiten weisen auch eine enge Verbundenheit auf, weil eine Situation der austauschbaren Güter mit «umgekehrten» Vorzeichen vorliegt. Die Gruppe der «Männer» strebt eine Kontaktaufnahme mit der Gruppe der «Frauen» an und jene der «Frauen» mit den

⁷²¹ Eine pauschale Umschreibung der substituierbaren Produkte bzw. Dienstleistungen, der relevanten Marktseiten und der Marktgegenseite ist sinnlos, weshalb darauf verzichtet wurde.

⁷²² Vgl. Kapitel [C.III.4.b](#)) und insbesondere Kapitel [C.III.4.c](#)); trotz dieses Verweises ist die korrekte Ermittlung der relevanten Verhältnisse nicht unbedeutend. Jedoch behandelt Kapitel [C.III.4.c](#)) die Beziehungen zu den Werbemärkten auf eine allgemeine Weise, weshalb ein Verweis angebracht ist.

«Männern»; beide Nutzergruppen konsumieren folglich dieselbe Vermittlungsleistung. Das Vorliegen von starken, wechselseitigen indirekten Netzwerkeffekten deutet auf eine Tendenz zur Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes hin.⁷²³

Darüber hinaus ist in dieser Konstellation auch das Ausschliesslichkeitskriterium auszumachen. In dieser simplifizierten Form der Plattform ersucht die Gruppe der «Männer» einen Kontakt mit der Gruppe der «Frauen» (und umgekehrt). Aus diesem Grund ist die Herbeiführung eines Kontakts der Gruppe der «Männer» ausschliesslich mit der Gruppe der «Frauen» möglich; insbesondere ein Zusammenführen einer dieser beiden Gruppen mit der Marktseite der Werbenden entspräche nicht dem eigentlichen Nutzen dieser Nutzergruppen. Damit die Kernfunktion der Plattform angewendet werden kann, ist es zwingend und ausschliesslich erforderlich, die Gruppe der «Männer» mit der Gruppe der «Frauen» zusammenzuführen. Die Gruppe der «Männer» ist aus Sicht der Gruppe der «Frauen» unverzichtbar – und umgekehrt. Das Ausschliesslichkeitskriterium deutet ebenfalls auf eine Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes.

369

Überdies ist für jede Marktseite zu analysieren, ob sie Single- oder Multi-Homing betreibt. Für das Verhältnis der Gruppe der «Männer» und der Gruppe der «Frauen» sind reale Daten erforderlich, trotzdem liegt die Annahme nahe, dass beide Nutzergruppen jeweils Multi-Homing betreiben, da unterschiedliche Online-Dating-Plattformen unterschiedlich ausgeprägte Leistungen anbieten. Je höher der Grad der Leistungsdifferenzierung ist, desto mehr tendieren die Mitglieder der jeweiligen Nutzergruppen zu Multi-Homing.⁷²⁴ Üben die Nutzergruppen beider Marktseiten Multi-Homing aus, liegt eine Tendenz zur Abgrenzung eines einheitlichen Marktes vor.

370

Ausserdem können diese Ergebnisse mit den Ergebnissen der Plattformtheorie verglichen werden. Bei der Abgrenzung der Werbemärkte kommen alle drei Varianten zum selben Schluss, dass separate Märkte zu definieren sind. Dass dieser Schritt jedoch nicht immer zielführend ist, zeigt sich an der Schlussfolgerung zur Erfassung der unterschiedlichen Nutzergruppen, denn gemäss

371

⁷²³ Vgl. im Detail Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(1\)\(i\)](#).

⁷²⁴ Vgl. im Detail Kapitel [B.I.4.b\)](#); auch die überarbeitete Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes sieht den Grad der Leistungs- bzw. Produktdifferenzierung als zu prüfendes Element an bei der Ermittlung, ob erhebliche Unterschiede bei den Substitutionsmöglichkeiten bestehen (Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95).

FILISTRUCCHI et al. müssten auch dort separate Einzelmärkte abgegrenzt werden, während gemäss dem deutschen Bundeskartellamt und der hier vorgeschlagenen Methode ein einheitlicher Gesamtmarkt zu erfassen ist.

- 372 Letztlich ist zu bedenken, dass – unabhängig davon, ob getrennte Einzelmärkte oder ein einheitlicher Gesamtmarkt vorliegen sollte – die anderen Seiten nicht ausser Acht gelassen werden können, sondern im Rahmen des übrigen Verfahrens zu berücksichtigen sind.⁷²⁵
- 373 In jedem Schritt der hier ermittelten Anwendungsmethode ist das Ergebnis eine Tendenz zur Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes. Folglich ist die Auswertung an diesem Beispiel vergleichsweise einfach, da nach Beachtung aller Elemente keine Anzeichen für die Abgrenzung separater Einzelmärkte im Verhältnis zwischen der Nutzergruppe der «Männer» und «Frauen» besteht. Mit dem Ansatz des deutschen Bundeskartellamts (teilweise) übereinstimmend, sind die Nutzergruppen von Online-Dating-Plattformen als ein einheitlicher Gesamtmarkt zu betrachten.
- 374 Das Beispiel der Online-Dating-Plattformen eignet sich ebenfalls dafür, um die Schwächen der Herangehensweise von FILISTRUCCHI et al. hervorzuheben und die Behebung dieser Schwächen mit dem Ansatz des deutschen Bundeskartellamts sowie der hier vorgeschlagenen alternativen Ermittlungsmethode darzulegen. Obwohl auch das deutsche Bundeskartellamt häufig auf das Beispiel der Online-Dating-Plattformen zurückgreift, weist dieses Beispiel eine bestimmte Schwäche auf: Das deutsche Bundeskartellamt analysiert im Endeffekt bloss eine Marktseite, die Nutzermarktseite, welche zwei Nutzergruppen aufweist, wobei konsequenterweise für diese Marktseite ein einheitlicher Gesamtmarkt vorliegt. Im Gegensatz zum Ansatz des deutschen Bundeskartellamts liegt darin der eigentliche Sinn der hier vorgestellten Methodik: Konsumieren die untersuchten Nutzergruppen dieselbe Dienstleistung und deuten die übrigen Elemente auf einen einheitlichen Gesamtmarkt, ist auch bloss ein Markt abzugrenzen. Dass sich jedoch die alternative Methode nicht bloss auf Konstellationen mit zwei (oder mehr) unterschiedlichen Menschengruppen begrenzt, zeigt sich am Beispiel der Reisevermittlungsplattformen, bei denen auf den ersten Blick unterschiedliche Nutzergruppen vorliegen («Gäste» und «Hotels»). Die Gruppen der «Frauen» und «Männer» im Beispiel der Online-Dating-Plattformen lassen sich für das Beispiel der Reisevermittlungsplattformen durch die Gruppen der «Gäste» und «Hotels» austauschen. Die

⁷²⁵ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)ee](#).

Analyse mit der alternativen Ermittlungsmethode kommt zum selben Ergebnis. Die Gruppen der «Gäste» und «Hotels» lassen sich nahezu unverändert in die durchgeführte Untersuchung einsetzen.

Diese Marktdefinition deckt sich ebenfalls mit der Marktabgrenzung der schweizerischen Wettbewerbskommission sowie des deutschen Bundeskartellamts. Die WEKO kommt in Sachen *Online-Buchungsplattformen* zum Ergebnis, dass «der sachlich relevante Markt die Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen» umfasst,⁷²⁶ d.h., die Vermittlung ebendieser Marktseiten, die hier als «einheitlicher Gesamtmarkt» abgegrenzt wurden, befindet sich auch gemäss WEKO in einem einheitlichen Gesamtmarkt.

375

Das deutsche Bundeskartellamt wählt zwar einen leicht veränderten Ansatz, kommt aber in Sachen *Booking.com* zum selben Ergebnis. Es schaut zuerst den Hotelvertrieb im Internet und über Offline-Vertriebskanäle an und sucht danach vollständige Substitute innerhalb des Internet-Vertriebswegs. Es grenzt aber ebenfalls einen einheitlichen Gesamtmarkt für die Vermittlungsleistung ab.⁷²⁷

376

b) Fiktives Beispiel anhand der Plattform YouTube

Für eine bessere Veranschaulichung der Problematik der Kategorisierung gemäss dem deutschen Bundeskartellamt und FILISTRUCCHI et al. ist nachfolgend ein fiktives Beispiel anhand der Videostreaming-Plattform YouTube zu konstruieren. Diesem fiktiven Beispiel liegt die Annahme zugrunde, dass auf der Plattform YouTube unterschiedliche (Partei-)Beziehungen vorhanden sind. Einerseits ist auf das Verhältnis zwischen den Konsumierenden und den Medienschaffenden (engl. «content creator») abzustellen, andererseits sind auf derselben Ebene bzw. innerhalb derselben Interaktion auch die Beziehung zwischen den Konsumierenden und Werbetreibenden⁷²⁸ sowie das Verhältnis zwischen der Plattform YouTube selbst mit den Konsumierenden (insbesondere die mit den Suchmaschinen vergleichbare Funktion der YouTube-Suche)

377

⁷²⁶ RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 100, Rn. 253.

⁷²⁷ BKartA, B 9-121/13 vom 22.12.2015, *Booking.com*, Rn. 135 («Der sachlich relevante Markt beschränkt sich auf den Hotelportalmarkt»).

⁷²⁸ Ferner allenfalls auch zwischen den Medienschaffenden und Werbetreibenden bzw. der Plattform selbst und den Werbetreibenden.

anzuschauen.⁷²⁹ Der Analyse ist folgende Situation vorwegzunehmen: Innerhalb der Suchergebnisse (bzw. ihnen vorgelagert) schaltet die Plattform YouTube zusätzlich Werbung; dasselbe geschieht gleichermaßen bei Abruf eines Videos. Vor jedem Video erscheinen Werbungen von unterschiedlicher Dauer. In diesem Sinne ist die Werbung integraler Bestandteil der Suchergebnisse und der Videos der Medienschaffenden. Die Werbung erscheint in diesen Fällen auf der Ebene des Matching zwischen den Konsumierenden und den Suchergebnissen (bzw. zwischen den Konsumierenden und den Medienschaffenden), ist aber nach der Definition von FILISTRUCCHI et al. und dem deutschen Bundeskartellamt das Musterbeispiel für den sogenannten Werbemarkt.

aa) Anwendung der Methode von FILISTRUCCHI et al.

378 Wendet man den Vorschlag von FILISTRUCCHI et al. an, stellt sich die Frage, ob es angemessen ist, die Plattform YouTube als Ganzes entweder als Transaktions- oder Nicht-Transaktionsplattform zu qualifizieren. Gestützt auf diese Kategorisierung sind die oben erwähnten Marktconstellations als Nicht-Transaktionsmärkte zu definieren, da jeweils keine beobachtbare Transaktion im ökonomischen Sinne stattfindet. Eine Folgefrage stellt sich jedoch bei der Definition der Transaktionsmärkte (bzw. Transaktionsplattformen), denn gemäss FILISTRUCCHI et al. existieren dort sowohl indirekte Netzwerkeffekte (Mitgliedschaftsexternalitäten; engl. «membership externalities») als auch Nutzungsexternalitäten (engl. «usage externalities»)⁷³⁰. Überträgt man diesen Gedanken auf die Plattform YouTube, könnte es eine Abgrenzung im Sinne eines einheitlichen Gesamtplattformmarktes erfordern, da einerseits indirekte Netzwerkeffekte in unterschiedliche Richtungen auftreten, andererseits die Konsumierenden bei der Verwendung der Plattform durchgehend auch Nutzungsexternalitäten ausgesetzt sind, da sie entweder ihre Daten⁷³¹ oder ihre Aufmerksamkeit⁷³² bereitstellen müssen.⁷³³ Es ist also nicht möglich, eine Plattform, die auf unterschiedlichen, wettbewerbsrechtlich relevanten Beziehungen aufbaut, als Ganzes einer Kategorie zuzuteilen. Der Ansatz von FILISTRUCCHI et al. führt folglich zu keinem zufriedenstellenden Ergebnis.

⁷²⁹ Ebenfalls mit einem (rudimentäreren) Beispiel von YouTube MANDRESCU, *Dominant Online Platforms*, 66; MANDRESCU, *World Competition 2018*, 463 f.; MANDRESCU, *ECLR 2017*, 411.

⁷³⁰ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, *J. Comp. L. & Econ.* 2014, 298 f.

⁷³¹ Vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)\(1\)](#).

⁷³² Vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)\(2\)](#).

⁷³³ Dies kann beim Konsum der Werbung, beim Konsum des Inhalts der Medienschaffenden oder bei jeder Interaktion mit der Plattform selbst geschehen.

bb) Anwendung der Methode des deutschen Bundeskartellamts

Beim Ansatz des deutschen Bundeskartellamts bestehen ähnliche Defizite. Die Aufteilung in Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen funktioniert nicht, da auf YouTube neben dem Matching von Medienschaffenden und Konsumierenden⁷³⁴ auch eine Bereitstellung der Aufmerksamkeit für die Videos sowie das klassische Beispiel der Märkte für Werbetreibende⁷³⁵ vorliegen. Problematisch ist insbesondere, dass sich die Werbung auf derselben Ebene des Matching befindet; selbst bei Betrachtung der Plattform auf verschiedenen Ebenen ist die Kategorisierung des deutschen Bundeskartellamts nicht zielführend, da es diese unterschiedlichen Verhältnisse nicht zu berücksichtigen vermag. Aus diesem Grund braucht es einen nuancierten Ansatz, welcher die wettbewerbsrechtlich relevanten Beziehungen sortiert und gestützt auf die zugrunde liegende Rechtsfrage die Definition des sachlich relevanten Marktes durchführt. Das deutsche Bundeskartellamt hat in Sachen *Facebook* einen angemesseneren Ansatz gewählt, jedoch hält es im Ergebnis weiterhin an seiner Kategorisierung als Aufmerksamkeits- und Matchingplattform fest.⁷³⁶

379

Dass dieser Ansatz des deutschen Bundeskartellamts bedenklich ist, zeigt sich an der Kategorisierung der Suchmaschinen als Aufmerksamkeitsplattform (bzw. Werbeplattform).⁷³⁷ Diese Einordnung ist im Ergebnis falsch, da sie den Plattformmarkt bloss eindimensional beleuchtet und auf die anderen Beziehungen kein bzw. zu wenig Gewicht legt. Eine Folgefrage stellt sich bei der Beurteilung der Suchfunktion von Suchmaschinen, denn dort ist das Ziel wortwörtlich das Matching von Suchnutzenden mit den Suchergebnissen. Inwiefern es sich dabei nicht gleichzeitig um eine Aufmerksamkeitsplattform handeln sollte, ist nicht ersichtlich. Deshalb sind die unterschiedlichen Verhältnisse separat zu betrachten.

380

⁷³⁴ Das Matching verwirklicht sich insbesondere über die Suchfunktion von YouTube, welche mit der Suchfunktion von Metasuchmaschinen vergleichbar ist; ferner sind auch die algorithmisch vorbereiteten Vorschläge als Matching zu qualifizieren.

⁷³⁵ YouTube schaltet Werbung vor und während den Videos; darüber hinaus gibt es auch ansonsten weitere Werbeflächen auf der Plattform, die ebenfalls von Werbetreibenden in Anspruch genommen werden vgl. zu den Werbearten auch Kapitel [C.IV.3.a\)cc\(2\)\(ii\)](#).

⁷³⁶ BKartA, B 6-22/16 vom 06.02.2019, *Facebook*, Rn. 212 ff., insb. Rn. 230 ff. für eine zutreffendere Marktanalyse; BKartA, B 6-22/16 vom 06.02.2019, *Facebook*, Rn. 221 für die Festhaltung an der ungenauen Qualifikation von Facebook als Aufmerksamkeitsplattform, da die Plattform verschiedenste Ausprägungen haben kann.

⁷³⁷ BKartA, B 6-126/14 vom 08.09.2015, *Google/VG Media*, Rn. 127 («Google stellt, soweit man die Werbekunden einerseits und Suchnutzer sowie die Webseitenbetreiber andererseits in den Blick nimmt, in erster Linie eine solche Aufmerksamkeitsplattform dar.»).

cc) Anwendung der alternativen Ermittlungsmethode

- 381 Die zu Beginn erwähnten Verhältnisse – Konsumierende und Medienschaffende, Konsumierende und Werbetreibende (ferner Werbetreibende und Plattform) sowie Konsumierende und Plattform – leiten sich aus der Analyse der Marktseiten und den zu untersuchenden Produkten bzw. Dienstleistungen ab. Zudem muss die Marktgegenseite für die jeweilige Beziehung und das zu untersuchende, wettbewerbsrechtlich nicht erlaubte Verhalten ermittelt werden. Nachfolgend ist das Verhältnis zwischen der Plattform YouTube, den Konsumierenden und den Medienschaffenden zu beurteilen.⁷³⁸
- 382 In einem ersten Schritt sind die Netzwerkeffekte zwischen den Konsumierenden und den Medienschaffenden zu berücksichtigen. In diesem Beispiel existieren starke, wechselseitige Netzwerkeffekte, denn beide Gruppen, sowohl die Konsumierenden als auch die Medienschaffenden, haben grosses Interesse daran, jeweils mit der jeweils anderen Gruppe in Kontakt zu treten. Bei der Gruppe der Konsumierenden handelt es sich um eine vielfältige Gruppe mit unterschiedlichen Interessen. Diese Interessen lassen sich am umfassendsten befriedigen, wenn ihr eine ebenfalls grosse (und vielfältige) Gruppe an Medienschaffenden gegenübersteht. Je grösser die Gruppe der Medienschaffenden ist, desto attraktiver ist die Plattform für die Gruppe der Konsumierenden (und vice versa). Folglich sind die beiden Gruppen miteinander verbunden. Die Netzwerkeffekte treten somit in ungefähr gleich starker Intensität auf und sind wechselseitig. Sie resultieren in einer Eigendynamik der positiven Rückkopplungseffekte, welche wiederum dazu führen, dass beide Marktseiten gemeinsam eine disziplinierende Wirkung auf die Plattform haben. Aus diesem Grund müsste in dieser Konstellation die Tendenz bei der Abgrenzung eines einheitlichen Einzelmarktes liegen.
- 383 Ausserdem ist zu untersuchen, ob die Konsumierenden und Medienschaffenden sich gegenseitig bedingen und ausschliesslich mit der jeweilig anderen Marktseite vermittelt werden können, also ob es sich bei der Vermittlung beider Seiten um eine simultan durchgeführte Dienstleistung handelt. Vorliegend könnte die Plattform ihre Kernfunktion, das Angebot von Unterhaltungsvideos, nicht ausführen, wenn nicht beide Marktseiten vorhanden sind. Es sind somit zwingend und ausschliesslich beide Marktseiten erforderlich und jede Markt-

⁷³⁸ Ferner wäre auch denkbar – ähnlich wie bei Suchmaschinen – einen Markt für die Indexierung bei der Suchfunktion der Plattform abzugrenzen; dieses Verhältnis soll nachfolgend nicht weiter untersucht werden. Für die Analyse der Werbemärkte ist auf das nächste Kapitel zu verweisen vgl. Kapitel [C.III.4.c](#)).

seite ist jeweils aus eigener Sicht unverzichtbar für die andere Marktseite. Werden nicht beide Marktseiten in einem einheitlichen Gesamtmarkt zusammengefasst, kommt es nicht zur Situation von «Angebot und Nachfrage». Folglich ist die Gegenseitigkeit gegeben und eine Tendenz zur Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes lässt sich ableiten.

Darüber hinaus ist insbesondere bei YouTube ersichtlich, dass die Konsumierenden in der Regel Single-Homing betreiben, da sich andere Videostreaming-Plattformen im Wettbewerb, die bekanntesten sind Dailymotion und Vimeo, (weiterhin) nicht durchsetzen bzw. keine genügend grosse Nutzerbasis aufbauen konnten. Auf Seiten der Medienschaffenden zeichnet sich ein ähnliches Bild ab, denn obwohl die Möglichkeit besteht, ihre Videos mit vernachlässigbar kleinem Aufwand (Upload bei einer anderen Videostreaming-Plattform) auf einer anderen Plattform bereitzustellen, tendieren die Medienschaffenden gegenwärtig noch zu Single-Homing. In dieser Konstellation liegt eine Tendenz zu Abgrenzung separater Einzelmärkte vor. In diesem Beispiel ist das Single-Homing nicht sehr ausgeprägt und es basiert stark auf den (positiven) indirekten Netzwerkeffekten; es ist also möglich, insbesondere in einem solch innovativen Umfeld, dass auch negative Rückkopplungseffekte wirken können und potenziell beide untersuchten Nutzergruppen zum Multi-Homing (und später allenfalls zum Single-Homing auf einer anderen Plattform) wechseln.

384

In diesem Beispiel ist der Vergleich mit der Plattformtheorie nicht zielführend, da die ihr zugrunde liegende Kategorisierung einer Plattform als Transaktions- bzw. Nicht-Transaktionsplattform (bzw. Einteilung in Transaktions- bzw. Nicht-Transaktionsmarkt) oder als Matching- bzw. Aufmerksamkeitsplattform bereits die unterschiedlichen Beziehungen nicht richtig zu erfassen vermag. Ein Mehrwert dieses Schrittes ist hier folglich kaum vorhanden, insbesondere wenn die Behörden bei der Anwendung der Plattformtheorie falsche Schlussfolgerungen ziehen.⁷³⁹

385

Schliesslich sind auch bei der Abgrenzung separater Einzelmärkte die anderen Marktseiten im Verlauf des Kartellverfahrens ebenfalls zu berücksichtigen, da weiterhin Netzwerkeffekte auftreten und das Verhältnis der Marktseiten beeinflussen.

386

Im vorliegenden Sachverhalt ist die Lage nicht eindeutig, da es Elemente gibt, die für einen einheitlichen Gesamtmarkt sprechen, und solche, die für separate Einzelmärkte sprechen. Folglich ist eine Gesamtabwägung durch die Behörden erforderlich. In Bezug auf das Verhältnis der Konsumierenden zu den

387

⁷³⁹ Vgl. Kapitel [C.III.4.b\)bb\)](#) mit [Fn. 737](#).

Medienschaffenden liegt die Annahme nahe, einen einheitlichen Gesamtmarkt zu definieren, da beide Marktseiten die Vermittlungsdienstleistung mit der anderen Marktseite anstreben und das Marktelement von «Nachfrage und Angebot» nur gemeinsam erfüllen. Angesichts der schwachen Ausprägung des beidseitigen Single-Homing und dessen sehr enger Verbindung mit den Netzwerkeffekten, die selbst für die Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes sprechen, ist bei der Auswertung der untersuchten Kriterien dieser Umstand zu beachten. Bei Betrachtung des Werbemarktes⁷⁴⁰ ist jedoch eine Abgrenzung getrennter Einzelmärkte erforderlich.

c) Werbemärkte

- 388 Als letztes Beispiel dienen die sogenannten Werbemärkte. Der Werbemarkt stellt grundsätzlich eine Plattformseite dar; diese Plattformseite ist in der Regel ebenfalls als zweiseitiges Geschäftsmodell zu definieren. Die Werbeplattformen verbinden die Werbetreibenden, die Konsumierenden und die Verlage (in der Regel die Website bzw. die untersuchte Plattform). Eine Werbeplattform lässt sich weiter unterteilen in ein Inventar auf der Verkaufseite und die Nachfrage auf der Käuferseite. Alle diese Seiten sind für sich betrachtet wiederum zweiseitige Geschäftsmodelle.⁷⁴¹

aa) Anwendung der Methode von FILISTRUCCHI et al.

- 389 FILISTRUCCHI et al. haben in ihrer Publikation direkt auf diese Werbemärkte Bezug genommen. Gemäss ihren Erkenntnissen handelt es sich bei Werbung um nicht beobachtbare Transaktionen, also Nicht-Transaktionsmärkte. Deshalb

⁷⁴⁰ Genau genommen handelt es sich beim hier beschriebenen Fall gar nicht mehr um eine eigene «Seite», sondern die Werbung wird als integraler Bestandteil der Suchergebnisse oder der Videos angezeigt (bzw. hat zumindest diesen Anschein).

⁷⁴¹ Die Europäische Kommission sowie das Department of Justice in den USA haben diesbezüglich ein Verfahren eingeleitet, das endlich die verschiedenen Marktseiten der Werbetechnologie beleuchtet (mit anschaulicher Darstellung dieser Werbemärkte) vgl. EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechnologie, Pressemitteilung, 14.06.2023, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_3207>; DoJ, Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies, Press Release, 24.01.2023, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies>>.

sind getrennte Einzelmärkte abzugrenzen.⁷⁴² Dieser Ansatz berücksichtigt allerdings nicht die besonderen Marktverhältnisse des Werbemarktes und erlaubt folglich auch keine differenzierte Herangehensweise. Vielmehr scheint der Aufsatz die aufgeschaltete Werbung auf einer Plattform als Werbemarkt zu definieren.

bb) Anwendung der Methode des deutschen Bundeskartellamts

Das deutsche Bundeskartellamt hat sich ebenfalls zur Thematik der Werbemärkte geäußert. In seinem Arbeitspapier zur Marktmacht von Plattformen sieht es den Begriff der Aufmerksamkeitsplattform mit dem Begriff der Werbeplattform als austauschbar an;⁷⁴³ auf diesen Märkten findet übereinstimmend mit dem Ergebnis von FILISTRUCCHI et al. eine Abgrenzung separater Einzelmärkte statt.⁷⁴⁴ Jedoch handelt es sich hier bei der Verwendung des Begriffs «Werbeplattform» um eine verwirrende und simplifizierende Ansicht. Bloss weil eine Plattform Werbungen aufschaltet, ist es nicht nachvollziehbar, die gesamte Plattform als Werbeplattform zu definieren und auf eine nuancierte Betrachtungsweise zu verzichten.

390

cc) Anwendung der alternativen Ermittlungsmethode

Nach der hier vertretenen Methode ist eine differenzierte Herangehensweise erforderlich. Zunächst müsste wieder bei der Ermittlung der zu untersuchenden Güter angesetzt werden.⁷⁴⁵ Dabei ist es wichtig, was das missbräuchliche Verhalten ist und welcher Teil des Werbemarktes für dieses Verhalten zuständig ist. Denkbar wäre, dass bloss die Nachfrage auf der Käuferseite innerhalb der Werbemärkte zu berücksichtigen ist. In diesen Fällen ist die Marktgegenseite innerhalb dieser Werbeplattform zu eruieren.⁷⁴⁶ Die Marktgegenseite

391

⁷⁴² FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 297 f.; für Problem-
punkte an diesem Ansatz vgl. Kapitel [C.III.3.d\)aa](#)).

⁷⁴³ BKartA, Marktmacht, 24 ff.

⁷⁴⁴ BKartA, Marktmacht, 33; diese Ansicht hat das deutsche Bundeskartellamt in Sachen Face-
book noch einmal bestätigt (BKartA, B 6-22/16 vom 06.02.2019, Facebook, Rn. 235).

⁷⁴⁵ Eine pauschale Umschreibung der Marktgegenseite sowie der substituierbaren Produkte
bzw. Dienstleistungen ist sinnlos, weshalb darauf verzichtet wurde.

⁷⁴⁶ Vgl. bspw. EU-Kommission, Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der
Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechno-
logie, Pressemitteilung, 14.06.2023, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_3207; DOJ, Civil Antitrust Suit against Google, Case
1:23-cv-00108, insb. Grafik in Rn. 75.

wird hierbei gestützt auf den entsprechenden Sachverhalt nicht immer gleich definiert. In der elementarsten Form wird die «Werbeaufschaltung» per se als Marktgegenseite zu definieren sein.

- 392 Im Verhältnis der Werbemärkte zu den anderen Plattformseiten wirken in der Regel einseitige indirekte Netzwerkeffekte, was als Tendenz zur Abgrenzung getrennter Einzelmärkte aufzufassen ist.⁷⁴⁷ Bei Werbemärkten trifft auch das Kriterium der Ausschliesslichkeit nicht zu, da zwar die Werbenden die Konsumierenden als Rezipienten zwingend benötigen, jedoch die Konsumierenden nicht zwingend und ausschliesslich mit den Werbenden in Kontakt treten wollen, sondern die Plattformen aus anderen Gründen benutzen, d.h., die Aufschaltung der Werbung ist für die Nutzenden verzichtbar und das Ausschliesslichkeitskriterium trifft nicht zu. Dies ist wiederum ein Zeichen für separate Einzelmärkte. Ein fundamental unterschiedlicher Sachverhalt liegt dem Fall zugrunde, wenn ein missbräuchliches Verhalten innerhalb der Werbemärkte untersucht wird.
- 393 Bei der Frage der Parallelnutzung ist die betroffene Ebene der werbenden Wirtschaft zu betrachten. Aus Sicht der Plattform kann sie ihre Werbeflächen über Ad-Server für Verlage verwalten. Auf den Werbebörsen kann sie sodann in Echtzeit über den Verkauf ihrer Werbeflächen an die Werbetreibenden entscheiden. Insofern obliegt die Entscheidung den Werbetreibenden, ob sie auf einer spezifischen Plattform ihre Werbung aufschalten wollen. Das Ziel der Werbetreibenden ist es, einen möglichst grossen Anteil einer vordefinierten Zielgruppe zu erreichen. Dabei lassen sich aus verschiedenen Szenarien unterschiedliche Tendenzen ableiten. Betreibt die Zielgruppe Single-Homing, kann die werbetreibende Wirtschaft ebenfalls Single-Homing ausüben, da so bereits die Gesamtmenge der potenziellen Zielgruppe erreicht ist. Tendiert die Zielgruppe hingegen zu Multi-Homing, benutzt sie für dieselbe Leistung mehrere Plattformen gleichzeitig. In diesem fiktiven Beispiel erreichen die Werbetreibenden bereits den grössten Teil der Zielgruppe, wenn sie auf einer Plattform aktiv sind.⁷⁴⁸ Da sie grundsätzlich kein Interesse haben, mehrfach dieselbe Teilmenge der Nutzenden zu erreichen, tendieren sie wohl zu Single-Homing. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn der Werbemarkt hauptsächlich durch ein Unternehmen (z.B. Google mit Google Ads, Google AdExch-

⁷⁴⁷ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(1\)\(ii\)](#).

⁷⁴⁸ In einem realen Fall sind die exakten Auswirkungen des Multi-Homing zu untersuchen, z.B. ob tatsächlich Multi-Homing betrieben wird, ob die untersuchten Plattformen dieselbe Leistung anbieten, ob die Nutzenden die Plattformen tatsächlich gleichzeitig benutzen oder nur alternativ eine von vielen Plattformen verwenden.

ange und DoubleClick oder ähnlich mit der Werbetechnologie von Meta) reguliert ist. In dieser Konstellation betreiben die Verlage (d.h. die Websites) Single-Homing, da es für sie effizienter ist.⁷⁴⁹ Den Werbetreibenden stehen hier detaillierte Informationen und Daten zur Verfügung, welche das Single-Homing für sie zusätzlich erleichtern, da sie dadurch ihre Werbung effizienter an die Zielgruppe richten können. Folglich deutet die Parallelnutzung jeweils auf eine Abgrenzung separater Einzelmärkte hin (sowohl zweimal Single-Homing als auch bei Single-Homing einer Seite und Multi-Homing der anderen Seite).

Allerdings ist zukünftig davon abzusehen, die Werbemärkte als eindimensionale Werbeflächen zu behandeln. Es handelt sich bei den Werbemärkten vielmehr um zweiseitige Geschäftsmodelle, die eine Anbieter- und Nachfrageseite haben und mithilfe verschiedener Plattformen zur Aufschaltung der Werbung auf einer Website beitragen. In diesem Zusammenhang gilt es deshalb wieder zunächst die unzulässige Verhaltensweise zu definieren und anhand dieser die relevanten Marktseiten im Detail zu untersuchen.

Bei der Auswertung der hier zugrunde liegenden Elemente zeigt sich eine eindeutige Tendenz zur Abgrenzung von separaten Einzelmärkte bei Vorliegen von sogenannten «Werbemärkten». Dieses Ergebnis entspricht nicht nur dem Ansatz von FILISTRUCCHI et al. und demjenigen des deutschen Bundeskartellamts, sondern auch der langjährigen Kartellrechtspraxis, die bereits vor dem Aufkommen des Begriffs der zweiseitigen Märkte existierte.⁷⁵⁰ Darüber hinaus erlaubt die hier vorgeschlagene Methodik, die mehrschichtigen Ebenen des Werbemarktes selbst und des Werbemarktes eingebettet in die untersuchte Plattform differenziert zu untersuchen. Folglich decken sich die Ergebnisse dieser Methodik mit den Untersuchungen der Europäischen Kommission und des Department of Justice zu den Werbetechnologien. Schliesslich können selbst beim Vorliegen separater Einzelmärkte die anderen Seiten nicht komplett ignoriert werden, sondern sind im Rahmen des restlichen Kartellverfahrens zu berücksichtigen.⁷⁵¹

⁷⁴⁹ So bereits ACCC, Digital advertising services inquiry, 57 und CMA, Digital advertising, Appendix M, M65 f.

⁷⁵⁰ Vgl. Kapitel [C.II.1.b](#)) und Kapitel [C.II.2.b](#)).

⁷⁵¹ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)ee](#)).

d) Erkenntnisse

- 396 Wie aus diesen drei Beispielen ersichtlich ist, können die Defizite der Plattformtheorie wichtige Folgen für das restliche Kartellverfahren haben, da angesichts der potenziell inkorrekten Anzahl abgegrenzter Märkte die zugrunde liegenden Marktverhältnisse unzutreffend abgebildet werden. Die alternative Ermittlungsmethode verschafft hier Abhilfe. Im ersten Beispiel der Online-Dating-Plattformen kann der Ansatz von FILISTRUCCHI et al. aufgrund fehlender beobachtbarer Transaktionen im ökonomischen Sinne die Marktverhältnisse nicht angemessen darstellen, während sowohl der Ansatz des deutschen Bundeskartellamts als auch die alternative Ermittlungsmethode zur korrekten Marktabgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes für die Nutzermarktseite gelangen.
- 397 Das fiktive Beispiel von YouTube zeigt am deutlichsten, dass die Plattformtheorie aufgrund der pauschalen Kategorisierung zu einem bestimmten Plattformtyp nicht zielführend ist. Die Plattformtheorie ist nicht in der Lage, die wettbewerbsrechtlich relevanten Beziehungen korrekt und vollständig zu erfassen, da sie Gefahr läuft, aufgrund einer Zuteilung zu einem Plattformtyp die Plattform als Ganzes für die Analyse zu betrachten. Die alternative Methode schafft hier Abhilfe, da sie in einem vorgelagerten Schritt die Marktverhältnisse eruiert und gestützt auf diese Marktverhältnisse die erforderlichen ökonomischen Charakteristika angemessen und für die verschiedenen Verhältnisse separat auswertet.
- 398 Am Beispiel der Werbemärkte zeigt sich sodann, dass die Plattformtheorie und die alternative Ermittlungsmethode zur selben Anzahl zu definierender Märkte kommen. Trotzdem erfasst die Plattformtheorie den Werbemarkt nicht in seiner gesamten Komplexität, da er eine eindimensionale Betrachtungsweise erfordert. Die vorliegende Methodik ist insofern tauglicher, da sie auf die Eigenschaften der digitalen Wirtschaft Bezug nimmt und so die in der Vergangenheit nicht in diesem Detailgrad untersuchten Märkte der Werbetechnologie erfassen kann. Da sich dieser Ansatz nicht auf die Kategorisierung bereits bestehender Plattformtypen bezieht, können auch potenziell neue Geschäftsmodelle angemessen erfasst werden. Ungeachtet dessen nimmt die Plattformtheorie weiterhin eine wichtige Rolle im Rahmen der Marktabgrenzung ein, jedoch darf ihr kein ausschlaggebender Charakter zukommen.

5. Zwischenfazit

Für die Marktabgrenzung ist eine Gesamtanalyse erforderlich, welche die korrekten Verhältnisse ermittelt und die ökonomischen Besonderheiten der digitalen Wirtschaft korrekt erfasst. Das Ergebnis der Anzahl abzugrenzender Märkte hat erheblichen Einfluss auf das darauffolgende Kartellverfahren; es ist nicht nur entscheidend für eine angemessene Anwendung der bereits existierenden Methoden für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, sondern hat auch grossen Einfluss auf die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung des untersuchten Unternehmens. Darüber hinaus kann die Anzahl der abgegrenzten Märkte grosse Bedeutung für den zu untersuchenden Missbrauchstatbestand haben, wie dies insbesondere beim Tatbestand der Kopp lungsgeschäfte der Fall ist.

399

Da dieses Kapitel aufzeigen konnte, dass die Plattformtheorie – der Ansatz von FILISTRUCCHI et al. sowie des deutschen Bundeskartellamts – wichtige Defizite mit sich bringt und mit ihrer Kategorisierung eine Tendenz zur Pauschalisierung des Sachverhalts aufweist, ist die Anwendung der alternativen Ermittlungsmethoden zu empfehlen. Diesem alternativen Ansatz liegt die ursprüngliche Anwendung des Kartellrechts zugrunde; die eigentliche Anpassung liegt in der Beachtung der ökonomischen Besonderheiten der digitalen Wirtschaft. Anhand dieser Methoden können die Behörden weiterhin die Plattformentypen bzw. die Kategorisierung der Plattformtheorie würdigen und sogar teilweise als Grundlage benutzen, jedoch kommen den indirekten Netzwerkeffekten, deren Art, Richtung (wechselseitig/einseitig) und Stärke,⁷⁵² dem Ausschliesslichkeitskriterium, der Häufigkeit bzw. Relevanz von Single- und Multi-Homing sowie der richtigen Ermittlung der Marktseiten und Marktgegenseiten die gleiche Bedeutung zu. Keines dieser Kriterien hat ausschlaggebenden Charakter, da sie vielmehr in einer Gesamtanalyse die realen Marktbegebenheiten wiederzugeben gedenken. In dieser Analyse können die einzelnen Elemente auch «widersprüchliche» Ergebnisse liefern, indem nicht jedes Kriterium auf die Abgrenzung getrennter Einzelmärkte bzw. eines einheitlichen Gesamtmarktes deutet. Diese Herausforderung ist allerdings mittels der zugrunde liegenden Gesamtanalyse überwindbar.

400

⁷⁵² So auch Europäische Kommission, Support study, 52.

IV. Methoden für die Marktabgrenzung des sachlich relevanten Marktes

401 Wie bereits dargelegt, dient die Marktabgrenzung der Erfassung der wirkenden Wettbewerbskräfte auf das untersuchte Unternehmen, sie erleichtert also die Ermittlung der massgebenden Wettbewerbsverhältnisse.⁷⁵³ Dieses Kapitel enthält zunächst eine kurze Vorbemerkung zur Marktabgrenzung (1.). Da für die Abgrenzung der relevanten Märkte verschiedene Ansätze bzw. Methoden existieren, sind diese nachfolgend auf ihre Eignung in den Märkten der digitalen Wirtschaft zu überprüfen; dabei ist zwischen den qualitativen Methoden (2.) und den quantitativen Methoden (3.) zu unterscheiden.

1. Vorbemerkungen

a) Marktgegenseite

402 Bei der Marktabgrenzung stellen die Behörden auf die Sicht der Marktgegenseite (und nicht auf die Sicht des untersuchten Unternehmens) ab. Folglich ist jeweils die Sicht der Nachfragenden auf der entsprechenden Stufe relevant. Dasselbe Produkt kann somit unterschiedlichen relevanten Märkten zugeteilt werden, z.B. wenn die Herstellenden direkt an die Endabnehmenden oder an die nachgelagerte Vertriebsstufe leisten.⁷⁵⁴

⁷⁵³ Zum Zweck und zur Notwendigkeit der Marktabgrenzung vgl. Kapitel C.I.

⁷⁵⁴ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 7, wobei hier noch im Wortlaut auf die Sicht der Verbrauchenden abgestellt wird; das Urteil des EuG, Rs. T-7/93 vom 08.06.1995, *Langnese-Iglo/Kommission*, Rn. 61 stellt ebenfalls auf die Sicht der Verbrauchenden ab; EU-Kommission, IV/31.043 vom 26.07.1988, *Tetra Pak I*, Rn. 30 ff. mit Nachfragesubstitution und Angebotssubstitution; Urteil des EuGH, Rs. C-22/78 vom 31.05.1979, *Hugin/Kommission*, R. 5. Vgl. ferner ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 660; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 102; MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 102; STANCKE, §5 Rn. 11, in: Bunte/Stancke («aus Sicht der Kunden und Abnehmer»); Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 101 AEUV, Rn. 92; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 49 (ausdrücklich «aus Sicht der Marktgegenseite»).

b) Inter-Plattformwettbewerb und Intra-Plattformwettbewerb

In Bezug auf die Märkte der digitalen Wirtschaft ist zudem ein weiteres Element zu beachten, und zwar die Unterscheidung zwischen dem Inter-Plattformwettbewerb (dem Wettbewerb zwischen zwei Plattformen) und dem Intra-Plattformwettbewerb (dem Wettbewerb innerhalb einer Plattform). Der Inter-Plattformwettbewerb folgt grundsätzlich dem Konzept der Marktabgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite unter Anwendung der nachfolgend zu untersuchenden qualitativen und quantitativen Methoden.⁷⁵⁵ Der Intra-Plattformwettbewerb stellt auf den Wettbewerb innerhalb einer Plattform ab; dieser ist insbesondere in den Konstellationen der digitalen Ökosysteme wichtig. Auf den Intra-Plattformwettbewerb ist ein besonderes Augenmerk zu richten, da die Betreibenden der Plattform in diesen Ökosystemen in der Lage sind, den Markt selbst zu beeinflussen und am Markt selbst teilzunehmen.⁷⁵⁶

403

Diese Unterscheidung lässt sich im übertragenen Sinne am Beispiel von Supermärkten veranschaulichen, denn auch dort sind verschiedene Situationen zu differenzieren. In Sachen *Denner/Migros* hat die WEKO zwischen den Absatzmärkten (Supermarkt tritt als Anbieter den Endverbrauchenden entgegen) und den Beschaffungsmärkten (Supermarkt steht als Nachfrager den Lieferenden gegenüber) unterschieden.⁷⁵⁷ Hier hat die WEKO folglich auf die Ebene der Supermärkte abgestellt. Gleichzeitig lassen sich die Supermärkte als eine Art Plattform beschreiben, auf denen verschiedene Produkte angeboten werden und teilweise auch die Unternehmen dieser Produkte untereinander konkurrieren.⁷⁵⁸ Diese Konstellationen gilt es nachfolgend auf die digitalen Plattformen und potenziell auf die digitalen Ökosysteme zu übertragen sowie mögliche Parallelitäten bei der Marktabgrenzung heranzuziehen.

404

⁷⁵⁵ Vgl. nachfolgend Kapitel [C.IV.2](#) und Kapitel [C.IV.3](#).

⁷⁵⁶ Vgl. weiterführend zu digitalen Ökosystemen im Rahmen der Marktabgrenzung Kapitel [C.V](#).

⁷⁵⁷ RPW 2008/1 – *Migros/Denner*, 144, Rn. 163.

⁷⁵⁸ Die WEKO verweist in derselben Verfügung auch auf das sogenannte Sortimentskonzept, wonach der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment bestehe, das aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird (RPW 2008/1 – *Migros/Denner*, 144, Rn. 164).

2. Qualitative Methoden

- 405 Mit Bezug auf die qualitativen Methoden der Marktabgrenzung sind nachfolgend das Bedarfsmarktkonzept (a), die Angebotsumstellungsflexibilität (b) sowie die Bedeutung der potenziellen Konkurrenz näher zu betrachten (c).

a) Bedarfsmarktkonzept

aa) Grundlagen des Bedarfsmarktkonzepts

- 406 Als Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung dient das Bedarfsmarktkonzept.⁷⁵⁹ Gemäss dem Bedarfsmarktkonzept gehören Produkte und Dienstleistungen, die gestützt auf ihre Eigenschaften, die Preislage und den Verwendungszweck (z.B. die Deckung des definierten Bedarfes) als gleichartig bzw. austauschbar anzusehen sind, in denselben relevanten Markt. Es wird dabei auf die funktionelle Austauschbarkeit der untersuchten Güter geschaut. Bei der Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite sind Preis, Qualität, Verfügbarkeit, Verbraucherpräferenzen und Marktzutrittsschranken zu beachten. Es bedarf allerdings keiner vollständigen Austauschbarkeit der Produkte oder Dienstleistungen, ein hinreichender Grad an Austauschbarkeit genügt bereits.⁷⁶⁰
- 407 Im schweizerischen Kartellrecht ist das Bedarfsmarktkonzept in Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU kodifiziert;⁷⁶¹ auch die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts enthält eine Umschreibung des Bedarfsmarktkonzepts.⁷⁶²

⁷⁵⁹ BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 104 m.w.V.; MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 99; STANCKE, §5 Rn. 11, in: Bunte/Stanke; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 38; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 48 m.w.V.

⁷⁶⁰ BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 102; MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 89 und Rn. 101 f.; STANCKE, §5 Rn. 11, in: Bunte/Stanke; Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 101 AEUV, Rn. 92; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 38; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 48 ff.; vgl. ferner BLASCHCZOK, 56.

⁷⁶¹ Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU ist gemäss dem Wortlaut nur für die Zusammenschlusskontrolle anwendbar, jedoch wird diese Bestimmung in der Praxis bei Art. 4 Abs. 2 KG und Art. 5 KG ebenfalls verwendet (vgl. u.a. BGE 139 I 72, E. 9.1; BGE 129 II 18, E. 7.3.1; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 5.2; ferner BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 104 m.w.V.).

⁷⁶² Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 7.

bb) Probleme des Bedarfsmarktkonzepts in Märkten der digitalen Wirtschaft

Da bei den Märkten der digitalen Wirtschaft regelmässig die Mehrseitigkeit eine wichtige Rolle spielt, ist diese bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen.⁷⁶³ Es stellt sich insbesondere die Frage, wie die Mehrseitigkeit bei einem zusammenhängenden, einheitlichen Gesamtmarkt korrekt in die Abgrenzung des relevanten Marktes einbezogen werden kann. In Verbindung mit dieser Mehrseitigkeit treten auch indirekte Netzwerkeffekte auf, welchen in der Marktdefinition potenziell die grösste Bedeutung zukommt. Da der Nutzen einer Nutzergruppe in der Regel von der Grösse der Nutzergruppe auf der anderen Marktseite abhängt⁷⁶⁴ und die Plattformen als Intermediäre ihren Gewinn durch die Erbringung ihrer Dienstleistung an beide Marktseiten erzielen, beruhen die Preisstruktur sowie die Art der angebotenen Güter auf den Netzwerkeffekten.⁷⁶⁵ Diese Netzwerkeffekte können potenziell zum Rückkopplungseffekt (engl. «feedback loop») führen und stellen einen erheblichen Wettbewerbsdruck dar. Dieser Wettbewerbsdruck in Form der Netzwerkeffekte ist im Bedarfsmarktkonzept sowohl bei der Abgrenzung von separaten Einzelmärkten als auch selbstverständlich bei der Abgrenzung von einheitlichen Gesamtmärkten einzubeziehen, da für die Unternehmen die negativen Rückkopplungseffekte (engl. «negative feedback loops») gefährlich sind.⁷⁶⁶

408

cc) Bedarfsmarktkonzept in der digitalen Wirtschaft

Bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts in der digitalen Wirtschaft ist zwischen dem einheitlichen Gesamtmarkt **(1)** und den separaten Einzelmärkten **(2)** zu unterscheiden.

409

⁷⁶³ Die zwei- bzw. mehrseitigen Märkte waren schon im Fokus der Behörden vgl. insbesondere die Fallpraxis in Kapitel [C.II.2](#).

⁷⁶⁴ Vgl. Kapitel [B.I.1.b\)bb\)](#).

⁷⁶⁵ So auch SMITH/DUKE, ECJ 2021, 95 m.w.H.; ZEIDLER, 173; DREHER, ZWeR 2009, 152 und 155; EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007, 154 und 164; EVANS/NOEL, CBLR 2005, 680 f. Dieser Umstand gilt sowohl bei der Abgrenzung separater Einzelmärkte als auch bei der Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes.

⁷⁶⁶ So auch SMITH/DUKE, ECJ 2021, 100.

(1) *Bedarfsmarktkonzept bei Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes*

- 410 Liegt ein einheitlicher Gesamtmarkt vor, gehören nur insgesamt gleichgelagerte Dienstleistungen zum selben relevanten Markt. In der Regel wird bereits in der alternativen Ermittlungsmethode⁷⁶⁷ der Anzahl abzugrenzender Märkte ersichtlich sein, welche Dienstleistung Ausgangspunkt der Untersuchungen ist.⁷⁶⁸ Darüber hinaus sind die indirekten Netzwerkeffekte zu prüfen. In diesen Fällen ist im vorgelagerten Schritt bereits ermittelt worden, dass alle Marktseiten dieselbe Dienstleistung in Anspruch nehmen und grundsätzlich starke und gegenseitige, indirekte Netzwerkeffekte vorliegen, welche die Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes befürworten. Im Rahmen des Bedarfsmarktkonzepts kommen diesen Elementen ebenfalls eine bedeutende Rolle zu.
- 411 Die (indirekten) Netzwerkeffekte sind ausschlaggebend für die Verbundenheit der verschiedenen Marktseiten, da der Nutzen einer Marktseite von der Grösse der Nutzergruppe auf der anderen Marktseite abhängt.⁷⁶⁹ Das Vorhandensein von starken Netzwerkeffekten, welche mit der Grösse der einzelnen Nutzergruppen einhergeht, kann im Rahmen des Bedarfsmarktkonzepts dazu führen, dass zwei Plattformen (bzw. allgemeiner gefasst zwei Dienstleistungen) nicht miteinander substituierbar sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Eigenschaften der untersuchten Dienstleistung – in der Regel die Vermittlung von zwei (genügend grossen) Nutzergruppen – nicht als austauschbar anzusehen sind. Eine Dienstleistung kann ihrer Eigenschaft nach potenziell nicht substituierbar sein, wenn sie zwar genau dasselbe Ziel verfolgt, aber aufgrund der fehlenden Grösse einer oder beider Plattformseiten die erforderlichen Netzwerkeffekte nicht vorhanden sind; in diesen Fällen ist das Konkurrenzprodukt für die Marktgegenseite keine Alternative.⁷⁷⁰
- 412 Beim Vorliegen von direkten Netzwerkeffekten gilt es für die funktionelle Austauschbarkeit von zwei Dienstleistungen auf die Grösse der betroffenen Nutzergruppe zu blicken, da bei direkten Netzwerkeffekten eine grössere Anzahl Nutzende in einer Gruppe positive Auswirkungen auf diese Gruppe hat.⁷⁷¹ Bei

⁷⁶⁷ Vgl. Kapitel [C.III.3.e](#).

⁷⁶⁸ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)aa](#).

⁷⁶⁹ Vgl. Kapitel [B.I.1.b](#)) und Kapitel [C.III.3.e\)dd\(t\)](#).

⁷⁷⁰ Teilweise ähnlich auch WALESCH, 277 f.

⁷⁷¹ Zu den direkten Netzwerkeffekten vgl. Kapitel [B.I.1.b\)aa](#).

indirekten Netzwerkeffekten dagegen steigt die Attraktivität einer Plattform, je grösser die andere Plattformseite bzw. Nutzergruppe ist, d.h., der Nutzen einer Gruppe A hängt von der Grösse einer Gruppe B ab.⁷⁷²

Im Gegensatz zu den direkten Netzwerkeffekten ist bei den indirekten Netzwerkeffekten im Rahmen der funktionellen Austauschbarkeit auf diejenige Nutzergruppe abzustellen, von der aus die Netzwerkeffekte wirken; dies ist auch beim Rückkopplungseffekt der Fall.⁷⁷³ Das Bedarfsmarktkonzept verlangt dabei keinen vollständigen, sondern bloss einen hinreichenden Grad an Austauschbarkeit der Dienstleistungen. Dieser Ansatz ist ebenfalls auf die Netzwerkeffekte zu übertragen, denn die Berücksichtigung der Netzwerkeffekte dient der Ermittlung der Frage, ob die Nutzergruppen gross genug sind, damit der eigentliche Zweck der Dienstleistung weiterhin gleichartig erfüllt werden kann.⁷⁷⁴

413

Bei Vorliegen einheitlicher Gesamtmärkte ist in der Regel ein wechselseitiger Bedarf feststellbar.⁷⁷⁵ Bei wechselseitigem Bedarf konsumieren die Nutzenden dieselbe Dienstleistung – in der Regel die Vermittlung – mit umgekehrten Vorzeichen. Da jedoch das Geschäftsmodell der Plattform darin liegt, die verschiedenen Plattformseiten miteinander zu verbinden, ist die funktionelle Austauschbarkeit des untersuchten Gutes gestützt auf diese erweiterte Leistung zu prüfen.⁷⁷⁶ Folglich sind jene Plattformen und Geschäftsmodelle in den sachlich relevanten Markt aufzunehmen, welche denselben wechselseitigen Bedarf abdecken wie die Leistung des untersuchten Unternehmens.⁷⁷⁷

414

⁷⁷² Zu den indirekten Netzwerkeffekten vgl. Kapitel [B.1.1.b\)bb\)](#).

⁷⁷³ So auch WALESCH, 278; zur Berücksichtigung der Rückkopplungseffekte vgl. auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 94.

⁷⁷⁴ Ähnlich auch ZEIDLER, 174; WALESCH, 278.

⁷⁷⁵ Implizit bereits im Prüfungsschritt zuvor reflektiert vgl. Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(1\)\(i\)](#) i.V.m. Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(2\)](#). VOLMAR spricht vom «reziproken» Bedarf (VOLMAR, Digitale Marktmacht, 174 und 175 f.) und das deutsche Bundeskartellamt vom «einheitlichen» Bedarf (BKartA, B 6-22/16 vom 06.02.2019, Facebook, Rn. 233). Letztere Terminologie ist unscharf, da der Bedarf nicht *per se* einheitlich ist, sondern sich gegenseitig bedingt.

⁷⁷⁶ Dies geschieht unter Beachtung des Ausschliesslichkeitskriteriums vgl. Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(2\)](#).

⁷⁷⁷ Ähnlich auch VOLMAR, Digitale Marktmacht, 176; MANDRESCU, ECLR 2017, 411. In ihrer Mitteilung zur überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes greift die Europäische Kommission diese Thematik unter einem anderen Blickwinkel auf. Gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung berücksichtigt die Kommission die Frage, ob verschiedene Unternehmen substituierbare Produkte für jede Nutzergruppe anbieten, als Teil der Prüfung, ob erhebliche Unterschiede bei den Substitutionsmöglichkeiten bestehen (Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95).

415 Mittels dieser Herangehensweise ist es grundsätzlich möglich, gewisse Erkenntnisse für den Einbezug von sowohl Nicht-Plattformleistungen⁷⁷⁸ als auch Offline-Angeboten in den sachlich relevanten Markt abzuleiten. Neben der möglichen Austauschbarkeit gestützt auf die Preislage und den Verwendungszweck, welche oft tendenziell die funktionelle Austauschbarkeit bejahen würden, ist zusätzlich zu prüfen, ob mögliche Nicht-Plattformleistungen oder Offline-Angebote sowie andere Vertriebskanäle im Zusammenhang mit den indirekten Netzwerkeffekten und Skaleneffekten auf eine Substituierbarkeit hindeuten.

(2) *Bedarfsmarktkonzept bei Abgrenzung separater Einzelmärkte*

416 Kommen die Behörden hingegen zum Schluss, dass separate Einzelmärkte vorliegen, dürfte die Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts kaum Probleme bereiten. Es lässt sich hier für jede Marktseite einzeln überprüfen, ob Substitute vorliegen, die den sachlich relevanten Markt ausmachen. In diesen Fällen ist das untersuchte Unternehmen in unterschiedlichen Märkten aktiv und es ist grundsätzlich keine Anpassung des Bedarfsmarktkonzepts erforderlich.

417 Obwohl die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der Europäischen Kommission und das Kartellgesetz in der Schweiz nicht ausdrücklich erwähnen, dass die indirekten Netzwerkeffekte in die Analyse der Marktabgrenzung einzubeziehen sind, können diese Aspekte bei einer umfassenden Untersuchung des Marktes keinesfalls ignoriert werden. Dies hat die Europäische Kommission neulich in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union ebenfalls erkannt. Demnach hat die Kommission die Netzwerkeffekte sowohl in der Marktabgrenzung als auch in der weiteren wettbewerbsrechtlichen Würdigung⁷⁷⁹ zu berücksichtigen.⁷⁸⁰ Die Europäische Kommission muss sich selbst dann mit den Netzwerkeffekten und dem Wettbewerbsdruck der anderen Marktseite befassen, wenn sie zuvor getrennte Einzelmärkte abgegrenzt hatte;⁷⁸¹ dies hängt eng mit der Verbundenheit der Plattformseiten

⁷⁷⁸ Für das Beispiel der potenziellen Austauschbarkeit der Kreditkarten mit Bargeld oder Debitkarten vgl. SMITH/DUKE, ECJ 2021, 102.

⁷⁷⁹ Insbesondere im Rahmen der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung kommt der anderen Marktseite wieder grosse Bedeutung zu vgl. Kapitel [D.III.1.b](#).

⁷⁸⁰ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95; s. für die Umsetzung Kapitel [C.IV.2.a\)cc\)\(f\)](#).

⁷⁸¹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 95; vgl. ferner Europäische Kommission, Support study, 51.

und den Wechselwirkungen zusammen.⁷⁸² Diese Herangehensweise beinhaltet keine besondere Neuerung im Vergleich zur Fallpraxis in der Europäischen Union, denn auch in der Vergangenheit haben die Gerichte in der Europäischen Union erwähnt, selbst bei Abgrenzung separater Einzelmärkte die andere Marktseite ebenfalls zu berücksichtigen.⁷⁸³

In der Schweiz dürfte dieselbe Ausgangslage bereits unter geltendem Recht bestehen, da sich ohnehin seit längerer Zeit, noch bevor die Diskussionen um die Märkte der digitalen Wirtschaft aufkamen, die Tendenz entwickelt hatte, bei Abgrenzung separater Einzelmärkte jeweils die anderen Marktseiten ebenfalls zu beachten.⁷⁸⁴ 418

Trotz Berücksichtigung der anderen Marktseiten bei Vorliegen von separaten Einzelmärkten liegen im Endeffekt gesonderte Einzelmärkte vor; folglich ist es in diesen Fällen ebenfalls möglich – und in der Regel wohl wahrscheinlich – dass die Dienstleistungen für die Einzelmärkte gesondert zu untersuchen sind. Grundsätzlich führt dies dazu, dass «engere» Märkte vorliegen, da nicht die Dienstleistungen aller Marktseiten inbegriffen sind, jedoch gleichzeitig «weit» abgegrenzte Märkte vorhanden sein können, da potenziell mehr Unternehmen eine Teilleistung anbieten können. 419

b) Angebotsumstellungsflexibilität

aa) Grundlagen der Angebotsumstellungsflexibilität

Die soeben dargestellte Nachfragesubstituierbarkeit mittels Bedarfsmarktkonzept stellt zwar im Hinblick auf die Marktabgrenzung die «unmittelbarste und wirksamste disziplinierende Kraft dar»,⁷⁸⁵ trotzdem kann der Angebotssubstituierbarkeit zusätzlich Bedeutung zukommen, «wenn sie sich genauso wirksam und unmittelbar auswirkt wie die Nachfragesubstituierbarkeit».⁷⁸⁶ Die Angebotssubstituierbarkeit kommt in den Konstellationen zur Anwendung, in denen die Unternehmen von technisch verwandten Erzeugnissen 420

⁷⁸² Im Detail zu den insbesondere aus den Netzwerkeffekten ausgehenden Wechselwirkungen FRANCK/PEITZ, *Market definition and market power*, 39 ff.

⁷⁸³ Urteil des EuGH, Rs. C-67/13 P vom 11.09.2014, CB/*Kommission*, Rn. 77 ff.; vgl. im Detail Kapitel [C.II.2.b\)aa](#).

⁷⁸⁴ RPW 2004/2 – NZZ-*Espace-Bund*, 503, Rn. 102; dieselbe Herangehensweise auch in RPW 2000/3 – *Berner Oberland Medien*, 438 ff.; Rn. 120 ff.; vgl. im Detail Kapitel [C.II.2.b\)bb](#).

⁷⁸⁵ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 13.

⁷⁸⁶ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 20.

ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken den Herstellungsprozess bzw. die Produktion umstellen können, um kurzfristig die Austauschprodukte bzw. -dienstleistungen herstellen oder anbieten zu können.⁷⁸⁷ Bei der Anwendung der Angebotsumstellungsflexibilität ist in der Regel die entscheidende Frage, was die spürbaren Zusatzkosten und Risiken sind bzw. wann diese erreicht sind.⁷⁸⁸ Der Wettbewerbsdruck ergibt sich bei der Angebotsumstellungsflexibilität aus dem Umstand, dass das untersuchte Unternehmen auch dieser Konkurrenz Rechnung tragen muss, falls es seine Stellung nicht gefährden möchte.⁷⁸⁹

421 In dieser Konstellation werden Güter, «die sowohl von der Nachfrage als auch vom Angebot her substituierbar sind», in einen sachlich relevanten Markt gepackt, selbst wenn sie aus Sicht von bestimmten Verbrauchergruppen nicht als substituierbar angesehen werden.⁷⁹⁰

422 In der Schweiz hat die REKO/WEF in Sachen *Ticketcorner AG* festgehalten, dass die Angebotssubstituierbarkeit in Fällen von Art. 7 KG weniger zentral sei, «weil eine theoretische, auch kurzfristig mögliche Alternative für die Marktgegenseite nicht ohne weiteres eine effektive aktuelle Ausweichmöglichkeit darstellt».⁷⁹¹ Darüber hinaus kommt die REKO/WEF zum Ergebnis, dass die Lehre mit Bezug auf die Angebotssubstituierbarkeit «mit der Beschränkung der Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten»,⁷⁹² welche im Rahmen der beherrschenden Stellung geprüft wird, argumentiert. Folglich kommt das Konzept der Angebotssubstituierbarkeit nicht automatisch als alternatives Konzept zur Nachfragesubstituierbarkeit zur Anwendung.⁷⁹³ Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist die Angebotssubstituierbarkeit bei der Marktabgrenzung in Missbrauchsfällen nur bedingt sinnvoll, da die Angebotsumstellungsflexibilität ein Prognoseelement für die Zukunft aufweist, während bei den Untersuchungen der unzulässigen Verhaltensweisen auf ein Verhalten in der Vergangenheit abgestellt wird.⁷⁹⁴

⁷⁸⁷ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 527 ff.; Urteil des EuGH, Rs. C-322/81 vom 09.11.1983, *Michelin/Kommission*, Rn. 41 f.; Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, Rn. 33 ff. So auch Europäische Kommission, ABL C 372, 9.12.1997, Rn. 20 ff.; vgl. ferner BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 150.

⁷⁸⁸ BAKER/WU, ECLR 1998, 275; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 153.

⁷⁸⁹ RPW 2005/4 – *Ticketcorner AG*, E. 5.2.2, 684.

⁷⁹⁰ Europäische Kommission, ABL C 372, 9.12.1997, Rn. 21.

⁷⁹¹ RPW 2005/4 – *Ticketcorner AG*, E. 5.2.2, 684.

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ *Ibid.*

⁷⁹⁴ ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 698; so grundsätzlich auch Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 257 f.; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015, E. 274.

bb) Bedeutung der Angebotsumstellungsflexibilität in der digitalen Wirtschaft

Im Rahmen der digitalen Wirtschaft stellt sich die Frage, ob der Angebotsumstellungsflexibilität nicht eine grössere Bedeutung zukommen soll. Immerhin können die Unternehmen der Digitalwirtschaft in der Regel auf eine grosse Nutzerbasis zurückgreifen und so gestützt auf die Skaleneffekte potenziell eine leichtere Ausgangslage für die Umstellung ihres Angebots haben. 423

Bei der Angebotsumstellungsflexibilität sind insbesondere die «kurzfristige Umstellung» des Angebots sowie das Erfordernis «ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken» von Bedeutung, denn gemäss der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes darf die Angebotssubstituierbarkeit nicht berücksichtigt werden, wenn sie «zusätzliche Investitionen, strategische Entscheidungen oder zeitliche Verzögerungen mit sich» bringt. Die Kommission nennt dabei für die fehlende Möglichkeit der erweiterten Marktdefinition mittels Angebotssubstituierbarkeit das Beispiel der Verbrauchsgüter, bei denen «Kosten und Vorlaufzeiten [...] durch Werbung, Produkttests und Vertrieb» anfallen.⁷⁹⁵ Gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes sind zusätzlich die Kosten für «die Etablierung von Marken(namen), den Zugang zu Daten, die Umrüstung» zu berücksichtigen.⁷⁹⁶ 424

Für die Unternehmen der digitalen Wirtschaft trifft es grundsätzlich nicht zu, dass sie keine spürbaren Zusatzkosten aufwenden müssten bzw. kein Risiko eingehen würden, um ihr Angebot umzustellen.⁷⁹⁷ Der Einstieg in einen neuen Markt erfordert erhebliches Know-how, dessen Aneignung grossen Zeitaufwand und oft neues Personal benötigt,⁷⁹⁸ zudem sind mit der Bereitstellung einer neuen Plattform bzw. Funktion hohe Fixkosten und Investitionen⁷⁹⁹ verbunden, die potenziell zu Verlusten führen können. Dabei genügt die blossе Lancierung der Plattform bzw. einer neuen Funktion nicht, denn die Unternehmen müssen diese zuvor auf Programmfehler testen, möglicherweise zuerst eine Betaversion veröffentlichen, Werbung schalten, damit sich die Nut- 425

⁷⁹⁵ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 23.

⁷⁹⁶ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 61.

⁷⁹⁷ SIEGMUND, 236; ZEIDLER, 189; BKartA, Marktmacht, 48.

⁷⁹⁸ So auch SIEGMUND, 236; DREHER/THOMAS, ZWeR 2014, 376 f. und 379.

⁷⁹⁹ In Sachen *Google Search (Shopping)* kam die Europäische Kommission im Zusammenhang mit allgemeinen Internetsuchdiensten zum selben Ergebnis (vgl. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 156, Rn. 184 f. und Rn. 256 ff.).

zenden der Neuerung bewusst sind und so den Namen bzw. die Marke der neuen Plattform etablieren.

- 426 Darüber hinaus geht die Angebotsumstellung in der digitalen Wirtschaft unmittelbar mit einer grundlegenden strategischen Entscheidung einher, da die Plattform Gefahr läuft, ein Überangebot bereitzustellen, bei dem die (indirekten) Netzwerkeffekte nicht mehr den ursprünglichen Mehrwert generieren oder sogar negative Effekte wirken können.
- 427 Das grösste Risiko für die Unternehmen ist jedoch die Möglichkeit des Scheiterns auf dem fokussierten Markt. Die Idee der Angebotsumstellungsflexibilität liegt darin, dass ein Unternehmen Wettbewerbsdruck ausüben und auch als Konkurrenz auftreten kann, genau weil es kaum Zusatzkosten oder Risiken hat und bloss die theoretische Produktionsumstellung dabei genügt. Dies ist in der digitalen Wirtschaft jedoch nicht gegeben, da die Unternehmen sich bewusst sind, welchen Zusatzkosten und Risiken die Konkurrenz ausgesetzt ist, um das Angebot umzustellen. Das Risiko hängt eng mit dem Erreichen der kritischen Masse bzw. den Netzwerkeffekten zusammen, da selbst die grössten Internetunternehmen es schwer haben, neue Produkte zu veröffentlichen sowie die bereits vorliegende (und grundsätzlich riesige) Nutzerbasis für die aktive Verwendung dieser Produkte zu gewinnen.
- 428 Hier sind ebenfalls weitere Problempunkte anzusiedeln, denn wird die kritische Masse nicht erreicht, kann das Unternehmen die Grössenvorteile nicht abschöpfen und trägt damit einhergehend das Verlustrisiko seiner Anfangsinvestition. Ausserdem sind im Zusammenhang mit den Märkten der digitalen Wirtschaft auch alle Marktseiten zu berücksichtigen,⁸⁰⁰ d.h., nur wenn die Nutzenden aller Marktseiten den neuen Service in Anspruch nehmen, kann dieser überhaupt funktionieren.
- 429 Gemäss dem Europäischen Gerichtshof fehlt zudem die Angebotsumstellungsflexibilität, wenn «besondere Produktionsmerkmale [vorliegen], die [...] für diese Zweckbestimmung eine spezifische Eignung verleihen».⁸⁰¹ Solche «besonderen Produktionsmerkmale» sind beispielsweise vorhanden, wenn ein Unternehmen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen seine Produktionsanlagen nicht einfach umstellen kann.⁸⁰² In der digitalen Wirtschaft können die Unternehmen nicht mit «blosser» Implementierung einer neuen Funktion ein neues Angebot

⁸⁰⁰ Ähnlich auch ZEIDLER, 189.

⁸⁰¹ Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, Rn. 33.

⁸⁰² LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 43; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 64 m.w.H.

auf der Plattform präsentieren (z.B. YouTube Shorts⁸⁰³ mit einem neuen Kurzvideoformat hat andere Eigenschaften als andere Videos auf YouTube). Obwohl es den grössten Unternehmen der Digitalökonomie oft möglich ist, ihr Angebot umzustellen, fehlt ihnen regelmässig die kritische Masse, um das neue Produkt bzw. die neue Dienstleistung an die Nutzenden zu bringen,⁸⁰⁴ d.h., bei einer «simplen» Angebotsumstellung sind sie oft nicht in der Lage, ihre digitalen Ökosysteme mit den vorhandenen Netzwerkeffekten effizient auszunutzen. Darüber hinaus erweist sich die technische Implementierung einer neuen Funktion als schwer, da in der Regel verschiedene Teams für die Programmierung, Vermarktung und den Unterhalt der Plattform zuständig sind.

Die Vergangenheit hat bereits mehrfach gezeigt, welches Risiko die Unternehmen eingehen und wie viel Zusatzkosten anfallen. Als wohl bekanntestes Beispiel ist «Google+» zu nennen, wofür Google (heute Alphabet) eine geschätzte Anfangsinvestition von \$ 585 Mio. aufbrachte.⁸⁰⁵ Obwohl Google+ auf eine grosse Nutzerbasis von Google (u.a. Gmail und Google Search) zurückgreifen konnte, stellte sich heraus, dass die Dynamiken, die durch eine zu schnelle Erreichung einer grossen Nutzerbasis entstehen, nicht dieselben Synergien freisetzen wie bei einem natürlichen Wachstum einer Plattform. Im Ergebnis konnte selbst die gewaltige Reichweite von Google Search nicht dazu beitragen, dass das soziale Netzwerk Google+ die kritische Masse erreicht und Vorteile aus der Reichweite ableiten kann. Das Resultat dieses Experiments war die Einstellung von Google+ nach ungefähr neun Jahren.⁸⁰⁶ 430

Dass es sich bei Google+ nicht um einen Einzelfall handelte, zeigt sich am Beispiel der Live-Streaming-Plattformen für Gaming. Die Plattform «Twitch», im Jahre 2014 von Amazon für knapp \$ 1 Mrd. erworben,⁸⁰⁷ besitzt seit langer Zeit den grössten Marktanteil; sowohl Microsoft als auch Facebook und YouTube versuchen als ernstzunehmende Konkurrenten aufzutreten. Microsoft hat da- 431

⁸⁰³ SHERMAN TODD, Bringing YouTube Shorts to the U.S., 18.03.2021, abrufbar unter <<https://blog.youtube/news-and-events/youtube-shorts-united-states/>>.

⁸⁰⁴ So auch BKartA, Marktmacht, 48.

⁸⁰⁵ WALLITT ADAM, Google+ Cost 5 Million To Build (Or What Rupert Paid For MySpace), Forbes, 30.06.2011, abrufbar unter <<https://www.forbes.com/sites/bruceupbin/2011/06/30/google-cost-585-million-to-build-or-what-rupert-paid-for-myspace/?sh=68c588d661d8>>.

⁸⁰⁶ Google, Shutting down Google+ for consumer (personal) accounts on April 2, 2019, 30.01.2019, abrufbar unter <<https://support.google.com/googlecurrents/answer/9195133?hl=en>>.

⁸⁰⁷ MACMILLAN DOUGLAS/BENSINGER GREG, Amazon to Buy Video Site Twitch for 0 Million, WSJ vom 26.08.2014, abrufbar unter <<https://www.wsj.com/articles/amazon-to-buy-video-site-twitch-for-more-than-1-billion-140898885>>.

bei seine Plattform «Mixer» bereits eingestellt bzw. hat Facebook die Plattform Mixer in seine eigene Plattform «Facebook Gaming» aufgenommen, was sowohl für Microsoft als auch für Facebook mit beträchtlichen Anfangsinvestitionen verbunden war. Diese Umstellungsversuche erfordern regelmässig grossen Werbeaufwand sowie die Akquirierung von berühmten Streaming-Persönlichkeiten, um die Problematik der Mehrseitigkeit und die damit zusammenhängenden Dynamiken zu überwinden, da die Zuschauenden ansonsten keine Gründe für einen Plattformwechsel sehen.⁸⁰⁸ Ein ähnliches Bild zeigt sich selbst bei YouTube, im Kern eine Videoplattform, bei welcher die Angebotsumstellung zu YouTube Gaming (und somit zu ihrer eigenen Live-Streaming-Plattform für Gaming) und später zur in der Website integrierten Option für Live-Streaming mit grossem Zeitaufwand,⁸⁰⁹ erheblichen Anfangsinvestitionen, strategischen Unternehmensentscheidungen und damit einhergehend mit Risiken verbunden war.

- 432 Wie aufgezeigt, liegen in der digitalen Wirtschaft in der Regel die Elemente, die für die Angebotssubstituierbarkeit sprechen, nicht vor; folglich ist es oft nicht möglich, «ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken» das Angebot umzustellen. Obwohl also die Angebotsumstellungsflexibilität theoretisch auch auf Plattformen anwendbar wäre, wird sie aufgrund der erwähnten Probleme nur selten als tatsächliche Ergänzung zum Bedarfsmarktkonzept zur Anwendung kommen. Aus diesem Grund sind diese Unternehmen im Rahmen des potenziellen Wettbewerbs und nicht bereits in der Marktabgrenzung näher zu betrachten.

c) Bedeutung der potenziellen Konkurrenz

- 433 Von der Angebotsumstellungsflexibilität zu unterscheiden ist die Bedeutung der potenziellen Konkurrenz,⁸¹⁰ obwohl die Grenze zwischen den beiden Kon-

⁸⁰⁸ Zur Übernahme der Mixer-Community von Microsoft s. OLEBE LEO, Wir begrüssen die Mixer-Community bei Facebook Gaming, Facebook Gaming Blog vom 22.06.2020, abrufbar unter <<https://www.facebook.com/fbgaminghome/blog/welcome-mixer-facebook-gaming/>>.

⁸⁰⁹ YouTube Gaming wurde 2015 eingeführt (JOYCE ALAN, A YouTube built for gamers, YouTube Official Blog vom 12.06.2015, abrufbar unter <<https://blog.youtube/news-and-events/a-youtube-built-for-gamers/>>) und später im Jahre 2019 in die Plattform YouTube integriert (Gonzalez Oscar, Google to shut down YouTube Gaming app on May 30, CNET vom 28.05.2019, abrufbar unter <<https://www.cnet.com/tech/gaming/youtube-gaming-app-shuts-down-may-30/>>). In der innovationsgetriebenen, digitalen Wirtschaft handelt es sich bei vier Jahren Umstellungszeit um eine beträchtliche Dauer, die nicht als «kurzfristig» bezeichnet werden kann.

⁸¹⁰ O'DONOGHUE/PADILLA, 126 und 132 f.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 64; zur potenziellen Konkurrenz vgl. Kapitel [D.III.2.d](#)).

zepten fließend ist.⁸¹¹ Traditionellerweise wird die potenzielle Konkurrenz nicht im Rahmen der Marktabgrenzung, sondern bei der Ermittlung der beherrschenden Stellung auf dem Markt untersucht.⁸¹² Im digitalen Kontext ist es nicht ersichtlich, inwiefern es angebracht wäre, die potenzielle Konkurrenz in die Ermittlungen der Marktabgrenzung aufzunehmen, insbesondere wenn bereits die Angebotsumstellungsflexibilität zu nicht zufriedenstellenden Ergebnissen für die Marktdefinition führt.⁸¹³

3. Quantitative Methoden

Mit Blick auf die quantitativen Methoden zur Definition des sachlich relevanten Marktes liegt der Fokus auf dem SSNIP-Test (a). Darüber hinaus ist auch die Möglichkeit der Kreuzpreiselastizität zu erörtern (b).

434

a) SSNIP-Test

aa) Grundlagen des SSNIP-Tests

Der SSNIP-Test leitet sich vom Konzept der Kreuzpreiselastizität⁸¹⁴ ab und kommt neben dem Bedarfsmarktkonzept am häufigsten zur Anwendung.⁸¹⁵ Gemäss dem SSNIP-Test gehören zwei Produkte in denselben Markt, wenn die Verbrauchenden bei einer Preissteigerung von 5–10% des untersuchten Pro-

435

⁸¹¹ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.09.2015, E. 272; RPW 2006/2 – Berner Zeitung AG, E. 6.3.2, 364; RPW 2005/4 – Ticketcorner AG, E. 5.2.2, 684. Der Unterschied liegt hauptsächlich im Zeithorizont, da die Produktionsumstellung bei Betrachtung der potenziellen Konkurrenz nur mit erheblichen Zusatzkosten und langfristig umsetzbar ist (Heymanns Komm. KartellR-von ROSENBERG, Art. 2 FKVO, Rn. 9).

⁸¹² So auch explizit in der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes (Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 24).

⁸¹³ Für die Schlussfolgerung, dass selbst die Angebotsumstellungsflexibilität nicht in der Marktabgrenzung, sondern erst in einem nächsten Schritt zu beachten ist vgl. die Schlussfolgerung in Kapitel C.IV.2.b)bb).

⁸¹⁴ Weiterführend zur Kreuzpreiselastizität Kapitel C.IV.3.b).

⁸¹⁵ Die Europäische Kommission wendet den SSNIP-Test grundsätzlich ergänzend zum Bedarfsmarktkonzept an vgl. EU-Kommission, COMP/M.2187 vom 17.10.2001, CVC/Lenzing, Rn. 61 und Rn. 75 ff.; EU-Kommission COMP/M.1806 vom 26.07.2000, AstraZeneca/Novartis, Rn. 41. Auch das EuG hat dieses Vorgehen bestätigt vgl. Urteil des EuG, Rs. T-427/08 vom 15.12.2010, CEAHR/Kommission, Rn. 69 ff. In der Schweiz wird «meist» das Bedarfsmarktkonzept angewendet, aber auch andere Konzepte, wie die Angebotsumstellungsflexibilität, die Kreuzpreiselastizität oder der SSNIP-Test, sind von Bedeutung (BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 104, Rn. 114, Rn. 116 und Rn. 150).

dukts auf das zweite Produkt ausweichen.⁸¹⁶ Wechseln die Verbrauchenden bei der Preiserhöhung zum zweiten Produkt, wird weiter geprüft, ob sie bei einer geringfügigen, aber signifikanten und nicht nur vorübergehenden Preiserhöhung dieser beiden (nun als substituierbar festgestellten) Produkte ein drittes Produkt erwerben. Dieser Test wird grundsätzlich so oft durchgeführt, bis die Preiserhöhung dieser ermittelten Produktgruppe nicht mehr zum Wechsel zu einem anderen Produkt führen würde.⁸¹⁷ Es werden also in den sachlichen Markt jene Produkte einbezogen, «bis kleine, dauerhafte Erhöhungen der relativen Preise einen Gewinn einbrächten» für das Unternehmen, welches das untersuchte Produkt anbietet.⁸¹⁸

- 436 Der SSNIP-Test hat auch in die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts Eingang gefunden.⁸¹⁹ Er unterscheidet sich insbesondere in zwei Punkten vom Konzept der Kreuzpreiselastizität: Einerseits untersuchen die Behörden mit dem SSNIP-Test die Gesamtheit der potenziell austauschbaren Produkte, die sich gewinnbringend monopolisieren lassen,⁸²⁰ andererseits setzte der SSNIP-Test mit der Preissteigerung von 5–10% eine numerische Grösse, die so bei der Kreuzpreiselastizität nicht existiert.⁸²¹

bb) Praktische Schwächen des SSNIP-Tests

- 437 In der digitalen Wirtschaft ist der SSNIP-Test mit verschiedenen Schwierigkeiten konfrontiert. Einerseits sind die praktischen Schwächen zu beachten, die bereits in traditionellen Märkten existieren, andererseits kommen die Probleme der Digitalökonomie hinzu.

⁸¹⁶ Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 7; Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 5.1.10; RPW 2017/1 – *Interconnect Peering*, 83, Rn. 94; RPW 2013/3 – *Harley Davidson*, 296, Rn. 117; RPW 2010/1 – *Gaba*, 88, Rn. 196; ebenfalls so in der Europäischen Union vgl. MüKo WettbR-FÜLLER, Art. 102 AEUV, Rn. 96; STANCKE, §5 Rn. 12, in: Bunte/Stanke; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 41; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 50. Der SSNIP-Test hat auch Eingang in die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes gefunden vgl. Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 17.

⁸¹⁷ BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 119.

⁸¹⁸ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 17.

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ Im Gegensatz zur Kreuzpreiselastizität, welche bloss das Verhältnis von zwei Gütern untereinander vergleicht vgl. zur Kreuzpreiselastizität Kapitel [C.IV.3.b](#).

⁸²¹ Zur Kreuzpreiselastizität vgl. Kapitel [C.IV.3.b](#).

Zu den praktischen Schwächen des SSNIP-Tests gehört seine beschränkte Aussagekraft, falls der Preis nicht der ausschlaggebende Faktor für die Nachfragenden ist, also beim Kauf eines Produkts weitere Entscheidungskriterien dazukommen.⁸²² 438

Darüber hinaus ist auch die «cellophane fallacy» ein bekanntes Problem des SSNIP-Tests, denn es besteht –bei fehlender Berücksichtigung des Umstandes, dass der zurzeit geforderte Preis eines Produkts bereits zu hoch sein könnte, z.B. wenn ein monopolistisches Unternehmen schon einen gewinnmaximierenden Preis verlangt – die Gefahr, dass der Markt zu weit abgegrenzt wird. In diesen Fällen ist jede Preiserhöhung gewinnvermindernd und nicht mehr gewinnmaximierend. Die Abnehmerseite würde in dieser Situation selbst auf weit entfernte Produkte ausweichen, weshalb die Menge der substituierbaren Güter überschätzt wird. Der sachlich relevante Markt bezieht potenziell zu viele Substitute ein, was möglicherweise zu einer zu weiten Marktabgrenzung führen kann.⁸²³ 439

Ausserdem wird die 5- bis 10%-Grenze kritisiert, das sie willkürlich gewählt und die 5%-Grenze zu niedrig sei.⁸²⁴ Diese Kritik verhärtet sich insbesondere in den Märkten der digitalen Wirtschaft, da hier neu auch die Netzwerkeffekte zu berücksichtigen sind und deshalb potenziell eine höhere Grenze anzusetzen ist, damit die Dynamiken dieser Märkte korrekt erfasst werden können.⁸²⁵ 440
In der Praxis fehlen zudem grundsätzlich die Daten, um den SSNIP-Test kor-

⁸²² LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 41; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 51. Zum selben Ergebnis kommt auch die Europäische Kommission in Sachen *Hilti*, wonach die Befestigungsanwendung und ihre technischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten massgeblich waren (EU-Kommission, IV/30.787 und 31.488 vom 22.12.1987, *Hilti*, Rn. 60 ff. bestätigt durch Urteil des EuG, Rs. T-30/89 vom 12.12.1991, *Hilti AG/Kommission*, Rn. 69 ff.) und in Sachen *AstraZeneca*, wonach die Entscheidung für ein Arzneimittel nicht von den Patient*innen, sondern von den behandelnden Ärzt*innen getroffen wird und die Kosten von den Krankenversicherungssystemen übernommen werden (EU-Kommission, COMP/A.37.507/F3 – *AstraZeneca*, Rn. 373–379 und Rn. 380–399 bestätigt durch Urteil des EuG, Rs. T-321/05 vom 01.07.2010, *AstraZeneca/Kommission*, Rn. 147–222, insb. Rn. 148–156 und Rn. 157–199). Vgl. ferner auch BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 131.

⁸²³ BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 127 f.; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 41; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 52.

⁸²⁴ BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 130. Es wurde bereits diskutiert, ob die Grenze auf 10% erhöht werden sollte vgl. Federal Trade Commission/U.S. Department of Justice, Horizontal Merger Guidelines: Questions for Public Comment, 22.09.2009, abrufbar unter <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/horizontal-merger-guidelines-review-project/hmg-questions.pdf>.

⁸²⁵ SMITH/DUKE, ECJ 2021, 103.

rekt durchführen zu können. Hierfür werden in der Regel Kundenbefragungen durchgeführt, jedoch dürfte die empirische Datenmenge nicht gross genug sein, um zuverlässige Schlüsse aus den Befragungen zu ziehen.⁸²⁶

cc) SSNIP-Test in Märkten der digitalen Wirtschaft

441 Zusätzlich zu diesen Schwierigkeiten treten in der digitalen Wirtschaft Probleme mit der (neuen) Marktstruktur auf, denn hier sind zusätzlich die Mehrseitigkeit, die Netzwerkeffekte und die Unentgeltlichkeit⁸²⁷ zu berücksichtigen. Darüber hinaus gilt es auch einzubeziehen, ob die Behörden einen einheitlichen Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte abgegrenzt haben.

(1) Mehrseitigkeit und Netzwerkeffekte

442 Aufgrund der Mehrseitigkeit der Märkte stellt sich zunächst die Frage, welcher Preis und welche Marktseite zu beachten sind. Um diese Frage zu beantworten, muss an dieser Stelle der eigentliche Sinn des SSNIP-Tests vergegenwärtigt werden. Im Ergebnis ermittelt der SSNIP-Test, ob ein Produkt gewinnbringend monopolisiert werden kann. Es wird also untersucht, ob ein Unternehmen erhebliche Marktmacht begründen kann.⁸²⁸ Der Grundgedanke liegt dabei darin, herauszufinden, ob das Unternehmen eine kleinere Menge desselben Produkts zu einem höheren Preis profitabler verkaufen kann.⁸²⁹

443 Die Behörden haben bei den Märkten der digitalen Wirtschaft abgesehen von der Mehrseitigkeit auch die Netzwerkeffekte zu berücksichtigen.⁸³⁰ Die Netzwerkeffekte können beim SSNIP-Test nicht ignoriert werden, weil sie die Preisstruktur auf einer Plattform unmittelbar beeinflussen⁸³¹ und sich die Rentabilität der Preiserhöhung je nach Intensität der vorliegenden Netzwerkeffekte verändert.⁸³²

444 Haben die Behörden zuvor separate Einzelmärkte festgestellt, liegt die Vermutung nahe, den SSNIP-Test gesondert für jede Marktseite anzuwenden, da sich beispielsweise die Substitute für Werbende grundsätzlich von den Substituten

⁸²⁶ Es gibt bspw. Probleme bei der Auswahl der zu befragenden Personen vgl. RPW 2005/4 – Ticketcorner AG, E. 5.1.5, 683; RPW 2004/4 – Vertrieb von Tierarzneimitteln, 1045, Rn. 10. Vgl. auch BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 132 m.w.V.

⁸²⁷ So bereits BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 133a.

⁸²⁸ Vgl. Kapitel [C.IV.3.a\)aa](#)). Vgl. auch EMCH/THOMPSON, RNE 2006, 53.

⁸²⁹ FRANCK/PEITZ, CYELS 2021, 117.

⁸³⁰ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)ff](#)); so auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 96.

⁸³¹ Vgl. Kapitel [B.I.1.c](#)).

⁸³² PIKE, 14; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 330 f.

der Nutzenden unterscheiden. Eine komplette Isolierung einer Marktseite missachtet jedoch die Auswirkungen der Netzwerkeffekte auf die andere Marktseite, was zu fehlerhaften Ergebnissen führen kann. In digitalen Märkten kann die Preiserhöhung auf einer Marktseite «A» ebenfalls in einem profitableren Verkauf einer kleineren Menge des Produkts auf dieser Marktseite «A» resultieren. Diese Analyse blendet jedoch die Wirkungen der Netzwerkeffekte aus, denn mit dem Verkauf einer kleineren Menge einer Dienstleistung reduzieren sich dementsprechend auch die totale Anzahl möglicher Vermittlungsleistungen sowie die Anzahl der potenziellen Vermittlungspartner auf der anderen Marktseite «B». Die Verminderung der totalen Vermittlungsleistungen kann zur Reduzierung der insgesamt generierten Einnahmen der Plattform führen; die sinkende Anzahl potenzieller Vermittlungspartner wiederum ist in der Lage, negative Rückkopplungseffekte einzuleiten, die für die Plattform insgesamt nachteilig sind. Um die Wettbewerbskräfte korrekt messen zu können, erfordert folglich auch die Feststellung separater Einzelmärkte eine angepasste Form des SSINP-Tests, welcher die Wirkungen von Netzwerkeffekten mitberücksichtigt.⁸³³

FILISTRUCCHI et al. verlangen eine abwechslungsweise Preiserhöhung auf beiden Seiten, damit die Plattform jeweils ihre Preisstruktur anpassen kann.⁸³⁴ Diese Herangehensweise berücksichtigt aber nicht, dass nicht bloss Plattformen als Substitute zu betrachten sind. Das ist ein grundlegendes Problem der Abgrenzung nach Transaktionsplattformen und Nicht-Transaktionsplattformen, da hier implizit nur Onlineplattformen als potenzielle Substitute angesehen werden.⁸³⁵ Dies entspricht allerdings nicht dem Sinn der kartellrechtlichen Marktabgrenzung, wonach – insbesondere bei Abgrenzung separater Einzelmärkte – alle auf das untersuchte Unternehmen wirkenden Wettbewerbskräfte zu beachten sind, auch Unternehmen, die ohne Plattformen agieren, oder die Konkurrenz offline.

Für den SSINP-Test bei separaten Einzelmärkten ist es deshalb entscheidend, dass er jeweils nur auf die untersuchte Seite angewendet wird.⁸³⁶ Dieser Ansatz erlaubt es, die Offline-Konkurrenz bzw. Unternehmen ohne Plattformen,

⁸³³ Ähnlich auch EMCH/THOMPSON, RNE 2006, 53 f.; FERRO, Market Definition, 256; ferner auch FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 63 f.; PIKE, 13; zur Bedeutung des «feedback loop» vgl. auch KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2159; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 330 f.; vgl. ferner auch RALSTON et al., CLPD 2021, 65.

⁸³⁴ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 331.

⁸³⁵ Zu dieser Problematik auch bereits SMITH/DUKE, ECJ 2021, 109.

⁸³⁶ Ähnlich auch FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 63.

welche die Leistung dieser einen Plattformseite separat anbieten, ebenfalls zu berücksichtigen. Gleichzeitig ist bei der Anwendung des SSNIP-Tests zu beobachten, wie sich die Preisveränderung auf den Rückgang der Anzahl Nutzenden (aufgrund der Netzwerkeffekte) der anderen Seite auswirkt.

- 447 Sind die Behörden hingegen zum Schluss gekommen, dass ein einheitlicher Gesamtmarkt vorliegt, stellt sich ebenfalls die Frage, auf welchen Preis der SSNIP-Test anzuwenden ist. Das Unternehmen ist in der Lage, unterschiedliche Preise auf den verschiedenen Plattformseiten festzulegen.⁸³⁷ Da der SSNIP-Test ermittelt, ob ein Produkt gewinnbringend monopolisiert werden kann, ist auf jenen Preis bzw. auf jene Marktseite abzustellen, welche auf die unerwünschte Ausübung von Marktmacht eines Monopolisten hinweist.⁸³⁸ Gemäss EMCH/THOMPSON ist hierfür auf die Summe des verlangten Preises abzustellen, d.h. die Preise beider Marktseiten sind für den SSNIP-Test addiert zu betrachten.⁸³⁹ FILISTRUCCHI argumentiert für Transaktionsmärkte – also für einheitliche Gesamtmärkte – ähnlich, da er auch der Meinung ist, dass die «profitability of an increase in the price level», im Ergebnis also die Summe der verlangten Preise, zu betrachten ist.⁸⁴⁰ SMITH/DUKE hingegen schlagen vor, den SSNIP-Test auf den (gewichteten) durchschnittlichen Wettbewerbspreis für die jeweilige Plattform anzuwenden.⁸⁴¹

(2) Unentgeltlichkeit

- 448 An diese Anpassungsmöglichkeiten des SSNIP-Tests knüpft die nächste Problematik an: Da die Unternehmen ihre Güter in der digitalen Wirtschaft oft unentgeltlich anbieten,⁸⁴² ist es fraglich, ob eine hypothetische Preiserhöhung von 5–10% untersucht werden kann. Mathematisch lässt sich ein Preis von null nicht prozentual erhöhen; er bleibt also bei einer prozentualen Erhöhung weiterhin bei null.⁸⁴³ Als Lösung dieses Problems haben sich in der Literatur hauptsächlich zwei verschiedene Ansätze entwickelt, die als mögliche Anpas-

⁸³⁷ Vgl. im Detail zur Preisstruktur Kapitel [B.I.1.c](#).

⁸³⁸ So bereits bei (mehrseitigen) Netzwerken für Zahlssysteme vgl. EMCH/THOMPSON, RNE 2006, 53.

⁸³⁹ Im Detail EMCH/THOMPSON, RNE 2006, 53 f.

⁸⁴⁰ FILISTRUCCHI, Market Definition in Multi-Sided Markets, 45.

⁸⁴¹ SMITH/DUKE, ECJ 2021, 104 f.

⁸⁴² Vgl. Kapitel [C.II.1.a](#); vgl. zum monetären Nullpreis auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 97.

⁸⁴³ Für potenzielle Lösungsvorschläge im Zusammenhang mit der Unentgeltlichkeit in der digitalen Wirtschaft vgl. nachfolgend Kapitel [C.II.1.a](#).

sung des SSNIP-Tests dienen könnten. Es handelt sich dabei um den SSNDQ-Test («small but significant non-transitory decrease in quality») und den SSNIC-Test («small but significant non-transitory increase in cost»).

Eine absolute Preiserhöhung ist aufgrund der Kostenloskultur in der Digital-
ökonomie keine geeignete Lösung;⁸⁴⁴ dieses Phänomen lässt sich mit dem
«free effect» gut aufzeigen.⁸⁴⁵ SHAMPAN'ER KRISTINA/ARIELY haben in ihrem Ex-
periment den Teilnehmenden Schokolade in niedriger und Schokolade in ho-
her Qualität zu unterschiedlichen Preisen präsentiert. Die hochqualitative
Schokolade wurde ursprünglich für \$ 0.27 und die minderqualitative für \$ 0.02
angeboten. Die Senkung der Preise auf \$ 0.26 und \$ 0.01 änderte das Verhalten
der Teilnehmenden nicht wesentlich, jedoch führte die Preissenkung auf \$ 0.25
und \$ 0.00 zu einer erheblichen Verlagerung der Entscheidung zur Schokolade
mit niedriger Qualität.⁸⁴⁶ Dasselbe Gedankenspiel ist auch auf die Märkte der
digitalen Wirtschafte anwendbar, da sich das Verhalten der Nutzenden erheb-
lich ändert, sobald mittels einer absoluten Preisänderung Substitute gesucht
werden.⁸⁴⁷ Demzufolge legen die Nutzenden grundsätzlich mehr Wert auf an-
dere Merkmale der Dienstleistungen, z.B. die Qualität.

449

Auch die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten
Marktes der Europäischen Kommission erkennt die Problematik des monetären
Nullpreises im Zusammenhang mit dem SSNIP-Test und schlägt verschie-
dene nichtpreisliche Elemente für die Substitutionsprüfung vor. Dabei handelt
es sich um Elemente wie die Produktfunktionen, der Verwendungszweck, an-
dere Anhaltspunkte für eine hypothetische Substitution und Wettbewerbs-
druck basierend auf Einschätzungen von Branchenakteuren, zusätzliche Hin-
dernisse für einen Wechsel wie Interoperabilität mit anderen Produkten oder
die mit einem Wechsel verbundenen Kosten und Lizenzierungsaspekte. Bei
der Aufnahme dieser Elemente in die überarbeitete Bekanntmachung stützt
sich die Kommission auf Fälle im Rahmen der digitalen Märkte aus der Vergan-
genheit.⁸⁴⁸ Allerdings verweist die Europäische Kommission ebenfalls auf die
Möglichkeit der Anwendung einer Alternative des SSNIP-Tests, wie z.B. den
SSNDQ-Test.

450

⁸⁴⁴ Vgl. insbesondere Kapitel [C.II.1.a](#).

⁸⁴⁵ Das Experiment von SHAMPAN'ER/ARIELY ist ein anschauliches Beispiel hierfür vgl. SHAMPAN'ER KRISTINA/ARIELY, 1 ff., insbesondere 9.

⁸⁴⁶ SHAMPAN'ER KRISTINA/ARIELY, 9.

⁸⁴⁷ So auch OECD, Zero-price markets, 13 f. und 25 f.; für die Kostenloskultur in der Digital-
wirtschaft vgl. auch KÖRBER, NZKart 2016, 305; vgl. ferner Kapitel [C.II.1.a\)aa](#)) für die Aus-
einandersetzung mit dem Begriff der Unentgeltlichkeit.

⁸⁴⁸ Vgl. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 98 m.w.H.

(i) SSNDQ-Test

- 451 Gemäss dem SSNDQ-Test soll eine kleine, aber spürbare und dauerhafte Qualitätsverminderung geprüft werden (engl. «small but significant non-transitory decrease in quality»)⁸⁴⁹. Dabei soll sich die gewinnbringende Monopolisierung der untersuchten Dienstleistung über eine Verminderung der Qualität zeigen. Die grundlegende Idee, eine solche Qualitätsverminderung zu prüfen, gab es bereits für einseitige Märkte, konnte sich jedoch schon dort nicht durchsetzen.⁸⁵⁰
- 452 Die potenzielle Qualitätsverminderung lässt sich nicht pauschal für alle Plattformen beschreiben, sondern ist einzelfallweise zu ermitteln.⁸⁵¹ Eine denkbare Qualitätsverminderung bei Plattformen, die sich über Werbung finanzieren, lässt sich über den Inhalt (bzw. die Werbeanzeigen neben dem Inhalt) ermitteln: Eine Plattform weist eine geringere Qualität auf, wenn sie mehr Werbung schaltet, die Suchergebnisse bei mehr Werbung weniger gut ersichtlich sind oder aufgrund der Anzahl der Werbung insgesamt weniger Platz für eigentliche Suchergebnisse existiert.⁸⁵² Als weitere Qualitätsmerkmale sind der Datenschutz und die «Qualität» der Dienstleistung (z.B. ob tatsächlich die günstigsten Angebote gezeigt werden oder ob die Sucherresultate dem Bedürfnis der Nutzenden entsprechen) zu nennen.
- 453 Selbst die Anpassung zum SSNDQ-Test scheint jedoch keine haltbare Lösung zu sein,⁸⁵³ da zunächst eine Vermischung von qualitativer und quantitativer

⁸⁴⁹ Vgl. SMITH/DUKE, ECJ 2021, 104; FRANCK/PEITZ, CYELS 2021, 120 f.; FILISTRUCCHI, Market Definition in Multi-Sided Markets, 49; MANDRESCU, CoRe 2018, 252 ff.; NEWMAN, Wash. U. L. Rev. 2016, 70 f.; GEBICKA/HEINEMANN, World Competition 2014, 156 ff.

⁸⁵⁰ HARTMANN et al., Ind. Corp. Chang. 1993, 334 und 339 f., wobei sie hier mit einer Verminderung von 25% arbeiten und damit wieder die Problematik der willkürlich gewählten 5- bis 10%-Grenze auflebt.

⁸⁵¹ Vgl. GEBICKA/HEINEMANN, World Competition 2014, 158 für Beispiele der Verminderung der Qualität bei Facebook.

⁸⁵² Vgl. für ähnliche Kriterien bei Zeitungen SMITH/DUKE, ECJ 2021, 104 m.w.V.

⁸⁵³ A.M. GEBICKA/HEINEMANN, World Competition 2014, 156–159, wonach die Anwendung des SSNDQ-Tests als mögliche Alternative gilt; zwar hat auch die Europäische Kommission auf die Anwendung des SSNDQ-Tests in Sachen *Google Android* hingewiesen, aber gleichzeitig erwähnt, dass der SSNIP-Test allgemein (und seine Variationen) in diesem Fall ungeeignet sei («SSNIP test may prove unsuitable»), s. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 266 f. In Sachen *Google Search (Shopping)* ist die Europäische Kommission überhaupt nicht auf den SSNDQ-Test eingegangen, sondern hat den SSNIP-Test als nicht anwendbar erklärt, da Google seine Dienstleistung «free» anbietet, s. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 245. Auch die überarbeitete Bekanntmachung sieht den SSNDQ-Test als geeignete Lösung an, s. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 30 mit Fn. 54 und Rn. 98.

Methode der Marktabgrenzung stattfindet,⁸⁵⁴ obwohl der Sinn des SSNIP-Tests in der Quantifizierung – und so grösseren Objektivierung – der Marktabgrenzung liegt. Ausserdem ist es fraglich, wie und mit welchen Daten die Qualitätsverminderung zu bestimmen ist.⁸⁵⁵ Hinzu kommt die Schwierigkeit, die Auswirkungen der geringeren Qualität zu messen und zu quantifizieren, da nicht eindeutig auszumachen ist, worin sich das Verhalten der Nutzenden zeigt. Denkbar ist dabei die Beobachtung von Veränderungen bei der Gesamtzahl der Lesenden oder der auf einer Website verbrachten Zeit, allerdings können diese Veränderungen auch von anderen Faktoren beeinflusst werden, was eine isolierte Betrachtung eines bestimmten Qualitätsmerkmals erschwert.⁸⁵⁶ Daraus folgt zudem eine Unschlüssigkeit bzgl. der zu verminderten Qualitätsmerkmale einer Plattform, denn es ist nicht offenkundig, wie gross der Einfluss einzelner Qualitätsmerkmale für unterschiedliche Plattformen ist. Durch diese zusätzliche Unberechenbarkeit leidet wiederum die Rechtssicherheit. Schliesslich ist nicht ersichtlich, ob die Qualität allein eine gewinnbringende Monopolisierung nachvollziehbar darlegen kann.

Das Gericht der Europäischen Union hat in Sachen *Google Android* dennoch festgehalten, dass der SSNDQ-Test als angemessene Methodik zur Definition des Marktes dienen kann, falls sich die Anwendung des SSNIP-Tests nicht eignet. Der Wettbewerb zwischen Unternehmen kann schliesslich über den Preis, aber auch über Qualität und Innovation stattfinden.⁸⁵⁷ Gemäss dem Gericht braucht es für die Verminderung der Qualität keinen genauen Standard, der im Voraus definiert werden muss, da die Quantifizierung der Qualitätsverminderung schwieriger ist als die Quantifizierung bei der hypothetischen Preiserhöhung des SSNIP-Tests.⁸⁵⁸ Diese Aussage bestärkt das Problem des SSNDQ-Tests, ohne hierfür Lösungsvorschläge zu bringen; auf die übrigen Schwächen

454

⁸⁵⁴ Das Gericht der Europäischen Union und die überarbeitete Bekanntmachung halten allerdings fest, dass «die Festlegung eines genauen quantitativen Standards für die Verschlechterung der Qualität des Zielprodukts keine Voraussetzung für die Anwendung des SSNDQ-Tests» sei; es brauche insbesondere «keine vorherige Festlegung eines präzisen Standards für die Verschlechterung» (Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 180; vgl. auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 30 mit Fn. 54).

⁸⁵⁵ PIKE, 14 m.w.V.

⁸⁵⁶ SMITH/DUKE, ECJ 2021, 104.

⁸⁵⁷ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 177.

⁸⁵⁸ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 180; auch die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes verweist auf diesen Fall und sieht den SSNDQ-Test als geeignete Lösung an vgl. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 30 mit Fn. 54 und Rn. 98.

des SSNDQ-Tests ist das Gericht nicht eingegangen. Erstaunlicherweise erkennt die Kommission in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes, dass der SSNDQ-Test «mit verschiedenen Schwierigkeiten, auch in Bezug auf die Quantifizierung der Qualität, verbunden ist».⁸⁵⁹ Trotzdem hat die Europäische Kommission den SSNDQ-Test – mit Verweis auf das Gericht der Europäischen Union in Sachen *Google Android* – als geeignete Lösung in die überarbeitete Bekanntmachung aufgenommen.⁸⁶⁰ Es ist allerdings nicht ersichtlich, inwiefern beim SSNDQ-Test als Abwandlung des SSNIP-Tests – eine quantitative Methode der Marktabgrenzung – die Quantifizierung nicht als Voraussetzung für seine Anwendung zu qualifizieren sei.

(ii) SSNIC-Test

- 455 Der SSNIC-Test sieht eine kleine, aber spürbare und dauerhafte Kostenerhöhung vor (engl. «small but significant non-transitory increase in cost»). Dieser Test ist in der Literatur zwar weniger verbreitet als der SSNDQ-Test, weist aber eine grössere Nähe zum ursprünglichen SSNIP-Test auf und verfügt gegenüber dem SSNDQ-Test über einige Vorteile, welche die Anwendung des SSNIC-Tests attraktiver machen. Genau genommen handelt es sich beim SSNIC-Test um den SSNIP-Test unter Verwendung einer neuen Terminologie. Der Begriff der Kostenerhöhung soll in diesem Zusammenhang grundsätzlich bloss den nichtmonetären Charakter der Gegenleistungen im Rahmen der Plattformökonomie zum Vorschein bringen.⁸⁶¹
- 456 Erste Ansätze eines SSNIC-Tests hat NEWMAN im Jahr 2016 vorgeschlagen, da der SSNIP-Test in unentgeltlichen Märkten zu keinem zufriedenstellenden Ergebnis führt.⁸⁶² Gemäss NEWMAN sind die für den Austausch erforderlichen Kosten näher zu betrachten, also die Informationen bzw. Daten und/oder die Aufmerksamkeit der Nutzenden.⁸⁶³ Die Möglichkeiten zur Kostenerhöhung im

⁸⁵⁹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 30 mit Fn. 54.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ In der Literatur zu den Analysen der Märkte der digitalen Wirtschaft ist eine Tendenz zur Einführung neuer Terminologien erkennbar, welche die ohnehin komplexe, aber den Wettbewerbsbehörden nicht unbekannt Materie unnötig undurchschaubar macht.

⁸⁶² NEWMAN, Wash. U. L. Rev. 2016, 64 ff. mit der Anmerkung, dass eine «nominelle» Preiserhöhung sinnlos ist (NEWMAN, Wash. U. L. Rev. 2016, 65 f.).

⁸⁶³ NEWMAN, Wash. U. L. Rev. 2016, 66; gleicher Ansatz in Europäische Kommission, Support study, 64. EBEN verfolgt in ihrem Aufsatz eine ähnliche Logik, und zwar macht sie die Anpassung des SSNIP-Tests von den handelbaren persönlichen Daten («Tradable Personal Data», TPD) abhängig vgl. EBEN, ISJLP 2018, 269 ff. für die Umsetzung des SSNIP-Tests mit

Rahmen des SSNIC-Tests lassen sich nicht pauschalisieren, sondern sind für jede Plattform im Einzelfall zu erörtern.

Anhand des Beispiels von YouTube lässt sich gut zeigen, wie sich die Aufmerksamkeitskosten entwickelt haben. Während zu Beginn die Plattform noch keine Werbung aufschaltete, hat YouTube im August 2007 sogenannte «InVideo ads» eingeführt, also Werbungen, die auf dem Video eingeblendet werden.⁸⁶⁴ Im November 2008 folgten die «pre-roll ads», also Werbungen, die vor dem Start des eigentlichen Videos zu sehen sind.⁸⁶⁵ Im Laufe der Zeit änderte sich die Monetarisierung und YouTube führte «skippable video ads» (Werbevideos, die nach einer bestimmten Zeit überspringbar sind), «non-skippable video ads» (Werbevideos, die nicht überspringbar sind), «bumper ads» (kurze, nicht überspringbare Werbevideos) und «overlay ads» (Werbung im Bildformat am unteren Rand des Videos) ein.⁸⁶⁶ Diese Entwicklung zeigt auf, dass sich die Aufmerksamkeitskosten für die Nutzenden über die letzten Jahre vergrößert haben, insbesondere wenn man bedenkt, dass YouTube auch die Werbeformate kombiniert bzw. eine Mehrzahl derselben Werbeformate benutzt. Es ist sehr wohl möglich, dass die Nutzenden vor dem Beginn des eigentlichen Videos ihre Aufmerksamkeit zunächst zwei «non-skippable video ads» und einer «skippable video ad» widmen müssen, bevor sie das Video sehen. Entsprechend ist es ebenfalls möglich, die Aufmerksamkeitskosten mittels Anwendung des SSNIC-Tests quantitativ zu erhöhen, indem die Aufschaltung von mehr oder von längeren Werbevideos geprüft wird.

457

Eine andere Art der Kostenerhöhung liegt vor, wenn die Plattform den Konsumentierenden nicht mehr die besten Suchresultate präsentiert, sondern vor diese Suchergebnisse zuerst Werbung aufschaltet oder sogar eigene Produkte vorschiebt.⁸⁶⁷ In diesen Fällen vergrößert die Plattform ebenfalls die Aufmerksamkeitskosten der Nutzenden, indem sie die eigentliche Funktion der Dienstleistung verschlechtert. Die Nutzenden sind nunmehr verpflichtet, durch

458

handelbaren persönlichen Daten vgl. EBEN, ISJLP 2018, 272 ff.; zum Wert solcher Daten vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)\(1\)](#).

⁸⁶⁴ YouTube, History of Monetization at YouTube, abrufbar unter <<https://web.archive.org/web/20231105123557/https://sites.google.com/a/pressatgoogle.com/youtube5year/home/history-of-monetization-at-youtube>>.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ YouTube Help, YouTube advertising formats, abrufbar unter <<https://support.google.com/youtube/answer/2467968?hl=en>>.

⁸⁶⁷ Mit dieser Anschuldigung sieht sich neuerdings Amazon konfrontiert vgl. FTC, FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power, 26.09.2023, abrufbar unter <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-sues-amazon-illegally-maintaining-monopoly-power>>. Es handelt sich dabei um einen ähnlichen Ansatz wie beim SSNDQ-Test.

unaufgeforderte Suchresultate zu stöbern und Zeit aufzuwenden, bevor sie die ursprünglich angefragte Dienstleistung beanspruchen können. Gleichzeitig kann die Plattform Daten der Konsumierenden sammeln, die ebenfalls einen Teil der Gegenleistung ausmachen.⁸⁶⁸ Mit dieser aufgezwungenen Bereitstellung der (persönlichen) Daten treten bei den Nutzenden zusätzliche Kosten auf.

459 Eine Schwierigkeit des SSNIP-Tests sieht NEWMAN in der Heterogenität der Aufmerksamkeitskosten, da beispielsweise eine Vergrößerung der Werbefläche mit einer verminderten Dauer der ausgesetzten Werbung oder mit einer abnehmenden Sensibilität der gesammelten Daten zusammenhängen kann.⁸⁶⁹ Diese Problematik ist aber nicht nachvollziehbar, da in solchen Fällen keine Netto-Kostenerhöhung stattfindet, sondern die Aufmerksamkeitskosten bloss umgelagert werden. Es ist deshalb vorstellbar, die Erhöhung der Aufmerksamkeitskosten als Alternative zur Erhöhung des Preises heranzuziehen, sofern diese Anpassung korrekt umgesetzt wird. Ohnehin handelt es sich beim SSNIP-Test um eine «imaginäre» Preiserhöhung, welche mittels Kundenbefragungen und anderer Daten zu ermitteln ist. Mithilfe derselben Methoden ist es auch möglich, bloss das Kundenverhalten bei Vergrößerung der Werbefläche oder Verlängerung der Dauer der geschalteten Werbung zu untersuchen.⁸⁷⁰ Durch die geschaltete Werbung ist es insbesondere möglich, die Auswirkungen der indirekten Netzwerkeffekte bei der Anwendung des SSNIP-Tests zu berücksichtigen.⁸⁷¹

460 MANDRESCU ist ebenfalls der Meinung, dass sowohl Aufmerksamkeitskosten als auch Informationskosten für die Nutzenden in der Regel nicht verständlich sind und sie zuerst eine solche Kostenerhöhung spüren müssen, bevor sie in der Lage sind, zu entscheiden, ob sie die Plattform aufgrund der Kostenerhöhung wechseln würden.⁸⁷² Diese Argumentation überzeugt nicht. Während das Bewusstsein für abstrakte Aufmerksamkeits- bzw. Informationskosten den Nutzenden fehlen mag, ist es nicht ersichtlich, inwiefern die Konsumierenden bei einer tatsächlichen Erfahrung von erhöhten Preisen nicht ebenfalls eine andere Ansicht hätten als bloss bei einer theoretischen Kundenbefragung auf einem Papierfragebogen; kurz gefasst haben die Behörden bereits heute ähnliche Probleme mit dem SSNIP-Test.

⁸⁶⁸ Vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)\(1\)](#).

⁸⁶⁹ NEWMAN, Wash. U. L. Rev. 2016, 66.

⁸⁷⁰ Der SSNIP-Test untersucht schliesslich ebenfalls bloss eine Preiserhöhung, ohne dass andere Parameter, wie z.B. die Zahlungsmethode, gleichzeitig als potenzielle Variable mit einbezogen werden.

⁸⁷¹ Vgl. für diese Auswirkungen Kapitel [B.I.1.b\)bb\)](#).

⁸⁷² MANDRESCU, CoRe 2018, 250.

Mit dem SSNIC-Test gehen jedoch auch andere Schwierigkeiten einher, deren Ursprung in der Regel ebenfalls in der Natur der Märkte der digitalen Wirtschaft liegt. Die Vergrößerung der Werbeflächen erlaubt den Plattformen grundsätzlich mehr Werbung von unterschiedlichen Werbenden zu schalten. Dieser Umstand kann dazu führen, dass vereinzelte Unternehmen sich dagegen entscheiden, ihre Werbung aufzuschalten und so die Preisstruktur der Plattform beeinflussen können. Für die Anwendung des SSNIC-Tests ist es deshalb problematisch, bloss die Auswirkungen auf einer Plattformseite zu messen, da die Veränderungen einzelner Variablen in der Regel ebenfalls Auswirkungen auf der anderen Plattformseite haben können. Diese Problematik kann zu zusätzlichen Auswirkungen im Rahmen der Netzwerkeffekte führen, die in der digitalen Wirtschaft ebenfalls zu berücksichtigen sind.

461

dd) Eignung des SSNIP-Tests für die Märkte der digitalen Wirtschaft

Wie dargelegt, zeigt der SSNIP-Test bereits in traditionellen Märkten nicht vernachlässigbare Schwächen auf, welche in den Märkten der Plattformökonomie weiterhin bestehen. Das Hauptproblem ist, dass grundsätzlich die erforderlichen Daten zur Durchführung des SSNIP-Tests fehlen bzw. deren Erhebung nicht die erforderliche empirische Aussagekraft hat. Während dieselben Probleme in der digitalen Wirtschaft ebenfalls bestehen, kommt hinzu, dass hier der SSNIP-Test mit der Herausforderung der Mehrseitigkeit der Plattformen und den Wirkungen der Netzwerkeffekte konfrontiert ist; dies erschwert die zuverlässige Datenerhebung für eine fundierte Durchführung des SSNIP-Tests zusätzlich. Darüber hinaus erweist sich die typische Unentgeltlichkeit der digitalen Wirtschaft als mathematisches Problem, welches nur teilweise mit dem SSNDQ-Test bzw. dem SSNIC-Test gelöst werden kann.

462

Es ist also fraglich, ob der SSNIP-Test in der Digitalökonomie weiterhin zur Anwendung kommen sollte;⁸⁷³ sinnvoller sind deshalb in erster Linie weiterhin die Orientierung am Bedarfsmarktkonzept und der Einsatz des SSNIP-Tests bloss als Hilfestellung, wenn die dargelegten Probleme mindestens teilweise überwunden werden können.

463

⁸⁷³ Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in Sachen *Ticketvertrieb* den SSNIP-Test auf mehrseitigen Märkten als «kaum aussagekräftig» und für bloss als Hilfestellung komplementär zum Bedarfsmarktkonzept anwendbar erklärt (Urteil des OLG Düsseldorf vom 05.12.2019 – *Ticketvertrieb*, Rn. 52). Auch die Europäische Kommission kommt in ihrer «Support Study» zur Erkenntnis, dass die Behörden den SSNIP-Test auf mehrseitigen Märkten in der Regel nicht anwenden vgl. Europäische Kommission, *Support study*, 59 ff.

- 464 Im Endeffekt findet der SSNIP-Test – falls überhaupt – in angepasster Form Anwendung, da weder separate Einzelmärkte noch ein einheitlicher Gesamtmarkt es erlauben, die mit der Mehrseitigkeit zusammenhängenden Netzwerkeffekte ausser Acht zu lassen. Insofern ist die Unterscheidung zwischen separaten Einzelmärkten und einem einheitlichen Gesamtmarkt bei der Anwendung des SSNIP-Tests bloss bedingt sinnvoll.⁸⁷⁴ Diese Differenzierung ist allerdings nicht gänzlich überflüssig, da sie sowohl beim Bedarfsmarktkonzept als auch bei der Ermittlung der beherrschenden Stellung eine wichtige Rolle spielt.
- 465 Auch gemäss der Praxis der Behörden eignet sich der SSNIP-Test nicht für die Märkte der digitalen Wirtschaft. In Sachen *Google Search (Shopping)* hat die Europäische Kommission festgehalten, dass der SSNIP-Test aufgrund der Untergeltlichkeit der Leistungen von Google nicht zweckmässig ist.⁸⁷⁵ In Sachen *Google Android* hat die Kommission zwar die potenzielle Anwendung des SSNDQ-Tests angedeutet, gleichzeitig aber erwähnt, dass der SSNIP-Test ungeeignet sei.⁸⁷⁶ Das Gericht der Europäischen Union hat in nächster Instanz die Herangehensweise der Europäischen Kommission bestätigt und ausdrücklich festgehalten, dass der SSNDQ-Test eine mögliche Alternative ist, um einen Markt zu definieren.⁸⁷⁷ Ausserdem hat die Europäische Kommission diese Erkenntnis des Gerichts der Europäischen Union in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes aufgenommen und als geeignete Lösung für die Abgrenzung des relevanten Marktes präsentiert.⁸⁷⁸
- 466 Ein angepasster SSNIP-Test dürfte sich folglich in der Zukunft durchsetzen. Dabei eignet sich der SSNIC-Test als angepasste Form des SSNIP-Tests besser als der SSNDQ-Test. Obwohl die Europäische Kommission in der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes und das Gericht der Europäischen Union in Sachen *Google Android* den SSNDQ-Test als Alternative ansehen, dürfen dessen Schwächen – insbesondere bei der

⁸⁷⁴ Ähnlich bereits SMITH/DUKE, ECJ 2021, 107 f.

⁸⁷⁵ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 245 («the SSNIP test would not have been appropriate in the present case because Google provides its search services for free to users»).

⁸⁷⁶ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 267 («[the] SSNIP test may prove unsuitable»).

⁸⁷⁷ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 177 und Rn. 181.

⁸⁷⁸ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 30 mit Fn. 54 und Rn. 98.

Quantifizierung⁸⁷⁹ und Objektivierung – nicht vernachlässigt werden. Aufgrund der besseren Möglichkeit zur Quantifizierung der betroffenen Parameter beim SSNIC-Test ist diesem der Vorrang zu gewähren.

b) Kreuzpreiselastizität

Als quantitative Marktabgrenzungsmethode existiert neben dem SSNIP-Test zudem das Konzept der Kreuzpreiselastizität. Der SSNIP-Test ist genau genommen eine Unterkategorie der Kreuzpreiselastizität. Die Kreuzpreiselastizität untersucht den Zusammenhang zwischen zwei Gütern und misst, welchen Einfluss eine Veränderung des Preises des untersuchten Gutes auf die Nachfrage bzw. die nachgefragte Menge dieses Gutes hat. Dieses Konzept zeigt mit quantifizierbaren Parametern das wettbewerbliche Verhältnis von zwei Gütern. Da es sich dabei um eine Reaktion aus Sicht der Nachfragenden handelt, erfasst die Kreuzpreiselastizität die Substituierbarkeit von zwei Gütern aus Nachfragesicht.⁸⁸⁰ Als Faustregel gilt, dass der Elastizitätsgrad bei starken Wechselwirkungen zwischen Preisänderung und Produktwechsel höher ist (und tiefer bei niedrigen Wechselwirkungen); ein hoher Elastizitätsgrad wiederum spricht für eine hohe Abhängigkeit und für einen gemeinsamen Markt der untersuchten Produkte.⁸⁸¹

467

Die Kreuzpreiselastizität ist zunächst mit denselben Schwierigkeiten konfrontiert wie der SSNIP-Test.⁸⁸² Im Rahmen der digitalen Wirtschaft stellt sich also insbesondere die Frage, inwiefern die Kreuzpreiselastizität die Mehrseitigkeit und die Netzwerkeffekte korrekt berücksichtigen kann. Zudem basiert diese Methodik ausdrücklich auf der Elastizität des Preises, also stellt die Unentgeltlichkeit der Digitalökonomie für sie eine zusätzliche Herausforderung dar.⁸⁸³

468

⁸⁷⁹ Das Gericht der Europäischen Union und die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes führen allerdings aus, dass «die Festlegung eines genauen quantitativen Standards für die Verschlechterung der Qualität des Zielprodukts keine Voraussetzung für die Anwendung des SSNDQ-Tests» sei; es brauche insbesondere «keine vorherige Festlegung eines präzisen Standards für die Verschlechterung» (Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 180; vgl. auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 30 mit Fn. 54). Folglich ist es fraglich, inwiefern die Schwierigkeit der Quantifizierung als Schwäche aufgefasst werden kann; im Detail vgl. Kapitel [C.IV.3.a\)cc](#)(2)(i) mit [Rn. 454](#).

⁸⁸⁰ LENSSEN, 266 f. m.w.V.

⁸⁸¹ Heymanns Komm. KartellR-VON ROSENBERG, Art. 2 FKVO, Rn. 22; vgl. auch HANS, 142.

⁸⁸² Vgl. Kapitel [C.IV.3.a](#)), insb. Kapitel [C.IV.3.a\)cc](#)).

⁸⁸³ Dies insbesondere unter Beachtung der Entscheidungen der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichts, welche die Anwendung des SSNIP-Tests bei unentgeltlichen Leistungen verneint haben vgl. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google*

Es ist folglich auch nicht möglich, die Elastizität über die Qualität zu messen, da es sich hier nicht um einen Preis handelt und es darüber hinaus an hinreichend quantifizierbaren Parametern fehlt.⁸⁸⁴ Im Zusammenhang mit der Kreuzpreiselastizität ist demnach bloss eine mit dem SSNIC-Test vergleichbare Anpassung denkbar, da dort quantifizierbare Parameter vorliegen, die in der digitalen Wirtschaft als Ersatz für den Preis der traditionellen Märkte anzusehen sind.⁸⁸⁵

469 Trotz dieser Möglichkeit ist die Definition des sachlich relevanten Marktes mittels Kreuzpreiselastizität – ähnlich wie mittels des SSNIP-Tests – in der Plattformökonomie bloss bedingt sinnvoll. Obwohl verschiedene Anpassungen versuchen, die quantitativen Methoden für die digitale Wirtschaft anwendbar zu machen, sind diese nicht überzeugend. Die praktischen Schwächen und die zusätzlich auftretenden Herausforderungen der digitalen Wirtschaft überwiegen die potenziellen Vorteile dieser Ansätze. Deren ausschliesslicher Einsatz scheint deshalb wenig sinnvoll, weshalb die quantitativen Methoden bei der Marktabgrenzung bloss als Hilfestellung heranzuziehen sind.

4. Zwischenfazit

470 Auch in der digitalen Wirtschaft werden sich die Behörden in Zukunft in erster Linie auf die qualitativen Methoden zur Definition des sachlich relevanten Marktes stützen. Das Bedarfsmarktkonzept wird in Zukunft weiterhin primär zur Anwendung kommen, denn es erlaubt die Netzwerkeffekte sowohl bei der Abgrenzung eines einheitlichen Gesamtmarktes als auch bei der Abgrenzung separater Einzelmärkte zu berücksichtigen. Bei dieser Herangehensweise sind zwar punktuelle Anpassungen erforderlich, diese sind aber grundsätzlich umsetzbar, ohne das grundlegende Prinzip des Bedarfsmarktkonzepts zu verändern. Im Rahmen einer Gesamtanalyse aller Umstände sind die Auswirkungen der Netzwerkeffekte, insbesondere die unterschiedlichen Wirkungen der positiven und/oder negativen Rückkopplungseffekte, miteinzubeziehen.

Android, Rn. 266 f.; EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 245; Urteil des EuG, Rs. T-699/14 vom 11.01.2017, *Topps Europe/Kommission*, Rn. 82 («The SSNIP test may also prove unsuitable in certain cases, for example [...] where there are free goods or goods the cost of which is not borne by those determining the demand»).

⁸⁸⁴ Vgl. im Detail Kapitel [C.IV.3.a\)bb\)](#) und Kapitel [C.IV.3.a\)cc\)](#).

⁸⁸⁵ Vgl. Kapitel [C.II.1.a\)](#).

Die Angebotsumstellungsflexibilität hingegen ist in der digitalen Wirtschaft keine zuverlässige Methode für die Marktabgrenzung, da in der Regel keine kurzfristige Umstellung «ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken» möglich ist. Die Unternehmen der Digitalökonomie sind mit erheblichen Investitionen und grossem Zeitaufwand konfrontiert. Die Lancierung einer neuen Plattform erfordert die Aneignung von neuem Know-how, umfassende Marktanalysen sowie eine zeitaufwändige und organische Integration der eigenen Nutzerbasis in die neue Plattform. Die Angebotsumstellungsflexibilität dürfte in der digitalen Wirtschaft keine grosse Rolle spielen. 471

Bei den quantitativen Methoden kommt dem SSNIP-Test aufgrund der häufigen Anwendung durch die Behörden besondere Bedeutung zu. Auf den Märkten der digitalen Wirtschaft kommen der SSNIP-Test bzw. seine angepassten Formen an ihre Grenzen. Sowohl der SSNDQ-Test als auch der SSNIC-Test versuchen den SSNIP-Test an diese (oft unentgeltlichen) Märkte zu adaptieren, jedoch weisen diese Anpassungen zusätzliche Herausforderungen auf, welche ihre Anwendung weiter erschweren und mit fehlenden Daten bzw. Ungenauigkeiten verbunden sind. 472

Trotz dieser Anpassungsschwierigkeiten hat der SSNDQ-Test in der Praxis Anklang gefunden; sowohl die überarbeitete Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes als auch das Gericht der Europäischen Union erachten den SSNDQ-Test als angemessene Alternative in der digitalen Wirtschaft. Gemäss den vorliegenden Erkenntnissen erweist sich allerdings der SSNIC-Test als bessere Alternative als der SSNDQ-Test, weil Letzterer qualitative und quantitative Elemente vermengt. Diese Problematik kann mit der Anwendung des SSNIC-Tests behoben werden, da dieser sich bloss auf quantifizierte Werte stützt. 473

Das Bedarfsmarktkonzept wird im Rahmen der Marktabgrenzung voraussichtlich weiterhin die erste Wahl der Behörden bleiben, während der SSNIC-Test als alternative Methode zu betrachten ist. 474

V. Marktabgrenzung bei digitalen Ökosystemen im Besonderen

1. Grundlagen

⁴⁷⁵ Bei der Untersuchung der digitalen Ökosysteme sind zusätzliche Elemente zu berücksichtigen. Diese Ökosysteme bestehen in der Regel aus einem Unternehmen, das als Eigentümer des digitalen Ökosystems auftritt sowie einer Reihe von Unternehmen, die in das weitere Geschäftsmodell einbezogen sind. Diese Unternehmen bzw. Dienstleistungen weisen starke Interdependenzen auf und sind darauf ausgerichtet, zusammenzuarbeiten und die wertschöpfenden Mechanismen zu internalisieren.⁸⁸⁶ Gleichzeitig haben diese «Satelliten-Unternehmen»⁸⁸⁷ eine gewisse Autonomie und sind somit nicht nur eine untrennbare Abteilung des Eigentümers. «Satelliten-Unternehmen» verfolgen eigene Geschäftsziele, die in der Regel mit den Zielen der Muttergesellschaft vereinbar sind.⁸⁸⁸ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob bei digitalen Ökosystemen das Argument der Cluster Markets bzw. Bundle Markets anwendbar ist.

2. Eingliederung in bereits bekannte Konzepte

⁴⁷⁶ Die Erfassung der digitalen Ökosysteme in der Marktabgrenzung des Kartellrechts erweist sich als schwieriger als die «traditionelle» Marktabgrenzung oder auch die Marktabgrenzung der Plattformen. Eine Anwendung bereits entwickelter Konzepte im Kontext der digitalen Ökosysteme kann dabei helfen. Es ist potenziell möglich, eine Analogie zu den Cluster Markets, Bundle Markets oder Systemmärkten zu ziehen.⁸⁸⁹

⁸⁸⁶ Von grosser Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Netzwerkeffekte, da sie eine potenzielle Ausdehnung auf neue Märkte erlauben vgl. auch Kapitel [B.1.5.c](#).

⁸⁸⁷ Bei den Satelliten-Unternehmen handelt es sich um jene Entitäten, die rund um das als Eigentümer des Ökosystems agierende Unternehmen aufgebaut wurden.

⁸⁸⁸ Vgl. im Detail zu den digitalen Ökosystemen Kapitel [B.1.5.c](#).

⁸⁸⁹ Ähnlich bereits ROBERTSON, Concurrences 2021, 5 ff., wonach die Cluster Markets und Systemmärkte herangezogen wurden.

a) Cluster Markets

Bei den Cluster Markets handelt es sich um Märkte, die komplementäre Güter, welche funktionell nicht austauschbar sind, in einem einzigen Markt fassen. Solche Cluster Markets bestehen nur, wenn die Konsumierenden die Trennung dieser Güter nicht als Alternative betrachten.⁸⁹⁰ Die Theorie der Cluster Markets hat sich in den Vereinigten Staaten von Amerika entwickelt⁸⁹¹ und verlangt, dass (1) viele Verbrauchende die Bequemlichkeit bevorzugen, die Produkte und Dienstleistungen zusammengefasst zu erhalten, (2) oder dass Skaleneffekte Einsparungen beim Vertrieb des Clusters ermöglichen (im Gegensatz zum Vertrieb eines einzelnen Produkts oder einer einzelnen Dienstleistung) und (3) die Unternehmen, die nur eines der Güter des Clusters anbieten, nicht ohne Weiteres auch die anderen Produkte und Dienstleistungen hinzufügen könnten.⁸⁹²

477

Gemäss HOVENKAMP erfüllt Facebook das erste Kriterium, wonach Verbrauchende die Bequemlichkeit bevorzugen, die Produkte und Dienstleistungen zusammengefasst zu erhalten, da die Plattform viele nichtkonkurrierende Dienste anbietet. Als Beispiele hierfür sind das Hochladen von Fotos, das Hochladen von Videos, die Bulletin Boards, der Marketplace (ähnlich wie eBay bzw. Tutti.ch) oder auch die Geschäftsseiten von Facebook zu nennen. Obwohl viele Nutzende nicht alle Dienste benutzen, ist die sofortige Verfügbarkeit dieser Cluster wertvoll für sie; für viele Verbrauchende ist es bedeutend, die Möglichkeit zu haben, mit einem einzigen Profil und ohne weiteres Login alle Funktionen auf einer Website benutzen zu können.⁸⁹³ Die Situation der digitalen Ökosysteme ist jedoch nicht mit dieser Beschreibung von Facebook vergleichbar. Wendet man sich aber dem Ökosystem von Meta zu, sind andere Umstände zu berücksichtigen. Meta hat im letzten Jahrzehnt u.a. Instagram, WhatsApp und Oculus VR akquiriert und bietet auch AR-Brillen (Augmented-Reality-Brillen) an. Während Facebook alle Dienste auf einer Plattform offe-

478

⁸⁹⁰ Europäische Kommission, Support study, 84 f.

⁸⁹¹ Soweit ersichtlich, kam diese Theorie in Sachen *United States v. Philadelphia Nat'l Bank* auf vgl. SCOTUS, *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321, 356 (1963); das EuG und EuGH haben sich in Sachen *Erste Group Bank u.a. gegen Kommission* ebenfalls in einem einzigen Urteil auf die Theorie der Cluster Markets bezogen, ohne diese ausdrücklich zu nennen, jedoch kam sie seither nicht mehr zur Anwendung vgl. Urteil des EuG, verbundene Rs. T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02 vom 14.12.2006, *Raiffeisen/Kommission*, Rn. 174 und bestätigt in Urteil des EuGH, verbundene Rs. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P und C-137/07 P vom 24.09.2009, *Erste Group Bank u.a./Kommission*, Rn. 59.

⁸⁹² AREEDA/HOVENKAMP, 565c1; ferner HOVENKAMP, CBLR 2022, 253.

⁸⁹³ AREEDA/HOVENKAMP, 565c2; HOVENKAMP, CBLR 2022, 254 f.

riert, entfällt diese Bequemlichkeit bei der Ansicht des digitalen Ökosystems. Die Nutzenden brauchen für Instagram ein neues Profil, das nach der Registrierung neu aufzusetzen ist; WhatsApp wird ebenfalls getrennt geführt und verlangt eine Telefonnummer für die Registrierung. Das Angebot von AR-Brillen als Hardware ist für die User von Facebook, Instagram oder WhatsApp ebenfalls irrelevant. Gesamthaft betrachtet ist den Nutzenden dieser einzelnen Dienste in der Regel gleichgültig, ob das Ökosystem neben dem Dienst, den die User selbst benutzen, auch Instagram, WhatsApp, Facebook oder AR-Brillen anbietet. In diesen Fällen werden die Verbrauchenden ein digitales Ökosystem in der Regel nicht aus Bequemlichkeit bevorzugen, sondern aufgrund der spezifischen Dienstleistung.

- 479 Beim zweiten Kriterium sind die Tatsachen des Einzelfalls zu untersuchen. In der digitalen Wirtschaft liegen regelmässig Skaleneffekte und Grössenvorteile vor, die zum Wachstum von Unternehmen in der Digitalökonomie beigetragen haben.⁸⁹⁴ Dieser Umstand verschärft sich, wenn die digitalen Ökosysteme Kosteneinsparungen innerhalb des Ökosystems ermöglichen, weil unterschiedliche Dienste die Verarbeitung gleicher bzw. ähnlicher Daten erfordert.⁸⁹⁵
- 480 Schliesslich hat die Theorie der Cluster Markets eine gewisse Nähe zur Angebotsumstellungsflexibilität, da die dritte Voraussetzung die Möglichkeit in Betracht zieht, ob Unternehmen, die noch nicht alle Produkte des Clusters anbieten, diese ihrem Portfolio noch hinzufügen können. Wie bereits dargelegt, bietet sich die Angebotsumstellungsflexibilität bei der Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft in der Regel nicht als alternativer Ansatz an,⁸⁹⁶ weshalb auch bei den Cluster Markets fraglich bleibt, ob Unternehmen, die noch nicht alle Produkte oder Dienstleistungen des Clusters offerieren, diese «ohne Weiteres» ebenfalls anbieten könnten. In der Digitalökonomie ist die Erweiterung der angebotenen Güter insbesondere mit der Übernahme innovativer Unternehmen verbunden und geschieht nicht bloss mit dem Hinzufügen einer neuen Abteilung in einem bestehenden Unternehmen.
- 481 Für die Anwendung der Cluster Markets sprechen grundsätzlich bloss die Skaleneffekte, auf die sich die digitalen Ökosysteme stützen können. Dies dürfte nicht genügen, die Theorie der Cluster Markets bei den digitalen Ökosystemen anzuwenden. Für den europäischen Kontext ist ausserdem zu erwähnen, dass sich diese Theorie in Europa ohnehin nicht durchgesetzt hat und in den Vereinigten Staaten von Amerika nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommt.

⁸⁹⁴ Vgl. im Detail Kapitel [B.1.2](#).

⁸⁹⁵ Vgl. auch HOVENKAMP, CBLR 2022, 255 f.

⁸⁹⁶ Vgl. Kapitel [C.IV.2.b](#).

b) Bundle Markets

Im Gegensatz zu den Cluster Markets, welche einzelne, sachlich relevante Märkte zusammenfassen, handelt es sich bei den Bundle Markets um eine Bündelung von Produkten oder Dienstleistungen, die den relevanten Markt ausmachen. Die Unternehmen bieten hier die Produkte oder Dienstleistungen zusammen an oder die Nutzenden profitieren vom «one stop shopping»⁸⁹⁷ (dem Angebot «aus einer Hand» bzw. der Möglichkeit, alle Produkte am selben Ort zu erwerben).⁸⁹⁸ Die Bundle Markets sind insbesondere im Rahmen von Supermärkten von Bedeutung, da die Kund*innen in der Regel unterschiedliche Güter im selben Supermarkt einkaufen und ihre Transaktionskosten reduzieren; dadurch messen sie ihren Einkauf potenziell am Gesamtwert aller Güter zusammen.⁸⁹⁹ 482

Im Zusammenhang mit den Bundle Markets ist von Bedeutung, in welchem Kontext der Sachverhalt steht. Während es möglich ist, für Supermärkte als eine Einheit einen sachlich relevanten Markt abzugrenzen, schliesst das nicht aus, dass auch für die einzelnen Produkte im Supermarkt separate, sachlich relevante Märkte vorliegen können. Das Wirken von Netzwerkeffekten, Skaleneffekten oder Lock-in-Effekten in der digitalen Wirtschaft ändert an dieser Tatsache nichts, da sich die Bundle Markets auf den Kauf bzw. Konsum unterschiedlicher Güter beziehen; insbesondere wenn unterschiedliche Plattformen eines digitalen Ökosystems weiterhin separate Registrationen und die jeweils neue Einrichtung eines Profils verlangen, können keine Aufwandskosten gespart werden. In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage der Interoperabilität zwischen den Plattformen, um Transaktionskosten zu sparen. Da jedoch digitale Ökosysteme in der Regel Plattformen betreiben, die sich grundsätzlich in der angebotenen Leistung unterscheiden, hält sich die Interoperabilität in einem beschränkten Mass und ist bloss punktuell möglich. Diese Kosteneinsparungen genügen jedoch nicht, um die Theorie der Bundle Markets anzuwenden. 483

⁸⁹⁷ Auch die Europäische Kommission hat sich bereits auf ähnliche Ideen bezogen, jedoch hat sich diesbezüglich keine feste Rechtsprechung mit konkreteren Ausführungen zu den Voraussetzungen entwickelt vgl. EU-Kommission, COMP/M.4590 vom 25.04.2007, REWE/DELVITA, Rn. 12; EU-Kommission, IV/M.1684 vom 25.01.2000, Carrefour/Promodes, Rn. 10; EU-Kommission, IV/M.1221 vom 03.02.1999 – Rewe/Meinl, Rn. 13; die WEKO folgt derselben Praxis vgl. RPW 2008/1 – Migros/Denner, 144, Rn. 164.

⁸⁹⁸ HAHM/SMITH, The Antitrust Source 2021, 3 f.

⁸⁹⁹ Vgl. zu dieser Thematik HOSKEN/OLSON/SMITH, 1 ff.; ferner HAHM/SMITH, The Antitrust Source 2021, 3; vgl. zudem auch RPW 2008/1 – Migros/Denner, 144, Rn. 164.

484 Darüber hinaus ist die Verwendung von zusätzlichen Plattformen eines digitalen Ökosystems in der Regel mit grösseren Aufmerksamkeitskosten verbunden,⁹⁰⁰ da durch häufigeren Gebrauch von Plattformen auch mehr Aufmerksamkeit für die jeweilige Applikation und deren Werbungen resultieren. Zusätzlich erlaubt die Nutzung unterschiedlicher Plattformen in einem digitalen Ökosystem, ein detaillierteres Datenprofil zur Person zu erstellen; dadurch können die Ökosysteme die Kosten im Rahmen der Bereitstellung der eigenen Daten⁹⁰¹ ebenfalls vergrössern. Folglich ist neben den bloss punktuellen Kosteneinsparungen mit potenziellen Mehrkosten für die Verwendung der unterschiedlichen Plattformen zu rechnen. Die Bundle Markets sind deshalb keine angemessene Alternative für die Marktabgrenzung bei digitalen Ökosystemen.

c) Systemmärkte

485 Sekundärprodukte sind Produkte, welche erst nachgefragt werden, nachdem das Primärprodukt gekauft wurde. Dabei ist es möglich, dass die Sekundärprodukte einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen oder aber mit dem Primärprodukt zusammen einen einzigen, sachlich relevanten Markt – einen sogenannten Systemmarkt.⁹⁰² Als bekannte Beispiele sind Drucker (Primärprodukt) und Druckerpatronen (Sekundärprodukt)⁹⁰³ oder auch Fotoapparate (Primärprodukt) und deren Ersatzleistungen bzw. Serviceleistungen (Sekundärprodukt) zu nennen.⁹⁰⁴

486 Solche systematisch verbundene Komplementärgüter sind aus Sicht der Marktgegenseite potenziell in einem Systemmarkt zu erfassen, obwohl die Güter grundsätzlich nicht substituierbar sind. Falls die Produkte dagegen systematisch nicht oder bloss schwach verbunden sind, liegen separate Einzelmärkte vor. Die systematische Verbundenheit der Primär- und Sekundärprodukte ist anhand der Gegebenheiten des Einzelfalls zu bestimmen. In der Regel lässt sich ein Systemmarkt abgrenzen, wenn der Primärmarkt eine genügend grosse Disziplinarwirkung auf den Sekundärmarkt ausüben kann. Eine disziplinierende Wirkung liegt vor, wenn das Verhalten auf dem Sekundärmarkt

⁹⁰⁰ Zur Aufmerksamkeit als Gegenleistung vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)\(2\)](#).

⁹⁰¹ Zu Daten als Gegenleistung vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)\(1\)](#).

⁹⁰² ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 781 f.; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 176 f.; Europäische Kommission, Evaluierung, 52.

⁹⁰³ Vgl. Urteil des EuGH, Rs. C-56/12 P vom 19.09.2013, EFIM/Kommission, Rn. 12 f. und 37 ff.; RPW 2003/4, Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen, 734 ff., Rn. 14 ff.; vgl. ferner OECD, Aftermarkets, 5.

⁹⁰⁴ SCOTUS, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 474 ff. (1992).

Rückwirkungen auf den Primärmarkt hat, das Unternehmen sich also auf dem Sekundärmarkt nicht unabhängig verhalten kann.⁹⁰⁵ Eine disziplinierende Wirkung des Primärmarktes auf den Sekundärmarkt kann u.a. bei einer hohen Anzahl an gebundenen (engl. «locked-in») Konsumierenden,⁹⁰⁶ niedrigen Wechselkosten im Primärbereich⁹⁰⁷ oder einem ähnlichen Verhalten der Konkurrenz⁹⁰⁸ bejaht werden. Weitere Faktoren, die für die Abgrenzung eines Systemmarktes sprechen, nennt die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes:⁹⁰⁹

- bei grösserer Wahrscheinlichkeit der Berücksichtigung der Lebensdauer des Primärprodukts durch die Kund*innen;
- bei höheren Ausgaben für das Sekundärprodukt im Vergleich zu den Ausgaben für das Primärprodukt;
- bei einem grösseren Grad der Substituierbarkeit des Primärprodukts (und niedrigen Wechselkosten);
- bei Vorliegen von nur wenigen (bzw. keinen) Anbietenden mit Spezialisierung auf das Sekundärprodukt.

Falls die Wahrscheinlichkeit gering ist, dass diese Umstände gegeben sind, liegt es nahe, duale oder mehrere Märkte abzugrenzen. Sind beispielsweise die Sekundärprodukte mit allen oder mit den meisten Primärprodukten kompatibel, liegt es nahe, duale Märkte abzugrenzen. Sind die Kund*innen bei der Verwendung des Primärprodukts hingegen an die Verwendung bestimmter Sekundärprodukte gebunden, ist es zweckmässiger, mehrerer Märkte zu definieren.⁹¹⁰

Gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes kann die Europäische Kommission bei der Prüfung der digitalen Ökosysteme ähnliche Grundsätze wie bei der Abgrenzung von Systemmärkten anwenden.⁹¹¹ Die Kommission vermag bei digitalen Ökosystemen u.a.

487

⁹⁰⁵ RPW 2019/2 – AMAG Vertriebsnetz, 275, Rn. 195; RPW 2010/3 – SAP Wartungspreiserhöhung, 438, Rn. 29; vgl. auch BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 177.

⁹⁰⁶ BISHOP/WALKER, 247, Rn. 6–023.

⁹⁰⁷ RPW 2014/2 – Netzwerkgeräte Cisco Systems, 363, Rn. 98; RPW 2010/3 – SAP Wartungspreiserhöhung, 438, Rn. 30 und Rn. 441, Rn. 56 ff.

⁹⁰⁸ RPW 2003/4, Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen, 736 f., Rn. 18; RPW 2000/4 – Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG, E. 5.3, 737.

⁹⁰⁹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 101.

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 104 mit Verweis auf EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 299. Bei dieser Entscheidung erwägt die Kommission die Abgrenzung eines Systemmarktes (Stores für Software-Anwendungen und Be-

zu prüfen, ob die «Satelliten-Produkte» (Sekundärprodukte) einer Kernplattform (Primärprodukt) in Form von gebündelten Produkten einen eigenen Markt oder gemeinsam mit der Kernplattform einen Systemmarkt bilden. Die Verwendung der «Satelliten-Produkte» kann mit der Kernplattform beispielsweise aus technologischen Gründen oder aus Gründen der Interoperabilität verbunden sein.⁹¹² Allerdings erweist sich die Theorie der Systemmärkte im Rahmen der digitalen Ökosysteme als keine adäquate Methode, um die Ökosysteme als Ganzes zu analysieren;⁹¹³ sie stellt insbesondere keinen allgemein anwendbaren Ansatz dar, da sie nicht auf alle digitalen Ökosysteme anwendbar ist.⁹¹⁴ Trotzdem ist die Theorie der Systemmärkte weiterhin von Bedeutung für die Würdigung der systematischen Verbundenheit von verschiedenen Diensten eines digitalen Ökosystems. Folglich liegt den Systemmärkten in der digitalen Wirtschaft der bisherige Anwendungszweck zugrunde, und zwar die Untersuchung, ob ein Primärprodukt des Ökosystems genügend Disziplinwirkung auf ein Sekundärprodukt ausüben kann, um die Güter als systematisch verbunden anzusehen und in einen Systemmarkt zu packen.⁹¹⁵ Den Systemmärkten kommt jedoch kein darüber hinausgehender Stellenwert zu, der eine grundlegende Änderung der Marktabgrenzung für digitale Ökosysteme herbeiführen würde.

- 488 Gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes hat die Kommission – neben der Anwendung der Grundsätze der Sekundärmärkte – auch weitere Möglichkeiten für die Marktdefinition der digitalen Ökosysteme. Die Europäische Kommission erwähnt in ihrer überarbeiteten Bekanntmachung, dass sie «in jedem Fall Elemente wie Netzwerkeffekte, Wechselkosten und (Einzel- und/oder Multi-)Homing-Entscheidungen

triebssysteme für intelligente Mobilgeräte), kommt allerdings zum Schluss, dass die Voraussetzungen nicht gegeben sind.

⁹¹² Um diese Frage im Einzelfall beantworten zu können, müssen die Regeln zur Abgrenzung eines Systemmarktes zur Anwendung kommen (vgl. hierfür Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 101; vgl. auch Kapitel [C.V.2.c](#)) mit [Rn. 486](#)).

⁹¹³ Zur Abgrenzung eines Marktes für das gesamte Ökosystem vgl. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 104; auch Europäische Kommission, Support study, 84 ff.

⁹¹⁴ So auch Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 104, wonach eine vom Anschlussmarkt bzw. von gebündelten Produkten ausgehende Marktabgrenzung «nicht auf alle digitalen Ökosysteme anwendbar ist». Gemäss JACOBIDES/LIANOS können einfachere Ökosysteme mit dem Ansatz der Systemmärkte erfasst werden, wobei diese Herangehensweise insbesondere die Lock-in-Effekte nicht genügend berücksichtigt, vgl. JACOBIDES/LIANOS, Ind. Corp. Chang. 2021, 1207.

⁹¹⁵ Mit ähnlichen Überlegungen auch Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 116; vgl. ferner Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 104 mit Fn. 142.

bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bzw. der sachlich relevanten Märkte berücksichtigen» kann.⁹¹⁶ Dieser Ansatz entspricht der hier vertretenen Ansicht, wonach unter Bezug aller relevanten Informationen eine Gesamtanalyse durchzuführen ist, um den relevanten Markt zu definieren. Diese Elemente sind bei einem ebenenbasierten Ansatz ebenfalls in Betracht zu ziehen.

3. Marktabgrenzung nach unterschiedlichen Ebenen des Ökosystems

Wie dargelegt, können die Behörden gewisse Rückschlüsse aus der Theorie der Cluster Markets, Bundle Markets und der Systemmärkte für die digitalen Ökosysteme ziehen, aber diese Theorien eignen sich nicht als bedenkenlose Lösungsvorschläge. 489

Ebenfalls nicht zielführend ist eine Kategorisierung der digitalen Ökosysteme in offene und geschlossene Ökosysteme.⁹¹⁷ Dieser Ansatz führt – ähnlich wie bei der Plattformtheorie⁹¹⁸ – zur Pauschalisierung von komplexen Sachverhalten. Die Qualifizierung als offenes oder geschlossenes Ökosystem kann nach der hier vertretenen Ansicht nicht als Anlass genommen werden, einzelne Märkte für die einzelnen Produkte des Ökosystems oder einen Markt für das gesamte Ökosystem abzugrenzen.⁹¹⁹ Gemäss der Auslegung der Europäische Kommission ist bei Fällen zwischen offenen und geschlossenen Ökosystemen diese Herangehensweise nicht zweckmässig. Deshalb fordert sie eine einzel-fallbasierte Betrachtung des Sachverhalts.⁹²⁰ Darüber hinaus lehnt auch das Gericht der Europäischen Union das Argument ab, dass offene Ökosysteme aufgrund ihrer Offenheit grösserem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind.⁹²¹ Daraus lässt sich ableiten, dass Argumente gestützt auf die Offenheit oder Geschlossenheit der digitalen Ökosysteme bloss bedingt sinnvoll sind und das 490

⁹¹⁶ Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 104.

⁹¹⁷ Europäische Kommission, Support study, 80 ff. m.w.H.; vgl. auch HEINEMANN, Digital Ecosystems, 19.

⁹¹⁸ Vgl. Kapitel [C.III.3.d](#)), insb. Kapitel [C.III.3.d\)cc](#)).

⁹¹⁹ A.M. Europäische Kommission, Support study, 82.

⁹²⁰ Europäische Kommission, Support study, 81 f.

⁹²¹ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 233 («Accordingly, the Commission rightly concluded that the open-source nature of the AOSP licence did not constitute a sufficient competitive constraint to counterbalance Google's dominant position on the market for licensable OSS.»).

Gericht solche Kategorisierungen in Zukunft ebenfalls ablehnen wird, da eine Gesamtanalyse erforderlich ist.

- 491 Alternativ ist es möglich, verschiedene Ebenen des Wettbewerbs zu unterscheiden. Hierfür sind die Ebene des Wettbewerbs zwischen einzelnen Dienstleistungen innerhalb von Ökosystemen und die Ebene des Wettbewerbs zwischen den digitalen Ökosystemen selbst zu differenzieren. Gemäss dem Bedarfsmarktkonzept wird aus Sicht der Marktgegenseite die Austauschbarkeit der Güter untersucht. Die Konsumierenden sehen nur selten gesamte Ökosysteme als austauschbar an; sie interessieren sich in der Regel für bestimmte Produkte und Dienstleistungen innerhalb des Ökosystems.⁹²²
- 492 Ohne diese Unterscheidung der Wettbewerbsebenen besteht das Risiko, dass jeder Sachverhalt pauschalisiert als Wettbewerb zwischen digitalen Ökosystemen behandelt wird.⁹²³ Die Europäische Kommission hat in Sachen *Google Android* ebenfalls zwischen verschiedenen Ebenen von Produkten und Märkten unterschieden, da sie sich auf ein «Android-Ökosystem» bezieht⁹²⁴ und gleichzeitig separate Märkte für einzelne Komponenten (bzw. Dienstleistungen) dieses Ökosystems abgrenzt.⁹²⁵ Daraus lässt sich ableiten, dass die Europäische Kommission mindestens nicht abgeneigt ist, einen ebenenbasierten Ansatz bei digitalen Ökosystemen anzuwenden.⁹²⁶ Das Gericht der Europäischen Union

⁹²² So bereits YILDIZ/WEBER, EuZ 2023, C18 («It is rare that consumers will consider whole ecosystems as interchangeable; they rather care about single products in an ecosystem.»); vgl. auch HEINEMANN, Digital Ecosystems, 24.

⁹²³ YILDIZ/WEBER, EuZ 2023, C18 («a general definition of ecosystem markets may lead to erroneous markets»); a.M. AUER, 3 ff., wonach unzutreffend aufgrund dieser pauschalisierten Ansicht indirekt die Ökosysteme von Apple und Google und nicht mehr der eigentlich kartellrechtlich relevante Markt verglichen werden.

⁹²⁴ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 120 ff., insb. Rn. 148 ff. und Rn. 624.

⁹²⁵ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 217; die Kommission grenzt einen Markt für die Lizenzierung von Betriebssystemen für intelligente Mobilgeräte (EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 218 ff.), einen Markt für Android-App-Stores (EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 268 ff.), einen Markt für allgemeine Suchdienste (EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 323 ff.) und einen Markt für nicht betriebssystemspezifische mobile Internetbrowser (EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 367 ff.) ab.

⁹²⁶ Zu einem ähnlichen Schluss kommen verschiedene Autor*innen in der Literatur, die anhand des Einzelfalls ebenfalls eine Abgrenzung eines Marktes für das digitale Ökosystem und/oder die Abgrenzung verschiedener Märkte für die jeweiligen Dienstleistungen befürworten vgl. ROBERTSON, *Concurrences* 2021, 7 f.; EBEN/ROBERTSON, *J. Comp. L. & Econ.* 2021, 36 f.; LANCIERI/SAKOWSKI, *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 2021, 81 und 168; vgl. ferner auch Europäische Kommission, *Support study*, 84 ff.

hat in Sachen *Google Android* ebenfalls eine Herangehensweise nach den unterschiedlichen Ebenen befürwortet.⁹²⁷

Nach der hier vertretenen Ansicht ist einerseits weiterhin zwischen der Marktabgrenzung und der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung zu trennen, andererseits ist bei digitalen Ökosystemen eine ebenenbasierte Herangehensweise erforderlich. Andernfalls wäre es beispielsweise im Rahmen der Kopplungsgeschäfte kaum mehr möglich, zwischen einem Kopplungs-
markt und einem gekoppelten Markt zu unterscheiden. Folglich wären die Behörden nicht mehr in der Lage, die marktbeherrschende Stellung einzelner Plattformen festzustellen. Dadurch könnten sie auch keine wettbewerbswidrigen Kopplungen erfassen. Diese Implikationen, welche über die Marktabgrenzung hinaus entstehen, sind im Rahmen der Analyse der Marktmacht und der Kopplungsgeschäfte zu beachten.⁹²⁸ Ferner ist im Rahmen der digitalen Ökosysteme insbesondere darauf zu verzichten, die Ansicht der Öffentlichkeit als Argument für die Marktabgrenzung selbst bzw. für Fehler in der Marktabgrenzung heranzuziehen,⁹²⁹ da die Definition der Märkte im Kartellrecht ein spezifisches Ziel verfolgt und der kartellrechtliche Marktbe-
griff von anderen Markt-
begriffen abzugrenzen ist.⁹³⁰

493

a) Wettbewerb zwischen digitalen Ökosystemen

Beim Wettbewerb zwischen den digitalen Ökosystemen handelt es sich um die Makroperspektive; der Fokus liegt dabei nicht auf den einzelnen Dienstleistungen, sondern auf dem jeweiligen Ökosystem selbst.⁹³¹ Diese Herangehensweise erweist sich insbesondere im Rahmen der Unternehmenszusammenschlüsse als wichtig, da diese in der Regel gezielt der Verbesserung bzw.

494

⁹²⁷ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 117 («may therefore require multi-level or multi-directional examination»).

⁹²⁸ Vgl. Kapitel [D.III.1.f](#), Kapitel [D.III.2.f](#) und Kapitel [E.III.1.b\)bb](#)) (insb. [Rn. 820](#)).

⁹²⁹ Vgl. AUER, 3 mit der Aussage «Everyone but the European Commission thinks that iOS competes with Android» und «The internet is replete with Android versus iPhone buying guides». Insbesondere die zweite Aussage verdeutlicht die Gefahr solcher pauschalen Aussagen, da Android ein Betriebssystem bzw. eine Softwareplattform ist, während es sich bei iPhones um Hardware handelt. Es ist ohnehin fragwürdig, inwiefern das Internet relevant ist für die Marktabgrenzung im Kartellrecht, vor allem vor dem Hintergrund, dass der kartellrechtliche Marktbe-
griff von anderen Markt-
begriffen zu unterscheiden ist (vgl. Kapitel [C.1.1](#)).

⁹³⁰ Vgl. Kapitel [C.1.1](#) und Kapitel [C.1.2](#).

⁹³¹ Einen ähnlichen Ansatz hat die WEKO bei den Supermärkten gewählt vgl. Kapitel [C.IV.1.b](#)); so auch CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 33 ff. und 47 f.

Vergrößerung des digitalen Ökosystems dienen. In diesen Fällen konkurrieren die Ökosysteme um die Verbrauchenden. Dieser Ansatz ist mit der Abgrenzung von Absatzmärkten vergleichbar, bei denen der sachlich relevante Markt aus einem Sortiment und nicht einem spezifischen Produkt besteht.⁹³²

- 495 Ausserdem spielt in den Fällen des Wettbewerbs zwischen digitalen Ökosystemen die Marktabgrenzung eine weniger grosse Rolle, da in diesem Zusammenhang insbesondere die marktübergreifende Bedeutung des digitalen Ökosystems zentral ist. Hierfür liegt der Fokus der Marktabgrenzung auf den einzelnen Unternehmen des gesamten Ökosystems. Gestützt auf diese ermittelten Märkte der einzelnen Plattformen des Ökosystems ist im Rahmen der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung sodann die marktübergreifende Bedeutung zu analysieren.⁹³³

b) Wettbewerb zwischen einzelnen Dienstleistungen von digitalen Ökosystemen

- 496 Während der Wettbewerb zwischen digitalen Ökosystemen in bestimmten Konstellationen für die Wettbewerbsbehörden von Bedeutung sein kann, darf daraus keine pauschalisierende Methodik abgeleitet werden. Das Anbieten von unterschiedlichen, nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Produkten ist kein neues Phänomen der digitalen Wirtschaft; auch auf traditionellen Märkten verkaufen viele Unternehmen verschiedene Produkte. In diesen Fällen gilt es die Marktmacht des untersuchten Unternehmens im Markt dieses bestimmten Produkts ausfindig zu machen;⁹³⁴ die Frage der Substituierbarkeit im Rahmen der Marktabgrenzung stellt sich schliesslich bzgl. einzelner Güter.⁹³⁵
- 497 Ähnlich verhält es sich auch bei den digitalen Ökosystemen. Obwohl die Unternehmen in einem digitalen Ökosystem eng miteinander verbunden sein können, drängt sich deshalb nicht automatisch eine Marktabgrenzung entlang des digitalen Ökosystems auf. Vielmehr sind die Behörden weiterhin verpflichtet, das Bedarfsmarktkonzept anzuwenden und den Markt anhand der funktionellen Austauschbarkeit der untersuchten Produkte oder Dienstleistungen zu definieren; dies geschieht aus Sicht der Marktgegenseite.⁹³⁶ Da die Markt-

⁹³² RPW 2008/1 – Migros/Denner, 144, Rn. 164; RPW 2003/3 – Coop/Waro, 565 ff., Rn. 30 ff.

⁹³³ Vgl. hierzu im Detail Kapitel [D](#).

⁹³⁴ So auch HOVENKAMP, CBLR 2022, 251 f.

⁹³⁵ So auch ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 661.

⁹³⁶ Vgl. für denselben Ansatz bspw. auch das Verfahren des Justizministeriums der Vereinigten Staaten gegen Google bzgl. Monopolisierung der digitalen Werbetechnologien,

gegenseite in der Regel einzelne Dienstleistungen innerhalb eines Ökosystems nachfragt, haben die Behörden auf der Ebene der Plattformen grundsätzlich Märkte mittels der spezifischen Dienstleistung der Plattform zu definieren. Dieser Wettbewerb ist insbesondere nicht mit dem Wettbewerb auf der Ebene der digitalen Ökosysteme vergleichbar.⁹³⁷ Das deutsche Bundeskartellamt teilt mindestens implizit dieselbe Ansicht, da es von unterschiedlichen Märkten innerhalb des digitalen Ökosystems von Apple ausgeht.⁹³⁸ Das Gericht der Europäischen Union hat in seiner jüngsten Entscheidung in Sachen *Google Android* ebenfalls bestätigt, dass Apple und das iOS-Ökosystem weder auf der Ebene der Originalausrüstungshersteller (engl. «Original Equipment Manufacturer», OEM) noch auf der Ebene der App Stores einen ausreichenden Wettbewerbsdruck auf das Android-Ökosystem ausüben und sich somit nicht im selben Markt befinden.⁹³⁹

In einem zweiten Schritt sind die Besonderheiten der digitalen Wirtschaft, insbesondere die Netzwerkeffekte, Skaleneffekte, die Lock-in-Effekte und das Multi- bzw. Single-Homing, in der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung zu analysieren und auszuwerten.⁹⁴⁰ Dieser Ansatz ist – neben der potenziellen Übertragung der Marktmacht von einer Plattformseite auf die andere Plattformseite durch die marktexternen Netzwerkeffekte – insbesondere für

498

DOI, Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies, 24.01.2023, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies>>. So auch Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 116 («the products or services which form part of the relevant markets») mit anschliessender Analyse von «distinct but interconnected markets» (Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 120 ff., insb. Rn. 129).

⁹³⁷ Die Produkte bzw. Dienstleistungen innerhalb eines Ökosystems können für die kartellrechtliche Analyse demnach nicht bloss aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einem Ökosystem im Rahmen eines grossen Ökosystem-Marktes betrachtet werden. Es ist u.a. möglich, dass sich diese Plattform-Dienstleistungen in einem Markt mit anderen, nicht online angebotenen Dienstleistungen befinden (vgl. Kapitel [C.IV.2.a\)cc\(f\)](#)).

⁹³⁸ «Wir werden jetzt prüfen, ob Apple rund um das iPhone mit dem proprietären Betriebssystem iOS ein digitales Ökosystem über mehrere Märkte errichtet hat.» (BKartA, Pressemitteilung Apple, 2 [Hervorhebungen durch den Autor]) Das Bundeskartellamt kommt zudem zum Ergebnis, dass «Apple mit seinen Produkten [...] auf jeweils eigenständigen Märkten tätig ist» (BKartA, Fallbericht vom 05.04.2023 zu B9-67/21 – Apple, 3).

⁹³⁹ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 122 ff. («According to the contested decision, Apple and the iOS ecosystem were not in a position to exercise a sufficient competitive constraint on Google and the Android ecosystem.») und Rn. 143 ff., insb. Rn. 154.

⁹⁴⁰ Vgl. hierzu im Detail Kapitel [D.III](#); dieselben Elemente sind auch gemäss der überarbeiteten Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes zu berücksichtigen (vgl. teilweise Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 104).

die Analyse der marktübergreifenden Bedeutung ganzer digitaler Ökosysteme von Relevanz. In diesem Zusammenhang können die digitalen Ökosysteme die Marktmacht einzelner Plattformen bzw. einzelner Plattformseiten abschöpfen und im Rahmen des eigenen Ökosystems diese Marktmacht auf andere Märkte übertragen. Hierfür spielen die Netzwerkeffekte, die Skaleneffekte und die Lock-in-Effekte eine wichtige Rolle.⁹⁴¹

4. Zwischenfazit

⁴⁹⁹ Bei der Ermittlung des sachlich relevanten Marktes für digitale Ökosysteme ist eine ebenenbasierte Herangehensweise erforderlich. Bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts sind grundsätzlich weiterhin Märkte für die einzelnen Plattformen und ihre Dienstleistungen abzugrenzen, damit in einem weiteren Schritt die marktübergreifende Bedeutung dieser Ökosysteme angemessen berücksichtigt werden kann. Darüber hinaus ist es aber auch möglich, den Sachverhalt aus der Makroperspektive zu betrachten, dass also die Behörden einen Markt für das untersuchte digitale Ökosystem als Ganzes definieren. Dieser Ansatz ist insbesondere im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen wichtig. Hierfür erweisen sich die Theorien der Cluster Markets und Bundle Markets als nicht geeignet, da ihre Voraussetzungen bei digitalen Ökosystemen in der Regel nicht vorliegen und diese Theorien in der Schweiz und der Europäischen Union ohnehin nicht Fuss fassen konnten. Die Theorie der Sekundärmärkte ist punktuell für einzelne Dienste von digitalen Ökosystemen anwendbar, jedoch keine Alternative für die Definition eines Marktes für Ökosysteme.

⁹⁴¹ Vgl. im Detail Kapitel [D.III.1.f](#).

VI. Räumlich relevanter Markt

Neben dem sachlich relevanten Markt ist auch der räumlich relevante Markt zu ermitteln,⁹⁴² um zu bestimmen, welche Unternehmen im untersuchten geographischen Gebiet konkurrieren. Gemäss der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes der Europäischen Kommission umfasst der geographisch relevante Markt «das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet».⁹⁴³ Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumliche Markt das Gebiet, «in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet».

Bei der Ermittlung des räumlich relevanten Marktes können dieselben Prinzipien wie bei der Ermittlung des sachlich relevanten Marktes herangezogen werden, da auch hier die Austauschmöglichkeit aus Sicht der Marktgegenseite festgestellt wird.⁹⁴⁴ Die Europäische Kommission stützt sich hauptsächlich auf Nachfragemerkmale. Dabei greift sie auf Indizien in Bezug auf die Bedeutung nationaler oder regionaler Präferenzen, das gegenwärtige Käuferverhalten, potenzielle Sprachunterschiede oder die Produkt- und Markendifferenzierung zurück. Dadurch ermittelt die Kommission, ob Unternehmen an verschiedenen Standorten eine alternative Lieferquelle für die Nachfragenden darstellen. Hierfür kann die Kommission ebenfalls auf die Substitution durch relative Preisveränderung zurückgreifen.⁹⁴⁵ Darüber hinaus kann die Angebotsstruktur wertvolle Informationen liefern. Gemäss der Bekanntmachung der Kommission untersucht sie u.a. die Erforderlichkeit einer Gebietspräsenz, die Zugangsbedingungen zu den Vertriebswegen oder regulatorische Schranken im öffentlichen Auftragswesen.⁹⁴⁶ Denkbar ist auch eine Marktabgrenzung, die

⁹⁴² Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem geographischen Aspekt der Marktabgrenzung vgl. FERRO, Market Definition, 203 ff.

⁹⁴³ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 8.

⁹⁴⁴ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 65.

⁹⁴⁵ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 29; auch BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 220.

⁹⁴⁶ Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 30; auch BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 230.

sich auf jenes Gebiet beschränkt, auf dem die unzulässige Verhaltensweise stattfindet.⁹⁴⁷

- 502 Im Bereich der digitalen Wirtschaft ist die Tendenz zur Abgrenzung weltweiter Märkte erkennbar, wie dies die Fälle in Sachen *Google Android*⁹⁴⁸, *Qualcomm*⁹⁴⁹, *LinkedIn*⁹⁵⁰, *Microsoft* bzw. *Microsoft (Tying)*⁹⁵¹ und *Intel*⁹⁵² zeigen.⁹⁵³ Gemäss der Europäischen Kommission sprechen die tiefen Eintrittsbarrieren weltweit und der Umstand, dass die Unternehmen in der digitalen Wirtschaft mindestens auf der Angebotsseite bzgl. der länderspezifischen Sprachpräferenzen kaum mit Hindernissen konfrontiert sind, für die Abgrenzung von weltweiten Märkten. Darüber hinaus stellt sie in Sachen *Google Android* fest, dass die Vereinbarungen zwischen OEMs und Entwickelnden von Betriebssystemen grundsätzlich eine globale Reichweite haben.⁹⁵⁴
- 503 Allerdings ist nicht in jedem Fall ein weltweiter Markt abzugrenzen, wie dies beispielsweise bei den allgemeinen Suchdiensten der Fall ist. Gemäss der Kommission ist hier eine nationale Marktdefinition angebracht, weil die Suchdienste für verschiedene Länder unterschiedliche Angebote in den jeweiligen Landessprachen bereithalten; anders verhält es sich, wenn das Angebot gleichbleibt und sich bloss die Sprache des Betriebssystems ändert.⁹⁵⁵ Gestützt auf die untersuchte Plattform ist es denkbar, dass sich die Ergebnisse

⁹⁴⁷ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 66.

⁹⁴⁸ Die Kommission grenzte hier einen weltweiten Markt (mit Ausnahme von China) für die Lizenzierung von mobilen Betriebssystemen und für Android App Stores (EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 403 ff. und Rn. 412 ff.) sowie einen weltweiten Markt für nicht betriebssystemspezifische mobile Webbrowser ab (EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 426 ff.)

⁹⁴⁹ EU-Kommission, AT.40220 vom 24.01.2018, *Qualcomm (Ausschliesslichkeitszahlungen)*, Rn. 290.

⁹⁵⁰ EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*, Rn. 17.

⁹⁵¹ Die Kommission grenzte hier einen weltweiten Markt für PC-Betriebssysteme und Webbrowser für PC-Betriebssysteme ab (EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*, Rn. 23). Zum selben Ergebnis – einschliesslich des Windows Media Player – kommt die Kommission in Sachen *Microsoft* vgl. EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 427.

⁹⁵² EU-Kommission, COMP/C-3/37.990 vom 13.05.2009, *Intel*, Rn. 836.

⁹⁵³ Mit der allgemeinen Aussage, dass weltweite Märkte sehr wohl mit den gegenwärtigen Methoden abgegrenzt werden können vgl. Europäische Kommission, Evaluierung, 42. Vgl. auch Europäische Kommission, Support study, 147.

⁹⁵⁴ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 404 f.; auch EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 414 f.

⁹⁵⁵ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 423 f. und EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 252 ff.; vgl. ferner bzgl. Sprachen BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 242.

neben dem «Produktangebot» auch in Preisen und Vertragsbedingungen unterscheiden. Die Verwendung desselben Dienstes ist in den verschiedenen Ländern nicht mehr gleich und es ist nicht mehr angebracht, von homogenen Wettbewerbsbedingungen zu sprechen.

Auch unter Berücksichtigung des Verbraucherverhaltens drängt sich in der Digitalökonomie die Abgrenzung eines weltweiten Marktes auf, da infolge der Globalisierung die Konsumierenden vermehrt Plattformen aus aller Welt verwenden können. Insbesondere die sprachliche Barriere dürfte in Zukunft eine geringere Rolle spielen, da sich Englisch als «Sprache des Internets» herauskristallisiert und – bei Unterlassung des Geoblocking – die Erstsprache eines neuen Dienstes eine untergeordnete Rolle spielt.⁹⁵⁶ Es ist insbesondere nicht zeitgemäss den gesamten Sprachgebieten zu unterstellen, dass sie ein Angebot nicht wahrnehmen, wenn es bloss in Englisch zur Verfügung gestellt wird; ohnehin entwickeln sich innerhalb solcher Plattformen länderspezifische Communities, welche wiederum eine weltweite Abgrenzung nahelegen.⁹⁵⁷

504

⁹⁵⁶ A.M. KUMKAR, 93 f.

⁹⁵⁷ Ähnlich auch, wonach eine globale Marktabgrenzung angebracht ist, wenn die Konsumierenden weltweit zu ähnlichen Konditionen Zugang auf dieselben Leistungen haben vgl. Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 69. In diesen Fällen hat die «Sprachbarriere» grundsätzlich keine Auswirkung auf die Substitutionsbereitschaft der Verbrauchenden. Anders verhält es sich im Falle der oben erwähnten allgemeinen Suchdienste, bei denen länderspezifische Ergebnisse, Preise und Vertragsbedingungen auszumachen sind vgl. Kapitel [C.VI](#) mit [Rn. 503](#).

VII. Zeitlich relevanter Markt

- 505 In Bezug auf den zeitlich relevanten Markt herrscht keine Einigkeit.⁹⁵⁸ Gemäss einer Ansicht ist im Rahmen des zeitlich relevanten Marktes die dynamische Entwicklung des Marktgeschehens zu berücksichtigen, da der Wettbewerb nie statisch ist. Es ist also erforderlich, dass die Marktbeherrschung über den gesamten Zeitraum der unzulässigen Verhaltensweise besteht.⁹⁵⁹ Ein anderer Teil der Lehre bezieht sich beim zeitlich relevanten Markt auf den Zeitraum, in dem ein Gut angeboten wird. In diesem Zusammenhang spielt der zeitlich relevante Markt insbesondere bei saisonalen Schwankungen, temporären Mangellagen oder zeitlich begrenzten Angeboten (z.B. Messe bzw. Festival) eine wichtige Rolle.⁹⁶⁰
- 506 Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung hat insgesamt lediglich einen geringen Einfluss.⁹⁶¹ Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht der Schweiz ist sie bloss in Ausnahmefällen durchzuführen.⁹⁶² Da die Besonderheiten der digitalen Märkte bereits im Rahmen des sachlich relevanten Marktes berücksichtigt werden⁹⁶³ und grundsätzlich keine saisonalen Schwankungen auszumachen sind, dürfte der zeitliche Aspekte auch hinsichtlich der Digitalökonomie nur eine geringe Bedeutung haben. Gefährlich ist insbesondere eine vorgezogene Marktabgrenzung mit der Begründung, dass kein Wettbewerb *im* Markt, sondern der Wettbewerb *um* einen Markt stattfindet.⁹⁶⁴ Eine vorgelagerte Marktdefinition läuft Gefahr, eine mögliche Innovation bereits in ihrer Anfangsphase zu ersticken. Ausserdem greift eine solche Ausweitung des temporalen Aspekts der Marktabgrenzung zu früh auf Fragen der potenziellen Konkurrenz zurück, die erst im Rahmen der Marktbeherrschung zu untersuchen sind.⁹⁶⁵

⁹⁵⁸ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 256 f.

⁹⁵⁹ LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 110; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 69.

⁹⁶⁰ LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 111; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 69.

⁹⁶¹ Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem zeitlichen Aspekt der Marktabgrenzung vgl. FERRO, Market Definition, 231 ff.

⁹⁶² Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 5.3; Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24.02.2010, E. 9.7.1. Siehe auch die untergeordnete Rolle des zeitlich relevanten Marktes in der Evaluierung der Europäischen Kommission, in der bloss ein Verweis auf die Anwendung des zeitlichen Aspekts zu finden ist vgl. Europäische Kommission, Evaluierung, 37.

⁹⁶³ Dies gilt ebenfalls für die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens vgl. nachfolgend Kapitel [D](#).

⁹⁶⁴ DREHER, ZWeR 2009, 152.

⁹⁶⁵ So bereits Kapitel [C.IV.2.c](#).

VIII. Zwischenfazit

Sowohl das europäische als auch das schweizerische Kartellrecht erfordern weiterhin ein zweistufiges Prüfschema, um die Marktbeherrschung ermitteln zu können. Durch dieses Vorgehen wird die Marktabgrenzung zu einem notwendigen Schritt in den Kartellverfahren. Die hier untersuchten Rechtssysteme kehren hiervon nicht ab und bestätigen die Notwendigkeit der Marktabgrenzung in den neusten Evaluierungen. 507

Da die digitale Wirtschaft mit einer rasanten Entwicklung Aufmerksamkeit auf sich zog, wurde sie u.a. von der kartellrechtlichen Literatur genauer untersucht. Dies hat dazu geführt, dass die existierenden kartellrechtlichen Instrumente ignoriert und neue Konzept vorgeschlagen wurden. Allerdings wurden mit diesen neuen Vorgehensweisen bereits vorhandene Methoden zur Marktabgrenzung vernachlässigt. Sowohl die Behörden der Europäischen Union als auch jene der Schweiz waren in der Vergangenheit mit unentgeltlichen Märkten oder mehrseitigen Märkten konfrontiert. Bereits damals genügte – mit punktuellen Anpassungen – das seit Jahren bewährte Verfahren zur Definition des sachlich relevanten Marktes. 508

In der Digitalökonomie scheint die Literatur diese Herangehensweise aufzugeben und zieht die Anwendung der Plattformtheorie vor. Während die Plattformtheorie in Einzelfällen zu angemessenen Marktabgrenzungen kommt, erweist sie sich nicht als allgemein anwendbare Methodik. In der hier vorgeschlagenen alternativen Ermittlungsmethode handelt es sich insbesondere nicht um eine reaktive Lösung, sondern es werden wieder die Grundprinzipien der Marktabgrenzung angewendet. Dabei sollen punktuelle Anpassungen der Realität der digitalen Wirtschaft gerecht werden. Folglich dürfte dieser Ansatz auch bei zukünftig aufkommenden Geschäftsmodellen weiterhin Anwendung finden können. Diese Variante erfordert insbesondere keine Gesetzesänderung, da weiterhin das Bedarfsmarktkonzept oder der SSNIP-Test anwendbar sind. Dabei kommt nach wie vor dem Bedarfsmarktkonzept Vorrang zu, weil der SSNIP-Test in der digitalen Wirtschaft auf verschiedenen Stufen Schwierigkeiten aufweist. Folglich ist vielmehr auf den SSNIC-Test auszuweichen, da dieser mit der Berücksichtigung der Kosten die Begebenheiten der Digitalökonomie besser erfasst. 509

- 510 Schliesslich müssen sich die Behörden zukünftig bei der Beurteilung von digitalen Ökosystemen auf ein ebenenbasiertes Vorgehen stützen. Sie müssen also unterscheiden, ob sie z.B. im Rahmen eines Unternehmenszusammenschlusses das gesamte Ökosystem beachten oder ob sie bei der Beurteilung eines Missbrauchs bloss eine bestimmte Dienstleistung bzw. eine bestimmte Plattform untersuchen. Die Marktabgrenzung kann sodann immer noch mithilfe der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts durchgeführt werden. In einem zweiten Schritt haben die Behörden sodann die Möglichkeit, bei der Prüfung der Marktbeherrschung die marktübergreifende Bedeutung der digitalen Ökosysteme angemessen zu berücksichtigen.

D. Beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt

Sowohl das europäische als auch das schweizerische Kartellrecht verfolgen einen zweistufigen Ansatz für die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung. In einem ersten Schritt wird der relevante Markt abgegrenzt; anschliessend ist die Marktstellung des untersuchten Unternehmens auf diesem Markt zu analysieren.⁹⁶⁶ Die Marktabgrenzung gibt folglich den Rahmen der Untersuchungen vor, während die beherrschende Stellung auf diesem Markt eine Voraussetzung für den nachfolgend zu untersuchenden Kopplungsstatbestand ist. 511

Dieses Kapitel setzt sich mit den Grundlagen der beherrschenden Stellung auseinander (I.), bevor es sich auf die Marktbeherrschung in der digitalen Wirtschaft (II.) und die Beurteilungskriterien der Marktbeherrschung konzentriert (III.). Schliesslich wird die Bedeutung der relativen Marktmacht und der kollektiven Marktbeherrschung in der digitalen Wirtschaft ermittelt (IV. und V.). 512

I. Grundlagen

Im europäischen Recht gibt es keine Legaldefinition zur beherrschenden Stellung. Folglich wurde dieser Begriff in der Praxis durch die Europäische Kommission, das Gericht der Europäischen Union und den Europäischen Gerichtshof ausgestaltet. In ständiger Rechtsprechung kommt die sogenannte «Hoffmann-La-Roche-Formel» zur Anwendung; demnach ist mit beherrschender Stellung «die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.»⁹⁶⁷ 513

⁹⁶⁶ Vgl. Kapitel C.I.2.

⁹⁶⁷ Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rn. 38.

- 514 Im Gegensatz zum europäischen Recht enthält das schweizerische Gesetz eine an die «Hoffmann-La-Roche-Formel» angelehnte Legaldefinition in Art. 4 Abs. 2 KG, wonach «[a]ls marktbeherrschende Unternehmen [...] einzelne oder mehrere Unternehmen [gelten], die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten».
- 515 Darüber hinaus hat das schweizerische Kartellrecht im Vergleich mit den kartellrechtlichen Regeln der Europäischen Union eine zusätzliche Besonderheit eingeführt. In der Schweiz wurde mit Jahresbeginn 2022 die Rechtsfigur der relativen Marktmacht in das Gesetz aufgenommen – ein Konzept, das in dieser Form im europäischen Recht nicht existiert.⁹⁶⁸ Die Missbrauchstatbestände von Art. 7 KG sind seither auch auf relativ marktmächtige Unternehmen anwendbar. Gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG gilt als relativ marktmächtiges Unternehmen «ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen».⁹⁶⁹ Dieses Rechtsinstitut wird voraussichtlich nicht nur Bedeutung für die traditionellen Märkte erlangen, sondern auch im Rahmen der digitalen Wirtschaft eine wichtige Rolle spielen.

⁹⁶⁸ BUEREN/WOLF-POSCH/PICHT, ZWeR 2021, 175 und 199 f.

⁹⁶⁹ WEKO, Merkblatt: Relative Marktmacht, Rn. 4.

II. Begriff der Marktbeherrschung in der digitalen Wirtschaft

Der Begriff der Marktbeherrschung bzw. der Marktmacht wird üblicherweise als Preisbestimmungsmacht umschrieben (1.). Neben der Preisbestimmungsmacht spielt in der digitalen Wirtschaft auch die Qualitätsbestimmungsmacht eine wichtige Rolle (2.). Aufgrund der Marktstrukturen der Plattformökonomie gilt es ausserdem die Intermediationsmacht (3.), die Datenmacht (4.) sowie die Bedeutung der digitalen Ökosysteme (5.) und des Digital Markets Act (6.) zu untersuchen. 516

1. Preisbestimmungsmacht

Gemäss der ökonomischen Definition handelt es sich bei der Marktbeherrschung um die Fähigkeit eines Unternehmens, «seine Preise durch eine Einschränkung des Absatzes gewinnmaximierend und langfristig über das kompetitive Niveau (d.h. die Grenzkosten) anzuheben bzw. dort zu halten». ⁹⁷⁰ 517

Auch die Europäische Kommission ist der Meinung, «dass ein Unternehmen, das über einen längeren Zeitraum seine Preise gewinnbringend auf ein Niveau über dem Wettbewerbspreis erhöhen kann, keinem ausreichend wirksamen Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und somit im Allgemeinen als marktbeherrschend betrachtet werden kann». ⁹⁷¹ Der Ausdruck «Preise erhöhen» beinhaltet auch die Fähigkeit, die Preise auf einem Niveau über dem Wettbewerbspreis zu halten. ⁹⁷² 518

Obwohl in der digitalen Wirtschaft die Plattformen eine besondere Preisstruktur aufweisen und ihre Leistungen auf einer Marktseite in der Regel unentgeltlich anbieten, ⁹⁷³ kann die Preisbestimmungsmacht weiterhin ein angemessenes Kriterium für die Bestimmung der Marktbeherrschung darstellen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere an die Fähigkeit der Plattform zu denken, seine Preise gegenüber einer Marktseite gewinnmaximierend und langfristig über das kompetitive Niveau anzuheben. 519

⁹⁷⁰ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 258; OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 5 m.w.V.; SCHMIDT/HAUCAP, 78 f.; CARLTON/PERLOFF, 284 ff.; TIROLE, 284.

⁹⁷¹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 11.

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ Zur Preisstruktur in der Plattformökonomie vgl. Kapitel [B.1.1.c](#).

520 Ferner ist auch denkbar, eine Kostenbestimmungsmacht als Alternative zur Preisbestimmungsmacht heranzuziehen. Dieser Ansatz lässt sich insbesondere vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass in der digitalen Wirtschaft die unentgeltlichen Leistungen oft eine nichtmonetäre Gegenleistung⁹⁷⁴ in Form der Daten⁹⁷⁵ bzw. der Aufmerksamkeit⁹⁷⁶ der Nutzenden erfordern. Die Fähigkeit eines Unternehmens, diese entstehenden Kosten für die Nutzenden gewinnmaximierend und langfristig über das kompetitive Niveau anzuheben, hat mindestens indirekt ebenfalls Einfluss auf die Preisanhebung bzw. Gewinnmaximierung auf den anderen Marktseiten.⁹⁷⁷ Folglich ist neben der Preisbestimmungsmacht auch die Kostenbestimmungsmacht zu berücksichtigen.

2. Qualitätsbestimmungsmacht

521 In der ökonomischen Theorie wird Marktmacht zwar als Preisbestimmungsmacht verstanden, da sie eine leicht messbare Grösse darstellt.⁹⁷⁸ Angesichts der unentgeltlichen Leistungen in der digitalen Wirtschaft verschiebt sich der Fokus aber – vergleichbar mit dem Ansatz des SSNDQ-Tests⁹⁷⁹ – auf andere Wettbewerbsparameter, wie z.B. Qualität, Service, Werbung oder Innovation.⁹⁸⁰

522 In Sachen *Google Search (Shopping)* lehnte die Europäische Kommission das Argument von Google ab, es könne keine marktbeherrschende Stellung einnehmen, da es seine Leistungen unentgeltlich anbiete.⁹⁸¹ Sie begründet dies mit dem Umstand, dass die Nutzenden zwar keine monetäre Gegenleistung erbringen, aber andersartig zur Monetarisierung des Geschäftsmodells beitra-

⁹⁷⁴ Die nichtmonetären Gegenleistungen werden in diesem Zusammenhang aus der Sicht der Nutzenden als Kosten umschrieben; vgl. ferner NEWMAN, Wash. U. L. Rev. 2016, 72.

⁹⁷⁵ Bspw. über gesammelte Daten mittels Cookies oder Nutzerverhalten.

⁹⁷⁶ Die Aufmerksamkeit lässt sich bspw. über die Werbung bzw. Werbeeinnahmen quantifizieren. Vgl. auch das Beispiel zur Erhöhung der Aufmerksamkeitskosten in Kapitel C.IV.3.a)cc(2)(ii) (insb. Rn. 457).

⁹⁷⁷ Zur Diskussion, auf welcher Seite die Preiserhöhung zu erfolgen hat, welchen Einfluss die andere Marktseite haben kann und wie dies aus ökonomischer Sicht umsetzbar ist vgl. SMITH/DUKE, ECJ 2021, 104 f.; FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 63 f.; FILISTRUCCHI, Market Definition in Multi-Sided Markets, 45; FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT, J. Comp. L. & Econ. 2014, 331; EMCH/THOMPSON, RNE 2006, 53 f.

⁹⁷⁸ SCHMIDT/HAUCAP, 78 ff.

⁹⁷⁹ Vgl. Kapitel C.IV.3.a)cc(2).

⁹⁸⁰ So auch VOLMAR, Digitale Marktmacht, 226 ff.; vgl. auch GEBICKA/HEINEMANN, World Competition 2014, 157 f. mit derselben Aussage im Zusammenhang mit dem SSNIP-Test. Diesen Anpassungsvorschlägen liegen jeweils dieselben Prinzipien zugrunde.

⁹⁸¹ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 319 m.w.V.

gen. Darüber hinaus betont die Kommission, dass die unentgeltliche Natur der Leistungen bloss ein relevanter Faktor für die Bestimmung von Marktmacht ist.⁹⁸² Als weiteres Kriterium zieht die Kommission die Qualität heran und führt aus, dass Google die Fähigkeit besitze, die Qualität seiner Leistungen in einem gewissen Grad zu ändern, ohne dass ein beträchtlicher Teil seiner Nutzenden zu anderen Suchmaschinen wechseln würde.⁹⁸³ Gemäss der Europäischen Kommission ist Google also in der Lage, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmenden und letztlich den Verbrauchenden gegenüber in Bezug auf die Qualität in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.

Die Europäische Kommission verweist zudem in ihrer Prioritätenmitteilung mehrfach auf die Qualität als potenziellen Wettbewerbsparameter.⁹⁸⁴ Insbesondere bzgl. der Formulierung «Preise erhöhen» erklärt sie, dass diese «sich als Kürzel auf die verschiedenen Arten und Weisen, wie Wettbewerbsparameter (z.B. Preis, Output, Innovation oder Angebot und Qualität der Waren bzw. Dienstleistungen) zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens und zum Schaden der Verbraucher beeinflusst werden können» bezieht.⁹⁸⁵ Obwohl sich diese Beschreibung nicht direkt auf eine Qualitätsbestimmungsmacht bezieht, deutet sie darauf hin, dass neben dem Preis weitere Parameter, u.a. die Qualität, zur Fähigkeit, sich gegenüber anderen Marktteilnehmenden in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, beitragen.

In den Vereinigten Staaten von Amerika führen das Department of Justice und die Federal Trade Commission in den Horizontal Mergers Guidelines ausserdem aus, dass Marktmacht die Fähigkeit beschreibt, die Preise über einen längeren Zeitraum hinweg gewinnbringend über dem Wettbewerbsniveau zu halten. Allerdings legen die Behörden weiter dar, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb auch über andere Parameter, insbesondere Produktqualität, Serviceleistungen oder Innovation, beschränken können.⁹⁸⁶

Ferner hat bereits das Appellationsgericht des District of Columbia Circuit im Jahr 2001 festgehalten, dass neben der Preisbestimmungsmacht der Qualitätsbestimmungsmacht dieselbe Bedeutung zuzukommen hat, da sie die Fähigkeit von Microsoft, den Preis seines Browsers über das Wettbewerbsniveau anzu-

⁹⁸² EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 320 f.

⁹⁸³ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 324.

⁹⁸⁴ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 5 f., Rn. 11 und Rn. 30.

⁹⁸⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 11 (Hervorhebungen durch den Autor).

⁹⁸⁶ DOJ/FTC, Horizontal Merger Guidelines, 2 mit Fn. 6.

heben, mit der Fähigkeit, die Qualität seines Browsers unter das Wettbewerbsniveau zu senken, gleichsetzt.⁹⁸⁷

«This finding is far too speculative to establish that competing browsers would be unable to enter the market, or that Microsoft would have the power to raise the price of its browser above, or *reduce the quality of its browser below*, the competitive level.»

- 526 Während also in kostenpflichtigen Märkten die Marktmacht über die Preisbestimmungsmacht dargelegt werden kann, ist in Märkten, in welchen der Preis keine bzw. nur eine untergeordnete Rolle spielt, ein anderer Wettbewerbsparameter zu berücksichtigen. Gemäss den vorangehenden Ausführungen berücksichtigen die Behörden – analog zur Preisbestimmungsmacht – auch die Qualitätsbestimmungsmacht als Kriterium. Folglich liegt Qualitätsbestimmungsmacht vor, wenn ein Unternehmen über einen längeren Zeitraum die Qualität seiner Produkte senken kann, ohne ausreichend wirksamem Wettbewerbsdruck ausgesetzt zu sein.

3. Intermediationsmacht

- 527 In der Plattformökonomie kommt neben den bereits erwähnten Möglichkeiten zur Feststellung von Marktbeherrschung einer weiteren Variante besondere Bedeutung zu. Aufgrund der Mehrseitigkeit und der damit zusammenhängenden Netzwerkeffekte haben die Unternehmen der digitalen Wirtschaft die Möglichkeit, ihre Intermediärstellung zu ihrem Vorteil auszunutzen. Dieser Umstand lässt sich mit den Begriffen der Intermediations- bzw. Plattformmacht umschreiben.⁹⁸⁸
- 528 Mittels dieses Ansatzes lassen sich die ökonomischen Besonderheiten der digitalen Wirtschaft im Rahmen der Marktbeherrschung angemessen erfassen. Diese Mehrseitigkeit erlaubt den Plattformen, den Zugang zur jeweils anderen Seite zu regeln und gewisse Abhängigkeiten zu kreieren, welche einen Eingriff unter der Marktbeherrschungsschwelle rechtfertigen könnten.⁹⁸⁹ In diesem Zusammenhang sind insbesondere Informationsasymmetrien⁹⁹⁰ und das Single-Homing von bestimmten Plattformseiten zu beachten.

⁹⁸⁷ US Court of Appeals D.C. Cir., *USA v. Microsoft Corp.*, 253 f.3d 34, 83.

⁹⁸⁸ OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 23 ff.; SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 42 f.; vgl. auch CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 49 f.

⁹⁸⁹ So auch bereits SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 42 f.

⁹⁹⁰ SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 43.

Bei der Intermediationsmacht handelt es sich jedoch nicht um ein neues Konzept der Marktbeherrschung,⁹⁹¹ sondern um eine Ergänzung zur Preis- und Qualitätsbestimmungsmacht. Die Intermediationsmacht dient insbesondere als Hilfestellung, welche eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände vereinfacht und die Marktmacht unter Berücksichtigung aller Marktseiten ermittelt. Die Bedeutung der Intermediationsmacht kommt in der Analyse der Marktbeherrschung – innerhalb der Analyse der einzelnen Beurteilungskriterien⁹⁹² – zum Ausdruck.

529

4. Datenmacht

Bei der Beurteilung der Marktposition eines Unternehmens können ausserdem Daten eine wichtige Rolle spielen. Die Literatur erfasst die Bedeutung der Daten häufig unter dem Begriff der Datenmacht.⁹⁹³ Während die Datenmacht in der Digitalökonomie aufgrund der Omnipräsenz der Daten einen hohen Stellenwert einnimmt, ist sie nicht automatisch mit der Marktmacht gleichzusetzen. Es ist bereits fraglich, ob eine Datenmacht überhaupt existiert.⁹⁹⁴

530

Da die Geschäftsmodelle der digitalen Wirtschaft oft auf Daten beruhen, haben die Daten eine besondere Relevanz bei der Beurteilung der Marktbeherrschung. Die Datenmacht ist dabei nicht als eigenständiger Faktor zu beurteilen, sondern vielmehr im Kontext der übrigen Beurteilungskriterien zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang sind die besonderen Eigenschaften der Daten miteinzubeziehen: Zunächst kann nicht bloss anhand der Datenmenge auf die Marktmacht geschlossen werden, da die Datenqualität und deren Verarbeitungsmöglichkeiten eine ebenso grosse Rolle spielen.⁹⁹⁵ Dies lässt sich am Beispiel von Google+ veranschaulichen, denn Google hatte bei

531

⁹⁹¹ So auch JACOVIDES, 10; a.M. BROUGHTON MICOVA/JACQUES, *Internet Policy Rev.* 2020, 3 («The kinds of power we identify are not market power, but instead are infrastructural and strategic, and provide a potential source of dominance.»).

⁹⁹² Vgl. Kapitel [D.III](#).

⁹⁹³ Für eine umfassende Auseinandersetzung mit der Datenmacht vgl. DEURING, 1 ff.; GROTHE, 1 ff.; VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 234 ff. und 250 ff.; zur Verwendung des Begriffs der Datenmacht vgl. KIESS, 116 ff.; DEURING, 24 ff. bzw. Titel der Dissertation; GROTHE, 136 ff.; HEINEMANN, *Big Data*, 312; KÖRBER, *NZKart* 2016, 305 ff. Auch in der englischsprachigen Literatur wurde diskutiert ob bzw. inwiefern Daten zur Generierung von Marktmacht dienen können, vgl. OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 14 f.; ferner GUPTA, *AJBE* 2021; 425 und 432 ff.; GAMBARO, *M&CLR* 2018, 110.

⁹⁹⁴ KÖRBER, *NZKart* 2016, 305.

⁹⁹⁵ KIESS, 116 f.; GROTHE, 137; HOLZWEBER, *NZKart* 2016, 112; KÖRBER, *NZKart* 2016, 305.

der Markteinführung von Google+ Zugriff auf eine sehr grosse Menge an Daten, aber konnte sich trotzdem nicht als soziales Netzwerk etablieren.

- 532 Zudem sind die Daten grundsätzlich weder rivalisierend noch exklusiv; mehrere Unternehmen vermögen also gleichzeitig dieselben Daten zu sammeln, zu kaufen und zu nutzen.⁹⁹⁶ Trotzdem haben die Unternehmen ein Interesse daran, sich möglichst früh qualitativ hochwertige Datensets anzueignen und so einen Wettbewerbsvorteil bzw. einen Datenvorsprung zu erzielen.⁹⁹⁷ Dadurch können sie sich einen «first mover advantage» verschaffen sowie mithilfe der vorhandenen Skalen- und Netzwerkeffekte die Attraktivität der eigenen Plattform steigern; dies führt zu höheren Marktzutrittsschranken.⁹⁹⁸ In diesem Zusammenhang spielt sodann die Datenquantität eine wichtige Rolle, da die Unternehmen mit einer grösseren Anzahl an vorhandenen Daten grundsätzlich auch das Nutzerverhalten besser abschätzen und vorhersehen können. Obwohl also die Daten als nicht-rivalisierend und nicht exklusiv umschrieben werden, sind die Unternehmen in der Lage, sich gestützt auf ihre eigenen Daten von der Konkurrenz abzusetzen, da sie ihre verarbeiteten und qualitativ hochwertigen bzw. für den untersuchten Markt relevanten Daten verwenden können. Da das Unternehmen dadurch sowohl die Qualität als auch die Quantität der Daten erhöht, fällt es der potenziellen Konkurrenz schwerer, mit diesem Angebot mithalten und dieselben Netzwerk- und Skaleneffekte erlangen zu können.⁹⁹⁹ In dieser Konstellation stellt sich die Frage, inwiefern sich die Datenportabilität und eine bessere Möglichkeit des Datenzugangs als Lösungsansätze eignen.¹⁰⁰⁰
- 533 Darüber hinaus dienen in der Regel nur bestimmte Daten, wie z.B. personenbezogenen Daten, dem verfolgten Zweck des Unternehmens. Es ist indessen nicht möglich, pauschal zu umschreiben, welche Daten in der Digitalökonomie von grosser Bedeutung sind.¹⁰⁰¹ Vielmehr ist eine einzelfallbasierte Analyse durchzuführen, da in verschiedenen Märkten unterschiedliche Daten rele-

⁹⁹⁶ Vgl. Kapitel [C.II.3.a](#)), insb. [Rn. 252](#); vgl. auch HEYMANN, CR 2016, 652 f.; DENOTH/KAUFMANN, sic! 2016, 507; ZECH, CR 2015, 139.

⁹⁹⁷ Zum Problem des Zugangs zu bereits verarbeiteten Daten vgl. WEBER, Disruptive Technologies, 228 f. m.w.H.; zur Notwendigkeit von qualitativ hochwertigen Daten vgl. OECD, Evolving Concept of Market Power, 15.

⁹⁹⁸ Vgl. hierzu Kapitel [D.III.1.b](#)), Kapitel [D.III.1.c](#)) und Kapitel [D.III.1.e](#)); vgl. auch TIROLE, Annu. Rev. Econ. 2023, 591 f.

⁹⁹⁹ Mit einer ähnlichen Argumentation vgl. Urteil des BGH vom 23.06.2020, KVR 69/19 – Facebook, Rn. 94.

¹⁰⁰⁰ Vgl. dazu Kapitel [D.III.1.c](#)), insb. [Rn. 573 ff.](#)

¹⁰⁰¹ Vgl. auch WEBER, Disruptive Technologies, 228.

vant.¹⁰⁰² Gemäss der Europäischen Kommission in Sachen *Google/DoubleClick* wird der Wettbewerb «nicht nur durch den schieren Umfang der jeweiligen Datenbank, sondern auch von den verschiedenen Arten von Daten, auf die die Wettbewerber Zugriff haben, und die Frage, welche dieser Arten sich als die nützlichste für die Zwecke der Internetwerbung erweisen wird», bestimmt.¹⁰⁰³ Folglich kann sich ein Unternehmen keinen Vorteil erschaffen, wenn es Daten besitzt, die für den abgegrenzten Markt irrelevant sind. Gerade die Individualisierung (z.B. gestützt auf Suchverhalten, Beruf, Alter, Geschlecht oder auch den Ort) bezogen auf den untersuchten Markt macht die Daten wertvoll und speziell für die Unternehmen.

Im Ergebnis ist es nicht angebracht, die marktbeherrschende Stellung unmittelbar aus der Datenquantität zu ermitteln. Es erweist sich als zweckmässiger, die Quantität sowie die Qualität der Daten im Rahmen der entsprechenden Beurteilungskriterien der Marktbeherrschung zu untersuchen. Die Datenmacht stellt also keine eigene Messgrösse für die Feststellung der Marktbeherrschung dar, sondern die Daten sind vielmehr ein zusätzlicher Faktor, welcher vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung der Daten in der digitalen Wirtschaft ebenfalls zu berücksichtigen ist. Dabei sind Parameter wie die Replizierbarkeit und Exklusivität der Daten, die Skalen- und Netzwerkeffekte, die Verbundvorteile oder auch das Single- bzw. Multi-Homing in die Untersuchungen miteinzubeziehen. Die Datenmacht ersetzt schliesslich nicht die bisherige Vorgehensweise bei der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung, sondern erlaubt einen neuen Blickwinkel innerhalb der Analyse der marktmachtbegründenden bzw. marktmachtbegrenzenden Faktoren.

534

5. Bedeutung der digitalen Ökosysteme

Im Rahmen der Marktbeherrschung ist schliesslich auch die Rolle der digitalen Ökosysteme zu berücksichtigen. Die Plattformen eines bestimmten relevanten Marktes sind in der digitalen Wirtschaft in der Regel in ein digitales Ökosystem eingebettet. Während bei der Marktabgrenzung die Ebene der Plattformen und ihre Leistungen im Vordergrund stehen, erfordert die Beurteilung der Marktbeherrschung eine Gesamtbetrachtung bzgl. der Fähigkeit eines Unternehmens, sich gegenüber anderen Marktteilnehmenden in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. In diese Gesamtbetrachtung hat die Rolle des digitalen Ökosystems ebenfalls einzufließen.

535

¹⁰⁰² So auch OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 14 f.

¹⁰⁰³ EU-Kommission, COMP/M.4731 vom 11.03.2008, *Google/DoubleClick*, Rn. 273.

- 536 Bei der Beachtung der digitalen Ökosysteme ist ein Rückgriff auf ähnliche Konstellationen in der Vergangenheit möglich. Die OECD hat bereits im Jahr 2001 sog. Portfolioeffekte in traditionellen Märkten im Rahmen der konglomeraten Zusammenschlüsse als anwendbar betrachtet;¹⁰⁰⁴ die Europäische Kommission und die WEKO haben sich schon auf die Portfolioeffekte bezogen.¹⁰⁰⁵ Dieses Konzept lässt sich gleichermaßen auf die digitalen Ökosysteme übertragen, in denen die verschiedenen Plattformen als Teil eines Portfolios angesehen werden können. Die grundlegende Idee der Portfolioeffekte liegt darin, dass ein Unternehmen unter bestimmten Bedingungen sich selbst dann im Wettbewerb unabhängig verhalten kann, wenn es bloss auf einem bestimmten relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt und diese Stellung durch Kopplung bzw. Marktmachttransfer auszunutzen versucht.¹⁰⁰⁶
- 537 Gleichzeitig ist es vorstellbar, dass ein (fremdes) Ökosystem durch mittelbaren Wettbewerbsdruck als Gegengewicht auftreten kann.¹⁰⁰⁷ In diesem Zusammenhang gilt es allerdings die entsprechenden Umstände des Einzelfalls abzuwägen und zu untersuchen, ob – und allenfalls inwiefern – dieses Ökosystem tatsächlich in der Lage ist, hinreichenden Wettbewerbsdruck zu erzeugen.¹⁰⁰⁸
- 538 Bei der Bedeutung der digitalen Ökosysteme handelt es sich allerdings nicht um eine eigenständige Art von Marktbeherrschung, sondern vielmehr um ein Beurteilungskriterium, welches im Rahmen der Analyse der Marktstruktur bzw. der Unternehmensstruktur zu berücksichtigen ist.

¹⁰⁰⁴ OECD, *Portfolio Effects*, 1 ff.

¹⁰⁰⁵ EU-Kommission, IV/M.938 vom 15.10.1997, *Guinness/Grand Metropolitan*, Rn. 40; EU-Kommission, IV/M.833 vom 11.11.1997, *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*, Rn. 67 ff.; EU-Kommission, IV/M.794 vom 22.01.1997, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB*, Rn. 111 ff.; RPW 2022/2 – [A]/[B], 399 f., Rn. 496 ff. Die Portfolioeffekte können namnetlich im Rahmen der Kopplungsgeschäfte von besonderer Bedeutung sein.

¹⁰⁰⁶ So auch bereits OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 25; OECD, *Conglomerate Effects of Mergers*, Rn. 67 ff. Aus den Portfolioeffekten lässt sich unter Umständen auch ein Wettbewerb «zwischen den Portfolios» ableiten.

¹⁰⁰⁷ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 268 ff.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 122 und Rn. 147, wonach das Apple-Ökosystem aufgrund des nicht-lizenzierbaren Betriebssystems von Apple keinen hinreichenden Wettbewerbsdruck im Markt für die Lizenzierung von Betriebssystemen ausübt.

6. Einfluss des Digital Markets Act

Obwohl der DMA nicht direkt Einfluss auf die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung im Rahmen von Art. 102 AEUV (und ferner Art. 7 KG) hat, verdeutlicht er die Probleme, mit denen die Behörden im digitalen Kontext konfrontiert sind. Gemäss Art. 1 Abs. 1 DMA ist das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes das Ziel des DMA. Die Verordnung soll «zum Nutzen von gewerblichen Nutzern und Endnutzern für alle Unternehmen bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor, auf denen Torwächter tätig sind, gewährleisten». Gemäss Erw. 3 und Erw. 32 ist die Bestreitbarkeit der Märkte gegeben, wenn Marktzutritte möglich sind. Es liegen allerdings hohe Markteintrittsschranken vor, wenn auf dem Markt Lock-in-Effekte vorhanden sind, welche den Abschottungsstrategien der Unternehmen helfen oder wenn ein Kippen des Marktes stattgefunden hat. Die Regeln des DMA wollen diesen Gefahren zuvorkommen und den Nutzenden Ausweichmöglichkeiten bieten.¹⁰⁰⁹

539

Der DMA gilt nach Art. 1 Abs. 2 DMA für Torwächter, die zentrale Plattformdienste zur Verfügung stellen. Gemäss der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 1 DMA ist ein Torwächter «ein Unternehmen, das zentrale Plattformdienste bereitstellt und nach Artikel 3 benannt worden ist». Diese Benennung zum Torwächter nach Art. 3 DMA ersetzt die Marktabgrenzung und die Marktbeherrschung, welche in der Missbrauchsaufsicht des Kartellrechts erforderlich sind.¹⁰¹⁰ Die Benennung eines Torwächters erfolgt anhand qualitativer und quantitativer Kriterien. Mit Einführung von Schwellenwerten will der DMA eine zügige Rechtsanwendung sicherstellen und die Kommission bei der raschen Erledigung von Verfahren unterstützen.¹⁰¹¹ Das Ziel von Art. 3 DMA ist, auf eine zeitintensive Einzelfallanalyse verzichten zu können; er erfordert weder eine Marktabgrenzung noch eine Feststellung der Marktbeherrschung. Ersatz hierfür bieten die quantitativen Kriterien, welche eine solche Prüfung obsolet machen. Der Verzicht auf die Marktabgrenzung und Marktbeherrschung stellt zugleich den grundlegenden Unterschied zur kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle dar.¹⁰¹²

540

¹⁰⁰⁹ Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 5 f.

¹⁰¹⁰ Komm. DMA-BONGARTZ/KIRK, Art. 2, Rn. 3; vgl. ferner CABRAL et al., DMA Report, 9; ZIMMER/GÖHSL, ZWeR 2021, 38 und ferner 32 mit Fn. 22.

¹⁰¹¹ Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 29.

¹⁰¹² Komm. DMA-KÄSEBERG/GAPPA, Art. 3, Rn. 1 f.

- 541 Als Grundvoraussetzungen zur Benennung zu Torwächtern nennt Art. 3 Abs. 1 DMA den erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt (lit. a), das Bereitstellen eines zentralen Plattformdienstes, der den gewerblich Nutzenden als Zugangstor zu Endnutzenden dient (lit. b) und den Besitz einer gefestigten und dauerhaften Position bzw. die Absehbarkeit einer solchen Position in naher Zukunft (lit. c). Diese Grundvoraussetzungen sind erfüllt, wenn die Schwellenwerte nach Art. 3 Abs. 2 DMA erreicht sind oder im Verfahren nach Art. 3 Abs. 8 i.V.m. Art. 17 DMA.
- 542 Ein Unternehmen gilt ohne weitere Untersuchungen gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a DMA als Torwächter, wenn es in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. a DMA «in jedem der vergangenen drei Geschäftsjahre in der Union einen Jahresumsatz von mindestens 7,5 Mrd. EUR erzielt hat oder wenn seine durchschnittliche Marktkapitalisierung oder sein entsprechender Marktwert im vergangenen Geschäftsjahr mindestens 75 Mrd. EUR betrug und es in mindestens drei Mitgliedstaaten denselben zentralen Plattformdienst bereitstellt». Darüber hinaus erkennt der DMA auch die Bedeutung der Nutzeraktivität,¹⁰¹³ denn gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b DMA gilt ein Unternehmen als Torwächter, wenn es in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA «einen zentralen Plattformdienst bereitstellt, der im vergangenen Geschäftsjahr mindestens 45 Millionen in der Union niedergelassene oder aufhältige monatlich aktive Endnutzer und mindestens 10 000 in der Union niedergelassene jährlich aktive gewerbliche Nutzer hatte».¹⁰¹⁴ Schliesslich kann ein Unternehmen nach Art. 3 Abs. 2 lit. c DMA als Torwächter benannt werden, wenn es in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. c DMA die in Art. 3 Abs. 2 lit. b DMA genannten Schwellenwerte in jedem der vergangenen drei Geschäftsjahre erreicht hat.
- 543 Insoweit verlieren in diesem Kontext des DMA sowohl die Marktabgrenzung als auch die Ermittlung der Marktbeherrschung an Bedeutung. Die Behörden können sich vielmehr auf bereits festgesetzte Schwellenwerte beziehen und haben keine zeitaufwendigen Einzelfallanalysen durchzuführen.
- 544 Ausserdem können Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 8 DMA i.V.m. Art. 17 DMA bei Nichterfüllung dieser Schwellenwerte als Torwächter benannt werden, wenn die Anforderungen nach Art. 3 Abs. 1 DMA erfüllt sind (Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 DMA). Gemäss Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 DMA hat die Kommission dabei die Grösse des Unternehmens (lit. a), die Anzahl gewerblicher Nutzenden und

¹⁰¹³ Zur Bedeutung der Nutzeraktivität bei der Ermittlung der Marktbeherrschung vgl. Kapitel [D.III.1.a](#)).

¹⁰¹⁴ Zur Legaldefinition des Endnutzers vgl. Art. 2 Nr. 20 DMA; zur Legaldefinition des gewerblichen Nutzers vgl. Art. 2 Nr. 21 DMA.

Endnutzender (lit. b), Netzwerkeffekte und Dateneffekte (lit. c), Skaleneffekte und Verbundvorteile (lit. d), Lock-in-Effekte sowie Wechselkosten und Einschränkungen der Parallelnutzung (lit. e), eine konglomeratartige Unternehmensstruktur oder vertikale Integration des Unternehmens, die Quersubventionierungen erlauben (lit. f), und sonstige strukturelle Geschäfts- und Dienstmerkmale (lit. g) zu berücksichtigen.

Diese qualitativen Kriterien weisen Ähnlichkeiten mit den Merkmalen auf, die nachfolgend für die Beurteilung der Marktbeherrschung ebenfalls zu beachten sind; es handelt sich hierbei grundsätzlich um die allgemein in der Digitalökonomie anzutreffenden Charakteristika der Plattformen.¹⁰¹⁵ 545

III. Beurteilungskriterien der Marktbeherrschung

Die Fähigkeit, sich im Wettbewerb in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten, ergibt sich anhand einer Gesamtbetrachtung der Marktverhältnisse. Hierfür hat die Literatur verschiedene Kriterien herausgearbeitet, die bloss in einer Gesamtwürdigung ein Urteil über die Marktbeherrschung ermöglichen.¹⁰¹⁶ Im Zusammenhang mit der digitalen Wirtschaft ist es sinnvoller, diese Kriterien in Faktoren für die Begründung von Marktbeherrschung (1.) und Faktoren für die Begrenzung von Marktbeherrschung (2.) aufzuteilen. Gestützt auf den Sachverhalt des Einzelfalles lässt sich mit diesen Kriterien ein Gesamturteil über die Marktbeherrschung fällen. 546

1. Faktoren für die Begründung von Marktmacht

In Bezug auf den aktuellen Wettbewerb haben die Marktanteile als Teil der Marktstrukturanalyse eine besondere Aussagekraft (a). Zudem kommt im Rahmen der Intermediations- bzw. Plattformmacht, den Netzwerkeffekten (b), 547

¹⁰¹⁵ Vgl. auch Kapitel B.I und Kapitel D.III.

¹⁰¹⁶ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 86 ff.; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 117 ff. Für die Schweiz hält die Botschaft ausdrücklich fest, dass die im Gesetzesentwurf definierten Kriterien nicht für die Bestimmung der Marktbeherrschung ausreichen; die Marktbeherrschung ist vielmehr «anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falles» zu beurteilen (Botschaft KG, BBl 1995, 548). Daraus folgt, dass keines der einzelnen Kriterien zur Beurteilung der Marktbeherrschung für sich allein ausschlaggebend ist.

den Wechselkosten und den Lock-in-Effekten (c) sowie der Stellung der Marktgegenseite (d) besondere Bedeutung zu. Darüber hinaus sind die Marktzutrittsschranken und der potenzielle Wettbewerb zu berücksichtigen (e). Ausserdem kommt in der Plattformökonomie den digitalen Ökosystemen zusätzliche Relevanz zu (f).

a) Marktanteile

aa) Grundlagen

- 548 Die Marktanteile bilden grundsätzlich den Ausgangspunkt der Untersuchungen bzgl. einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁰¹⁷ Weder das europäische noch das schweizerische Recht enthalten gesetzliche Schwellenwerte, die eine Vermutung für das Vorliegen von Marktbeherrschung aufstellen.¹⁰¹⁸ Die europäischen Gerichte halten seit «Hoffmann-La Roche» in ständiger Rechtsprechung fest, dass «besonders hohe Anteile – von aussergewöhnlichen Umständen abgesehen – ohne Weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern» können, wobei «die Bedeutung der Marktanteile [...] von einem Markt zum anderen unterschiedlich sein kann».¹⁰¹⁹ Gemäss dem Europäischen Gerichtshof handelt es sich bei einem Marktanteil von über 50% um besonders hohe Anteile.¹⁰²⁰ Auch das Gericht der Europäischen Union legt dar, dass Marktanteile von mehr als 50% die Vermutung für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zulassen.¹⁰²¹ In Sachen *Hilti* ging das Gericht davon aus, dass ein Marktanteil von über 70% für sich genommen bereits ein klares Indiz für die beherrschende Stellung ist.¹⁰²² Gemäss der Europäischen Kommission können die Marktanteile insbesondere in jenen Fällen ein Anzeichen für die Marktbeherrschung sein, wenn ein Unternehmen über eine längere Zeit hohe Marktanteile

¹⁰¹⁷ Europäische Kommission, ABL C 45 vom 24.02.2009, Rn. 13; RPW 2003/3 – *Coop/Waro*, 589, Rn. 127; vgl. ferner Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 87 m.w.H.; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 270.

¹⁰¹⁸ Im Gegensatz dazu stellt das deutsche Recht Vermutungen diesbezüglich auf (§ 18 Abs. 4 und 6 GWB).

¹⁰¹⁹ Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rn. 41.

¹⁰²⁰ Urteil des EuGH, Rs. C-62/86 vom 03.07.1991, *AKZO/Kommission*, Rn. 60.

¹⁰²¹ Urteil des EuG, Rs. T-321/05 vom 01.07.2010, *AstraZeneca/Kommission*, Rn. 288 mit Verweis auf Urteil des EuGH, Rs. C-62/86 vom 03.07.1991, *AKZO/Kommission*, Rn. 60.

¹⁰²² Urteil des EuG, Rs. T-30/89 vom 12.12.1991, *Hilti AG/Kommission*, Rn. 92 (bestätigt im Urteil des EuGH, Rs. C-53/92 P vom 02.03.1994, *Hilti/Kommission*).

teile aufweist.¹⁰²³ Im Umkehrschluss sind volatile Marktanteile als weniger aussagekräftig zu qualifizieren.

In der Schweiz zeichnet sich ein ähnliches Bild ab. Gemäss dem Bundesgericht ist ein hoher Marktanteil zwar ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass kein wirksamer Wettbewerb bzw. keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten existieren.¹⁰²⁴ Das Bundesgericht hat allerdings in der Vergangenheit bereits erwähnt, dass 50% Marktanteil ein Indiz bzw. die «kritische Schwelle» für eine marktbeherrschende Stellung ist.¹⁰²⁵ Gemäss der Terminologie des Bundesverwaltungsgerichts liegt bei Marktanteilen ab 50% eine «Vermutung» für das Vorliegen der Marktbeherrschung vor; diese Vermutung lässt sich nur bei Vorliegen von entgegengesetzten Faktoren widerlegen.¹⁰²⁶

549

bb) Berechnung in der digitalen Wirtschaft

In den letzten Jahren haben sich die Literatur und Praxis bemüht, alternative Methoden zu entwickeln, die als Ersatz für die Marktanteile dienen können.¹⁰²⁷ Diese Ansätze stellen grundsätzlich keine Neuheit für das Kartellrecht dar, da es bereits in den traditionellen Märkten möglich war, die Marktanteile auf unterschiedliche Weisen zu berechnen, z.B. über den Umsatz, die Stückzahlen oder die Anzahl Kund*innen.¹⁰²⁸

550

Die Europäische Kommission hält in Sachen *Microsoft/Skype* fest, dass die Unentgeltlichkeit der Leistungen für die Berechnung der Marktanteile problematisch sei.¹⁰²⁹ Da sich die Berechnung der Marktanteile auf unterschiedliche Faktoren stützen lässt, ist der Kommission in dieser Aussage nicht zuzustimmen. Die Kommission hat sich nach diesem Entscheid wiederholt zur Berech-

551

¹⁰²³ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 15.

¹⁰²⁴ BGE 130 II 449, E. 5.7.2 m.w.H.

¹⁰²⁵ BGE 139 I 72, E. 9.3.3.2.

¹⁰²⁶ Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442 mit Verweis auf BGE 139 I 72, E. 9.3.3.2.

¹⁰²⁷ Zur umfangreichen Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Marktanteile in der digitalen Wirtschaft vgl. Europäische Kommission, *Evaluierung*, 49 ff.; BOGENREUTHER, 113 ff.; CYRIAC, 154 ff.; WALESCH, 391 ff.; VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 336 ff.; FRANCK/PEITZ, *Market definition and market power*, 70 ff.; FERRO, *Market Definition*, 48 ff.; NEWMAN, *Wash. U. L. Rev.* 2016, 71 ff.

¹⁰²⁸ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 295. Auch die Europäische Kommission erwähnt in ihren Entscheidungen jeweils, dass es unterschiedliche Möglichkeiten gibt, die Marktanteile zu berechnen (z.B. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 678 und EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 276); vgl. ferner Europäische Kommission, ABl. C 372, 9.12.1997, Rn. 54.

¹⁰²⁹ EU-Kommission, COMP/M.6281 vom 07.10.2011, *Microsoft/Skype*, Rn. 78.

nung der Marktanteile in der digitalen Wirtschaft geäußert und ihre Ansicht geändert. In Sachen *Google Search (Shopping)* und in Sachen *Google Android* stützt sich die Europäische Kommission bei der Berechnung der Marktanteile auf die Seitenabrufe (engl. «page views») und Seitenbesuche (engl. «site visits»)¹⁰³⁰.

- 552 Es ist somit ersichtlich, dass die Behörden in der Lage sind, sich an die neuen Begebenheiten anzupassen und die Marktanteile über unterschiedliche Kriterien zu berechnen. Aufgrund der besonderen Struktur der Märkte der digitalen Wirtschaft können neben den Nutzeranteilen, der Nutzeraktivität oder dem Datenbestand auch weitere Parameter herangezogen werden, wie z.B. Werbeeinnahmen, Anzahl des Werbefolgekontakts oder Aufmerksamkeitskosten.
- 553 Die Europäische Kommission zieht mit den Nutzeranteilen zwar eine potenzielle Alternative für die Berechnung der Marktanteile heran, untersucht deren Einfluss aber nicht im Detail. Die Behörden sind gehalten, die Nutzeranteile in den Kontext des Multi-Homing zu setzen und deren Bedeutung im Rahmen der Stellung der Marktgegenseite korrekt auszuwerten. Hinzu kommen die von den Nutzenden ausgehenden Netzwerkeffekte, welche angesichts des konkreten Umstandes zu Skaleneffekten und Lock-in-Effekten führen können. Zudem ist auch die Mehrseitigkeit der Märkte zu berücksichtigen, die ebenfalls zusätzliche Informationen zu den Nutzeranteilen liefern.¹⁰³¹ Folglich ist eine eindimensionale Analyse der Nutzeranteile nur beschränkt hilfreich.
- 554 Darüber hinaus ist neben den Nutzeranteilen auch die Nutzeraktivität als angemessenes Kriterium zu betrachten. Dabei ist jeweils ein für den Einzelfall passendes Merkmal zu untersuchen (z.B. auf der Plattform insgesamt verbrachte Dauer, durchschnittlich auf der Plattform verbrachte Zeit, Anzahl der Nutzenden zu einem bestimmten Zeitpunkt, Anzahl der wiederkehrenden Nutzenden, Häufigkeit der wiederkehrenden Nutzenden, Anzahl der Besuche, Anzahl Klicks und die damit zusammenhängenden Werte für die neu geschalteten Werbungen pro Klick, Anzahl der Suchanfragen, Zahl der Downloads, Anzahl abgeschlossener Transaktionen, Anzahl Interaktionen auf der Plattform oder besonderes Nutzerverhalten). Es ist nicht möglich, die Berech-

¹⁰³⁰ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 679 f.; EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 277 f.

¹⁰³¹ Zur Bedeutung der Mehrseitigkeit der Märkte im Rahmen der Untersuchungen zur Marktbeherrschung vgl. OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 8; EVANS/SCHMALENSEE, *Multi-Sided Platform Businesses*, 12 f.; vgl. ferner bereits WRIGHT, RNE 2004, 55 f.; zur Anwendung von verschiedenen Kriterien vgl. OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 9.

nungskriterien abschliessend aufzuzählen, da sie eng mit der untersuchten Plattform und ihren Dienstleistungen zusammenhängen. Die überarbeitete Bekanntmachung über die Abgrenzung des relevanten Marktes der Europäischen Kommission zählt in einer nicht abschliessenden Aufzählung ähnliche Parameter für die Bestimmung der Marktanteile auf.¹⁰³²

Bei der Berechnung der Marktanteile legt die Europäische Kommission ihren Fokus im Markt der Suchmaschinen auf die Einnahmen pro Suche (engl. «Revenue Per Search»), weshalb die Seitenabrufe und Seitenbesuche entscheidend sind. Im Ergebnis stützt sie sich bei der Ermittlung der Marktanteile einzig auf die Seite der Werbenden.¹⁰³³ Während die Werbeeinnahmen potenziell wichtige Informationen zur beherrschenden Stellung einer Plattform auf dem relevanten Markt liefern können, bilden sie isoliert betrachtet keine Anhaltspunkte zu den Marktanteilen.¹⁰³⁴ Es ist insbesondere möglich, dass eine Plattform ihre Dienste entweder unentgeltlich und werbefrei anbietet oder mit einem Abonnementmodell ohne Werbung auf dem Markt auftritt. Diese Plattformen besitzen ebenfalls Marktanteile auf dem relevanten Markt, wobei sie keine Werbeeinnahmen generieren.¹⁰³⁵ Dasselbe Problem tritt bei allen werbebasierten Faktoren für die Berechnung der Marktanteile auf (z.B. Aufmerksamkeitskosten).

555

cc) Bedeutung in der digitalen Wirtschaft

Wie dargelegt, stellt in der digitalen Wirtschaft nicht die Berechnungsmethode an sich das eigentliche Problem dar, sondern die Aussagekraft der Marktanteile. Die Bedeutung der Marktanteile gilt es zu relativieren, da sich dieses Kriterium als kaum aussagekräftig erweist.¹⁰³⁶ Verschiedene Faktoren tragen dazu bei, dass die Marktanteile nicht mehr als Indiz für die Marktbeherrschung herangezogen werden können. Die Europäische Kommission hat in Sachen *Microsoft/Skype* bereits erkannt, dass es sich bei den Märkten für die Dienste der Verbraucherkommunikation um einen jungen und dynamischen Markt handelt.

556

¹⁰³² Europäische Kommission, ABl. C, C/2024/1645, Rn. 108.

¹⁰³³ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 677 und EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 275.

¹⁰³⁴ Die Werbeeinnahmen sind deshalb in Verbindung mit der Stellung der Marktgegenseite, dem Multi-Homing, den Netzwerkeffekten, der Mehrseitigkeit der Märkte und weiteren strukturellen Besonderheiten der Märkte der digitalen Wirtschaft zu betrachten. Die Werbeeinnahmen können bloss potenziell zur Berechnung der Marktanteile eines Werbeunternehmens auf einem Werbemarkt dienen.

¹⁰³⁵ So auch FRANCK/PEITZ, *Market definition and market power*, 70.

¹⁰³⁶ A.M. WALESCH, 387 ff., insb. 405 f.

schen Sektor handelt, in dem sich die Marktanteile schnell ändern können und folglich die Marktanteile zur Ermittlung der Wettbewerbsstärke kaum von Relevanz sind.¹⁰³⁷

- 557 Die Europäische Kommission hat sich ausserdem in Sachen *Facebook/WhatsApp* zur Bedeutung der Marktanteile geäussert. Sie bestätigt auch hier, dass es sich bei den Märkten für die Dienste der Verbraucherkommunikation um neue und schnell wachsende Märkte handelt, die von Markteintritten und ständiger Entwicklung geprägt sind. Diese Umstände führen dazu, dass die Marktanteile vergänglich (engl. «ephemeral»)¹⁰³⁸ sind und deren Bedeutung in den Märkten der digitalen Wirtschaft kleiner ist. In diesen dynamischen Märkten darf gemäss der Europäischen Kommission den Marktanteilen keine Indizwirkung zukommen.¹⁰³⁹
- 558 Diese Ansicht der Kommission bestätigt auch das Gericht der Europäischen Union in Sachen *Google Android*. Gemäss dem Gericht sind auf den Märkten der digitalen Wirtschaft traditionelle Kriterien, wie z.B. die Marktanteile, weniger wichtig als andere Merkmale, wie z.B. der Datenzugang, die Mehrseitigkeit oder die Netzwerkeffekte.¹⁰⁴⁰ Diese Ansicht ist aus verschiedenen Gründen nachvollziehbar. Zunächst handelt es sich bei der Berücksichtigung dieser anderen Merkmale um integrale Bestandteile der untersuchten Marktverhältnisse. Zudem liegt es in der Natur der Auslegung der Marktanteile, dass ihnen in dynamischen und schnell wachsenden Märkten weniger Bedeutung zukommt. Die Berechnung der Marktanteile stellt eine Momentaufnahme dar, deren Aussagekraft insbesondere in innovationsgetriebenen Märkten zu relativieren ist. Diese hohen, aber volatilen Marktanteile sprechen grundsätzlich *nicht* für das Bestehen von Marktbeherrschung.¹⁰⁴¹ Daraus leitet sich ausserdem ab, dass niedrige, aber volatile Marktanteile aufgrund der besonderen Struktur der Märkte der digitalen Wirtschaft nicht als Hinweis auf fehlende Marktbeherrschung des untersuchten Unternehmens zu deuten sind. Es ist möglich, dass sich ein Unternehmen in wesentlichem Umfang von den ande-

¹⁰³⁷ EU-Kommission, COMP/M.6281 vom 07.10.2011, *Microsoft/Skype*, Rn. 70, Rn. 72 und Rn. 78.

¹⁰³⁸ Zur Vergänglichkeit der Marktanteile s. auch Urteil des EuG, Rs. T-79/12 vom 11.12.2013, *Cisco Systems und Messagenet/Kommission*, Rn. 69.

¹⁰³⁹ EU-Kommission, COMP/M.7217 vom 03.10.2014, *Facebook/WhatsApp*, Rn. 99.

¹⁰⁴⁰ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 115.

¹⁰⁴¹ So auch Europäische Kommission, Evaluierung, 51; auch in traditionellen Märkten vgl. BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 273; vgl. ferner RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*, 47, Rn. 37; vgl. zur Volatilität Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 13; ähnlich EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 725 m.w.V., allerdings waren hier «stable market shares» als Faktor für Marktbeherrschung qualifiziert.

ren Marktteilnehmenden unabhängig verhalten kann, wenn seine Nutzerbasis beispielsweise Single-Homing betreibt,¹⁰⁴² starke Netzwerkeffekte vorliegen¹⁰⁴³ und die Nutzenden mit hohen Wechselkosten konfrontiert sind.¹⁰⁴⁴

b) Netzwerkeffekte

Die Netzwerkeffekte sind ein wichtiger Faktor in der digitalen Wirtschaft.¹⁰⁴⁵ Im Rahmen der Ermittlung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens nehmen insbesondere die indirekten Netzwerkeffekte eine zentrale Rolle ein. Bei der Untersuchung der Netzwerkeffekte ist naturgemäß auch die Mehrseitigkeit der Plattformen zu beachten. Obwohl es sich bei Vorliegen von Netzwerkeffekten nicht ohne Weiteres um einen Indikator für Marktmacht handelt, vermögen sich die Unternehmen bei entsprechenden Umständen mithilfe der Netzwerkeffekte in eine Lage zu versetzen, welche die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt verhindert, indem sie sich gegenüber anderen Unternehmen im Wettbewerb in einem nennenswerten Umfang unabhängig verhalten können.¹⁰⁴⁶

559

aa) Wechselseitige Netzwerkeffekte

Die Beurteilung der Netzwerkeffekte ist grundsätzlich Bestandteil der Intermediationsmacht¹⁰⁴⁷ und nimmt bei der Ermittlung der Marktbeherrschung mittels der Qualitätsbestimmungsmacht einen besonderen Stellenwert ein. Das Geschäftsmodell der Plattformen beruht grundlegend auf einer grossen Nutzerbasis und auf Netzwerkeffekten.¹⁰⁴⁸ Weder die Anzahl Nutzenden noch die Netzwerkeffekte sind *per se* ein Indiz für die Marktmacht eines Unternehmens. Wirken allerdings wechselseitige Netzwerkeffekte, sind ebendiese Parameter die Voraussetzung für Selbstverstärkungseffekte. Diese wechselseitigen

560

¹⁰⁴² Vgl. Kapitel [D.III.1.d\)aa\)](#).

¹⁰⁴³ Vgl. Kapitel [D.III.1.b\)](#).

¹⁰⁴⁴ Vgl. Kapitel [D.III.1.c\)](#).

¹⁰⁴⁵ Vgl. auch Kapitel [B.I.1.b\)](#). In Sachen *Appel* ist die Europäische Kommission bei der Beurteilung der Marktbeherrschung ebenfalls auf die Netzwerkeffekte näher eingegangen, vgl. EU-Kommission, AT.40437 vom 04.03.2024, *Apple*, Rn. 344 f.

¹⁰⁴⁶ So auch OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 10 ff.; SMITH/DUKE, ECJ 2021, 106; vgl. ferner BOGENREUTHER, 115 ff.; WALESCH, 406 ff.; NATH, 39 ff.; MÄIHÄNIEMI, 60 ff.; VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 230 ff.; SCHMIDT, 57 ff.; BARBUR/MACH/CLARKE, *Sedona Conf. J.* 2011, 291 f.; vgl. auch EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 285–305.

¹⁰⁴⁷ Vgl. Kapitel [D.II.3\)](#).

¹⁰⁴⁸ Vgl. Kapitel [B.I.1\)](#).

Netzwerkeffekte treten insbesondere bei der Abgrenzung eines Gesamtmarktes nach der hier ermittelten Marktabgrenzungsmethode¹⁰⁴⁹ auf. In dieser Konstellation nehmen die Netzwerkeffekte für die Marktmacht eines Unternehmens eine entscheidende Stellung ein. Je höher die Nutzeranzahl auf einer Plattformseite «A» ist, desto attraktiver ist die Plattform für die andere Plattformseite «B». Die Grösse der Plattformseite «B» wiederum hat denselben Effekt für die Plattformseite «A» und führt zu Selbstverstärkungseffekten (engl. «positive feedback loop»). Aufgrund der nun grösseren Attraktivität der Plattform zieht sie neue Nutzende an. Das Ergebnis sind eine hohe Konzentration an Nutzenden auf dieser Plattform und eine Verfestigung der Marktverhältnisse.¹⁰⁵⁰

- 561 Gemäss der Kommission sind in der digitalen Wirtschaft die Marktanteile über die Nutzeranteile zu berechnen.¹⁰⁵¹ Ist der Europäischen Kommission bzgl. der Berechnung der Marktanteile in der Plattformökonomie zu folgen, genügen diese wechselseitigen Netzwerkeffekte und die damit zusammenhängende Vergrösserung der Anzahl Nutzenden als starkes Indiz für die Begründung von Marktbeherrschung. Die Netzwerkeffekte haben aufgrund der Selbstverstärkungseffekte indirekt Einfluss auf die Anzahl der Nutzenden und dienen deshalb als Parameter für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.
- 562 Die wechselseitigen Netzwerkeffekte nehmen insbesondere in Verbindung mit den Kopplungsgeschäften eine entscheidende Rolle ein. Die Anzahl der Nutzenden ist nicht nur ein wichtiger Parameter für die Begründung von Marktbeherrschung, sondern darüber hinaus ausschlaggebend für die Entwicklung und Vergrösserung einer Plattform. Da das Unternehmen mit der Kopplung diese Marktmacht durch die Netzwerkeffekte ausnutzt und mittels Nudging eine grosse Nutzerbasis auf einen neuen Markt bewegen kann, lässt sich so der Markteintritt der potenziellen Konkurrenz erheblich erschweren. Sie muss in diesen Fällen nicht nur eine grosse Nutzerbasis aufbauen, die kritische Masse erreichen und Netzwerkeffekte generieren, sondern sieht sich noch vor dem eigenen Markteintritt mit starken Netzwerkeffekten des marktbeherrschenden Unternehmens konfrontiert. Diese anfänglich mit der Lancierung einer

¹⁰⁴⁹ Vgl. Kapitel [C.III.3.e](#)), insb. Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(1\)\(i\)](#).

¹⁰⁵⁰ Zu den Selbstverstärkungseffekten s. auch WALESCH, 408; NATH, 40; VOLMAR, 230 f.; zur Verfestigung der Marktverhältnisse bei starken Netzwerkeffekten vgl. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 267–270; zum «positive feedback loop» vgl. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 292–296.

¹⁰⁵¹ Vgl. Kapitel [D.III.1.a\)bb\)](#).

neuen Plattform existierenden Netzwerkeffekte verschaffen diesem Unternehmen einen nur sehr schwer überwindbaren Startvorteil, der oft zum Verzicht auf den Markteintritt der Konkurrenz führt.

bb) Marktübergreifende Bedeutung der Netzwerkeffekte

Selbst bei Abgrenzung separater Einzelmärkte ist es erforderlich, die Beziehung zur anderen Marktseite mittels der Netzwerkeffekte zu berücksichtigen, da das Verhältnis auf einer Marktseite aufgrund der Mehrseitigkeit und der Netzwerkeffekte einen Einfluss auf die andere Marktseite hat. 563

Gemäss der ständigen Rechtsprechung liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, wenn ein Unternehmen in der Lage ist, «die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern». Diese Definition verlangt bloss die Verhinderung des wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt, sie beschreibt jedoch nicht, *wie* diese Verhinderung zu entstehen hat. Es liegt in der Natur der verbundenen, mehrseitigen Plattformen und ihrer Preisstruktur, dass die andere Marktseite bei der Analyse der Marktbeherrschung nicht ignoriert werden kann. 564

Im Verhältnis der Gruppe der Nutzenden zur Gruppe der Werbenden lässt sich die plattformseitenübergreifende Bedeutung der Netzwerkeffekte im Sinne der Intermediationsmacht verdeutlichen.¹⁰⁵² Obwohl in dieser Konstellation separate Einzelmärkte abgegrenzt werden,¹⁰⁵³ haben die Netzwerkeffekte entscheidenden Einfluss auf das Geschehen.¹⁰⁵⁴ Von der Seite der Nutzenden entstehen positive (indirekte) Netzwerkeffekte, die in Richtung der Werbenden ausstrahlen. Eine grössere Gruppe der Nutzenden erhöht die Attraktivität der Plattform, da die Werbenden mit jeder Werbung potenziell ein grösseres Publikum erreichen. Diese Netzwerkeffekte haben ihren Ursprung auf dem Nutzermarkt, dienen jedoch zur Stärkung der Marktstellung der Plattform auf dem Werbemarkt. 565

Darüber hinaus ist bei der Beurteilung der Marktbeherrschung in diesen Märkten sowohl die Preisbestimmungs- als auch die Qualitätsbestimmungsmacht zu beachten. Einerseits bietet die Plattform ihre Werbeflächen zu einem bestimmten Preis an und befindet sich auf dieser Seite – weiterhin unter 566

¹⁰⁵² Bei den Werbemärkten handelt es sich gemäss allen hier untersuchten Ansichten um separate Einzelmärkte vgl. Kapitel [C.III.4.c](#).

¹⁰⁵³ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)dd\)\(i\)\(ii\)](#) und Kapitel [C.III.4.c](#).

¹⁰⁵⁴ Grundsätzlich auch SMITH/DUKE, ECJ 2021, 106 mit Verweis auf dieselbe Praxis vor dem Aufkommen der digitalen Medien.

Berücksichtigung der plattformökonomischen Faktoren – in einem «traditionellen» Wettbewerbsverhältnis, in dem die beherrschende Stellung u.a. über die Fähigkeit eines Unternehmens, seine Preise gewinnmaximierend und langfristig über das kompetitive Niveau anheben zu können, umschrieben wird. Andererseits ist die Plattform gleichzeitig einem Wettbewerbsdruck seitens der Gruppe der Nutzenden ausgesetzt.¹⁰⁵⁵ Da diese Gruppe die Leistung der Plattform unentgeltlich in Anspruch nimmt,¹⁰⁵⁶ ist hier auf die Qualitätsbestimmungsmacht der Plattform abzustellen, also ob ein Unternehmen die Fähigkeit besitzt, die Qualität seiner Leistungen in einem gewissen Grad zu ändern, ohne dass ein beträchtlicher Teil seiner Nutzenden zur Konkurrenz wechselt. Allerdings ist eine eindimensionale Sicht nicht zielführend. Die Behörden haben die Qualitätsbestimmungsmacht gegenüber den Nutzenden vielmehr unter dem Blickwinkel der Preisbestimmungsmacht gegenüber den Werbenden zu untersuchen. Im Rahmen der Intermediationsmacht eines Unternehmens sind diese beiden Elemente auszuwerten und potenziell als marktmachtbegründend zu qualifizieren.

- 567 Die Werbeeinnahmen lassen grundsätzlich bloss Rückschlüsse auf das Marktverhältnis auf einer Seite zu. Dabei bieten die Werbeeinnahmen eine objektiv berechenbare Grösse, welche mit den Werten der traditionellen Märkte vergleichbar ist.¹⁰⁵⁷ Darüber hinaus lassen sich über die Werbeeinnahmen mindestens indirekt auch Informationen über die Netzwerkeffekte und die Parallelnutzung der anderen Marktseite ableiten. Höhere Werbeeinnahmen deuten in der Regel auf eine grössere Gruppe der Nutzenden und eine grössere Attraktivität der Plattform; die Gruppengrösse wiederum hängt eng mit den Netzwerkeffekten zusammen. Falls eine Plattform allerdings in der Lage ist, bei einem vergleichbar kleineren Publikum (Gruppe der Nutzenden) trotzdem verhältnismässig hohe Einnahmen zu erzielen, deutet dies darauf hin, dass dieses Publikum Single-Homing betreibt und die Plattform sich bei der Preisgestaltung unabhängig verhalten kann, da sie den Exklusivzugang zu diesem Publikum verschafft. Angesichts dieses Exklusivzugangs wirken die Netzwerkeffekte auf Seiten der Nutzenden in Richtung der Werbenden stärker, da kein alternativer Zugang zu dieser Gruppe der Nutzenden möglich ist.

¹⁰⁵⁵ Im Detail zur Bedeutung der Stellung der Marktgegenseite vgl. Kapitel [D.III.1.d](#)) und Kapitel [D.III.2.c](#)).

¹⁰⁵⁶ Im Detail vgl. Kapitel [C.II.1.a](#)).

¹⁰⁵⁷ Es handelt sich dabei grundsätzlich um einen separaten Markt vgl. Kapitel [C.III.4.c](#)). Zur Bedeutung der Werbeeinnahmen im Rahmen der Marktanteile vgl. Kapitel [D.III.1.a\)bb](#)).

Aus diesen Gründen dienen die Werbeeinnahmen¹⁰⁵⁸ als stellvertretende Grösse für die Berechnung der Stellung auf dem Markt.¹⁰⁵⁹ Ferner sind die Werbeeinnahmen in Bezug auf die Berechnung der Marktanteile weniger aussagekräftig, da eine Plattform auch ohne Aufschaltung von Werbung den gesamten Markt beherrschen kann (z.B. Nutzeranteile oder Nutzeraktivität aufgrund fehlender Werbung). Deshalb sind die Werbeeinnahmen vielmehr im Rahmen der Netzwerkeffekte und Parallelnutzung als stellvertretendes Merkmal zu beachten. 568

In Sachen *Google Search (Shopping)* hat die Europäische Kommission einen Markt für allgemeine Suchdienste abgegrenzt¹⁰⁶⁰ und gleichzeitig die Bedeutung der Netzwerkeffekte in Verbindung mit der Werbemarktseite im Rahmen der Markteintrittsschranken miteinbezogen.¹⁰⁶¹ Diese Herangehensweise ist auch in der Schweiz üblich, da sich die WEKO bereits in den 2000er Jahren mit Werbemärkten auseinandergesetzt und festgehalten hat, dass bei «der Prüfung, ob sich Unternehmen auf dem Lesermarkt unabhängig verhalten können, [...] die Wirkung des Lesermarktes auf den Werbemarkt zu berücksichtigen» ist.¹⁰⁶² Folglich handelt es sich um keine Neuheit der digitalen Wirtschaft, bei der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens alle Marktverhältnisse – auch jene, die auf der anderen Marktseite entstehen – in die Untersuchungen aufzunehmen. 569

Aus diesen Beispielen ist ersichtlich, dass die Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung der marktmachtbegründenden Faktoren nicht auf den abgegrenzten relevanten Markt beschränkt sind, sondern im Rahmen einer Gesamtbeurteilung alle Faktoren, die zur Verhinderung des wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt führen können, in Betracht ziehen können. 570

¹⁰⁵⁸ Die Werbeeinnahmen selbst sind wiederum ein stellvertretender Wert für die Anzahl an Vermittlungsleistungen.

¹⁰⁵⁹ Vgl. bereits RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, E. 9.2, 386.

¹⁰⁶⁰ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 154 ff.

¹⁰⁶¹ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 294 ff. Die Europäische Kommission geht in Sachen *Google Android* ähnlich vor vgl. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 469 und Rn. 638. Gemäss WALESCH hat es die Europäische Kommission versäumt, den Werbemarkt zu beachten (WALESCH, 412 f.).

¹⁰⁶² RPW 2004/2 – *NZZ-Espace-Bund*, 503, Rn. 102; dieselbe Herangehensweise auch in RPW 2006/2 – *Berner Zeitung AG*, E. 9.2, 386 und RPW 2000/3 – *Berner Oberland Medien*, 438 ff., Rn. 120 ff.; vgl. ferner Kapitel [C.II.2.b\)bb](#).

c) Wechselkosten und Lock-in-Effekte

- 571 Die Netzwerkeffekte sind isoliert betrachtet nicht aussagekräftig.¹⁰⁶³ Neben den Netzwerkeffekten sind weitere Faktoren zu beachten, wie z.B. hohe Wechselkosten und Lock-in-Effekte. Auf Märkten mit Selbstverstärkungseffekten und Konzentrationstendenzen versetzen nicht bloss die Attraktivität der Plattform und die hohe Anzahl der Nutzenden das untersuchte Unternehmen in die Lage, sich auf dem relevanten Markt unabhängig zu verhalten. Für das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung sind ausserdem die hohen Wechselkosten und die Lock-in-Effekte verantwortlich.¹⁰⁶⁴ Die Wechselkosten und die Lock-in-Effekte können das Single-Homing¹⁰⁶⁵ der Nutzenden bereits ohne Beachtung der Netzwerkeffekte fördern und somit die Stellung des Unternehmens auf dem Markt stärken. Liegen gleichzeitig wechselseitige Netzwerkeffekte vor, erweist sich diese Kombination als besonders anfällig für die Begründung einer beherrschenden Stellung.
- 572 Auf sozialen Netzwerken beispielsweise treten regelmässig wechselseitige Netzwerkeffekte auf. Aufgrund dieser Netzwerkeffekte steigt die Attraktivität der Plattform für die Nutzenden mit jedem neuen Kontakt. Diese neuen Kontakte wiederum tragen dazu bei, dass die Wechselkosten zusätzlich steigen. Je grösser das eigene Netzwerk ist, desto höher sind die Wechselkosten. Ein Plattformwechsel kommt grundsätzlich nur in Betracht, falls auf einer anderen Plattform ähnliche Netzwerkeffekte vorliegen und die Nutzenden ihre Profile verhältnismässig einfach auf neue Plattformen übertragen können. Letzteres ist in der Regel nicht der Fall, weshalb hohe Wechselkosten auszumachen sind.
- 573 Ein Plattformwechsel macht schliesslich bloss Sinn, wenn das gesamte, persönliche Netzwerk mitwechselt. Aufgrund bereits getätigter Aufwendungen und des aufgebauten Netzwerks gekoppelt mit der fehlenden Möglichkeit der Interoperabilität sind die Nutzenden folglich an die Plattform gebunden; sie sind «locked-in».¹⁰⁶⁶ In diesen Fällen befindet sich die Plattform in einer Lage,

¹⁰⁶³ Für das Vorgehen der Europäischen Kommission in Bezug auf die Netzwerkeffekte vgl. Kapitel [D.III.1.b\)aa\)](#).

¹⁰⁶⁴ Zum gleichen Ergebnis kommt die Kommission auch in Sachen *Apple*, vgl. EU-Kommission, AT.40437 vom 04.03.2024, *Apple*, Rn. 381 ff.; zu den Wechselkosten OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 16 f. m.w.V.; zu den Wechselkosten und Lock-in-Effekten bereits FARRELL/KLEMPERER, 1967 ff.; vgl. ferner BOGENREUTHER, 120 ff.; WALESCH, 430 ff.; NATH, 45 f.; FRANCK/PEITZ, *Market definition and market power*, 78 f.; VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 232 f.; SCHMIDT, 57 f.

¹⁰⁶⁵ Im Detail zu den Wirkungen des Single-Homing vgl. Kapitel [D.III.1.d\)](#).

¹⁰⁶⁶ Vgl. auch Kapitel [B.I.3.b\)](#).

in der sie sich gegenüber den anderen Wettbewerbsteilnehmenden in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Dieses unabhängige Verhalten wirkt sich insbesondere in der Verminderung der Qualität der Plattform aus,¹⁰⁶⁷ z.B. durch die Vergrösserung der Werbeflächen, durch weniger Möglichkeiten der Datenportabilität, durch die Verringerung der Möglichkeiten für das Multi-Homing oder durch Ausschluss der Interoperabilität.¹⁰⁶⁸

Die Möglichkeit der Datenportabilität bzw. der Interoperabilität hat entscheidenden Einfluss auf die Wechselkosten und Lock-in-Effekte, wie dies das Beispiel der verkaufsseitigen Bewertungssysteme zeigt. Die Reputation und damit einhergehend die Häufigkeit der Transaktionen der Verkaufsseite hängen eng mit der Verkäuferbewertung zusammen. Diese Bewertungen sind allerdings plattformgebunden und nicht interoperabel.¹⁰⁶⁹ Dadurch ist die Plattformseite, welche an die Bewertungen gebunden ist, höheren Wechselkosten ausgesetzt, da sie nach einem Plattformwechsel als unbekannte und nicht mehr gemäss den Bewertungen zuverlässige Partei auftreten muss. In diesen Fällen hat die Plattform – wenngleich das Multi-Homing dieser Plattformseite grundsätzlich möglich wäre¹⁰⁷⁰ – eine stärkere Stellung gegenüber dieser Gruppe. Obwohl die Plattform also Multi-Homing zulässt, kann sie sich gegenüber dieser Gruppe unabhängig verhalten. Dieses Beispiel veranschaulicht, dass in der digitalen Wirtschaft einzelne Elemente in der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens bloss eine beschränkte Bedeutung haben. Die Behörden haben vielmehr alle plattformökonomischen Merkmale im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auszuwerten und die tatsächlichen Wirkungen, die aus der Kombination dieser Merkmale entstehen, zu berücksichtigen.

574

Starke Netzwerkeffekte zusammen mit hohen Wechselkosten und Lock-in-Effekten führen zu grösseren Selbstverstärkungseffekten. Die Kombination dieser Effekte führt zu einer Eigendynamik, die es der Plattform erlaubt, die kritische Masse der Nutzenden zu erreichen. In dieser Konstellation sind die Märkte dazu geneigt, im Sinne des von diesen Effekten profitierenden Unter-

575

¹⁰⁶⁷ Ähnlich bereits EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 268.

¹⁰⁶⁸ Zur fehlenden Interoperabilität als Faktor für die Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vgl. Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 229; vgl. mit ähnlichen Argumenten US District Court D.N.J., *United States of America et al. v. Apple*, Case 2:24-cv-04055, Rn. 8 und Rn. 104 ff.

¹⁰⁶⁹ Die grossen Plattformen wie Amazon, eBay oder Etsy lassen keine plattformübergreifende Übertragung der Bewertungen zu.

¹⁰⁷⁰ Zum Multi-Homing als marktmachtbeschränkender Faktor vgl. Kapitel [D.III.2.c](#).

nehmens zu «kippen» (engl. «market tipping»)¹⁰⁷¹ Nach dem Market Tipping wirken die Netzwerkeffekte (u.a. zusammen mit hohen Wechselkosten und Lock-in-Effekten) als zusätzliche Marktzutrittsschranken¹⁰⁷² und als marktmachtbegründender Faktor.¹⁰⁷³ Auf das Kippen des Marktes folgen weitere Muster, welche die Begründung der Marktbeherrschung verstärken. Die Plattformen, welche diese kritische Masse nicht erreichen können, sehen sich mit negativen Netzwerkeffekten konfrontiert, da die Nutzenden dazu tendieren, zur Plattform mit der kritischen Masse und den stärkeren Netzwerkeffekten zu wechseln. Die Verkleinerung der Nutzergruppe führt zu weniger starken Netzwerkeffekten und zur Verringerung der Skaleneffekte. Dies wiederum kann dazu führen, dass diese Plattformen vom Markt verdrängt werden. Im Ergebnis ist die «gewinnende» Plattform in der Lage, sich als Marktführerin zu etablieren, und befindet sich im Extremfall in einem Winner-Takes-All-Markt.¹⁰⁷⁴

- 576 Die Kartellbehörden berücksichtigen zwar in fast allen Fällen der Digitalökonomie die Lock-in-Effekte im Rahmen der Wechselkosten, vernachlässigen aber deren Bedenklichkeiten für den Wettbewerb.¹⁰⁷⁵ Wie soeben dargelegt, können die Wechselkosten zusammen mit den Lock-in-Effekten zum Aus-

¹⁰⁷¹ Zum Market Tipping vgl. Kapitel [B.1.3.a](#)); so auch EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 946 («the «tipping» of the market, that is to say, a technology would gain enough momentum so that the attendant network effects themselves would propel the technology to dominance»); vgl. ferner STANCKE, §5 Rn. 40, in: Bunte/Stanke.

¹⁰⁷² Zu den Marktzutrittsschranken vgl. Kapitel [D.III.1.e](#)).

¹⁰⁷³ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 946. Es gilt allerdings anzumerken, dass das Kippen des Marktes nicht *per se* die Marktbeherrschung darstellt, sondern vielmehr ein Faktor für die Begründung von Marktkonzentration ist.

¹⁰⁷⁴ Zum Market Tipping im Detail vgl. Kapitel [B.1.3.a](#)); zum Winner-Takes-All-Markt vgl. JACOVIDES, 9 f. m.w.V.; a.M. HOVENKAMP, Yale L. J. 2021, 1919 m.w.V.; vgl. allerdings auch HOVENKAMP, Yale L. J. 2021, 1923, wonach bei Vorliegen von Skaleneffekten, Netzwerkeffekten und fehlender Interoperabilität ein «single winner» hervorgebracht werden kann (vgl. ferner Kapitel [D.III.1.b](#)) für die Netzwerkeffekte, Kapitel [D.III.1.d](#)) zur Interoperabilität und Kapitel [D.III.1.e](#)) für die Skaleneffekte). Zum selben Ergebnis kommt auch die FTC in Sachen Amazon (vgl. FTC, *FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power*, 26.09.2023, abrufbar unter <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-sues-amazon-illegally-maintaining-monopoly-power>> und US District Court W.D. Wash., *FTC et al. v. Amazon.com Inc.*, Case 2:23-cv-01495).

¹⁰⁷⁵ Für eine Auswahl der bereits behandelten Fälle in der Digitalökonomie vgl. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 522 ff. (insb. Rn. 524); EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 270 und Rn. 314; EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 613, Rn. 694 und Rn. 725 (mit der wohl gründlichsten Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der Wechselkosten und Lock-in-Effekte). In Sachen *Google Search (AdSense)* geht die Kommission nicht auf diese Thematik ein (vgl. EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*).

schluss der Interoperabilität und/oder Datenportabilität, zur Begrenzung des Multi-Homing, zum Market Tipping und schliesslich zu Winner-Takes-All-Märkten führen; insgesamt liegen sodann gleichzeitig höhere Marktzutritts-schranken vor. Zudem sind die gebundenen (engl. «locked-in») Konsumierenden die Hauptressource der Plattformen, um einerseits ihre Geschäftsmodelle auszuweiten sowie zu diversifizieren und andererseits um Monetarisierungsmöglichkeiten zu schaffen, die sodann zum Nachteil der Nutzenden die Qualität der Plattformangebote verringern. Die Plattform übt also Intermediationsmacht aus, indem sie die Qualität ihrer Produkte senkt, ohne ausreichend wirksamem Wettbewerbsdruck ausgesetzt zu sein, weil sie auf die gebundenen Konsumierenden zählen kann.¹⁰⁷⁶ Diese Intermediationsmacht wird bei Competitive Bottlenecks durch die besondere Beziehung der Plattform zu den jeweiligen Plattformseiten verstärkt.¹⁰⁷⁷ In diesen Fällen wird die Intermediationsmacht durch missbräuchliche Verhaltensweisen, wie z.B. Kopplungsgeschäfte, ergänzt. Sobald die Konsumierenden an die Plattform gebunden (engl. «locked-in») sind, genügt in der Regel bereits ein Nudging seitens des marktbeherrschenden Unternehmens, um diese grosse Nutzerbasis mit Markentreue auf weitere Eigenprodukte zu steuern.¹⁰⁷⁸ Die Plattformen sehen sich legitimiert, ihre aufgewendeten Kosten durch Qualitätsverschlechterung und zusätzliche Monetarisierungsmöglichkeiten auf der anderen Plattformseite aufzufangen.

¹⁰⁷⁶ Als konkretes Beispiel vgl. US District Court W.D. Wash., *FTC et al. v. Amazon.com Inc.*, Case 2:23-cv-01495 («Amazon's online storefront once prioritized relevant, organic search results. [...] Amazon shifted gears so that it now litters its storefront with pay-to-play advertisements. [...] This practice, too, harms both sellers and shoppers alike. Most sellers must now pay for advertising to reach Amazon's massive base of online shoppers, while shoppers consequently face less relevant search results and are steered toward more expensive products. Notably, Amazon has increased [...] the number of advertisements it shows [...].») [Hervorhebungen durch den Autor] und FTC, *FTC Sues Amazon for Illegally Maintaining Monopoly Power*, 26.09.2023, abrufbar unter <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/09/ftc-sues-amazon-illegally-maintaining-monopoly-power>> («Amazon's actions allow it to stop rivals and sellers from lowering prices, degrade quality for shoppers, overcharge sellers, stifle innovation, and prevent rivals from fairly competing against Amazon [...] By stifling competition on price, product selection, quality, and by preventing its current or future rivals from attracting a critical mass of shoppers and sellers, Amazon ensures that no current or future rival can threaten its dominance.»). Dieselben Faktoren wurden hier bereits im Rahmen des vorgeschlagenen SSNDQ-Tests bzw. des SSNIC-Tests erwähnt vgl. Kapitel [C.IV.3.a](#)), insb. Kapitel [C.IV.3.a\)cc\(2\)](#).

¹⁰⁷⁷ Vgl. Kapitel [D.III.1.d\)bb](#)).

¹⁰⁷⁸ Vgl. im Detail Kapitel [E.III.3.a\)dd](#)) und ferner Kapitel [E.II.3](#).

d) Stellung der Marktgegenseite

- 577 Bei der Stellung der Marktgegenseite handelt sich in der Regel um die Nachfragemacht. Dabei ist die tatsächliche Verhandlungsposition der Nachfragenden gegenüber dem potenziell marktbeherrschenden Unternehmen entscheidend. Die Verhandlungsposition wiederum hängt von den Ausweichmöglichkeiten ab. Falls die Marktgegenseite eine schwache Stellung aufweist, liegt ein Indiz für Marktbeherrschung vor.¹⁰⁷⁹ Als Faktoren für die Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite sind die Fähigkeit, schnell zu konkurrierenden Unternehmen zu wechseln, die Grösse und die Wichtigkeit der Marktgegenseite für das untersuchte Unternehmen sowie die Sachkunde und Professionalität der Marktgegenseite zu berücksichtigen.¹⁰⁸⁰ In der digitalen Wirtschaft sind in diesem Zusammenhang das Multi- und Single-Homing weitere wichtige Faktoren, die zu beachten sind.¹⁰⁸¹
- 578 Die Erkenntnisse aus dem vorangehenden Kapitel werden im Kontext der Stellung der Marktgegenseite zusätzlich verstärkt. Während die Wechselkosten und Lock-in-Effekte die Entstehung der Marktmacht bloss aus Sicht einer Marktseite – genauer aus Sicht der gebundenen Nutzenden – beleuchten, ist dieses Phänomen bei der Behandlung der Competitive Bottlenecks ebenfalls zu erwägen; auf den Märkten der Digitalökonomie treten diese Effekte und Konstellationen gleichzeitig auf.

¹⁰⁷⁹ Im Rahmen der Untersuchungen gegen Google hat die Europäische Kommission dies unter der fehlenden Nachfragemacht geprüft vgl. EU-Kommission, AT.40411 vom 20.03.2019, *Google Search (AdSense)*, Rn. 262 ff.; EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 474 ff.; EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 316 ff.; vgl. ferner EU-Kommission, AT.40437 vom 04.03.2024, *Apple*, Rn. 346 ff.; vgl. auch Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 18; Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 101 AEUV, Rn. 13; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 101; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 305; ähnlich auch OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 18.

¹⁰⁸⁰ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 18; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 101; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 308 ff.

¹⁰⁸¹ Im Detail zum Multi-Homing als marktmachtbeschränkendes Merkmal vgl. Kapitel [D.III.2.c](#); Multi-Homing stellt kein neues Merkmal bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung dar, da es bereits in traditionellen Märkten zu berücksichtigen ist. Allerdings gewinnt Multi-Homing im Rahmen der digitalen Wirtschaft an Bedeutung und dürfte in Zukunft häufiger analysiert werden (vgl. OECD, *Evolving Concept of Market Power*, 13).

aa) Single-Homing

Auf einer Plattform können alle Plattformseiten Single-Homing betreiben. In diesem Fall liegen grundsätzlich hohe Wechselkosten und Mehrkosten für die Verwendung von unterschiedlichen Plattformen vor. Dabei konkurrieren die Plattformen auf allen Plattformseiten um dieselben, in einer begrenzten Anzahl vorhandenen Personen.¹⁰⁸² Es herrscht demnach zunächst reger Wettbewerb um diese Single-Homing-Seiten; kommt allerdings eine Plattform bei diesem Wettbewerb als Siegerin hervor, ist es das Single-Homing, welches eine zusätzliche Marktzutrittsschranke darstellt und so die Marktbeherrschung verstärkt.

579

Bei der Ermittlung der Marktbeherrschung gilt es insbesondere zu beachten, ob die Plattform das Multi-Homing für ihre Leistungen absichtlich begrenzt, indem sie beispielsweise die Interoperabilität oder die Datenportabilität beschränkt. Bei der Untersuchung der Interoperabilität ist das zugrunde liegende Verfahren entscheidend; während iPhones, Androids und andere Mobilgeräte in Bezug auf bestimmte Anwendungsprogramme interoperabel sind (z.B. WhatsApp),¹⁰⁸³ trifft der Umkehrschluss nicht zwingend zu. Die Applikation WhatsApp ist nicht plattformübergreifend interoperabel (z.B. ist die Kommunikation zwischen WhatsApp und Threema nicht möglich).¹⁰⁸⁴

580

Das Merkmal des Single-Homing ist aufgrund der Mehrseitigkeit der Plattformen in Verbindung mit der Intermediationsmacht zu untersuchen. Die Plattform hat gegenüber den Single-Homing-Seiten eine gewisse Vermittlungsmacht (vergleichbar mit «must stock items» (Produkte mit hoher Markenstärke), weil die Plattform als unvermeidbare Vermittlungspartnerin auftritt). Jede Seite bedingt die andere Seite und hat aufgrund des Single-Homing keine Ausweichmöglichkeiten. Die Vermittlung kann nur über die untersuchte Plattform geschehen, da beide Seiten nur eine Plattform verwenden.¹⁰⁸⁵ In dieser Situation hat die Plattform eine starke Stellung gegenüber allen Marktseiten. Ein Single-Homing auf allen Plattformseiten ist als marktmachtbegründender Faktor für alle Marktseiten zu interpretieren, da die Nutzenden aufgrund der hohen Wechselkosten an die Plattform gebunden (engl. «locked-in») sind.¹⁰⁸⁶ Die untersuchte Plattform hat keinen Plattformwechsel ihrer Nutzenden zu befürchten – und somit auch kei-

581

¹⁰⁸² Da die Parteien beim Multi-Homing mehrere Plattformen gleichzeitig benutzen, tritt diese Problematik dort nicht auf.

¹⁰⁸³ HOVENKAMP, Yale L. J. 2021, 1924.

¹⁰⁸⁴ Der DMA greift die Problematik der Interoperabilität auf vgl. auch Kapitel [D.II.6](#).

¹⁰⁸⁵ Anders bei Competitive Bottlenecks vgl. Kapitel [D.III.1.d\)bb](#).

¹⁰⁸⁶ So auch grundsätzlich HOVENKAMP, Yale L. J. 2021, 1924.

nen Rückgang der Nutzungsaktivität auf der Plattform. Folglich kann sie die Netzwerkeffekte gezielter ausnutzen und zur Begründung von Konzentrations-tendenzen beitragen. In dieser Konstellation existieren hohe Marktzutritts-schranken und der potenzielle Wettbewerb ist gering.¹⁰⁸⁷

- 582 Auch die Grösse der Gruppe der Nutzenden wirkt hier nicht als Gegengewicht, da die Nutzenden wegen der hohen Wechselkosten, der Leistungsdifferenzierung, der fehlenden Ausweichmöglichkeiten oder aus anderen Gründen Single-Homing betreiben.¹⁰⁸⁸ Darüber hinaus sind die Nutzenden in der digitalen Wirtschaft grundsätzlich nicht in der Lage, durch Sachkunde und Professionalität Einfluss auf die untersuchte Plattform zu nehmen. Schliesslich benutzen sie die Plattform nicht selten aus Bequemlichkeit. Dies stellt für den Wettbewerb eine Gefahr dar, da Kopplungsgeschäfte oft darauf abzielen, die Bequemlichkeit der Konsumierenden auszunutzen, weshalb sie in dieser Konstellation erfolversprechender sind.

bb) Competitive Bottlenecks

- 583 Auf den Plattformen kann allerdings auch eine andere Konstellation auftreten, und zwar jene der Competitive Bottlenecks. Bei einem Competitive Bottleneck betreibt eine Plattformseite Single-Homing, während die andere Plattformseite verschiedene Plattformen benutzt (sog. Multi-Homing).¹⁰⁸⁹ Gemäss dem hier vorgeschlagenen Ansatz zur Marktabgrenzung gibt es bei Competitive Bottlenecks eine Tendenz zur Abgrenzung von separaten Märkten.¹⁰⁹⁰ Trotzdem kann bei der Beurteilung der Wettbewerbsbedingungen die andere Marktseite nicht ignoriert werden.
- 584 Bei Competitive Bottlenecks liegt ein besonderer Umstand vor, da die Seite des Single-Homing nur über den Competitive Bottleneck erreichbar ist. Dies führt dazu, dass die Multi-Homing-Seite auf jeden Fall diese Plattform benutzen muss, um an diese bestimmte Single-Homing-Seite vermittelt werden zu können. Dabei ist die Rede von «monopoly power over providing access to their single-homing customers for the multi-homing side».¹⁰⁹¹ Die Plattform

¹⁰⁸⁷ Vgl. Kapitel [D.III.1.b](#)), Kapitel [D.III.1.c](#)) und Kapitel [D.III.1.e](#)).

¹⁰⁸⁸ Anders sieht es aus, wenn die Nutzenden Multi-Homing betreiben vgl. Kapitel [D.III.2.c](#)).

¹⁰⁸⁹ Im Detail zu den Competitive Bottlenecks vgl. Kapitel [B.I.4.a](#)) und Kapitel [C.III.3.e\)dd](#))(3); vgl. ferner VOLMAR, Digitale Marktmacht, 144 ff.

¹⁰⁹⁰ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)dd](#))(3).

¹⁰⁹¹ ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 669; vgl. auch EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*, Rn. 77 ff.

hat also Intermediationsmacht¹⁰⁹² gegenüber der Gruppe, die Multi-Homing betreibt, da sie den Exklusivzugang zur Single-Homing-Seite anbietet. Folglich hat die Gruppe des Multi-Homing keine Ausweichmöglichkeiten und muss diese Plattform benutzen, um die Single-Homing-Seite zu erreichen. Die Single-Homing-Seite hingegen übt gegenüber der Plattform eine gewisse Nachfragemacht aus und dient auf dieser Marktseite als marktmachtbeschränkender Faktor.¹⁰⁹³ Die Seite des Single-Homing erreicht grundsätzlich auf allen Plattformen die Multi-Homing-Seite und kann sich deshalb die Plattform frei aussuchen.

Bei Competitive Bottlenecks liegen somit auf jeder Marktseite unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen vor.¹⁰⁹⁴ Aufgrund der Netzwerkeffekte ist die Plattform umso attraktiver, je grösser die Gruppe auf der Single-Homing-Seite ist. Bei Competitive Bottlenecks herrscht somit ein hoher Wettbewerbsdruck, um eine möglichst grosse Gruppe auf der Single-Homing-Seite zu erreichen. Die Plattform hat also eine starke Stellung gegenüber der Multi-Homing-Seite und eine schwächere Stellung gegenüber der Single-Homing-Seite.¹⁰⁹⁵ Gleichzeitig hat die Verhaltensmöglichkeit der Plattform auf einer Plattformseite auch Einfluss auf die andere Seite: Die Plattform steht für die Akquirierung der Nutzenden von Single-Homing in einem starken Wettbewerb. Gewinnt die Plattform den Wettbewerb um diese Nutzenden, stärkt sie gleichzeitig ihre Position gegenüber der Seite des Multi-Homing. Jede zusätzlich geworbene Person, die Single-Homing betreibt, ist somit äusserst wertvoll für die Plattform.

585

Betreibt ein Unternehmen einen Competitive Bottleneck, befindet es sich in einer herausragenden Lage, um eine Kopplung erfolgreich umsetzen zu können. Die Single-Homing-Seite ist bei den Competitive Bottlenecks in der Regel an die Plattform gebunden (engl. «locked-in») und sieht sich hohen Wechselkosten ausgesetzt. Dadurch können die Unternehmen, die in ihrem Ökosystem einen Competitive Bottleneck vorweisen können, ihre Qualitätsbestimmungsmacht begründen und verstärken. Einerseits können sie beim Competitive Bottleneck selbst die Qualität der Dienstleistung (z.B. schlechtere Suchergebnisse, mehr Werbung, unpassende Anzeigen für die Nutzenden) verschlech-

586

¹⁰⁹² ARMSTRONG nennt sie in Bezug auf Supermärkte «bargaining power» (ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 684); auch das Digital Competition Expert Panel des Vereinigten Königreichs spricht von «bargaining power» vgl. Digital Competition Expert Panel, Report, 36 und 44.

¹⁰⁹³ Vgl. ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 669 f. und 677 f.

¹⁰⁹⁴ KATZ/SALLET, Yale L. J. 2018, 2155; so auch EU-Kommission, COMP/M.4523 vom 21.08.2007, *Travelport/Worldspan*, Rn. 80.

¹⁰⁹⁵ So bereits ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 670 und 680.

tern, ohne dass sie einen Rückgang der Nutzenden befürchten müssen. Andererseits können sie – potenziell zum Nachteil der Konsumierenden – sie durch ein Nudging dazu bewegen, andere Dienste im eigenen Ökosystem zu nutzen bzw. andere Funktionen aus dem Ökosystem in die Plattform des Competitive Bottleneck zu implementieren. Dies erlaubt ihnen, in neue Märkte einzutreten und die Konkurrenz vom Markteintritt abzuhalten. Darüber hinaus versetzen sie sich in eine Position, in der sie neue Monetarisierungsmöglichkeiten schaffen und diese sodann als objektiven Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Kopplungsgeschäfte vorbringen. Oft handelt es sich dabei allerdings bloss um eine zusätzliche Monetarisierungsmöglichkeit.¹⁰⁹⁶

e) Marktzutrittsschranken

- 587 Bei der Ermittlung der beherrschenden Stellung sind zudem die Marktzutrittsschranken zu berücksichtigen. Ein Unternehmen kann sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten, wenn der Markteintritt anderer Unternehmen wahrscheinlich und zu befürchten ist.¹⁰⁹⁷ Die Wettbewerbskommission hat in der Vergangenheit bereits verschiedene Faktoren, die auch in der digitalen Wirtschaft bedeutend sind, als Marktzutrittsschranken gewertet.
- 588 Netzwerkeffekte¹⁰⁹⁸ können die Marktzutrittsschranken in der digitalen Wirtschaft verstärken.¹⁰⁹⁹ Diese Schranken weisen verschiedene Aspekte auf, denn die Mehrseitigkeit der Plattformen führt dazu, dass ein Marktzutritt für eine andere Plattform nur Sinn ergibt, wenn sie alle Plattformseiten gleichzeitig zur Nutzung der Plattform überzeugen kann. Dabei muss die Plattform auf allen Seiten die kritische Masse erreichen, um wirksam als Konkurrenz auftreten und die Vorteile der Netzwerkeffekte ausnutzen zu können.¹¹⁰⁰ Darüber hinaus erschweren die Selbstverstärkungseffekte der bereits vorhandenen Unterneh-

¹⁰⁹⁶ Im Detail dazu vgl. Kapitel [E.III.3.a\)dd](#)), Kapitel [E.III.4.b\)aa](#)(4) und Kapitel [E.III.5.c](#)).

¹⁰⁹⁷ EUV/AEUV-WEISS, Art. 101 AEUV, Rn. 13; STANCKE, §5 Rn. 37, in: Bunte/Stancke; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 97; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 132; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 311.

¹⁰⁹⁸ Zu den Netzwerkeffekten als Faktor für die Begründung von Marktbeherrschung vgl. Kapitel [D.III.1.b](#)).

¹⁰⁹⁹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 17; zu den Netzwerkeffekten als Marktzutrittsschranken bereits RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 111 f., Rn. 334 und Rn. 338; RPW 2018/3 – *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, 659, Rn. 340; vgl. auch HOVENKAMP, Yale L. J. 2021, 1927.

¹¹⁰⁰ EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*, Rn. 346; BKartA, *Marktmacht*, 56 f.

men den Marktzutritt, da diese Effekte in der Regel mit hohen Wechselkosten¹¹⁰¹, Lock-in-Effekten und dem Single-Homing einhergehen.¹¹⁰²

In einem engen Zusammenhang zu den Netzwerkeffekten und den Selbstverstärkungseffekten stehen die Skaleneffekte.¹¹⁰³ Die Skaleneffekte sind vor allem wichtig, wenn hohen Entwicklungs- und Betriebskosten (hohen Fixkosten) mit zunehmender Anzahl Nutzenden und Interaktionen niedrige variable Kosten gegenüberstehen. Grosse Plattformen können von ihrer Unternehmensstruktur profitieren, da mit zunehmender Leistungseinheitenmenge die Durchschnittskosten pro Einheit niedriger sind.¹¹⁰⁴ Andere Unternehmen sind zunächst mit hohen Fixkosten konfrontiert, die sich nur auszahlen, wenn die Plattform auf allen Seiten die kritische Masse der Nutzenden erreicht. Die damit zusammenhängenden versunkenen Kosten (engl. «sunk costs»)¹¹⁰⁵ erschweren insgesamt einen Marktzutritt.

Weitere Marktzutrittsschranken leiten sich aus der Informations- und Datenmacht der potenziell marktbeherrschenden Unternehmen ab.¹¹⁰⁶ Aufgrund der Netzwerkeffekte und der daraus entstehenden Grösse der Plattform sind die Unternehmen der digitalen Wirtschaft in der Lage, Informationen und Daten der Nutzenden in beträchtlichen Mengen zu sammeln und auszuwerten.¹¹⁰⁷

589

590

¹¹⁰¹ Hohe Wechselkosten gelten schon länger als Marktzutrittsschranke, da die Kund*innen einen Wechsel zu einem neuen Unternehmen grundsätzlich nicht bevorzugen vgl. bereits RPW 2016/1 – *Online-Buchungsplattformen*, 111, Rn. 333; RPW 2018/3 – *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, 660, Rn. 341; RPW 2002/2 – *Ernst & Young/Arthur Andersen*, 365, Rn. 35. Auch im Zusammenhang mit der digitalen Wirtschaft stellen sie eine Marktzutrittsschranke dar, vgl. hierfür US District Court D.N.J., *United States of America et al. v. Apple*, Case 2:24-cv-04055, Rn. 180 ff.

¹¹⁰² Vgl. hierzu bereits Kapitel [D.III.1.b](#)), Kapitel [D.III.1.c](#)) und Kapitel [D.III.1.d](#)). Vgl. allerdings FRANCK/PEITZ, *Market definition and market power*, 77, wonach Etsy trotz bereits verfestigter Marktstruktur in der Lage war, in diesen Markt der Vermittlungsplattformen einzutreten. Obwohl es die Autoren am Rande erwähnen, war wahrscheinlich die Produktdifferenzierung von Etsy (Angebot von «handcraft products») ausschlaggebend für den Markteintritt und die Marktstruktur selbst. Zur Produkt- bzw. Leistungsdifferenzierung als marktmachtbeschränkendes Element der Analyse vgl. Kapitel [D.III.2.e](#)).

¹¹⁰³ Bereits in Sachen *Google Search (Shopping)* hat die Europäische Kommission die Netzwerkeffekte und Skaleneffekte als Marktzutrittsschranken qualifiziert vgl. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 269 und Rn. 285 ff.

¹¹⁰⁴ Vgl. Kapitel [B.I.2](#); vgl. ferner HOVENKAMP, Yale L. J. 2021, 1937 f.; ähnlich auch CYRIAC, 160 ff.

¹¹⁰⁵ So auch bereits RPW 2009/3 – *Tamedia/PPSR*, 297, Rn. 287.

¹¹⁰⁶ Vgl. KHAN, GLTR 2018, 329 ff., wonach die Ausnützung von Informationen eine Art der Marktmacht darstellt. Vgl. ferner . KNAPSTAD, ECJ 2023, 3 ff.; WALESCH, 432 ff.; NATH, 37 ff.; VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 234 f. und 250 f.

¹¹⁰⁷ Vgl. ferner § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB, wonach der «Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten» bei der Bewertung der Marktstellung zu berücksichtigen ist.

Dies führt grundsätzlich zu einer höheren Markteintrittsschwelle, da die Konkurrenz vom Rückstand und vom Markteintritt abgeschreckt wird bzw. aufgrund der fehlenden Nutzerbasis nicht im gleichen Umfang die erforderlichen Daten sammeln kann.¹¹⁰⁸ Dieser Vorsprung wird in der Regel durch Kopplungspraktiken der marktbeherrschenden Unternehmen zusätzlich vergrößert und die Märkte entwickeln sich vermehrt zu konzentrierten Märkten, die von denselben Unternehmen beherrscht werden.¹¹⁰⁹ Die fehlende Rivalität der Daten¹¹¹⁰ kann diesem Umstand nur in einer geringen Masse entgegenwirken, da selbst mit der Erwerbsmöglichkeit der Daten hohe Kosten zusammenhängen, welche wiederum als Markteintrittsbarriere fungieren.

- 591 Im Rahmen der digitalen Wirtschaft haben die Wechselkosten *per se* keine Aussagekraft bzgl. der Marktzutrittsschranken. Die Literatur hat in der Vergangenheit festgehalten, dass die Verwendung einer neuen Plattform aufgrund der niedrigen Wechselkosten bloss mittels «a few clicks» möglich sei.¹¹¹¹ Diese schematische Darstellung der Wechselkosten entspricht allerdings nicht der Realität. Einerseits hat die Europäische Kommission in Sachen *Google Search (Shopping)* festgehalten, dass die Wechselkosten nur einen von vielen Faktoren darstellen. Selbst geringe Wechselkosten waren in diesem Fall nicht ausschlaggebend im Rahmen der Marktbeherrschung.¹¹¹² Andererseits gilt es zu berücksichtigen, dass die Nutzenden in der Plattformökonomie eine gewisse Trägheit aufweisen, was zu einer Anpassung bzgl. der Höhe der Wechselkosten führt. Bereits der Umstand, einen neuen Internetbrowser kostenlos aufzusuchen, herunterzuladen und zu installieren, stellt hohe Wechselkosten dar.¹¹¹³ Allgemein erweist sich ein Plattformwechsel in der Digitalwirtschaft

¹¹⁰⁸ LASSERRE/MUNDT, *Ital. Antitrust Rev.* 2017, 90 f.; vgl. auch HOVENKAMP, *Yale L. J.* 2021, 1927; vgl. ferner zur Bedeutung der Daten im Rahmen der Marktzutrittsschranken CYRIAC, 160.

¹¹⁰⁹ Zur Auswirkung der Kopplungsgeschäfte auf die Informations- und Datenmacht vgl. Kapitel [E.III.4.a\)aa](#)) (insb. [Rn. 876](#)), Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(1\)](#) (insb. [Rn. 887](#)), Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(3\)](#) und Kapitel [E.III.4.b\)bb](#)).

¹¹¹⁰ Vgl. HEYMANN, *CR* 2016, 652 f.; vgl. ferner DENOTH/KAUFMANN, *sic!* 2016, 507; ZECH, *CR* 2015, 139.

¹¹¹¹ Vgl. z.B. EVANS/SCHMALENSSEE, *Regulation* 2017, 38; vgl. auch HOLZWEBER, 102; ARGENTON/PRÜFER, *J. Comp. L. & Econ.* 2012, 75; ferner EVANS, *Sleepy Monopolies*, 15. Ähnlich, aber inhaltlich nicht korrekt auch IDCTF, *Common Issues*, 11, wonach niedrige Wechselkosten vorliegen und die Netzwerkeffekte deshalb keine starke Bedeutung haben sollten.

¹¹¹² EU-Kommission, *AT.39740* vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 314.

¹¹¹³ EU-Kommission, *COMP/C-3/39.530* vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*, Rn. 46 ff.; vgl. ferner EU-Kommission, *COMP/M.7217* vom 03.10.2014, *Facebook/WhatsApp*, Rn. 134.

aufgrund der beschränkten Datenportabilität als viel schwieriger als es sein müsste.¹¹¹⁴

f) Bedeutung der digitalen Ökosysteme

Ein zusätzlicher Faktor für die Begründung von Marktbeherrschung ist das digitale Ökosystem.¹¹¹⁵ Während in der Marktabgrenzung der Fokus auf einer spezifischen Dienstleistung einer Plattform liegt, erlaubt die Ermittlung der beherrschenden Stellung auf diesem Markt eine weitergehende Analyse. Aus diesem Grund sind mit Bezug auf die digitalen Ökosysteme die Mehrseitigkeit der Märkte, die enge Verbundenheit der Plattformen innerhalb eines Ökosystems, Verbundvorteile, die Möglichkeit der Ausnutzung der Netzwerkeffekte des gesamten Ökosystems sowie die potenziellen Informations- und Datenverarbeitungsvorteile zu berücksichtigen.

592

Aus der Mehrseitigkeit der Märkte lassen sich auf verschiedenen Ebenen marktmachtbegründende Faktoren ableiten. Eine Plattform kann u.a. aufgrund ihrer Intermediationsmacht eine Plattformseite dazu zwingen, die Plattform zu benutzen, um die andere Plattformseite zu erreichen (Situation des sog. Competitive Bottleneck).¹¹¹⁶ Über diese Konstellation hinaus ist das Unternehmen sodann in der Lage, seine Plattform in das digitale Ökosystem einzubetten, sodass selbst jene Seite, die Multi-Homing betreibt, keine andere Möglichkeit hat, als ebenfalls Produkte und Dienstleistungen dieses Ökosystems zu verwenden. Dadurch entsteht marktübergreifende Marktmacht.¹¹¹⁷ Infolge dieser vielseitigen Möglichkeiten des Marktmachttransfers sind die Inhaber der Ökosysteme in der Lage, gezielt spezifische Plattformseiten für die Marktmachtübertragung anzuvisieren. Da in der Digitalwirtschaft eine grosse Nutzerbasis einen wichtigen Stellenwert hat, können die Unternehmen beispielsweise mittels Kopplungen die Marktmacht vermeintlich ohne Zwang¹¹¹⁸ auf neue Märkte bzw. auf bestimmte Plattformseiten ausweiten.

593

¹¹¹⁴ Dieselbe Aussage hat auch kürzlich der CEO von DuckDuckGo gemacht («Switching is way harder than it needs to be. There's just too many steps.»), CPI, DuckDuckGo CEO Calls for Easier Switching of Search Engines at Google Trial, 24.09.2023, abrufbar unter <https://www.pymnts.com/cpi_posts/duckduckgo-ceo-calls-for-easier-switching-of-search-engines-at-google-trial/>.

¹¹¹⁵ Zu den digitalen Ökosystemen vgl. Kapitel [B.1.5.c](#).

¹¹¹⁶ Vgl. Kapitel [D.III.1.d\)bb](#).

¹¹¹⁷ Das Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb ist in Deutschland in § 19a ausdrücklich geregelt.

¹¹¹⁸ Zur Bedeutung des Zwangs und zu den neuen Mitteln der Kopplung vgl. Kapitel [E.III.3](#), insb. Kapitel [E.III.3.a](#).

- 594 Weil sich die digitalen Ökosysteme grundsätzlich über verschiedene Märkte erstrecken, können sie auch marktübergreifende Bedeutung erlangen.¹¹¹⁹ Einzelne Plattformen der digitalen Ökosysteme dienen ausserdem hervorragend als Ausgangspunkt für die marktübergreifende Ausnutzung der Netzwerkeffekte und den damit einhergehenden Informations- und Datenverarbeitungsvorteile. Selbst eine kleine Plattform mit wenig Marktanteilen kann sich im Wettbewerb in einem nennenswerten Umfang unabhängig verhalten, wenn sie auf die erforderlichen Daten zurückgreifen kann.¹¹²⁰ Falls der Inhaber eines Ökosystems folglich eine neue Plattform lanciert oder eine neue Funktion in eine bereits bestehende Plattform implementiert, kann er sich nicht nur auf die grosse Nutzerbasis, die sich auf das Ökosystem zurückführen lässt, stützen, sondern daraus zusätzlich wichtige Informations- und Datenverarbeitungsvorteile generieren. Eine neue Plattform, die von einem digitalen Ökosystem betrieben und unterstützt wird, kann also auf die erforderlichen Strukturen für die Erzeugung von Marktmacht zurückgreifen und diese mithin auch einfacher aufbauen. Es lässt sich folglich ein Wettbewerbsvorteil über den Datenbestand ableiten.
- 595 Am Beispiel von Alphabet lässt sich dieser Wettbewerbsvorteil anhand der Daten durch die Benutzung von Google Maps, Gmail, der Suchmaschine Google und Google Flights veranschaulichen. Das Unternehmen ist in der Lage, detaillierte Nutzerprofile gestützt auf die hohe Anzahl der Nutzenden zu erstellen. Obwohl die erwähnten Dienstleistungen grundsätzlich unterschiedliche relevante Märkte darstellen, sind aufgrund der Verbundenheit der Plattformen im Ökosystem Informations- und Datenverarbeitungsvorteile erkennbar. Diese Verbundvorteile sind in der digitalen Wirtschaft von besonderer Bedeutung, da der Zugriff auf Daten in der Regel aussagekräftigere Konsumentenprofile erlaubt. Diese Konsumentenprofile ermöglichen sodann, bessere Leistungen auf Märkten neben dem Kernmarkt anzubieten. Dieser Datenzugriff kann einen wichtigen Wettbewerbsvorteil im Einzelfall darstellen.¹¹²¹ Dieselbe Strategie ist zudem bei Meta ersichtlich: Mit der Markteinführung von Facebook Dating¹¹²² sowie «Shops» auf Facebook und Instagram¹¹²³ beabsichtigt

¹¹¹⁹ So bereits BKarta, Pressemitteilung Apple, 1. Das deutsche Gesetz hat in der 10. Novelle des GWB eine Bestimmung (§ 19a GWB) hierfür in Kraft gesetzt.

¹¹²⁰ Dies erfordert eine entsprechende Mindestqualität der Leistungen, welche in der Regel wiederum über die vorhandenen Datensets erreicht wird.

¹¹²¹ Vgl. SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 84 f.; vgl. ferner CASS-GOTTLIEB, JAE 2023, 309.

¹¹²² Facebook Dating abrufbar unter <<https://www.facebook.com/dating>>.

¹¹²³ Meta, Shops auf Facebook und Instagram, abrufbar unter <<https://www.facebook.com/business/shops>>.

Meta einen Markteintritt in die entsprechenden Märkte. Dabei profitiert das Unternehmen von der bereits aktiven Nutzerbasis auf den jeweiligen Plattformen, den Datenprofilen, den Netzwerkeffekten und den Grössenvorteilen.

Die Unternehmen der digitalen Wirtschaft können ihr digitales Ökosystem zudem im Rahmen ihrer Geschäftsstrategie zu ihrem Vorteil nutzen. Die besondere Preisstruktur der Plattformökonomie erlaubt den Plattformen, nicht bloss plattformübergreifend eine Quersubventionierungsstrategie zu verfolgen, sondern diese auch innerhalb des gesamten Ökosystems anzustreben. Sie sind dadurch in der Lage, gesamte Plattformen und ferner grosse Teil des Ökosystems ohne Profite zu führen – mit dem einzigen Ziel, in den entsprechenden Märkten eine beherrschende Stellung einzunehmen. Dabei zielen sie darauf ab, sich mithilfe dieser Dominanz auf benachbarte Märkte auszubreiten; gelingt dies, entwickeln sich Rückkopplungseffekte, da sie dann wiederum aussagekräftigere Datenprofile erstellen, potenziell stärkere Netzwerkeffekte ausnutzen und eine grössere Nutzergruppe erreichen können.¹¹²⁴ Solche Ausbreitungen auf andere Märkte erfolgen insbesondere mit der Kopplungsstrategie, da mit der «kostenlosen»¹¹²⁵ Plattformnutzung den Konsumierenden angeblich kein Nachteil zukommen kann. Allerdings entspricht dies nicht der Wahrheit, da vor allem Kopplungen die Trägheit sowie die hohen Wechselkosten ausnutzen und den Nutzenden verschlechterte Dienstleistungen aufzwingen (z.B. verschlechterte Suchresultate aufgrund des Angebots eigener Ware oder Werbung).

596

Im Zusammenhang mit der marktübergreifenden Marktmacht sind ausserdem die Expansionsstrategien der digitalen Ökosysteme zu beachten. Die Tech-Giganten (Alphabet, Amazon, Apple, Meta und Microsoft) haben zwischen den Jahren 1987 und 2020 insgesamt 825 Unternehmen erworben.¹¹²⁶ Mithilfe dieser Expansionsstrategie waren die Unternehmen in der Lage, sich in den entsprechenden Märkten zu etablieren und den Markteintritt zu beschleunigen.¹¹²⁷ Diese Strategie der Ökosysteme wird durch die besonderen Umstände

597

¹¹²⁴ Zu der besonderen Preisstruktur in der Plattformökonomie vgl. Kapitel [B.I.1.c](#); zur Ausnutzung der überlegenen Finanzkraft solcher Konglomerate bzw. Ökosysteme vgl. KHAN, Yale L. J. 2017, 746 ff. Die Europäische Kommission hat die Portfolioeffekte in Verbindung mit grösserer Flexibilität in der Strukturierung der Preise und die damit zusammenhängende Gefahren für mögliche Kopplungsgeschäfte bereits in der Sache *Guinness/Grand Metropolitan* berücksichtigt (EU-Kommission, IV/M.938 vom 15.10.1997, *Guinness/Grand Metropolitan*, Rn. 40); zum Zusammenhang zwischen Portfolioeffekten und digitalen Ökosystemen vgl. Kapitel [D.II.5](#).

¹¹²⁵ Zum «kostenlosen» Angebot bzw. zur Unentgeltlichkeit vgl. Kapitel [C.II.1.a](#).

¹¹²⁶ PARKER/PETROPOULOS/VAN ALSTYNE, Ind. Corp. Chang. 2021, 1311 f.

¹¹²⁷ ACCC, Report on the expanding ecosystems of digital platform service providers, 5.

in der digitalen Wirtschaft erleichtert. Das Ökosystem der Tech-Giganten kann von seiner grossen Nutzerbasis profitieren, da neue Dienstleistungen in bereits bestehende Plattformen integriert werden.¹¹²⁸ In dieser Konstellation sind die Plattformen grundsätzlich auch nicht mit der Chicken-Egg-Problematik¹¹²⁹ konfrontiert und die Netzwerkeffekte sowie die Grössenvorteile setzen praktisch automatisch ein. Darüber hinaus erlaubt der Zugriff zu den bereits bestehenden Daten im Ökosystem zusammen mit der Erhebung neuer Daten noch bessere Datenprofile und Verbundvorteile für die Zukunft. Schliesslich sind diese Expansionsstrategien der digitalen Ökosysteme als grosse Marktzutrittsschranken zu qualifizieren. Einerseits sind die Wechselkosten von der Kernplattform zur neuen Plattform klein bzw. bei der Integration einer Leistung in die Kernplattform gar nicht vorhanden,¹¹³⁰ was zu Lock-in-Effekten innerhalb des Ökosystems führt; die Möglichkeit zum Multi-Homing hat hier bloss eine untergeordnete Rolle. Andererseits können aufstrebende Plattformen nicht mit der Datenmenge und den Verbundvorteilen der Tech-Giganten mithalten. Im Ergebnis stärken die Unternehmen sowohl die Stellung ihrer Kernplattform als auch die Stellung der Plattformen in benachbarten Märkten sowie jene des digitalen Ökosystems selbst.

2. Faktoren für die Begrenzung von Marktbeherrschung

598 Den marktmachtbegründenden Merkmalen stehen Faktoren für die Begrenzung von Marktbeherrschung gegenüber. Hierfür sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung negative Netzwerkeffekte (a), der abnehmende Grenznutzen (b), die starke Stellung der Marktgegenseite (c), die potenzielle Konkurrenz (d), das Vorliegen von Leistungsdifferenzierung (e) und mögliche Wirkungen von digitalen Ökosystemen (f) zu berücksichtigen.

a) Negative Netzwerkeffekte und niedrige Wechselkosten

599 Während die positiven Netzwerkeffekte ein entscheidendes Merkmal im Rahmen der Begründung der Marktbeherrschung darstellen, ist es auch möglich,

¹¹²⁸ Vgl. hierzu das Beispiel von Google bzw. Facebook in Kapitel [D.III.1.f](#) mit [Rn. 595](#).

¹¹²⁹ Zur Chicken-Egg-Problematik vgl. [Fn. 1165](#).

¹¹³⁰ Vgl. hierzu die Beispiele in Bezug auf Facebook in Kapitel [D.III.1.f](#) mit [Rn. 595](#).

dass negative Netzwerkeffekte vorliegen.¹¹³¹ Negative Netzwerkeffekte haben einen beschränkenden Einfluss auf die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens. Diese negativen Netzwerkeffekte sind von der Congestion-Problematik zu unterscheiden. Bei Letzterem erschöpfen sich die Netzwerkeffekte und neue Nutzende bringen keinen zusätzlichen Mehrwert für die Plattform.¹¹³² Bei dieser «Überfüllung» der Plattform wird *der zusätzliche Wert* von neuen Nutzenden bloss beschränkt, d.h., die neuen Nutzenden bringen weiterhin einen zusätzlichen Wert und begünstigen die marktbeherrschende Stellung der untersuchten Plattform. Diese Überfüllung hat also keine markt-machtbeschränkende Wirkung, wie dies bei den negativen Netzwerkeffekten der Fall ist.

Negative Netzwerkeffekte bzw. Netzwerkeffekte in umgekehrter Richtung (engl. «reverse network effects»¹¹³³) vermögen zu einem schnellen Rückgang der Anzahl Nutzenden und somit zum Rückgang der Attraktivität der Plattform zu führen. In diesem Fall kann die Plattform bei einer Preiserhöhung deutlich mehr Nutzende verlieren als dies auf traditionellen Märkten der Fall ist.¹¹³⁴ In dieser Konstellation begrenzen die Netzwerkeffekte die Fähigkeit der Plattform, sich unabhängig verhalten zu können.¹¹³⁵ Dabei ist u.a. an die besondere Preisstruktur der Plattformen zu denken. Falls die Plattform nicht in der Lage ist, ihre Preisstruktur angesichts der Anzahl Nutzenden zu optimieren, ist ein rascher Rückgang der Nutzenden und somit das Eintreten von negativen Netzwerkeffekten wahrscheinlich.¹¹³⁶ Der Rückgang der Nutzenden kann einen Schneeballeffekt auslösen: Der Abwärtstrend auf Seiten der Nutzenden übt einen Preisdruck auf die Plattform aus. Die Nutzenden verschwinden allerdings nicht vom Markt, sondern gehen zur Konkurrenz. Da die Konkurrenz durch

600

¹¹³¹ MANDRESCU, CLSR 2021, 5 und 8 f.; IDCTF, Common Issues, 11 f.; VOLMAR, Digitale Marktmacht, 294 ff.; EVANS, Sleepy Monopolies, 13 ff.; EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 164.

¹¹³² EVANS, Sleepy Monopolies, 13 f.; vgl. ferner zur Kapazitätsbeschränkung Kapitel [B.1.2](#). Eine andere Sicht auf die Congestion-Problematik ist im Report der International Developments and Comments Task Force ersichtlich, wonach «platform congestion» zu einem Wechsel zu «less congested platforms» führen sollte. Die Task Force erklärt nicht, inwiefern ein Plattformwechsel durch «platform congestion» begünstigt werden sollte (IDCTF, Common Issues, 11).

¹¹³³ MANDRESCU, CLSR 2021, 5 und 8 f.; EVANS/SCHMALENSSEE, Regulation 2017, 38; EVANS, Sleepy Monopolies, 15. Allerdings beachten EVANS/SCHMALENSSEE und EVANS die hohen Wechselkosten und die Beschränkung des Multi-Homing im Rahmen der digitalen Wirtschaft nicht (vgl. Kapitel [D.III.1.c](#)), Kapitel [D.III.1.d](#)) und Kapitel [D.III.1.e](#)).

¹¹³⁴ EVANS/NOEL, CBLR 2005, 129.

¹¹³⁵ BLASCHCZOK, 94.

¹¹³⁶ So bereits EVANS/SCHMALENSSEE, CPI 2007, 165 f.; ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 668; vgl. ferner MANDRESCU, CLSR 2021, 5.

diesen Nutzerschwund eine Erhöhung der Anzahl der eigenen Nutzenden aufzuweisen vermag, setzen bei ihr positive Netzwerkeffekte ein. Die Plattform wird mit allen zusätzlichen Nutzenden attraktiver für die andere Plattformseite und kann aufgrund dieser potenziellen Kettenreaktion das Verhalten der potenziell marktbeherrschenden Plattform beschränken.¹¹³⁷

- 601 Diese negativen Netzwerkeffekte treten verstärkt auf, wenn niedrige Wechselkosten vorliegen. Bei niedrigen Wechselkosten ist der Wechsel von einer Plattform zur anderen Plattform erleichtert und ein potenzieller Markteintritt einer anderen Plattform wahrscheinlicher.¹¹³⁸ Darüber hinaus hat die Möglichkeit zum Multi-Homing eine mit den niedrigen Netzwerkeffekten vergleichbare Wirkung. Unterlässt die potenziell marktbeherrschende Plattform Schranken gegen das Multi-Homing aufzustellen, können die negativen Netzwerkeffekte einen grösseren Druck ausüben. Die Plattform hat sich sodann entsprechend zu verhalten und kann sich nicht bzgl. Preis oder Qualität unabhängig verhalten. Die Gefahr der negativen Netzwerkeffekte beschränkt folglich das Handeln der Plattform.
- 602 Negative Netzwerkeffekte sind insbesondere in separat abgegrenzten Einzelmärkten anzutreffen. In diesen Märkten liegen in der Regel keine wechselseitigen Netzwerkeffekte vor und eine Marktseite hat grösseres Interesse, an die andere Marktseite vermittelt zu werden, als umgekehrt; in dieser Situation wirken stärkere Netzwerkeffekte in eine Richtung als in die andere Richtung. Dies ist der Grund zur Anfälligkeit für die negativen Netzwerkeffekte. Bei fehlender Wechselseitigkeit strebt grundsätzlich nur eine Marktseite, z.B. die Gruppe der Werbenden, den Kontakt mit der anderen Marktseite an, da die Nutzenden die Plattform grundsätzlich für den Inhalt und nicht die Werbung besuchen. Die Werbung wird in der Regel als störend empfunden; bei übermässiger Aufschaltung von Werbung – und somit bei Minderung der Qualität der Plattform¹¹³⁹ – kann dies im Einzelfall zu negativen Netzwerkeffekten führen. Die Vergrösserung der Gruppe der Werbenden und damit einhergehend die Vergrösserung der Werbeflächen führen zur Verkleinerung der Gruppe der Nutzenden, da diese nicht mehr vom Inhalt der Plattform profitieren können. Aufgrund der Gefahr der negativen Netzwerkeffekte sind die Plattformen in diesen Fällen nicht in der Lage, sich von ihrer Konkurrenz unabhängig zu ver-

¹¹³⁷ So auch LOHSE, ZHR 2018, 344.

¹¹³⁸ Zu den hohen Wechselkosten als marktmachtbegründender Faktor vgl. Kapitel [D.III.1.c](#)); zur Bedeutung der Wechselkosten im Rahmen der Marktzutrittschranken vgl. Kapitel [D.III.1.e](#).

¹¹³⁹ Vgl. Kapitel [D.II.1](#) und Kapitel [D.II.2](#).

halten. Hier beschränken die Netzwerkeffekte die beherrschende Stellung eines Unternehmens.

b) Abnehmender Grenznutzen

Google argumentiert in Sachen *Google Search (Shopping)*, dass es mit abnehmendem Grenznutzen konfrontiert ist, sobald das Volumen der Anfragen, die ein allgemeiner Suchdienst erhält, eine bestimmte Schwelle überschreitet.¹¹⁴⁰ Während diese Aussage der Wahrheit entsprechen mag, spielt sie bei der Analyse der Marktbeherrschung und der in diesem Zusammenhang wichtigen Marktzutrittsschranken bloss eine untergeordnete Rolle.¹¹⁴¹ Ausserdem sind die Daten und der abnehmende Grenznutzen jeweils in den Kontext der untersuchten Plattform in den Kontext zu setzen; ein allgemeiner Suchdienst hat in der Regel grössere Vorteile mit steigender Anzahl an Daten als eine Auktionsplattform. 603

Der abnehmende Grenznutzen ist allerdings nicht als marktmachtbeschränkender Faktor zu qualifizieren. Bei diesem Element handelt es sich vielmehr um einen Umstand, bei dem ab einem bestimmten Zeitpunkt der zusätzliche Nutzen abnimmt, allerdings nicht verschwindet oder negative Wirkungen zeigt.¹¹⁴² Bei abnehmendem Grenznutzen wird nur die Begründung der marktbeherrschenden Stellung verlangsamt. Die beherrschende Stellung auf dem Markt wird jedoch nicht wie bei den negativen Netzwerkeffekten, der starken Stellung der Marktgegenseite oder der potenziellen Konkurrenz unmittelbar begrenzt. 604

In Verbindung mit den Marktzutrittsschranken lässt sich bzgl. des abnehmenden Grenznutzens feststellen, dass höhere Marktzutrittsschranken vorliegen, je langsamer der Grenznutzen sinkt.¹¹⁴³ Dies hängt mit dem Umstand zusammen, dass in diesen Konstellationen grundsätzlich eine grosse Menge an Daten oder nicht leicht zugängliche Daten erforderlich sind. Der Zugang von neuen Plattformen zum Markt ist beschränkt, da sie einerseits Schwierigkeiten haben, an die erforderlichen Daten zu kommen, andererseits das Aufholen des marktbeherrschenden Unternehmens aufgrund der lediglich langsam sin- 605

¹¹⁴⁰ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 289.

¹¹⁴¹ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 289 mit Bemerkungen zu den Marktzutrittsschranken.

¹¹⁴² HAGIU/WRIGHT, HBR 2020, 97 («additional customer data no longer enhances the value of an offering»); so auch CYRIAC, 38 («more data is not beneficial»).

¹¹⁴³ HAGIU/WRIGHT, HBR 2020, 97.

kenden Grenznutzen zusätzlich beeinträchtigt ist. Eine neu in den Markt ein-tretende Plattform ist schliesslich mit demselben abnehmenden Grenznutzen konfrontiert und wird Schwierigkeiten haben, auf die beherrschende Platt-form aufzuschliessen.

- 606 In diesem Zusammenhang ist auch auf den «first mover advantage» hinzuwei-sen. Das als «first mover» zu qualifizierende Unternehmen kann sich kraft der indirekten Netzwerkeffekte einen erheblichen Vorsprung verschaffen, der zu zusätzlichen Markteintrittsschranken führt.¹¹⁴⁴ Dieser Vorsprung lässt sich – trotz des abnehmenden Grenznutzens – kaum aufholen.¹¹⁴⁵
- 607 Falls der Grenznutzen hingegen früh sinkt, ist dies ein Indiz für das Erforder-nis eines bloss kleinen Datensatzes, um in diesem Markt auftreten zu können und folglich für die geringe Bedeutung der Daten in diesem Geschäftsmodell. Das frühe Sinken des Grenznutzens wiederum ist ein Anhaltspunkt für nied-rige Marktzutrittsschranken, da nur eine geringe Menge an Daten oder leicht zugängliche Daten für potenziell neu in den Markt eintretende Unternehmen erforderlich sind.¹¹⁴⁶ Schliesslich wirkt der abnehmende Grenznutzen in diesen Fällen ebenfalls nicht als beschränkender Faktor der Marktbeherrschung, son-dern lediglich als Merkmal, welcher die Begründung von Marktbeherrschung beschränkt bzw. verlangsamt.

c) Starke Stellung der Marktgegenseite

- 608 Eine starke Stellung der Marktgegenseite ist grundsätzlich als marktmachtbe-schränkender Faktor zu berücksichtigen. Die Marktgegenseite kann aufgrund ihrer Grösse und Wichtigkeit für die Plattform sowie ihrer Sachkunde und Professionalität eine starke Stellung aufweisen. Darüber hinaus leitet sich diese Macht der Marktgegenseite aus ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die Plattform und ferner dem Multi-Homing ab;¹¹⁴⁷ auch die Fähigkeit, schnell zu einem konkurrierenden Unternehmen zu wechseln, ist ein wichtiges Merkmal. Bei ausreichend starker Macht der Marktgegenseite wird das potenziell marktbeherrschende Unternehmen davor abgeschreckt, seine Preise gewinn-bringend zu erhöhen.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁴ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 637 f.

¹¹⁴⁵ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 638 f.

¹¹⁴⁶ CYRIAC, 168.

¹¹⁴⁷ Zum Multi-Homing als potenziell marktmachtbeschränkendes Merkmal vgl. OECD, *Evol-ving Concept of Market Power*, 13 m.w.V.; vgl. ferner EVANS/SCHMALENSSEE, *CPI* 2007, 166.

¹¹⁴⁸ Europäische Kommission, *ABl. C* 45 vom 24.02.2009, Rn. 18.

Die reine Grösse der Marktgegenseite genügt allerdings nicht, um eine Nachfragemacht im Sinne eines Gegengewichts zu begründen und als marktmachtbegrenzender Faktor wahrgenommen zu werden. Dies lässt sich insbesondere auf die fehlende Professionalität und Sachkunde der Marktgegenseite in Form der Nutzenden zurückführen. Allein aufgrund der reinen Grösse und Verteilung der Nutzenden ist es grundsätzlich nicht möglich, dass sie sich organisieren und gemeinsam koordiniert Nachfragemacht ausüben. Es gilt die Umstände des Einzelfalls zu untersuchen, denn eine hohe Anzahl an Nutzenden kann bei Vorliegen von Single-Homing vielmehr als Faktor für die Begründung von Marktbeherrschung aufgefasst werden.¹¹⁴⁹

609

Die Marktgegenseite kann aber auch in der digitalen Wirtschaft eine starke Stellung einnehmen. Hierzu ist u.a. erforderlich, dass die Nutzenden schnell zu einem konkurrierenden Unternehmen wechseln können. Dies ist wahrscheinlich, wenn sie Multi-Homing betreiben¹¹⁵⁰ bzw. wenn die untersuchte Plattform das Multi-Homing nicht erschwert oder ausschliesst.¹¹⁵¹ Das beidseitige Multi-Homing beschränkt die Intermediationsmacht der Plattform, da alle Teilnehmenden der Plattform gleichermassen andere Intermediäre benutzen können.¹¹⁵² Sie sind folglich für die Vermittlung nicht an das potenziell marktbeherrschende Unternehmen gebunden und haben Ausweichmöglichkeiten. In dieser Situation ist die untersuchte Plattform nicht in der Lage, sich unabhängig zu verhalten – weder gegenüber anderen Unternehmen noch gegenüber den Nachfragenden der angebotenen Leistung. Beidseitiges Multi-Homing ist somit als marktmachtbeschränkender Faktor zu berücksichtigen. Allerdings bietet Multi-Homing nicht automatisch ein Gegengewicht zur marktbeherrschenden Stellung eines Unter-

610

¹¹⁴⁹ Dies ist insbesondere aufgrund der Intermediationsmacht zu beachten; vgl. im Detail Kapitel [D.III.1.d](#)). Eine spieltheoretische Lösung, wonach den Endnutzenden kollektive Verhandlungsmacht zukommt und so die Nachfragemacht ansatzweise koordiniert wird, wäre potenziell denkbar (entfernt damit vergleichbar ist das «collective bargaining by business» in Australien vgl. KING, UNSW L. J. 2013, 107 ff.). Allerdings ist die Verwirklichung dieses Vorschlags rechtspolitisch kaum realisierbar. Darüber hinaus ist eine effiziente Umsetzung eines solchen Systems angesichts der grossen Anzahl der zu koordinierenden Menschen ebenfalls fragwürdig.

¹¹⁵⁰ Google hat in Sachen *Google Search (Shopping)* dasselbe Argument vorgebracht vgl. EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 233–239. In diesem konkreten Fall kam die Europäische Kommission zum Schluss, dass das Multi-Homing weniger präsent sei, als Google behauptet (EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 306–315).

¹¹⁵¹ Die Plattform kann das Multi-Homing z.B. durch Beschränkung der Interoperabilität oder Datenportabilität stark erschweren vgl. Kapitel [D.III.1.d](#)); vgl. ferner TIROLE, *Annu. Rev. Econ.* 2023, 583 f.

¹¹⁵² Allgemein zum Multi-Homing vgl. HOVENKAMP, *Yale L. J.* 2021, 1925.

nehmens. Es ist vielmehr im Zusammenhang mit den generierten Netzwerkeffekten, den Wechselkosten und der Qualität der Alternativen zu berücksichtigen und entsprechend auszuwerten.

d) **Potenzielle Konkurrenz**

- 611 Darüber hinaus kann auch die potenzielle Konkurrenz disziplinierende Wirkung auf das untersuchte Unternehmen haben. Im Gegensatz zur Angebotsumstellungsflexibilität, die in der Marktabgrenzung zu berücksichtigen ist und bei der sofort auf eine Preiserhöhung reagiert wird,¹¹⁵³ kann der Markteintritt bei der potenziellen Konkurrenz eine längere Zeit in Anspruch nehmen und ist in der Regel mit beträchtlichen Zusatzkosten verbunden.¹¹⁵⁴
- 612 Gemäss der Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission hat die potenzielle Konkurrenz Einfluss auf das Verhalten des mutmasslich marktbeherrschenden Unternehmens, wenn «der Markteintritt eines Wettbewerbers wahrscheinlich, absehbar und ausreichend ist».¹¹⁵⁵ Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts bemisst sich anhand der historischen Marktentwicklung und einer Schätzung für die Zukunft; dabei ist den Marktzutrittsschranken¹¹⁵⁶ Rechnung zu tragen. Der Markteintritt ist wahrscheinlich, wenn er hinreichenden Gewinn verspricht.¹¹⁵⁷ Absehbar ist der Markteintritt, wenn er die Ausübung der Marktmacht unmöglich macht; je länger der Markteintritt in Anspruch nehmen würde, desto weniger wahrscheinlich ist es, dass die potenzielle Konkurrenz disziplinierende Wirkung auf das mutmasslich marktbeherrschende Unternehmen hat.¹¹⁵⁸ Beim Element der Absehbarkeit kann es sich auch um einige Jahre handeln, während die Angebotsumstellungsflexibilität eine sofortige Angebotsumstellung voraussetzt.¹¹⁵⁹ Schliesslich ist der Markteintritt als ausreichend zu qualifizieren, wenn er in hinreichender Grösse erfolgt. Unzureichend ist der Markteintritt also, wenn es sich um Eintritte in Marktnischen bzw. um

¹¹⁵³ Vgl. Kapitel [C.IV.2.b](#)); vgl. auch Europäische Kommission, ABl. C 159 vom 07.05.2018, Rn. 28.

¹¹⁵⁴ So auch Europäische Kommission, ABl. C 159 vom 07.05.2018, Rn. 28; zur disziplinierenden Wirkung in der Plattformökonomie vgl. WISMER/BONGARD/RASEK, JECLAP 2017, 261.

¹¹⁵⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 16; die schweizerische Praxis und Lehre verlangt grundsätzlich dieselben Voraussetzungen vgl. BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 342 ff. m.w.V.

¹¹⁵⁶ Vgl. Kapitel [D.III.1.e](#)).

¹¹⁵⁷ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 16; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 343 m.w.V.

¹¹⁵⁸ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 16; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 344 mit dem Richtwert von zwei bis drei Jahren.

¹¹⁵⁹ Vgl. Kapitel [C.IV.2.b](#)).

kleine Unternehmen handelt. In diesen Fällen wird dem potenziell marktbeherrschenden Unternehmen nicht in genügendem Umfang entgegengewirkt, um einen nennenswerten Einfluss auf sein Verhalten ausüben zu können.¹¹⁶⁰

Von besonderem Interesse ist das Element der Absehbarkeit. Obwohl es sich in der digitalen Wirtschaft grundsätzlich um junge, schnell wachsende und dynamische Märkte handelt,¹¹⁶¹ existieren keine allgemein beobachtbaren Tendenzen für einen Markteintritt.¹¹⁶² Zwar gibt es in der Plattformökonomie zahlreiche Plattformen, welche bei einer übermässigen Preiserhöhung (oder Qualitätsminderung) des mutmasslich marktbeherrschenden Unternehmens potenziell abwandernde Nutzende aufnehmen würden,¹¹⁶³ allerdings ist dies nicht bloss mit «zusätzliche[n] Serverkapazitäten» zu bewerkstelligen.¹¹⁶⁴ Der Markteintritt stellt sich grundsätzlich als Herausforderung dar, ist aber nicht ausgeschlossen. Die potenzielle Aufnahme der abwandernden Nutzenden ist vielmehr im Zusammenhang mit den daraus entstehenden Netzwerkeffekten, der Möglichkeit zum Multi-Homing und den damit verbundenen Wechselkosten auszuwerten.

613

Die Probleme eines Markteintritts lässt sich am Beispiel der Live-Streaming-Plattformen verdeutlichen. Obwohl YouTube im Kern eine Videoplattform ist, welche das nötige Know-how sowie die entsprechenden Netzwerkeffekte, Daten und Informationen besitzt, fiel es der Plattform schwer, in den Markt des Live-Streaming einzutreten. Der Markteintritt von YouTube war mit erheblichem Zeitaufwand und hohen Anfangsinvestitionen verbunden. Aufgrund der Mehrseitigkeit dieser Märkte ist ausserdem der Chicken-Egg-Problematik angemessen Rechnung zu tragen, da die Plattformen ein organisches Wachstum aller Marktseiten erfordert, um die entsprechenden Dynamiken ausnutzen zu können.¹¹⁶⁵ Bei Vorliegen von positiven Netzwerkeffekten hat die potenzielle

614

¹¹⁶⁰ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 16; BSK-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 344a m.w.V.

¹¹⁶¹ EU-Kommission, COMP/M.7217 vom 03.10.2014, *Facebook/WhatsApp*, Rn. 99; EU-Kommission, COMP/M.6281 vom 07.10.2011, *Microsoft/Skype*, Rn. 70, Rn. 72 und Rn. 78; Urteil des EuG, Rs. T-79/12 vom 11.12.2013, *Cisco Systems und MessageNet/Kommission*, Rn. 69.

¹¹⁶² Anders hingegen VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 342 m.w.V. («Die Expansion kann auch sehr kurzfristig und in absehbarer Zeit geschehen, insbesondere durch das temporäre Anmieten zusätzlicher Serverkapazitäten.»).

¹¹⁶³ Vgl. VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 342.

¹¹⁶⁴ Das Abstellen auf Serverkapazitäten ist ohnehin ein konstruiertes Argument, das allenfalls im Extremfall nebensächlich zu untersuchen ist; a.M. VOLMAR, *Digitale Marktmacht*, 342.

¹¹⁶⁵ Für eine detaillierte Untersuchung dieses Beispiels im Rahmen der Angebotsumstellungsflexibilität vgl. Kapitel [C.IV.2.b\)bb\)](#) m.w.V. zum über vier Jahre dauernden Markteintritt; zur Chicken-Egg-Problematik vgl. BLASCHCZOK, 111 ff.; HAMELMANN/HAUCAP, 4.

Konkurrenz eine noch geringere Bedeutung, da diese eine koordinierte Umorientierung aller Marktseiten erfordern, damit ein anderes Unternehmen als Konkurrenz betrachtet werden kann.¹¹⁶⁶

- 615 In der innovationsgetriebenen digitalen Wirtschaft handelt es sich bei vier Jahren Umstellungszeit um eine beträchtliche Dauer, bei der fraglich ist, ob der Markteintritt absehbar war. Trotz Schwierigkeiten des Markteintritts war YouTube in dieser Zeit als potenzielle Konkurrenz zu qualifizieren, welche den Sinn des potenziellen Wettbewerbs – die Ausübung der disziplinierenden Wirkung gegenüber dem mutmasslich marktbeherrschenden Unternehmen – erfüllte. Schliesslich ist im Einzelfall zu prüfen, ob die potenzielle Konkurrenz in Anbetracht aller möglichen Komplikationen der Plattformökonomie ihren Zweck erfüllt.

e) Leistungsdifferenzierung

- 616 Single-Homing zusammen mit fehlender Leistungsdifferenzierung führt grundsätzlich zu marktmachtbegründenden Umständen, da die Nutzenden bei identischen Produkten keinen Anreiz haben, die Plattform zu wechseln.¹¹⁶⁷
- 617 In der digitalen Wirtschaft ist häufig beobachtbar, dass neue Plattformen in erster Linie nicht direkt mit den marktbeherrschenden Plattformen konkurrieren. Damit ein Marktzutritt dieser neuen Plattformen möglich ist, bieten sie in der Regel eine Nischendienstleistung bzw. eine Dienstleistung, die auf diese Weise nicht von der marktbeherrschenden Plattform abgedeckt ist, an. Diese Leistungsdifferenzierung führt aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte dazu, dass sich die marktmächtige Plattform nicht unabhängig verhalten kann, da die neue Plattform mithilfe der Netzwerkeffekte Wettbewerbsdruck ausübt. Es ist insbesondere möglich, dass die in den Markt eintretende Plattform genug Nutzende akkumulieren kann, um in einem zweiten Schritt auch die Stellung der marktbeherrschenden Plattform im Markt der ursprünglichen Dienstleistung strittig zu machen.¹¹⁶⁸ Allerdings ist in dieser Konstellation entscheidend, dass die marktbeherrschende Plattform das Multi-Homing zulässt. Die Nutzenden sind neuen Plattformen gegenüber grundsätzlich skeptisch und wech-

¹¹⁶⁶ Vgl. FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 79.

¹¹⁶⁷ Vgl. bereits Kapitel [D.III.1.e](#)) mit [Fn. 1102](#); so auch FRANCK/PEITZ, Market definition and market power, 73; CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 23 m.w.V., wonach sich ohne Leistungsdifferenzierung und ohne Multi-Homing eine hohe Marktkonzentration entwickelt; EVANS/SCHMALENSEE, CPI 2007, 166.

¹¹⁶⁸ CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 37.

seln die Plattform nicht; beim Multi-Homing können sie weiterhin die alte Plattform benutzen, aber gleichzeitig die Qualität der neuen Plattform testen.¹¹⁶⁹

Die Leistungsdifferenzierung kann ausserdem als Gegengewicht beim Market Tipping fungieren. Während beim Kippen des Marktes die Plattformen ohne die kritische Masse der Nutzenden mit negativen Netzwerkeffekten konfrontiert sind und einen Rückgang der Anzahl der Nutzenden zu befürchten haben,¹¹⁷⁰ kann die Leistungsdifferenzierung diesen Vorgang potenziell entschärfen. Eine hinreichende Leistungsdifferenzierung begünstigt Multi-Homing und es können aufgrund der Nischendienstleistungen trotz Kippen des Marktes Netzwerkeffekte entstehen, die zu hinreichendem Wettbewerbsdruck führen können. 618

f) Bedeutung der digitalen Ökosysteme

Die digitalen Ökosysteme sind nicht nur in der Lage, eine beherrschende Stellung auf dem Markt zu begründen,¹¹⁷¹ sondern können allenfalls auch ein Faktor für die Begrenzung von Marktbeherrschung sein. Es gilt dabei zwischen den verschiedenen Ebenen eines digitalen Ökosystems zu unterscheiden.¹¹⁷² 619

Gemäss PETIT befinden sich die Tech-Giganten marktübergreifend im Wettbewerb, da sie alle gleichzeitig in benachbarten Märkten tätig sind; es liegt somit ein «Moligopol» vor.¹¹⁷³ Die ausführliche Begründung für diese Moligopole ist allerdings fragwürdig, da sich PETIT nicht auf eine kartellrechtliche Analyse bezieht, sondern auf ein Tool von Yahoo! Finance mit der Funktion «Get competitors for» und «Direct Competitor Comparison».¹¹⁷⁴ Dieser Ansatz der Moligopole kann in der Analyse der potenziellen Konkurrenz in Erwägung gezogen werden,¹¹⁷⁵ da sie im Ergebnis bloss die potenzielle Konkurrenz innerhalb im Voraus ausgewählter digitaler Ökosysteme untersucht. 620

¹¹⁶⁹ CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 57; vgl. zur Rolle des Multi-Homing Kapitel [D.III.2.c](#)); vgl. ferner Kapitel [D.III.1.c](#)) und Kapitel [D.III.1.e](#)).

¹¹⁷⁰ Zu den Wirkungen des Market Tipping vgl. Kapitel [D.III.1.c](#)).

¹¹⁷¹ Vgl. Kapitel [D.III.1.f](#)).

¹¹⁷² Vgl. bereits Kapitel [CV.3](#).

¹¹⁷³ PETIT, Technology Giants, 3 («We refer to this apparent contradiction by the concept «moligopoly») und 7 ff. Dieser Begriff ist leicht irreführend, da er auf Monopole der Tech-Giganten in verschiedenen Märkten hinweist und auf diesen Märkten Wettbewerb stattfindet. Bei einem Oligopol konkurrieren die Unternehmen allerdings nicht bzw. nicht stark miteinander.

¹¹⁷⁴ PETIT, Technology Giants, 7 f.

¹¹⁷⁵ Zur potenziellen Konkurrenz vgl. Kapitel [D.III.2.d](#)).

- 621 Allerdings ist im Rahmen der digitalen Ökosysteme im Einzelfall zu prüfen, ob die Unternehmen in allen Märkten im Wettbewerb stehen können, da sie erwarten müssen, dass die anderen digitalen Ökosysteme in den eigenen Kernmarkt eintreten können.¹¹⁷⁶ Diese Überlappung der Tätigkeitsbereiche führt zu einem Bewusstsein der ständigen Gefahr und folglich zu Wettbewerbsdruck auf dem jeweiligen Kernmarkt.¹¹⁷⁷
- 622 Dieser Wettbewerbsdruck durch die digitalen Ökosysteme kann allerdings nicht als Pauschalargument herangezogen werden.¹¹⁷⁸ Es gilt vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob die Unternehmen auf ihrem Kernmarkt eine marktbeherrschende Stellung einnehmen und ob diese Stellung potenziell durch Wettbewerbsdruck anderer digitaler Ökosysteme begrenzt werden kann.¹¹⁷⁹ Diese Vorgehensweise ist auch in Sachen *Google Android* ersichtlich. Das Gericht der Europäischen Union berücksichtigt in seinem Entscheid den indirekten Wettbewerbsdruck (engl. «indirect constraint») von Apple und dessen iOS-Ökosystem gegenüber Google und dem Android-Ökosystem. Dieser Wettbewerbsdruck war in diesem Fall als nicht ausreichend qualifiziert.¹¹⁸⁰ In diesem Rahmen spielt der relevante Markt eine entscheidende Rolle, da die Gerichte untersuchen, ob ein weiteres Ökosystem auf den abgegrenzten Markt Druck ausüben kann – das Apple-Ökosystem kann aufgrund des nichtlizenzierbaren Betriebssystems von Apple keinen hinreichenden Wettbewerbsdruck auf den Markt für die Lizenzierung von Betriebssystemen ausüben.¹¹⁸¹ Dieser differenzierte Ansatz, welcher jeweils den Einzelfall berücksichtigt, ist mit der Methode von PETIT nicht umsetzbar, da er die Tech-Giganten pauschal als Konkurrenz betrachtet, die gegenseitig Wettbewerbsdruck ausüben. Wie bereits erwähnt, ist diese Art von Wettbewerbsdruck vielmehr im Rahmen der potenziellen Konkurrenz zu beachten.
- 623 Die Behörden sind folglich gehalten, den potenziellen bzw. indirekten Wettbewerbsdruck durch weitere Unternehmen oder digitale Ökosysteme zu untersuchen, jedoch führt dies nicht in jeder Konstellation zu Ergebnissen, die als

¹¹⁷⁶ STYLIANOU, Comp. L. Insight 2017, 4 ff.

¹¹⁷⁷ SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 86.

¹¹⁷⁸ Anders bspw. STYLIANOU, Comp. L. Insight 2017, 8 («it is hard to see how anyone can portray Google or any of the tech giants as monopolists»).

¹¹⁷⁹ SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 86 f.

¹¹⁸⁰ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 122 und Rn. 135; so bereits in EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 242 f., Rn. 322, Rn. 479, Rn. 559 und Rn. 652–672.

¹¹⁸¹ Zu diesem Ergebnis vgl. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 147 m.w.V.; a.M. PETIT, *Technology Giants*, 54 f.

marktmachtbegrenzend aufzufassen sind.¹¹⁸² Schliesslich ist diese Möglichkeit der digitalen Ökosysteme nicht zu überschätzen, da sie auf dem Grundgedanken der Angebotsumstellungsflexibilität beruht.¹¹⁸³

¹¹⁸² So auch Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 166.

¹¹⁸³ Zur begrenzten Möglichkeit der Angebotsumstellung in der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [C.IV.2.b](#)); a.M. ÖZCAN/CLEMENS, *Concurrences* 2018, 1 ff.

IV. Relative Marktmacht

1. Grundlagen

- 624 Mit der Einführung der Rechtsfigur der relativen Marktmacht in der Schweiz ist Art. 7 KG nicht nur auf marktbeherrschende, sondern auch auf relativ marktmächtige Unternehmen anwendbar. Die relative Marktmacht kommt insbesondere in jenen Fällen zur Anwendung, in denen ein Unternehmen zwar keine beherrschende Stellung im relevanten Markt besitzt, aber aufgrund besonderer Konstellationen trotzdem individuelle Abhängigkeitsverhältnisse zu diesem Unternehmen entstehen – es handelt sich dabei um die Abhängigkeit von einem Unternehmen zum anderen Unternehmen. Aus diesem Grund ist die relative Marktmacht nachfolgend gesondert zu prüfen.
- 625 Relative Marktmacht liegt gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG vor, wenn ein Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder einer Dienstleistung von einem anderen Unternehmen in einer Weise abhängig ist, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen. Die Marktmacht ist insofern relativ, als hier auf die bilaterale Geschäftsbeziehung zwischen den Nachfragenden und Anbietenden abgestellt wird.¹¹⁸⁴ Das Sekretariat der WEKO führt in seinem Merkblatt weiter aus, dass die ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten im Einzelfall konkret zu beurteilen sind, gibt aber gewisse Eckpunkte zur Orientierung an.¹¹⁸⁵
- 626 Gemäss dem Sekretariat der WEKO liegen ausreichende Ausweichmöglichkeiten vor, «wenn andere Angebote zur Verfügung stehen, die die Bedürfnisse des mutmasslich abhängigen Unternehmens ebenfalls angemessen befriedigen können».¹¹⁸⁶ Bei der Ermittlung der ausreichenden Ausweichmöglichkeiten sind *objektivierende* Kriterien heranzuziehen, wie z.B. die Produkteigenschaften, die Bezugskonditionen, die Markenreputation, die Markentreue der Konsumierenden sowie der Marktanteil des mutmasslich relativ marktmächtigen

¹¹⁸⁴ Im Gegensatz dazu stellen die Behörden bei der Ermittlung der Marktbeherrschung auf das Machtverhältnis des untersuchten Unternehmens gegenüber allen Unternehmen im abgegrenzten relevanten Markt ab (vgl. KÜNZLER, SJZ 2022, 480).

¹¹⁸⁵ WEKO, Merkblatt: Relative Marktmacht, Rn. 8.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

Unternehmens. Beim Element der ausreichenden Ausweichmöglichkeiten spielt die subjektive Einschätzung des betroffenen Unternehmens keine Rolle.¹¹⁸⁷

Bei den unzumutbaren Ausweichmöglichkeiten handelt es sich um ein *subjektivierendes* Kriterium, da es darauf abstellt, ob «aufgrund *individueller* Besonderheiten des abhängigen Unternehmens die gegebenen Ausweichmöglichkeiten als Alternative ausscheiden».¹¹⁸⁸ Eine Ausweichmöglichkeit kann aufgrund spezieller Investitionen im Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung, Umstellungskosten, des konkreten Vertragsverhältnisses, des betroffenen Umsatzes im Verhältnis zum Gesamtumsatz sowie des Zustandekommens der angeblichen Abhängigkeit als unzumutbar qualifiziert werden.¹¹⁸⁹

627

2. Bedeutung der relativen Marktmacht in der digitalen Wirtschaft

a) Bedeutung bei der vertikalen Integration

Aufgrund der Netzwerkeffekte, Skaleneffekte, Lock-in-Effekte und der Konzentrationstendenzen bzw. des damit zusammenhängenden Kippens des Marktes kann ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden nach der Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung bereits zu spät sein. Die Einführung der Rechtsfigur der relativen Marktmacht ist mit Blick auf die digitale Wirtschaft begrüssenswert, da die Behörden potenziell vor dem Kippen des Marktes – insbesondere bevor ein Unternehmen bereits den gesamten Markt beherrscht – eingreifen können.

628

Die schweizerische Literatur hat bereits Sachverhalte der relativen Marktmacht in Verbindung mit der vertikalen Integration erörtert.¹¹⁹⁰ Hierfür dienen Online-Marktplätze, insbesondere Amazon bzw. aus schweizerischer Perspektive die Digitec Galaxus AG¹¹⁹¹, als gutes Beispiel. Diese Marktplätze haben aus unterschiedlichen Gründen das Potenzial, überlegene Verhandlungspositionen einzunehmen. Sie weisen eine hohe Anzahl von Nutzenden auf und dienen

629

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ WEKO, Merkblatt: Relative Marktmacht, Rn. 8 (Hervorhebungen durch den Autor).

¹¹⁸⁹ WEKO, Merkblatt: Relative Marktmacht, Rn. 8.

¹¹⁹⁰ KÜNZLER, SJZ 2022, 481 ff. mit Beispielen.

¹¹⁹¹ Jeweils mit Bezug auf die Webseiten <<https://www.galaxus.ch>> und <<https://www.digitec.ch>>.

als Zugangspunkt zum Markt, da sie die Unternehmen an die Nutzenden vermitteln. Falls eine Seite mehrheitlich Single-Homing betreibt und die Marktplätze so eine starke Marktposition einnehmen,¹¹⁹² treten Abhängigkeitsverhältnisse auf. Zudem ermöglichen die Marktplätze teils den Marktzutritt für die Unternehmensseite, da neue Unternehmen von der Reputation und der grossen Nutzergruppe auf der Plattform des Marktplatzes profitieren.¹¹⁹³ Diese Konstellation ist in zweierlei Hinsicht problematisch.

- 630 Einerseits treten auf diesen Marktplätzen regelmässig indirekte Netzwerkeffekte auf. Das Geschäftsmodell dieser Plattformen basiert auf einer hohen Anzahl von Nutzenden. Die steigende Anzahl der Nutzenden auf einer Plattformseite macht die Verwendung der Plattform für die Unternehmen auf der anderen Plattformseite attraktiver. Dieser Anstieg der Nutzeranzahl führt dazu, dass mehr Unternehmen die Plattform in Anspruch nehmen, was wiederum zur grösseren Attraktivität der Plattform bei den Nutzenden führt, da ihnen ein diversifizierteres und grösseres Sortiment gegenübersteht. Dadurch entstehen Rückkopplungseffekte, die zum Kippen des Marktes führen können.¹¹⁹⁴
- 631 Andererseits können die Marktplätze entsprechende Daten zu den Käufer*innen, Produkten, Preisen und Unternehmen sammeln. Dieser privilegierte bzw. exklusive Zugriff auf die Daten wiederum kann den Betreibenden der Marktplätze Wettbewerbsvorteile verschaffen.¹¹⁹⁵ Nicht selten folgt daraus das Angebot eigener Produkte auf der Plattform, wie dies sowohl bei Amazon als auch bei der Digitec Galaxus AG ersichtlich ist.¹¹⁹⁶ Selbst wenn das Unternehmen weder im Markt der Plattformdienste noch im Markt des angebotenen Produkts marktbeherrschend ist, entwickelt es ein starkes Abhängigkeitsverhältnis und besitzt in der Regel eine bessere Verhandlungsposition gegenüber den Unternehmen, welche die Online-Marktplätze benutzen möchten. Aus dieser Situation lässt sich potenziell relative Marktmacht ableiten.

¹¹⁹² Vgl. Kapitel [D.III.1.d](#)), insbesondere Kapitel [D.III.1.d\)bb](#)).

¹¹⁹³ KÜNZLER, SJZ 2022, 481.

¹¹⁹⁴ So auch KÜNZLER, SJZ 2022, 484.

¹¹⁹⁵ SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, 152 ff.; vgl. ferner ZÄCH/TUCHSCHMID, ZWeR 2021, 226 f.; zur Datenmacht allgemein vgl. KNAPSTAD, ECJ 2023, 3 ff.; LOUVEN, NZKart 2018, 217 ff. Diese Datenverarbeitungsvorteile haben auch im Rahmen der Kopplungsgeschäfte besondere Bedeutung vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa](#))(3), insb. [Rn. 896](#).

¹¹⁹⁶ So auch KÜNZLER, SJZ 2022, 481 und 483 mit Beispiel 3.

b) Bedeutung der Marktabgrenzung und des Single-Homing

Für die Ermittlung der relativen Marktmacht spielt die Marktdefinition eine entscheidende Rolle, da auf die Abhängigkeit bzgl. des Angebots oder der Nachfrage einer Ware abzustellen ist. Grenzen die Behörden einen Gesamtmarkt ab, sind sie zum Schluss gekommen, dass die Dienstleistungen auf der Plattform ein einziges Angebot darstellen.¹¹⁹⁷ Dies führt dazu, dass diese Plattform nur bzgl. dieser Gesamtleistung relativ marktmächtig sein kann. Anders sieht es aus, wenn die Behörden separate Märkte abgrenzen, auf denen das Unternehmen grundsätzlich unterschiedliche Dienstleistungen anbietet. In dieser Konstellation kann in Bezug auf jede Dienstleistung ein Abhängigkeitsverhältnis anderer Unternehmen entstehen.

632

Das grundlegende Problem der relativen Marktmacht im digitalen Sektor liegt bei der fehlenden Parallelnutzung, dem Status-quo-Bias und potenziellen Lock-in-Effekten. Haben die Behörden separate Märkte abgegrenzt und betreibt eine Seite Single-Homing,¹¹⁹⁸ sind Unternehmen auf der anderen Plattformseite mit grossen Schwierigkeiten konfrontiert, diese Marktseite zu erreichen. Dieser Umstand wird zusätzlich erschwert, da mit dem Single-Homing in der Regel auch Lock-in-Effekte und hohe Wechselkosten einhergehen. Die Plattformen verstärken ihre Position ausserdem durch die Beschränkung der Interoperabilität und der Datenportabilität.¹¹⁹⁹ Dadurch stehen den Unternehmen grundsätzlich keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung, da die Endnutzenden eine gewisse Markentreue aufbauen und deshalb Single-Homing bevorzugen. Die untersuchte Plattform kontrolliert also im Sinne der Intermediationsmacht den Zugang zu ihren Konsumierenden, ohne zwingend eine marktbeherrschende Stellung einzunehmen.

633

Diese Situation ist insbesondere bei Competitive Bottlenecks mit Gefahren verbunden, da dort eine Seite Single-Homing und die andere Seite Multi-Homing betreibt. Auf den ersten Blick erscheint die Plattform in keiner Position, den Markt kippen zu können, allerdings kann sie mit zunehmender Zeit die Konsumierenden an die eigene Plattform und potenziell an das eigene Ökosystem binden. Falls die Plattform eine grosse Single-Homing-Seite betreiben kann, befindet sie sich in einer Stellung mit starker Verhandlungsposition, da

634

¹¹⁹⁷ Vgl. Kapitel [C.III.3.e\)aa](#)).

¹¹⁹⁸ Zum Single-Homing in der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [B.I.4.a\)](#) und Kapitel [D.III.1.d\)aa](#)).

¹¹⁹⁹ Vgl. hierzu Kapitel [D.III.1.c\)](#) und Kapitel [D.III.1.d\)](#). Vgl. auch US District Court D.N.J., *United States of America et al. v. Apple*, Case 2:24-cv-04055, Rn. 80 ff.

nur über diese Plattform diese Endnutzenden erreicht werden können. Schreiten die Behörden nicht ein, verfestigt die Plattform ihre bereits starke Marktposition und erlangt potenziell eine marktbeherrschende Position. Im Extremfall kann diese Entwicklung zu einem Kippen des Marktes führen.

- 635 Die relative Marktmacht könnte beispielsweise auf Vermittlungsplattformen anwendbar sein.¹²⁰⁰ Die Vermittlungsplattformen zielen jeweils auf die Vermittlung von unterschiedlichen Nutzergruppen ab; bloss das zugrunde liegende Produkt der Vermittlung unterscheidet sich.¹²⁰¹ Das Funktionieren dieser Plattformen beruht auf der Grösse beider Marktseiten – auch hier entstehen indirekte Netzwerkeffekte, die zu Rückkopplungseffekten und zum Kippen des Marktes führen können.¹²⁰² Die Abhängigkeitsverhältnisse können sich allerdings schon vor dem Market Tipping bilden, insbesondere wenn ein Unternehmen unterschiedliche Vermittlungsplattformen in seinem Ökosystem verbindet. In dieser Konstellation spielen zwar das Single-Homing, die Wechselkosten und Lock-in-Effekte weiterhin eine wichtige Rolle, aber es besteht eine zusätzliche Gefahr. Die Unternehmen auf der anderen Plattformseite können Zugang jeweils über dasselbe Unternehmen dieses Ökosystems erhalten. Es sind also die gesamten Geschäftsbeziehungen zum Ökosystem zu berücksichtigen. Aufgrund der Gefahr, die gesamten Geschäftsbeziehungen gleichzeitig zu verlieren, können Alternativen hier als unzumutbar qualifiziert werden. Selbst wenn das Unternehmen auf den einzelnen Märkten innerhalb des Ökosystems nicht marktbeherrschend ist, bildet sich hier ein Abhängigkeitsverhältnis, das von der relativen Marktmacht erfasst ist.
- 636 Darüber hinaus hat die relative Marktmacht auch einen Einfluss auf die Koppelungspraktiken. Ein relativ marktmächtiges Unternehmen kann dank seiner Intermediärstellung die Parallelnutzung einer Plattformseite beschränken und so proaktiv Lock-in-Effekte erzeugen. Die Konsumierenden werden zusätzlich an die Plattform gebunden, wenn die Interoperabilität beschränkt wird, da so zusätzliche Wechselkosten geschaffen werden. Kann die Plattform eine genügende Plattfortreue ihrer Nutzenden erzeugen, ist sie potenziell in der Lage,

¹²⁰⁰ In Zukunft potenziell auch bloss eine Vermittlungsplattform für die unterschiedlichen Vermittlungsleistungen vgl. Ringier, TX Group, Ringier, die Mobiliar und General Atlantic gründen Joint Venture im Bereich der digitalen Marktplätze, 31.08.2021, abrufbar unter <https://www.ringier.com/de/tx-group-ringier-die-mobiliar-und-general-atlantic-gruenden-joint-venture-im-bereich-der-digitalen-marktplaetze/>.

¹²⁰¹ Beispiele von Vermittlungsplattformen sind Auktionsplattformen, Immobilienplattformen, Reisevermittlungsplattformen (z.B. Flug- bzw. Hotelbuchungsplattformen) oder Auto-Marktplätze.

¹²⁰² Vgl. Kapitel [D.III.1.c](#).

den Status-quo-Bias mittels Kopplungen auszunutzen. Die Plattform kann in dieser Konstellation von der Trägheit der Nutzenden profitieren und neue Funktionen in die Plattform integrieren. Obwohl die Plattform bloss relativ marktmächtig ist, kann sie so die Auswahlmöglichkeit bestimmter Unternehmen hinsichtlich der erreichbaren Nutzergruppe beeinflussen und ihre Kopplung erfolgreich durchsetzen.

V. Kollektive Marktbeherrschung

1. Allgemeines

- 637 Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG kann ein Unternehmen alleine oder zusammen mit anderen Unternehmen marktbeherrschend sein. Eine kollektive Marktbeherrschung liegt demnach vor, wenn mehrere Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Industrieökonomisch lässt sich die kollektive Marktbeherrschung als kollusives Verhalten mehrerer Unternehmen, welches die Preise über das kompetitive Niveau anhebt, beschreiben.¹²⁰³ In diesen Fallkonstellationen erlauben die strukturellen Bedingungen des Marktes einen eingeschränkten Wettbewerb; dabei treten die Unternehmen gleichförmig auf.¹²⁰⁴ Die kollektive Marktbeherrschung ist von Wettbewerbsabreden, Konzernsachverhalten und zulässigem Parallelverhalten abzugrenzen, was im Einzelfall schwerfallen kann.¹²⁰⁵
- 638 Zur Ermittlung, ob mehrere Unternehmen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung besitzen, ist eine Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen erforderlich. Die schweizerische Wettbewerbskommission wendet in ihrer Praxis ein zweistufiges Prüfverfahren an: Im ersten Schritt prüft die WEKO anhand von statischen Strukturmerkmalen, ob eine hohe Wahrscheinlichkeit für die kollektive Marktbeherrschung besteht. Aus der Marktstruktur kann allerdings nicht abschliessend auf die Wettbewerbsintensität im untersuchten Markt geschlossen werden. Deshalb prüft die WEKO in einem zweiten Schritt empirisch, ob sich die Unternehmen tatsächlich kollusiv, also potenziell wettbewerbsbeschränkend, verhalten oder ob noch wirksamer Wettbewerb besteht.¹²⁰⁶

¹²⁰³ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 400; vgl. ferner WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.505; ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 765; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 321.

¹²⁰⁴ Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 321.

¹²⁰⁵ Vgl. im Detail zur Abgrenzung der kollektiven Marktbeherrschung von anderen Verhaltensweisen BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 402 ff. m.w.H.; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 323 ff. m.w.H.; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.506; ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 766 f. m.w.H.; vgl. ferner XU, 9 ff. m.w.H.

¹²⁰⁶ RPW 2015/4 – *Saint-Gobain/Sika*, 751, Rn. 62 ff., insb. Rn. 63; RPW 2010/3 – *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, 528 ff., Rn. 224 ff., insb. Rn. 233; RPW 2008/4 – *Coop/Carrefour*, 630 ff., Rn. 247, insb. Rn. 258; RPW, 2008/1 – *Migros/Denner*, 186, Rn. 470; RPW 2003/1 – *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, 135, Rn. 163; RPW 1998/2 – *UBS/*

In der Europäischen Union existiert die Rechtsfigur der kollektiven Marktbeherrschung ebenfalls, da gemäss Art. 102 AEUV «die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung [...] durch ein oder mehrere Unternehmen» unerlaubt ist. Im Ausgangspunkt ist darauf abzustellen, ob sich die betroffenen Unternehmen gegenüber der Konkurrenz unabhängig zu verhalten vermögen, indem sie sowohl im Innen- als auch Aussenverhältnis gegenüber dritten Unternehmen keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind.¹²⁰⁷ Bei der Ermittlung des fehlenden Aussenwettbewerbs ist auf die allgemeinen Indikatoren der Marktbeherrschung abzustellen;¹²⁰⁸ hinsichtlich der Feststellung des fehlenden Innenwettbewerbs fällt es indes schwer, allgemein anwendbare Kriterien zu finden.¹²⁰⁹ Die Rechtsprechung der Europäischen Union hat die Untersuchungskriterien der kollektiven Marktbeherrschung mit Bezug auf die Fusionskontrolle entwickelt; sie sind auch mit Blick auf die Missbrauchskontrolle anwendbar.¹²¹⁰

Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle hat der Europäische Gerichtshof festgehalten, dass es einer engen Verbindung der betroffenen Unternehmen bedarf, um eine kollektiv marktbeherrschende Stellung festzustellen.¹²¹¹ In Bezug auf die verbindenden Faktoren berücksichtigt der Europäische Gerichtshof die Wechselbeziehung zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols und prüft insbesondere im Hinblick auf Marktkonzentration, Transparenz und Homogenität des Erzeugnisses, ob diese in der Lage sind, «ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stehen, ihr Marktverhalten einander anzupassen, um insbesondere ihren gemeinsamen Gewinn durch Erhöhung der Preise, Beschränkung

SBV, 310, Rn. 145; RPW 1998/3 – Bell AG/SEG-Poulets AG, 400 ff., Rn. 37 ff.; vgl. ferner BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 408 ff.; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 328; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.507; ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 768 f.

¹²⁰⁷ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 215; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 115 m.w.H.

¹²⁰⁸ Vgl. hierfür Kapitel [D.III](#).

¹²⁰⁹ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 216 ff. m.w.H.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 115 m.w.H.

¹²¹⁰ Vgl. hierzu Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 102 AEUV, Rn. 18 m.w.V.; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 223; LMRKM Kartellrecht-BERGMANN/FIEDLER, Art. 102, Rn. 149 m.w.V.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 124.

¹²¹¹ Urteil des EuGH, Rs. C-413/06 P vom 10.07.2008, *Bertelsmann AG und Sony Corporation of America/Impala*, Rn. 119 ff.; Urteil des EuGH, verbundene Rs. C-395/96 P und C-396/96 P vom 16.03.2000, *Compagnie Maritime Belge Transports u.a./Kommission*, Rn. 42; Urteil des EuGH, verbundene Rs. C-68/94 und C-30/95 vom 31.03.1998, *Kali & Salz*, Rn. 221; vgl. hierzu auch Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 102 AEUV, Rn. 17 und Rn. 20; STANCKE, §5 Rn. 44, in: Bunte/Stancke; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 121.

der Produktion, des Angebots oder der Qualität von Gütern und Dienstleistungen, Verringerung der Innovation oder Beeinflussung der Wettbewerbsfaktoren auf andere Weise zu maximieren». ¹²¹² Gemäss dem Gericht der Europäischen Union ist bereits die Fähigkeit zu einem kollektiven Marktverhalten ausreichend; es braucht mithin keinen Nachweis des tatsächlichen gleichförmigen Verhaltens am Markt. ¹²¹³

641 Für den Missbrauch der kollektiven marktbeherrschenden Stellung ist es ausreichend, wenn sich bloss ein Unternehmen unzulässig verhält; es ist insbesondere nicht erforderlich, dass alle kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen am missbräuchlichen Verhalten teilnehmen. ¹²¹⁴

2. Kollektive Marktbeherrschung in der digitalen Wirtschaft

642 Während in der Lehre zur kollektiven Marktbeherrschung grundsätzlich nur die Anhebung der Preise über das kompetitive Niveau durch kollusives Verhalten diskutiert wird, ¹²¹⁵ gilt es dies im Rahmen der digitalen Wirtschaft neu auch auf die Kosten, Qualität, Intermediationsstellung und Daten auszudehnen. Da in der Digitalökonomie aufgrund der Kostenloskultur die Preise grundsätzlich eine untergeordnete Rolle spielen, ¹²¹⁶ ist bereits der Begriff der Marktbeherrschung anzupassen. ¹²¹⁷ Diese Anpassung ist konsequenterweise auch im Zusammenhang mit der kollektiven Marktbeherrschung durchzuführen. Folglich liegt kollektive Marktbeherrschung vor, wenn mehrere Unternehmen durch kollusives Verhalten den Preis oder die Kosten für die Nutzenden langfristig über das kompetitive Niveau anzuheben vermögen. Zudem ist eine kollektiv marktbeherrschende Stellung mehrerer Unternehmen anzunehmen, wenn sie über einen längeren Zeitraum die Qualität ihrer Produkte unter das kompeti-

¹²¹² Urteil des EuGH, Rs. C-413/06 P vom 10.07.2008, *Bertelsmann AG und Sony Corporation of America/Impala*, Rn. 121.

¹²¹³ Urteil des EuG, verbundene Rs. T-191/98, T-212/98 bis T-214/98 vom 30.09.2003, *Atlantic Container Line u.a./Kommission*, Rn. 631 mit Verweis auf Urteil des EuGH, verbundene Rs. C-68/94 und C-30/95 vom 31.03.1998, *Kali & Salz*, Rn. 221.

¹²¹⁴ Urteil des EuG, Rs. T-228/97 vom 07.10.1999, *Irish Sugar/Kommission*, Rn. 66; EU-Kommission, COMP/39.388 und COMP/39.389 vom 26.11.2008, *Deutscher Stromgrosshandelsmarkt und Deutscher Regelenenergiemarkt*, Rn. 27; vgl. ferner Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 102 AEUV, Rn. 17 und Rn. 29; STANCKE, §5 Rn. 45, in: Bunte/Stancke.

¹²¹⁵ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 400; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 321; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.505.

¹²¹⁶ Vgl. Kapitel [B.I.1.c](#)), Kapitel [C.II.1.a\)aa](#)), Kapitel, [D.II.1](#) und Kapitel [D.III.1.a\)cc](#)).

¹²¹⁷ Vgl. Kapitel [D.II](#).

tive Niveau senken können. Ergänzend dazu ist die Intermediationsmacht zu berücksichtigen, da die Unternehmen dadurch die Fähigkeiten haben, mittels Informationsasymmetrien und Single-Homing den Zugang zu bestimmten Marktseiten zu regeln und Abhängigkeiten zu schaffen. Schliesslich ist auch die Datenmacht zu beachten, da durch die Konzentration der qualitativ hochwertigen Daten bei mehreren Unternehmen noch höhere Marktzutrittschranken entstehen.

Nachfolgend werden die Besonderheiten der in der Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission herausgearbeiteten statischen Strukturmerkmale (a) und der darauffolgenden empirischen Untersuchung (b) in Bezug auf die digitale Wirtschaft ermittelt. 643

a) Statische Strukturmerkmale

Die Wahrscheinlichkeit der kollektiv marktbeherrschenden Stellung lässt sich in der Praxis aus Indizien ableiten. Hierfür zieht die WEKO verschiedene Strukturmerkmale heran, die nachfolgend einzeln zu prüfen sind.¹²¹⁸ Bei diesen Kriterien handelt es sich namentlich um die Marktkonzentration (aa), die Markttransparenz (bb), die Marktstabilität (cc), um Symmetrien (dd), die Stellung der Marktgegenseite (ee), den Substitutionswettbewerb (ff), die potenzielle Konkurrenz (gg) und um Sanktionsmechanismen (hh). 644

aa) Marktkonzentration

Für die Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung ist zunächst die Anzahl der Marktteilnehmenden bedeutend, denn je weniger Unternehmen auf einem Markt konkurrieren, desto wahrscheinlicher ist ein kollusives Verhalten. Grundsätzlich ist die Koordination eines einheitlichen Auftritts auf einem Markt umso schwieriger, je mehr Marktteilnehmende es auf dem relevanten Markt hat.¹²¹⁹ Allerdings ist aus der Praxis der WEKO nicht ersichtlich, ab welcher Anzahl von Marktteilnehmenden eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegen würde. In der Reduktion 645

¹²¹⁸ RPW 2015/4 – Saint-Gobain/Sika, 751, Rn. 63; RPW 2010/3 – France Télécom SA/Sunrise Communications AG, 530, Rn. 233; RPW 2008/4 – Coop/Carrefour, 631, Rn. 258; RPW, 2008/1 – Migros/Denner, 186, Rn. 470; RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 135, Rn. 163; RPW 1998/2 – UBS/SBV, 310, Rn. 145; RPW 1998/3 – Bell AG/SEG-Poulets AG, 400 f., Rn. 39.

¹²¹⁹ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 415; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 330; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508.

der Anzahl Marktteilnehmenden von sechs auf fünf bzw. von vier auf drei sah die WEKO in der Vergangenheit keinen hinreichenden Grund für kollektive Marktbeherrschung.¹²²⁰ Die Verringerung von drei auf zwei grosse Marktteilnehmende hingegen erachtete die WEKO als problematisch und bejahte die kollektive Marktbeherrschung.¹²²¹ Ferner hat die WEKO unter Berücksichtigung der ökonomischen Literatur und der starken Marktkonzentration festgestellt, dass die Wahrscheinlichkeit von Kollusion signifikant erhöht sei, wenn nicht mehr als zwei Unternehmen im Markt vorliegen.¹²²² Da der Anzahl Unternehmen im relevanten Markt ein hoher Stellenwert bei der Feststellung der kollektiven Marktbeherrschung zukommt, nimmt die Marktabgrenzung – insbesondere im Kontext der digitalen Wirtschaft – eine entscheidende Rolle ein. Abhängig davon, ob die Behörden einen einheitlichen Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte abgegrenzt haben, variiert die Anzahl Unternehmen auf dem relevanten Markt.¹²²³ Deshalb vermögen die Behörden bereits im Rahmen der Marktdefinition den Ausgang des Kartellrechtsverfahrens zu beeinflussen bzw. zu entscheiden.

- 646 Treten auf dem Markt neben den grossen Marktteilnehmenden zusätzlich mehrere kleinere Unternehmen (engl. «fringe competitors») auf, ist die kollektive Marktbeherrschung nicht per se auszuschliessen; vielmehr kann gleichförmiges Verhalten zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen, obwohl eine Gruppe von kleineren Anbietenden existiert.¹²²⁴ Allerdings liegt eine Ausnahme hierzu vor, wenn der Randwettbewerb über eine disziplinierende Wirkung auf die potenziell kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen verfügt. Dies ist gemäss der WEKO der Fall, wenn die Fringe Competitors einen gemeinsamen Marktanteil von ungefähr 20% aufweisen.¹²²⁵
- 647 Hinsichtlich der Marktkonzentration sind neben der Anzahl Marktteilnehmenden auch die Marktanteile, welche die Unternehmen auf sich vereinigen, massgebend. Die WEKO nennt einen kombinierten Marktanteil der beteiligten

¹²²⁰ RPW 2018/2 – Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft, 404, Rn. 164 ff.; RPW 2002/2 – NOK/Watt, 355, Rn. 56; RPW 2002/2 – Ernst & Young/Arthur Andersen, 368, Rn. 50; RPW 1998/2 – Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, 244, Rn. 138.

¹²²¹ RPW 2006/2 – Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, 280, Rn. 122.

¹²²² RPW 2015/4 – Saint-Gobain/Sika, 751 f., Rn. 64 ff.

¹²²³ Vgl. Kapitel [C.III.3](#), insb. Kapitel [C.III.3.b](#).

¹²²⁴ RPW 2008/4 – Coop/Carrefour, 631, Rn. 253; RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 135, Rn. 166.

¹²²⁵ RPW 2006/3 – Atel/EOSH-Aktiven, 489, Rn. 98 m.w.V.; RPW 2006/2 – Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, 280, Rn. 124; vgl. ferner RPW, 2008/1 – Migros/Denner, 185, Rn. 464; vgl. auch RPW 2008/4 – Coop/Carrefour, 632, Rn. 260, wonach Denner trotz einem Marktanteil von 10% keine disziplinierende Wirkung ausgeübt habe.

Unternehmen von 50–60% als Voraussetzung für das Vorliegen von kollektiver Marktbeherrschung.¹²²⁶ Dabei sind die gegenwärtigen Marktanteile sowie deren Entwicklung in der Vergangenheit zu berücksichtigen, da wenig variierende Marktanteile ein Indiz für kollusive Marktstrategien darstellen können.¹²²⁷ Für die Beurteilung der Marktanteile ist indes auf die allgemeinen Ausführungen zu deren Berechnung in der digitalen Wirtschaft zu verweisen.¹²²⁸ Darüber hinaus lässt sich betreffend die Marktkonzentration und deren Beurteilung in der Digitalökonomie keine allgemeinen Aussagen treffen, da eine Einzelfallanalyse erforderlich ist.

bb) Markttransparenz

Das Vorliegen von Markttransparenz ist ebenfalls ein wichtiges Element bei der Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung. Als Faustregel gilt, dass mit höherer Markttransparenz die Wahrscheinlichkeit der kollektiven Marktbeherrschung steigt. Gemäss dem Gericht der Europäischen Union in Sachen *Airtours* genügt es insbesondere nicht, «dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols sich dessen bewusst ist, dass alle von einem interdependenten Verhalten auf dem Markt profitieren können, sondern es muss auch über ein Mittel verfügen, zu erfahren, ob die anderen Marktbeteiligten dieselbe Strategie wählen und beibehalten. Der Markt müsste daher so transparent sein, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen kann».¹²²⁹ Dabei ist tatsächliche Transparenz nachzuweisen. Der Markt muss also so transparent sein, dass die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens der übrigen Unternehmen auf dem Markt feststellen können.¹²³⁰

Verschiedene Faktoren, wie z.B. die Produkthomogenität, können die Markttransparenz erhöhen. Die Produktdifferenzierung hingegen vermindert die

¹²²⁶ RPW 2020/1 – KTB-Werke, 213, Rn. 899; RPW 2018/4 – AZ Medien/NZZ, 973, Rn. 197 und 976, Rn. 229; RPW 2018/2 – Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft, 405, Rn. 166 f.; RPW 2008/4 – Coop/Carrefour, 631, Rn. 259; RPW, 2008/1 – Migros/Denner, 187, Rn. 475; RPW 2006/2 – Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, 280, Rn. 123; RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 139, Rn. 189 m.w.H.

¹²²⁷ ZÄCH/HEIZMANN, Rn. 768; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 422.

¹²²⁸ Vgl. Kapitel [D.III.1.a](#)), insb. Kapitel [D.III.1.a\)bb](#)).

¹²²⁹ Urteile des EuG, Rs. T-342/99 vom 06.06.2002, *Airtours/Kommission*, Rn. 62.

¹²³⁰ Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 102 AEUV, Rn. 20; STANCKE, §5 Rn. 44, in: Bunte/Stancke; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 123.

Markttransparenz tendenziell.¹²³¹ Bei Dienstleistungen im Besonderen fehlt in der Regel die Produkthomogenität und somit eine wichtige Voraussetzung für die Markttransparenz.¹²³² In der Digitalökonomie sind die Dienstleistungen besonders wichtig, da sie grundsätzlich die Grundlage der Austauschbeziehungen darstellen. Allerdings weisen die angebotenen Dienstleistungen der digitalen Wirtschaft oft keine einheitliche Beschaffenheit und Eigenschaft auf. Vielmehr bemühen sich die Unternehmen, beispielsweise mithilfe von innovativen Funktionen, sich von der Konkurrenz zu unterscheiden und bieten Nischendienstleistungen an oder setzen sich durch anderweitige Leistungs differenzierung von der Konkurrenz ab, um neue Nutzende zu gewinnen. Dies führt zu erheblichen Schwierigkeiten beim gleichförmigen Auftritt, da ein solches Verhalten bei differenzierten Produkten schwieriger zu realisieren ist.¹²³³ Trotzdem ist auch in der Plattformökonomie nicht auszuschliessen, dass in einem Markt tendenziell homogene Leistungen angeboten werden. Dies ist insbesondere in Situationen zu beobachten, in denen die Nutzenden mehrheitlich Single-Homing betreiben und aufgrund des Angebots keinen Anreiz haben, die Plattform zu wechseln.¹²³⁴

650 Darüber hinaus erhöhen auch öffentliche oder einfach zugängliche Marktstatistiken und Preisinformationen die Markttransparenz. Informationen über Preise sind gemäss der WEKO einfach zugänglich, wenn diese beispielsweise über Läden, das Internet, Vergleichswebsites oder wöchentlichen Publikationen feststellbar sind.¹²³⁵ Während in der Digitalökonomie die Preise transparent erscheinen, weisen sie eine gewisse inhärente Intransparenz auf. Obwohl

¹²³¹ RPW 2002/2 – Ernst & Young/Arthur Andersen, 368, Rn. 51; RPW 2002/2 – NOK/Watt, 355, Rn. 51; RPW 1998/2 – Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, 244, Rn. 139; vgl. ferner RPW 2006/2 – Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, 280, Rn. 126; RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 141, Rn. 197; so auch BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 428; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 344; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508. Die Produktdifferenzierung führt allerdings ausnahmsweise nicht zu erhöhter Markttransparenz, wenn sie eine Aufteilung in Gebiete oder Kundengruppen erlaubt.

¹²³² RPW 1998/2 – Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, 244 f., Rn. 140 ff.; so auch BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 428.

¹²³³ RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 147, Rn. 225; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 428; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 344.

¹²³⁴ Vgl. zu dieser Thematik Kapitel [B.I.4.b](#).

¹²³⁵ RPW 2018/3 – Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG, 673, Rn. 450; RPW 2015/4 – Saint-Gobain/Sika, 752, Rn. 68; RPW 2010/3 – France Télécom SA/Sunrise Communications AG, 549, Rn. 333 und Rn. 336; RPW 2006/2 – Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, 280, Rn. 127; RPW 2004/3 – Markt für Schlachtschweine – Teil A, 703, Rn. 76 ff.

die Leistungen oft vermeintlich kostenlos angeboten werden, findet ein Austausch statt, bei dem entweder die Daten oder die Aufmerksamkeit als Gegenleistung zu betrachten sind.¹²³⁶ Zudem bieten viele Unternehmen ihre Dienstleistungen mit einem Premium-Abonnement an (z.B. Spotify, Apple Music, YouTube). Während die Preisinformationen zu diesen Abonnements einfach zugänglich sind, bleibt die Zugänglichkeit zu den erforderlichen Informationen (z.B. Kosten für die Austauschbeziehung) insgesamt intransparent. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass der Preis bei der Ermittlung der Marktbeherrschung nicht mehr als ausschlaggebender Parameter betrachtet wird, da die Qualität im Rahmen der digitalen Wirtschaft an Bedeutung gewinnt.¹²³⁷ In diesem Zusammenhang ist fraglich, welche Qualitätsmerkmale von Relevanz sind¹²³⁸ und inwiefern diese öffentlich zugänglich sind. Als mögliche Qualitätsmerkmale gewinnen die Aufmerksamkeitskosten¹²³⁹ an Bedeutung. Im Gegensatz zum Preis erweisen sich diese Kosten als einfacher zugänglich, da sich beispielsweise die Dauer oder die Anzahl der aufgeschalteten Werbung auf einer Plattform ermitteln lässt. Allerdings fehlt es hierfür an zentralisierten Websites, welche die erforderlichen Informationen einfach zugänglich aufschalten.

cc) Marktstabilität, Marktwachstum und Innovation

Gemäss der Praxis der WEKO besteht bei stabilen Marktverhältnissen eine höhere Gefahr des gleichförmigen Verhaltens.¹²⁴⁰ In dynamischen Märkten hingegen herrscht grundsätzlich ein hoher Grad an Produkt- und Verfahrensinnovation, Markteintritte sind wahrscheinlicher und es besteht ein verminderter Anreiz für kollusives Verhalten. Schliesslich ist ein gleichförmiger Auftritt gegenüber der Konkurrenz wahrscheinlicher, wenn diese mit einer gewissen Verlässlichkeit das Geschehen auf dem Markt vorsehen können.¹²⁴¹

Bei der Stabilität eines Marktes prüft die WEKO in der Regel die Marktphasen,¹²⁴² wobei während der Experimentier- und Wachstumsphase der Markt schnellem Wandel unterliegt und Anreize für Markteintritte bestehen. Befin-

¹²³⁶ Vgl. hierzu Kapitel [C.II.1.a](#)), insb. Kapitel [C.II.1.a\)bb](#)).

¹²³⁷ Zur Bedeutung der Qualitätsbestimmungsmacht vgl. Kapitel [D.II.2](#).

¹²³⁸ Vgl. Kapitel [C.IV.3.a\)cc\)\(2\)](#).

¹²³⁹ Vgl. Kapitel [C.IV.3.a\)cc\)\(2\)\(i\)](#).

¹²⁴⁰ RPW 2015/4 – *Saint-Gobain/Sika*, 752, Rn. 67; RPW 2008/4 – *Coop/Carrefour*, 636, Rn. 309.

¹²⁴¹ So auch Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 335.

¹²⁴² Zu den Marktphasen im Detail vgl. BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 354 ff.

det sich der Markt jedoch in der Reifephase, haben sich die Marktbedingungen grundsätzlich verfestigt und die Wahrscheinlichkeit für kollusives Verhalten steigt.¹²⁴³

- 653 Obwohl in Bezug auf die Plattformökonomie oft von dynamischen Märkten gesprochen wird, lässt sich daraus nicht pauschal ein hoher Grad an Innovation und somit verminderter Anreiz für kollusives Verhalten ableiten; vielmehr handelt es sich dabei um eine allgemeine Umschreibung des Marktes. Die Plattformmärkte sind nicht konstant von Innovation getrieben und Marktzutritte sind teilweise nicht bzw. nur schwer möglich.¹²⁴⁴ Folglich ist in diesem Kontext – gestützt auf die Prüfung der WEKO – zu untersuchen, ob sich der relevante Markt in der Experimentier- und Wachstumsphase befindet und tatsächlich schnellem Wandel unterliegt oder ob er sich bereits in der Reifephase befindet und sich die Marktbedingungen bereits verfestigt haben. Nicht selten sind die Märkte der digitalen Wirtschaft schon in der Reifephase, da die Unternehmen ihre Position konsolidieren und kaum einen Marktzutritt zu befürchten haben. Betreiben die Nutzenden auf dem untersuchten Markt tendenziell Single-Homing, ist der Marktzutritt zusätzlich erschwert.¹²⁴⁵ In diesen Fällen sind ausserdem die Marktanteile bzw. Nutzeranteile bereits weitgehend verteilt und die Marktbedingungen verändern sich nicht mehr stark. Dadurch steigt die Wahrscheinlichkeit für ein gleichförmiges Verhalten und so auch für die kollektive Marktbeherrschung.

dd) Symmetrien

- 654 Als weiterer Indikator prüft die WEKO das Ausmass der Symmetrien zwischen den Unternehmen des relevanten Marktes.¹²⁴⁶ Liegt ein hoher Grad von Symmetrien zwischen den Marktteilnehmenden vor, können diese sich weniger über andere Produktfaktoren (z.B. über die Qualität) differenzieren. Die Wettbewerbskommission unterscheidet hauptsächlich zwischen den Interessens-

¹²⁴³ RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 142 f., Rn. 206; vgl. ferner BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 436; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 335 f.

¹²⁴⁴ Vgl. hierzu Kapitel [D.III.1.e](#).

¹²⁴⁵ Vgl. Kapitel [D.III.1.d\)aa](#)) und Kapitel [D.III.1.e](#).

¹²⁴⁶ RPW 2015/4 – Saint-Gobain/Sika, 752, Rn. 66; RPW 2008/4 – Coop/Carrefour, 633, Rn. 269; s. auch EU-Kommission, IV/M.190 vom 22.07.1992, Nestlé/Perrier, Rn. 123; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 440; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 339.

den Produkt- und den Kostensymmetrien. In der Praxis werden aber auch unternehmensstrukturelle Merkmale oder auch andere Faktoren wie technisches Know-how hinzugezogen.¹²⁴⁷

Interessensasymmetrien liegen vor, wenn die Unternehmen beabsichtigen, langfristig im relevanten Markt zu bleiben. In dieser Konstellation wird das gleichförmige Verhalten grundsätzlich nicht hinterfragt, da die Marktteilnehmenden auch in Zukunft auf das Wohlergehen der Konkurrenz angewiesen sind.¹²⁴⁸ Zudem haben die Unternehmen gemäss der Wettbewerbskommission dieselben Ziele zu verfolgen und künftige Marktentwicklungen ähnlich vorherzusehen.¹²⁴⁹ Pauschale Aussagen zur Interessensasymmetrie sind auch in der Digitalökonomie nicht möglich. Es lässt sich allerdings feststellen, dass die Unternehmen mit ihrer Kernplattform auch langfristig im originären Markt verbleiben und mithilfe von Satelliten-Plattformen expandieren. Haben die Unternehmer einmal ihre Marktstellung in einem Markt verfestigt, besteht für sie kein Interesse, diese Marktstellung wieder abzugeben. Ferner kann eine Informationssymmetrie bejaht werden, wenn die potenziell kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen gemeinsam ein Interesse haben, dass keine dritte Plattform in den beherrschten Markt eintritt.¹²⁵⁰ Diese Situation ist in der Plattformökonomie oft in den Fällen der Kopplungsgeschäfte anzutreffen, da die Unternehmen hier mit der Kopplung den Eintritt für andere Unternehmen erschweren bzw. teilweise verunmöglichen.¹²⁵¹

655

Bei der Produktsymmetrie wird geprüft, ob die Produkte im untersuchten Markt homogen oder differenziert sind. Liegt ein starker Grad an Homogenität vor, ist ein Parallelverhalten grundsätzlich erleichtert, da sich die Unternehmen auf wenige Parameter zu beschränken vermögen; weisen die Produkte

656

¹²⁴⁷ RPW 2010/3 – France Télécom SA/Sunrise Communications AG, 538 ff., Rn. 275 ff.; RPW 2008/4 – Coop/Carrefour, 633 ff., Rn. 310; RPW, 2008/1 – Migros/Denner, 187 ff., Rn. 480 ff.; RPW 2006/3 – Atel/EOSH-Aktiven, 490 f., Rn. 107 ff.; RPW 2006/2 – Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, 269 ff., Rn. 135 ff.; RPW 2004/3 – Markt für Schlachtschweine – Teil A, 707, Rn. 91 ff.; RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 146, Rn. 220 ff.; vgl. ferner WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 441; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 340.

¹²⁴⁸ RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 146, Rn. 220.

¹²⁴⁹ RPW 2003/1 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, 147, Rn. 221; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 442; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 342.

¹²⁵⁰ So auch in Sachen Migros/Denner, wonach sowohl Migros als auch Coop ein Interesse daran hatten, dass der Markteintritt von Lidl in der Schweiz abgewehrt wird, vgl. hierfür RPW, 2008/1 – Migros/Denner, 188, Rn. 493.

¹²⁵¹ Vgl. Kapitel [E.I.2.c](#)) und Kapitel [E.III.4](#).

dagegen einen hohen Grad an Differenzierung auf, ist das gleichförmige Verhalten erschwert.¹²⁵² In der digitalen Wirtschaft versuchen die Unternehmen einerseits, mit leicht differenzierten Dienstleistungen neue Nutzende für die eigene Plattform zu gewinnen. Andererseits können in einem Markt auch homogene Dienstleistungen angeboten werden, wenn die Nutzenden hauptsächlich Single-Homing betreiben und angesichts des gleichen Angebots keinen Anreiz für einen Plattformwechsel haben.¹²⁵³

- 657 Bei der Kostensymmetrie untersucht die Wettbewerbskommission, ob die Unternehmen eine ähnliche Kostenstruktur verfügen. Eine ähnliche Kostenstruktur erhöht die Wahrscheinlichkeit für gleichförmiges Verhalten, weil die Unternehmen keinen Anreiz haben, sich kompetitiv zu verhalten, wenn sie keinen individuellen Kostenvorteil haben.¹²⁵⁴ Die Geschäftsmodelle in der Plattformökonomie weisen in der Regel eine ähnliche Kostenstruktur auf, die sich aus hohen Fixkosten und tiefen variablen Kosten zusammensetzt.¹²⁵⁵ Folglich ist in Bezug auf die Kostensymmetrie die Wahrscheinlichkeit des Parallelverhaltens und somit der kollektiven Marktbeherrschung grundsätzlich erhöht.

ee) Stellung der Marktgegenseite

- 658 Die Stellung der Marktgegenseite ist für die Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung auch von Bedeutung. Eine kollektive Marktbeherrschung ist unwahrscheinlich, wenn die Marktgegenseite eine starke Stellung einnimmt (engl. «countervailing buying power»)¹²⁵⁶. In der Digitalökonomie nimmt die Marktgegenseite eine starke Stellung ein, wenn die Nutzenden Multi-Homing betreiben bzw. die Plattform das Multi-Homing nicht beschränkt. Es kann insbesondere nicht anhand der reinen Grösse der Marktgegenseite auf eine starke Stellung der Marktgegenseite geschlossen werden, da sich die Nutzenden in der Regel nicht organisieren und gemeinsam koordiniert Nachfragemacht ausüben können. Die Marktgegenseite weist eine schwache Stellung auf, wenn die Nutzenden Single-Homing betreiben und aufgrund der hohen

¹²⁵² RPW 1998/3 – Bell AG/SEG-Poulets AG, 405, Rn. 48; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 444 f.; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 344.

¹²⁵³ Vgl. zur Leistungsdifferenzierung bereits Kapitel [D.V.2.a\)bb\)](#) mit [Rn. 649](#).

¹²⁵⁴ RPW 2004/3 – Markt für Schlachtschweine – Teil A, 708, Rn. 95; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 446 f.; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 345.

¹²⁵⁵ Vgl. Kapitel [B.I.2](#), insb. [Rn. 58 ff.](#) und Kapitel [D.III.1.e\)](#), insb. [Rn. 589](#).

¹²⁵⁶ WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 448; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 353.

Wechselkosten an die Plattform gebunden sind.¹²⁵⁷ Folglich ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die Marktgegenseite eine starke oder eine schwache Stellung verfügt.

ff) Substitutionswettbewerb

Bei der Ermittlung der kollektiven Marktbeherrschung ist ausserdem der Substitutionswettbewerb, insbesondere die Randsubstitution, zu untersuchen. Bei der Randsubstitution sind Waren und Dienstleistungen zu erwägen, die im Rahmen der Marktabgrenzung nicht in den betroffenen Markt fallen, allerdings eine teilweise substituierbarkeit aufweisen und deshalb die untersuchten Produkte eingeschränkt bzw. unter bestimmten Umständen zu ersetzen vermögen. Die Randsubstitution kann ausreichenden Wettbewerbsdruck ausüben und so gegenüber der kollektiven Marktbeherrschung disziplinierende Wirkung zeigen.¹²⁵⁸ Im Rahmen der Plattformökonomie gewinnt die Randsubstitution an Bedeutung. Angesichts der Besonderheiten der Marktabgrenzung können die Behörden einen Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte abgrenzen.¹²⁵⁹ Bei der Abgrenzung eines Gesamtmarktes werden die jeweiligen Dienstleistungen gemeinsam in Betracht gezogen. Dadurch fallen nahe Substitute, die beispielsweise nur eine Teilleistung anbieten, nicht in denselben Markt, können aber im Kontext der Randsubstitution berücksichtigt werden. Ausserdem drängt sich aufgrund der Schwierigkeit der Marktabgrenzung ohnehin die Anwendung einer flexiblen Marktabgrenzung auf.¹²⁶⁰

659

gg) Potenzielle Konkurrenz

Die Wahrscheinlichkeit für kollusives Verhalten ist ausserdem erhöht, wenn hohe Marktzutrittsschranken existieren.¹²⁶¹ Bei der Beurteilung der Marktzutrittsschranken sind im Kontext der Plattformökonomie insbesondere die Mehrseitigkeit sowie Netzwerk- und die Selbstverstärkungseffekte zu berücksichtigen.¹²⁶² Durch die Mehrseitigkeit der Plattformen ergibt ein Marktzutritt

660

¹²⁵⁷ Vgl. Kapitel [D.III.1.d](#)) und Kapitel [D.III.2.c](#)).

¹²⁵⁸ RPW 2006/3 – Atel/EOSH-Aktiven, 491, Rn. 121; RPW 2006/2 – Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM, 283, Rn. 150; RPW 2004/3 – Markt für Schlachtschweine – Teil A, 687 ff., Rn. 40 ff.; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 303 und Rn. 453; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 346.

¹²⁵⁹ Vgl. Kapitel [C.III.3.b](#)).

¹²⁶⁰ Vgl. bereits Kapitel [C.I.4.e](#)).

¹²⁶¹ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 453a; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 337.

¹²⁶² Vgl. im Detail Kapitel [D.III.2.d](#)).

oft nur Sinn, wenn das Unternehmen die Nutzenden in alle betroffenen Märkte zur Verwendung der eigenen Plattform überzeugt. Dabei müssen die Plattformen jeweils auf allen Märkten die erforderliche kritische Masse erreichen, um die Vorteile der Netzwerkeffekte ausnutzen zu können. Ein Markteintritt ist aufgrund der besonderen Kostenstrukturen der Plattformökonomie¹²⁶³ mit hohen Fixkosten und versunkenen Kosten verbunden, welche eine zusätzliche Markteintrittsschranke bilden.¹²⁶⁴

661 Der Markteintritt wird ausserdem durch die Selbstverstärkungseffekte der bereits vorhandenen Plattformen erschwert, da diese Effekte zusammen mit Lock-in-Effekten, Single-Homing und hohen Wechselkosten auftreten. Die marktbeherrschenden Plattformen können, sobald sie in einer Nutzergruppe eine grosse Anzahl von Nutzenden erreichen, auf der anderen Marktseite aufgrund der erhöhten Attraktivität schneller und einfacher neue Nutzenden anziehen. Die Konkurrenz kann allerdings vorerst keine Selbstverstärkungseffekte entwickeln, da sie hierfür zunächst die grosse Anzahl von Nutzenden erlangen muss. Die Selbstverstärkungseffekte wirken abschreckend, weil die marktbeherrschenden Plattformen aufgrund der daraus resultierenden Skaleneffekte grössere Vorteile abschöpfen und auf grössere Informations- sowie Datenbestände zurückgreifen können. Die neu in den Markt eintretenden Unternehmen sind mit der Herausforderung konfrontiert, eine Mindestgrösse der Nutzergruppen für alle Marktseiten zu erreichen, um überhaupt Selbstverstärkungseffekte generieren zu können. Angesichts der fehlenden Nutzerbasis können diese Unternehmen auch nicht im gleichen Umfang die erforderlichen Daten sammeln und den Vorsprung der beherrschenden Unternehmen aufholen. Dieser Vorsprung kann zusätzlich vergrössert werden, indem die marktmächtigen Unternehmen mit Kopplungspraktiken den Markteintritt erschweren.¹²⁶⁵

662 Im Zusammenhang mit der potenziellen Konkurrenz ist ausserdem zu untersuchen, ob bei einer übermässigen Preiserhöhung bzw. Qualitätsminderung des marktbeherrschenden Unternehmens die abwandernden Nutzenden zu einer Plattform der Konkurrenz zu wechseln vermögen. Ist ein solcher Wechsel möglich, können die anderen Unternehmen im relevanten Markt von den

¹²⁶³ Vgl. Kapitel [B.1.2](#) und ferner Kapitel [B.1.1.c](#).

¹²⁶⁴ Vgl. zu den Marktzutrittsschranken in der digitalen Wirtschaft Kapitel [D.III.1.e](#); zu den versunkenen Kosten als Marktzutrittsschranke im Rahmen der kollektiven Marktbeherrschung vgl. Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 338 m.w.H.

¹²⁶⁵ Vgl. bereits Kapitel [D.III.1.e](#).

neu entstehenden Netzwerkeffekten profitieren; dadurch wird potenziell das Multi-Homing erleichtert und der Markteintritt vereinfacht.

hh) Sanktionsmechanismen

Damit gleichförmiges Verhalten stabil bleibt, sind glaubwürdige Sanktionsmechanismen erforderlich; diese können Marktteilnehmende, die zu kompetitiven Verhaltensweisen wechseln, ahnden.¹²⁶⁶ Als Sanktionsmechanismen sind Preissenkungen und Mengenerhöhungen denkbar.¹²⁶⁷ Neben den Sanktionsmechanismen müssen auch Anreize bestehen, vom kollusiven Verhalten abzuweichen; die Marktteilnehmenden müssen also gezielt und effektiv sanktioniert werden können.¹²⁶⁸

663

Im Rahmen der Sanktionsmechanismen sind ausserdem die Multimarktbeziehungen zu berücksichtigen. Multimarktbeziehungen liegen vor, wenn sich die Unternehmen auch auf einem Drittmarkt als Konkurrenz gegenüberstehen.¹²⁶⁹ In dieser Konstellation können die Unternehmen abweichendes Verhalten sowohl auf dem relevanten Markt als auch auf Drittmärkten abstrafen. Folglich haben die Unternehmen mehr Sanktionsmöglichkeit, sich gegenseitig abzustrafen, da die Sanktionen nicht im gleichen Markt zu erfolgen haben.¹²⁷⁰

664

In der digitalen Wirtschaft sind Multimarktbeziehungen der Regelfall. Einerseits lassen sich selbst bei Betrachtung von nur einer Plattform separate Märkte abgrenzen. In diesen Fällen tritt diese Plattform zusammen mit allen weiteren vergleichbaren Plattformen bereits in mehreren Märkten auf. Da sich die Unternehmen auf diesen separat abgegrenzten Märkten automatisch auf mehreren Märkten befinden, bestehen mithin angesichts der inhärenten Multimarktbeziehungen mehr Sanktionsmöglichkeiten. Andererseits haben die Unternehmen der Plattformökonomie ohnehin ein Interesse, ihre grosse Nut-

665

¹²⁶⁶ WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 454; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 349.

¹²⁶⁷ RPW 2015/4 – *Saint-Gobain/Sika*, 752, Rn. 69; vgl. ferner WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 454; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 350; zur Preisproblematik im Rahmen der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [C.II.1.a](#).

¹²⁶⁸ Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 352.

¹²⁶⁹ RPW 2010/3 – *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, 550, Rn. 342; RPW 2008/4 – *Coop/Carrefour*, 636, Rn. 310; so auch BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 455; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 347; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508.

¹²⁷⁰ BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 455; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 348; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.508.

zerbasis zu hebeln und von Netzwerk- sowie Skaleneffekten zu profitieren. Dadurch können sie Effizienzvorteile ausnutzen und die eigene Plattform in eine vorteilhafte Lage versetzen. Das Beispiel der Kopplungsgeschäfte zeigt die in der Digitalwirtschaft existierende enge Verbindung an benachbarte Märkte.¹²⁷¹ Die Unternehmen der Digitalökonomie haben ein grundsätzliches Interesse an der Präsenz in verschiedenen Märkten, insbesondere wenn sich diese Märkte verbinden lassen. Deshalb tendieren die Unternehmen zur Ausnutzung einer starken Marktstellung, um neue Märkte zu erschliessen. Folglich liegen generell mehr Sanktionsmöglichkeiten vor, mit denen eine Abweichung vom kollusiven Verhalten geahndet werden kann.

b) Empirische Untersuchung

- 666 Neben der Prüfung der Strukturmerkmale ist ausserdem eine empirische Untersuchung der Marktsituation erforderlich. Dabei ist zu prüfen, ob die betroffenen Unternehmen sich tatsächlich gleichförmig verhalten. In der Praxis erfolgt diese Beurteilung grundsätzlich analog zu derjenigen der gleichgerichteten Verhaltensweisen nach Art. 4 Abs. 1 KG.¹²⁷²

¹²⁷¹ Vgl. hierfür Kapitel [E](#).

¹²⁷² RPW 2004/3 – Markt für Schlachtschweine – Teil A, 699 f., Rn. 66; RPW 2002/1 – Mobilfunkmarkt, 123, Rn. 112; vgl. ferner BSK KG-REINERT/WÄLCHLI, Art. 4 Abs. 2, Rn. 457; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 4 Abs. 2, Rn. 356 f.

VI. Zwischenfazit

Die Analyse der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens in der digitalen Wirtschaft erfordert eine Gesamtbetrachtung aller Umstände. Es gilt die marktmachtbegründenden Faktoren den marktmachtbegrenzenden Merkmalen gegenüberzustellen und anhand dieser Gesamtanalyse ein angemessenes Urteil für den Einzelfall zu fällen. 667

In der Plattformökonomie erweist sich die Berechnung der Marktanteile schwieriger als in traditionellen Märkten. Zudem nehmen sie im Vergleich zu den traditionellen Märkten eine weniger wichtige Stellung ein. Da es sich um einen dynamischen Sektor mit neuen und schnell wachsenden Märkten handelt, sind die Marktanteile als vergänglich und somit weniger bedeutsam zu qualifizieren. In Zukunft handelt es sich bei den Marktanteilen um lediglich einen von vielen Faktoren. 668

Die Netzwerkeffekte spielen bei der Ermittlung der Marktbeherrschung eine Doppelrolle. Einerseits führen wechselseitige Netzwerkeffekte zu Selbstverstärkungseffekten und letztlich zu Konzentrationstendenzen. Sie sind der Ausgangspunkt für hohe Wechselkosten und die Lock-in-Effekte sowie wichtig für potenzielle Grössenvorteile. Dieses Zusammenspiel begünstigt das Kippen des Marktes und ist ein entscheidender Faktor im Rahmen der Begründung der Marktmacht. Andererseits können auch negative Netzwerkeffekte entstehen, die zu negativen Rückkopplungseffekten und einem Rückgang der Anzahl Nutzenden der Plattform führen. 669

Während eine starke Stellung der Marktgegenseite grundsätzlich als Merkmal für die Beschränkung von Marktmacht beurteilt werden kann, liegt diese Situation in der digitalen Wirtschaft selten vor. Auf Plattformen kommt es häufiger vor, dass die Nutzenden Single-Homing betreiben und so an den Intermediär gebunden sind. Zusammen mit hohen Wechselkosten und der Verhinderung von Multi-Homing durch die Plattform führt dies zu einer schwachen Stellung der Marktgegenseite. Diese Konstellation begünstigt die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung. 670

Bei einem Competitive Bottleneck liegt eine Besonderheit vor, bei der die Plattform den Exklusivzugang zur Seite des Single-Homing bieten kann. In diesem Fall hat die Plattform eine stärkere Stellung gegenüber der Seite des Multi-Homing, da diese keine Ausweichmöglichkeit hat und die Plattform benutzen muss, um an die andere Marktseite vermittelt zu werden. 671

- 672 Die potenzielle Konkurrenz hat in der digitalen Wirtschaft ebenfalls disziplinierende Wirkung auf das marktbeherrschende Unternehmen. Es ist insbesondere denkbar, dass ein Konglomerat die Nutzerbasis und Netzwerkeffekte aus seinem digitalen Ökosystem ausnutzt und in absehbarer Zukunft eine konkurrierende Plattform betreibt. Andere marktmachtbeschränkende Faktoren sind die Möglichkeit zum Multi-Homing und damit zusammenhängend die Datenportabilität und die Interoperabilität. Das Multi-Homing erlaubt letztlich den Nutzenden, mehrere Plattformen zu verwenden und ihre präferierte Plattform nach der Qualität zu wählen. Ferner schränkt die Möglichkeit, (leicht) differenzierte Produkte anzubieten, die beherrschende Stellung einer Plattform ein. Die neue Plattform kann aufgrund ihres differenzierten Angebots eine grosse Nutzerbasis aufbauen, welche unter Umständen auch den ursprünglichen Markt betrifft und dadurch das unabhängige Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens einschränkt.
- 673 Darüber hinaus wird sich in der Praxis noch zeigen, wie die WEKO die Rechtsfigur der relativen Marktmacht auszulegen gedenkt. Unabhängig davon zeichnet sich jedoch die Bedeutung der relativen Marktmacht bereits ab, da in der digitalen Wirtschaft unterschiedliche Konstellationen entstehen, welche starke Abhängigkeitsverhältnisse entwickeln. Der grundlegende und treibende Faktor in diesem Zusammenhang sind die Netzwerkeffekte. Zusammen mit den Netzwerkeffekten kommt der Interoperabilität die grösste Bedeutung zu, da die Plattformen in der Lage sind, diese Abhängigkeiten herbeizuführen bzw. zu verstärken, indem sie das Single-Homing fördern und so die Kontrolle über eine Marktseite haben. Diesen Umstand können sie sodann zusätzlich durch den Status-quo-Bias, durch die Schaffung von hohen Wechselkosten und durch Lock-in-Effekte (z.B. Verhinderung der Datenportabilität) zu ihrem Vorteil ausnutzen.
- 674 Kann eine Plattform auf einer Seite die Parallelnutzung ihrer Nutzenden minimieren (z.B. durch Kopplungsgeschäfte), hat die Konkurrenz einen potenziell kleineren Pool an Nutzenden, die sie erreichen kann. Dadurch kann sie die erforderten Netzwerkeffekte nicht generieren, weshalb sie bloss beschränkt von Skaleneffekten profitieren kann. Aufgrund der positiven Rückkopplungseffekte beim relativ marktmächtigen Unternehmen und der negativen Rückkopplungseffekte bei der Konkurrenz vergrössert sich der Unterschied zwischen den Plattformen und die Konkurrenz kann die kritische Masse nicht mehr erreichen. So kann der Markt kippen und das relativ marktmächtige Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen.

In Bezug auf die kollektive Marktbeherrschung ist zurzeit noch keine klare Tendenz ersichtlich. Bei der Beurteilung der statischen Strukturmerkmale der Wettbewerbskommission kommt der Marktabgrenzung grosse Bedeutung zu. Abhängig von der Marktdefinition variiert die Anzahl der Marktteilnehmenden und damit die Marktkonzentration, die ein wichtiges Indiz für die kollektive Marktbeherrschung darstellt. Aufgrund der Multimarktbeziehungen in der digitalen Wirtschaft stehen ausserdem mehr Sanktionsmechanismen zur Verfügung, welche der Absicherung des kollusiven Verhaltens dienen können. Darüber hinaus kommt dem Grad an Produkthomogenität eine besondere Relevanz zu. Sowohl im Rahmen der Markttransparenz als auch bei der Untersuchung der Symmetrien auf dem Markt deutet ein starker Grad an Produkthomogenität auf gleichförmiges Verhalten. Dies liegt vor, wenn die Nutzenden Single-Homing betreiben und keinen Anreiz haben, die Plattform zu wechseln. Allerdings versuchen die Plattformen sich auch durch leicht differenzierte Dienstleistungen von der Konkurrenz abzuheben, wodurch ein höherer Grad an Leistungsdifferenzierung entsteht.

E. Kopplungsgeschäfte in der digitalen Wirtschaft

Das Kartellrecht verbietet den Unternehmen nicht, eine marktbeherrschende Stellung einzunehmen, sondern bloss die missbräuchliche Ausnutzung einer solchen Stellung. Sowohl Art. 102 AEUV als auch Art. 7 KG setzen folglich für die Missbrauchskontrolle eine marktbeherrschende Stellung auf dem definierten Markt voraus.¹²⁷³ Nachdem die vorangehenden Kapitel sich im Detail mit der Marktabgrenzung und der Marktbeherrschung auseinandergesetzt haben, ist nachfolgend der Fokus auf den Missbrauch zu legen. Gemäss der Definition des Europäischen Gerichtshofs im Hoffmann-La-Roche-Urteil handelt es sich bei der missbräuchlichen Ausnutzung um einen objektivierten Begriff, d.h., die Intention des Unternehmens ist irrelevant.¹²⁷⁴

676

«Er [der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung, Anm. d. Verf.] erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.»¹²⁷⁵

Diese Umschreibung des Missbrauchsbegriffs unterstreicht, dass die Analyse der Verhaltensauswirkungen wichtig ist, um einen Missbrauch festzustellen; es handelt sich dabei um die Auswirkungen auf den Wettbewerb. Das beherrschende Unternehmen hat somit die Verantwortung, den wirksamen Wettbewerb, welcher bereits geschwächt ist, durch sein Verhalten nicht zu beeinträchtigen.¹²⁷⁶ Das Gesetz strebt die Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs an.¹²⁷⁷

677

¹²⁷³ Zur Marktabgrenzung vgl. Kapitel C.; zur Marktbeherrschung vgl. Kapitel D.

¹²⁷⁴ Urteil des EuG, Rs. T-301/04 vom 09.09.2009, *Clearstream/Kommission*, Rn. 143.

¹²⁷⁵ Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rn. 6.

¹²⁷⁶ Vgl. auch Komm. EUV/AEUV-CALLIESS/RUFFERT, Art. 102 AEUV, Rn. 29 m.w.V.; JONES/SUFRIN/DUNNE, 402 m.w.V.

¹²⁷⁷ Komm. EUV/AEUV-CALLIESS/RUFFERT, Art. 102 AEUV, Rn. 30.

- 678 Im europäischen und schweizerischen Gesetz sind jeweils eine Generalklausel in Art. 102 Satz 1 AEUV und Art. 7 Abs. 1 KG sowie ein nicht abschliessender Katalog an Regelbeispielen in Art. 102 Satz 2 lit. a–d AEUV und Art. 7 Abs. 2 lit. a–g KG vorzufinden. Diese Tatbestände lassen sich grundsätzlich in die Kategorien des Ausbeutungsmissbrauchs, des Behinderungsmissbrauchs sowie des Strukturmissbrauchs gliedern. Da diese Unterteilung keine scharfen Trennlinien aufweist, sind die Kopplungsgeschäfte gestützt auf den entsprechenden Sachverhalt entweder als Ausbeutungsmissbrauch oder als Behinderungsmissbrauch zu qualifizieren.¹²⁷⁸
- 679 Nachfolgend sind die Grundlagen der Kopplungsgeschäfte darzustellen (I). Danach werden die Herausforderungen für die Kopplungsgeschäfte im Rahmen der digitalen Wirtschaft erörtert (II) und die Tatbestandsmerkmale der Kopplung in Bezug auf die Plattformökonomie geprüft (III). Anschliessend ist auf die Bedeutung der Tatbestände des Digital Markets Act für die Kopplungsgeschäfte einzugehen (IV).

¹²⁷⁸ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 453 ff. und Rn. 617 ff.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 274; Botschaft KG, BBl 1995, 575; Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022, E. 8.3; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.710; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 718 m.w.V. (trotz Trennung zwischen «Verdrängungsmissbrauch» und «Ausbeutungswirkungen» im Ergebnis der Meinung, dass ein Kopplungsgeschäft beiden Missbrauchsformen zugeordnet werden kann) sowie Rn. 677 und Rn. 764; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7, Rn. 491.

I. Grundlagen der Kopplungsgeschäfte

Gemäss Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV bzw. Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragsparteien zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen müssen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, ein Fall des Missbrauchs. Führen diese Praktiken zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung, handelt es sich um eine unzulässige Verhaltensweise in Form der Kopplungsgeschäfte. Gemäss den Materialien liegt ein Kopplungsgeschäft vor, wenn eine Partei beim Kauf eines Produkts des marktbeherrschenden Unternehmens («koppelndes Gut») verpflichtet wird, ein anderes Produkt («gekoppeltes Gut»), das keinen funktionalen oder vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft hat, ebenfalls zu erwerben.¹²⁷⁹

680

Sowohl die europäische als auch die schweizerische Praxis, welche eine europarechtskonforme Auslegung von Art. 7 KG anstrebt,¹²⁸⁰ haben gewisse Missbrauchsmerkmale im Zusammenhang mit den Kopplungsgeschäften erarbeitet: Der Kopplungstatbestand ist erfüllt, wenn (i) ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt hat und (ii) es sich beim koppelnden Gut und gekoppelten Gut um separate Güter handelt, (iii) das Kopplungsprodukt nicht ohne das gekoppelte Produkt erworben werden kann, (iv) die Kopplung geeignet ist, zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung zu führen, und (v) hierfür keine objektiven Rechtfertigungsgründe vorliegen.¹²⁸¹

681

Das schweizerische Recht weist gegenüber dem europäischen Recht drei Besonderheiten auf, die teilweise zu einer unterschiedlichen Behandlung des Tatbestands führen: Einerseits handelt es sich beim Regelatbestand des europäischen Rechts immer um einen Ausbeutungsmissbrauch, während ein Sachverhalt des Behinderungsmissbrauchs in die Generalklausel fällt und keinen Fall des Regelatbestands darstellt.¹²⁸² In der Schweiz kann eine Kopplung im Sinne des Regelatbestands sowohl einen Ausbeutungs- als auch einen Be-

682

¹²⁷⁹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 47 f.; Botschaft KG, BBl 1995, 575 f.; zu den Begrifflichkeiten vgl. nachfolgend Kapitel [E.I.1](#).

¹²⁸⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 47 ff.

¹²⁸¹ Vgl. nachfolgend im Detail zu den Tatbestandsmerkmalen Kapitel [E.III](#).

¹²⁸² MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 453 und Rn. 618; vgl. ferner für die Unterscheidung zwischen Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch auch Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 274 f.

hinderungsmissbrauch darstellen.¹²⁸³ Andererseits berücksichtigt das schweizerische Recht gemäss der Botschaft und dem Bundesverwaltungsgericht die Kopplung sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite.¹²⁸⁴ Im europäischen Recht ist die nachfrageseitige Kopplung in Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV erfasst; die angebotsseitige Kopplung hingegen fällt unter die Generalklausel nach Art. 102 Abs. 1 AEUV bzw. unter Art. 102 Satz 2 lit. a und c AEUV.¹²⁸⁵ Darüber hinaus werden in der Schweiz die Rechtfertigungsgründe als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal berücksichtigt; das schweizerische Recht sieht also keine bestimmten Rechtfertigungsgründe vor.¹²⁸⁶

- 683 Da mit Bezug auf die Kopplungsgeschäfte keine feste Terminologie existiert, ist zunächst als Grundlage für die Auseinandersetzung mit den Kopplungsgeschäften eine begriffliche Klarstellung erforderlich (1.). Anschliessend wird der Schutzzweck des Kopplungstatbestands erarbeitet und die unterschiedlichen Sichtweisen in Bezug auf die wettbewerbsfördernde bzw. wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Kopplungsgeschäfte werden ermittelt (2.). In einem nächsten Schritt sind diese unterschiedlichen Ansichten im Rahmen der rechtlichen Behandlung der Kopplungsgeschäfte anhand von Fällen aus der Praxis zu untersuchen und ist zu erörtern, wie die Behörden vorgehen (3.).

1. Terminologien

- 684 Bei den Begrifflichkeiten im Rahmen der Kopplungsgeschäfte fehlt es an einer einheitlichen Praxis. Folglich ist nachfolgend eine Vereinheitlichung der wichtigsten Begriffe der Kopplung vorzunehmen.
- 685 Die Kopplung kann zwischen Produkten, zwischen Dienstleistungen oder auch zwischen Produkten und Dienstleistungen erfolgen, weshalb nachfolgend diese Begriffe grundsätzlich unter dem Ausdruck «Gut» zusammengefasst werden.¹²⁸⁷

¹²⁸³ Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022, E. 8.2.2 und E. 8.3; vgl. ferner WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.710; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 718 m.w.V. (trotz Trennung zwischen «Verdrängungsmissbrauch» und «Ausbeutungswirkungen» im Ergebnis der Meinung, dass ein Kopplungsgeschäft beiden Missbrauchsformen zugeordnet werden kann) sowie Rn. 677 und Rn. 764.

¹²⁸⁴ Botschaft KG, BBl 1995, 576; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1279 f. und E. 1304 m.w.V.; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.709.

¹²⁸⁵ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 277 m.w.H.

¹²⁸⁶ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1279 f. und E. 1416 f.

¹²⁸⁷ So auch MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 626; LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 194; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 274;

Bei den Kopplungsgeschäften gilt es zwischen dem koppelnden Gut¹²⁸⁸ und dem gekoppelten Gut zu unterscheiden. Kartellrechtlich betrachtet handelt es sich beim koppelnden Gut um das Gut, welches das marktbeherrschende Unternehmen auf dem beherrschten Markt anbietet, während auf dem Markt des gekoppelten Gutes keine Marktbeherrschung vorausgesetzt ist.¹²⁸⁹ Bei nichtjuristischer Umschreibung lässt sich festhalten, dass die Vertragspartei das koppelnde Gut erwerben möchte und das gekoppelte Gut ohne die Kopplung nicht erwerben würde. Das Kopplungsgeschäft ist nicht auf die Kopplung einzelner Güter begrenzt, sondern kann auch mittels Kopplung mehrerer koppelnder Güter bzw. mehrerer gekoppelten Güter zustande kommen.¹²⁹⁰ Ferner handelt es sich beim Markt des koppelnden Gutes um den Kopplungsmarkt und beim Markt des gekoppelten Gutes um den gekoppelten Markt.¹²⁹¹

686

In der Literatur werden ausserdem folgende Kopplungstechniken unterschieden: «tying», «pure bundling» und «mixed bundling».¹²⁹²

687

Tying (dt. Kopplung) liegt vor, wenn das koppelnde Gut nur zusammen mit dem gekoppelten Gut verkauft wird; dies ist allerdings umgekehrt nicht der Fall. Beim Tying ist also das gekoppelte Gut weiterhin einzeln erhältlich.¹²⁹³ Als Beispiel des Tying lässt sich aus der schweizerischen Praxis der Fall zur Preispolitik und zu anderen Verhaltensweisen der SDA anführen, da die SDA das

688

vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 678; vgl. ferner Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7, Rn. 492.

¹²⁸⁸ In der Literatur ist gelegentlich auch die Bezeichnung «Kopplungsprodukt» anzutreffen vgl. MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 619; Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 102 AEUV, Rn. 66; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 284; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7, Rn. 496 («Koppelungsgut»).

¹²⁸⁹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 48; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 274; BELLAMY/CHILD, EU Law of Competition, Rn. 10.139; LORENZ, 224 («expand the market power of a dominant undertaking to markets on which it is not dominant»); vgl. ferner WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.711; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 678; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7, Rn. 493.

¹²⁹⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 678.

¹²⁹¹ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 232 («the tied market, the tying market»); vgl. auch MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 631; LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 196; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 277; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.724; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 712.

¹²⁹² Nachfolgend werden diese Begriffe eingedeutscht und grossgeschrieben, also «Tying», «Pure Bundling» und «Mixed Bundling».

¹²⁹³ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 48; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 641; Urteil des BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1266; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.718; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 683; MOTTA, 460; TIROLE, CPI 2005, 8; s. auch LORENZ, 225.

Angebot des News-Basisdienstes (sda-Basic) vom gleichzeitigen Bezug eines Regionaldienstes und/oder eines anderen Zusatzdienstes (z.B. sda-People) abhängig gemacht hatte.¹²⁹⁴ In der Europäischen Union ist diesbezüglich der Microsoft-Fall von erheblicher Relevanz: Gemäss dem Gericht der Europäischen Union lag ein Sachverhalt des Tying vor, da das Windows-Betriebssystem (koppelndes Gut) nur zusammen mit dem Windows Media Player (gekoppeltes Gut) veräussert wurde.¹²⁹⁵

- 689 In der Lehre wird darüber hinaus zwischen dem «static tying» und dem «dynamic tying» unterschieden. Stehen die untersuchten Güter physisch oder technologisch in festen Verhältnissen zueinander, liegt «static tying» vor; beziehen sich die Güter hingegen in einem physisch oder technologisch losen Verhältnis zueinander, handelt es sich um «dynamic tying».¹²⁹⁶
- 690 Das *Pure Bundling* (dt. reine Bündelung) beschreibt den Sachverhalt, bei dem beide Güter nur zusammen im Bündel verfügbar sind, also keines der Güter einzeln erworben werden kann.¹²⁹⁷ Das Schweizer Bundesgericht hat im Fall zum Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich eine unzulässige Bündelung festgestellt, da die Vermietung von Veranstaltungsorten im Hallenstadion Zürich nur mit der Pflicht, 50% aller Tickets der jeweiligen Veranstaltung über den Kooperationspartner (Ticketcorner AG) zu vertreiben, möglich war.¹²⁹⁸
- 691 Beim *Mixed Bundling* (dt. Anreizgeschäft bzw. anreizbasierte Kopplung) werden die Güter weiterhin separat angeboten, aber die Preise der Güter im Einzelverkauf sind höher als bei der Bündelung; es handelt sich beim Mixed Bundling also um eine finanzielle Vergünstigung (auch Bündel- oder Paketrabatt).¹²⁹⁹ Eine Mischform zwischen Tying und Mixed Bundling wurde in Sachen TV-

¹²⁹⁴ S. z.B. RPW 2014/4 – SDA, 697, Rn. 202.

¹²⁹⁵ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 814 ff.; für weiterführende Literatur mit detaillierter Diskussion zu diesem Fall vgl. PETIT/NEYRINCK, JECLAP 2011, 117 ff.; HOBEBEL/JABLAN, ECLR 2011, 206 ff.; BAUDENBACHER, Eur. L. Rev. 2007, 342 ff.

¹²⁹⁶ NALEBUFF, Tying, 16; s. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 683.

¹²⁹⁷ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 48; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 642; Urteil des BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1266; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.718; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 684; MOTTA, 460 mit Fn. 64; TIROLE, CPI 2005, 8; s. auch LORENZ, 225.

¹²⁹⁸ Urteil des BVerfG 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6, insb. E. 6.2.3; für eine Auswahl weiterer Fälle des *Pure Bundling* s. z.B. RPW 2020/3a – *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, 1206, Rn. 402; RPW 2014/4 – SDA, 697, Rn. 202.

¹²⁹⁹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 48; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 645; Urteil des BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1266; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.721; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 685; MOTTA, 460 mit Fn. 64; TIROLE, CPI 2005, 8; s. auch LORENZ, 225.

/Radiovermarktung erkannt, da gewisse Kundenvereinbarungen eine Klausel enthielten, «wonach sich die Werbekunden verpflichteten, einen Teil oder das gesamte Radiowerbebudget sowie teilweise zusätzlich noch einen Teil oder das gesamte Onlinewerbebudget exklusiv über [B] bzw. [Q] zu buchen».¹³⁰⁰

2. Schutzzweck des Kopplungstatbestands

Nachfolgend ist der grundlegende Schutzzweck des Kopplungstatbestands zu erörtern (a)). Ausserdem ist die ausführliche Diskussion zur Wirkung der Kopplungsgeschäfte in der Literatur der Wirtschaftswissenschaften aufzuarbeiten. Dabei sind grundsätzlich zwei Betrachtungsweisen ersichtlich: Einerseits wird die Auffassung vertreten, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbsfördernde Wirkungen haben und gesetzlich nicht zu verbieten seien (b)), andererseits wird argumentiert, dass die Kopplungsgeschäfte wettbewerbsbeschränkende Wirkungen aufweisen und mithin einer strengen rechtlichen Kontrolle unterliegen sollten (c)).

a) Allgemeines

Das Kopplungsverbot gemäss Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV und Art. 7 Abs. 2 lit. f KG schützt den Wettbewerb auf dem gekoppelten Markt, verbietet also dem marktbeherrschenden Unternehmen, seine Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Gutes auszudehnen (Theorie der Hebelwirkung; engl. «leverage theory») und so die Konkurrenz zu verdrängen.¹³⁰¹ Mit dieser Verdrängung der Konkurrenz geht zugleich auch die Errichtung von Markteintrittsschranken einher.¹³⁰² Denn hängt die Nachfrage nach dem gekoppelten Gut von der

¹³⁰⁰ RPW 2021/4 – TV-/Radiovermarktung, 822 f., Rn. 118 f. und Rn. 121; für eine Auswahl für Fälle mit Beachtung des Mixed Bundling s. z.B. RPW 2014/4 – SDA, 697, Rn. 202; RPW 2005/4 – Procter & Gamble/Gillette, 617, Rn. 52.

¹³⁰¹ STANCKE, §5 Rn. 62, in: Bunte/Stancke; LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 194; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 274; RPW 2021/4 – TV-/Radiovermarktung, 823, Rn. 123; RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 184, Rn. 520; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.722; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 687 m.w.H. zur «leverage theory»; vgl. auch MOTTA, 464 ff. m.w.V.

¹³⁰² NALEBUFF, QJE 2004, 159 ff.; WHINSTON, AER 1990, 844; vgl. auch Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, Google und Alphabet/Kommission (Google Android), Rn. 294 und Rn. 304; Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, Microsoft/Kommission, Rn. 1088; RPW 2021/4 – TV-/Radiovermarktung, 823, Rn. 122; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.722; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 749; CARRON, Rn. 803 m.w.V.

Nachfrage nach dem koppelnden Gut ab, so bewirkt eine Verkleinerung der Konkurrenz auf dem gekoppelten Markt, dass der Markteintritt für die potenzielle Konkurrenz teurer und schwieriger wird. Folglich muss die Konkurrenz aufgrund der Kopplungsgeschäfte in beide Märkte gleichzeitig eintreten.¹³⁰³

- 694 Die Kopplungsstrategien können gemäss der «defensive leveraging theory»¹³⁰⁴ auch die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Kopplungsmarkt schützen oder sogar verstärken.¹³⁰⁵ Durch die Kopplung von zwei Gütern ist das marktbeherrschende Unternehmen in der Lage, die Konkurrenz vom gekoppelten Markt fernzuhalten. Da die Konkurrenz bereits dabei scheitert, auf dem gekoppelten Markt Fuss zu fassen, ist es kaum möglich, über das gekoppelte Gut im Markt des koppelnden Gutes zu konkurrieren.¹³⁰⁶
- 695 Ausserdem bezwecken die Regeln zu den Kopplungsgeschäften den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Vertragsparteien. Die Vertragsparteien sollen in der Lage sein, frei zusätzliche Angebote anzunehmen bzw. abzulehnen.¹³⁰⁷ Mit dem Kopplungsverbot soll also verhindert werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Anzahl der Handlungspartner*innen, welche mit der Konkurrenz auf dem gekoppelten Markt kontrahieren dürfen, reduziert und seinen eigenen Marktanteil erhöht.¹³⁰⁸ Es geht dabei in erster Linie um den Schutz des Wettbewerbs und nicht direkt um den Schutz der Verbrauchenden.¹³⁰⁹
- 696 Ferner können die Kopplungsgeschäfte zur effizienten Preisdiskriminierung führen¹³¹⁰ und der Preistransparenz schaden, weil der Preis für ein einzelnes Gut nicht mehr ersichtlich ist.¹³¹¹
- 697 In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts stand die wirtschaftswissenschaftliche Literatur den Kopplungsgeschäften misstrauisch gegenüber. Dies änderte

¹³⁰³ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 749.

¹³⁰⁴ FELDMAN, GLTR 1999, 2079 ff.

¹³⁰⁵ FELDMAN, GLTR 1999, 2087 ff.

¹³⁰⁶ FELDMAN, GLTR 1999, 2090 f.

¹³⁰⁷ STANCKE, §5 Rn. 62, in: Bunte/Stancke; LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 194; RPW 2021/4 – TV-/Radiovermarktung, 823, Rn. 122 f.; RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 184, Rn. 520; vgl. ferner LANGE/PRIES, EWS 2008, 1 mit Darstellung als Ausbeutungsmisbrauch.

¹³⁰⁸ RPW 2021/4 – TV-/Radiovermarktung, 823, Rn. 123.

¹³⁰⁹ Vgl. auch BOGENREUTHER, 182.

¹³¹⁰ BORK, 376 ff.; vgl. auch MOTTA, 462 ff.

¹³¹¹ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 274 m.w.V.; RPW 2008/3 – Publikation von Arzneimittelinformationen, 404, Rn. 195; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.723; vgl. ferner VIRTOSU/LI, SCRD 2022, 102; NALEBUFF, Tying, 61.

sich mit dem Aufkommen der *Chicago School*, die in den Kopplungsgeschäften wettbewerbsfördernde Wirkungen durch Effizienzgewinne sah. Diese Ansicht wurde anschliessend durch die *Post-Chicago Economics* relativiert, welche die Kopplungsgeschäfte unter restriktiven Voraussetzungen als wettbewerbs-schädlich einstufte.¹³¹² Nachfolgend sind die grundlegenden Überlegungen der erwähnten Auffassungen aufzuzeigen.

b) Wettbewerbsfördernde Wirkungen der Kopplung

Im Rahmen der wettbewerbsfördernden Wirkungen der Kopplungsgeschäfte wird argumentiert, dass die Kopplungen zu einem erheblichen Effizienzgewinn führen.¹³¹³ Diese Effizienzgewinne sollen Kopplungspraktiken legitimieren.¹³¹⁴ Dieser Effizienzgewinn lässt sich wie folgt kategorisieren:¹³¹⁵

698

- (i) Zunächst können die Unternehmen mit den Kopplungsgeschäften *Grössen- und Verbundvorteile*¹³¹⁶ in der Produktion oder beim Vertrieb abschöpfen. Dadurch entstehen erhebliche Kostensenkungen.¹³¹⁷
- (ii) Zudem ist auch eine *Senkung der Transaktions- bzw. Suchkosten* eng mit den Effizienzgewinnen verbunden.¹³¹⁸ Mit der Kopplung fällt es den Konsumierenden z.B. leichter, Applikationen zu erwerben, die bereits mit dem Betriebssystem gekoppelt sind als solche Applikationen, die sie separat erwerben müssten. Dies führt zu einer Reduktion der Suchkosten, die entstehen würden, um die ideale Kombination zwischen Applikation und Betriebssystem zu finden.¹³¹⁹

¹³¹² Vgl. allgemein hierzu BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 697; vgl. zusammenfassend RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 182 f., Rn. 506 ff.

¹³¹³ Gemäss der Theorie der *Chicago School* würde ein marktbeherrschendes Unternehmen einen gekoppelten Markt nur aus Gründen des Effizienzgewinns kontrollieren vgl. z.B. ECONOMIDES/GERBERT, JTHTL 2008, 465; zum Effizienzgewinn durch Kopplungsgeschäfte vgl. z.B. MOTTA, 461 f.; BORK, 378 f.; DIRECTOR/LEVI, NULR 1956, 281 ff.

¹³¹⁴ BORK, 276 ff.

¹³¹⁵ HULL, 289; vgl. ferner HOVENKAMP, 84 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 700 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 698 ff.; grundsätzlich auch BORK, 375–381.

¹³¹⁶ Zu den Grössen- und Verbundvorteilen (bzw. Skaleneffekten) in der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [B.1.2](#).

¹³¹⁷ O'DONOGHUE/PADILLA, 701; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Rn. 5.147; MOTTA, 461; BORK, 378 f.; vgl. ferner HULL, 289; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 699 mit dem Beispiel des Angebots von Fahrzeugserien und aus der Fließbandproduktion erzielten Kostensenkungen.

¹³¹⁸ HULL, 289; TIROLE, CPI 2005, 15; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 700.

¹³¹⁹ Zur Senkung der Suchkosten vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 702;0 CARRON, Rn. 384 m.w.V.; CHEN/HYLTON, Hastings Law J. 1999; TIROLE, 172.

- (iii) Ferner kann die *Verbesserung der Güter und der Qualität* von Relevanz sein. Durch die Kopplung von zwei Gütern kann ein Unternehmen die synergetischen Wirkungen zwischen den Gütern ausnutzen¹³²⁰ und ein aufeinander abgestimmtes Bündel anbieten. Solche Überlegungen der Qualitätsverbesserung sind insbesondere bei der technologischen Integration von Bedeutung.¹³²¹ Verkauft ein Unternehmen beispielsweise einen bereits mit Hardware (Prozessor, Grafikkarte, Bildschirm, Tastatur etc.) und Software (insbesondere Betriebssystem) zusammengestellten Computer, kann man grundsätzlich davon ausgehen, dass die Komponenten zusammen funktionieren werden und im Gegensatz zu selbst gebauten Computern weniger bzw. kaum Fehler aufweisen. Damit einhergehend ist die Sicherung der Qualität zu erwähnen, denn das Kopplungsgeschäft kann sowohl für das koppelnde Unternehmen als auch für die Konsumierenden eine bessere Qualität garantieren.¹³²² Die Konsumierenden müssen nicht befürchten, dass das gekaufte Gut nicht ordnungsgemäss funktioniert, und das koppelnde Unternehmen muss nicht befürchten, dass der Defekt eines Einzelteils zum Versagen der ganzen Einheit und potenziell zu einem Rufschaden führt.¹³²³
- (iv) Schliesslich ist die *Neutralisierung der doppelten Marginalisierung* zu beachten. Gemäss der ökonomischen Theorie setzt das Unternehmen im Monopol auf komplementären Märkten niedrigere Preise an als zwei unabhängige Monopolisten. Das Unternehmen im Monopol vermag auf komplementären Märkten niedrigere Preise anzusetzen, weil es die positiven Wirkungen auf die Nachfrage des ersten Gutes berücksichtigen kann, wenn der Preis des anderen Gutes sinkt.¹³²⁴ Daraus lässt sich grundsätzlich ableiten, dass Komplementärgüter zu einem niedrigeren Preis angeboten werden, wenn sie durch ein Unternehmen gekoppelt werden.¹³²⁵

¹³²⁰ Diese synergetischen Wirkungen werden oft wichtiger eingestuft als der Gewinn des separaten Verkaufs der ungekoppelten Güter.

¹³²¹ O'DONOGHUE/PADILLA, 701; HULL, 289; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 701 f.

¹³²² O'DONOGHUE/PADILLA, 701; MOTTA, 461; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 702.

¹³²³ NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Rn. 5.148; TIROLE, CPI 2005, 15; MOTTA, 461; POSNER/EASTERBROOK, 808 f.

¹³²⁴ NALEBUFF, *Competing*, 2; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 703; O'DONOGHUE/PADILLA, 701 f.; HULL, 289.

¹³²⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 703.

Neben den Effizienzgewinnen führt die Chicago School ausserdem die Preisdiskriminierung¹³²⁶ als Legitimationsgrund für eine Kopplung auf.¹³²⁷ Die Kopplungsstrategie kann gemäss dieser Argumentation als Instrument für die Preisdiskriminierung dienen und so die Konsumentenrente¹³²⁸ sowie den eigenen Gewinn steigern.¹³²⁹ Allerdings ist sich die ökonomische Literatur in Bezug auf die Wohlfahrt nicht einig, denn es gibt sowohl Beispiele, in denen die Kopplungen zur Steigerung der Wohlfahrt führen, als auch Beispiele, die eine Verringerung der Wohlfahrt darlegen. Folglich sind die tatsächlichen Auswirkungen der Preisdiskriminierung nicht vollends geklärt bzw. lassen sich nicht pauschalisieren.¹³³⁰

699

Die Idee der wettbewerbsfördernden Wirkungen von Kopplungsgeschäften hat insbesondere mit dem Aufkommen der Chicago School einen Aufschwung erhalten; dies führte auch zu einem gewissen Vertrauen gegenüber Kopplungspraktiken. Die Erkenntnisse der Chicago School beziehen sich auf die Frage, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht auf einen anderen Markt übertragen kann (Theorie der Hebelwirkung; engl. «leverage theory»)¹³³¹. Zudem analysiert die Chicago School die Situation, in der zwei Güter bereits monopolisiert sind, und geht der Frage nach, ob diese Monopolisierung den Konsumierenden schadet.¹³³² Im Ergebnis ist es gemäss der Chicago School ineffizient und irrational, dass ein monopolistisches Unternehmen seine Marktmacht ausnützt, um verschiedene Güter zu koppeln. Obwohl dieses Unternehmen potenziell die Fähigkeit dazu besitzen würde, fehlen ihm

700

¹³²⁶ Ausführlich zur Bedeutung der Preisdiskriminierung in der Ökonomie vgl. CARLTON/PERLOFF, 290 ff.; vgl. ferner BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 283 ff. m.w.V. Die Neutralisierung der doppelten Marginalisierung dürfte auch unter die Preisdiskriminierung zu subsumieren sein.

¹³²⁷ POSNER, Chi. L. Rev. 2005, 235 ff.; MOTTA, 462 f.; SALINGER, J. Bus. 1995, 85 ff., insb. 97 f.; MCAFEE/MCMILLAN/WHINSTON, QJE 1989, 371 ff.; SCHMALENSEE, J. L. & Econ. 1982; ADAMS/YELLEN, QJE 1976, 475 ff.; STIGLER, SCR 1963, 152 ff., wonach die Konsumierenden für das Gesamtpaket weniger bezahlen als für die separaten Güter einzeln (STIGLER, SCR 1963, 152 f.).

¹³²⁸ Zum Begriff vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 115.

¹³²⁹ POSNER, Chi. L. Rev. 2005, 235 ff.; MOTTA, 462 f.; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 715; O'DONOGHUE/PADILLA, 708 f.

¹³³⁰ In der englischen Literatur ist oft die Rede von «ambigüous» Implikationen bzw. Effekten vgl. CABRAL et al., DMA Report, 12; TIROLE, CPI 2005, 14 und 17; CARLTON/PERLOFF, 306 ff.; WHINSTON, AER 1990, 839; ADAMS/YELLEN, QJE 1976, 497; vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 708 f.; MOTTA, 463 m.w.V.; SALINGER, J. Bus. 1995, 85 ff., insb. 97.

¹³³¹ HYLTON/SALINGER, Antitrust Law J. 2001, 485 mit Fn. 81 und Verweis auf VERNON/GRAHAM, J. Pol. Econ. 1971, 924 f.; vgl. auch WOLLENBERG, SLR 1987, 737 ff. m.w.V.

¹³³² HYLTON/SALINGER, Antitrust Law J. 2001, 485 mit Fn. 81 und Verweis auf SPENGLER, J. Pol. Econ. 1950, 347 ff.

aufgrund der Irrationalität dieses Handelns die Anreize hierfür.¹³³³ Es ist für dieses Unternehmen nicht möglich, zwei unabhängige Monopolrenten zu erreichen (engl. «single monopoly profit theorem») und so durch Kopplung des Monopols auf einen anderen Markt grössere Profite zu erzielen. Die im gekoppelten Markt erzielten zusätzlichen Gewinne haben eine negative Wirkung auf die Gewinne des marktbeherrschenden Unternehmens im Kopplungsmarkt. Diese Wettbewerbsbehinderungen sind für das koppelnde Unternehmen somit nicht vorteilhaft.¹³³⁴

- 701 Ausserdem vertritt die Chicago School die Ansicht, dass die Märkte sich in Richtung einer wettbewerbsfähigen Lösung bewegen, quasi selbstregulatorisch sind. Dieser Umstand soll das Gleichgewicht des Wettbewerbs auf lange Dauer aufrechterhalten können.¹³³⁵ Demnach sind Kopplungspraktiken keine Gefahr für den Wettbewerb¹³³⁶ und ohnehin «not [...] a concern of anti-trust».¹³³⁷ Gemäss der Chicago School ist die Wettbewerbspolitik deshalb so auszulegen, dass nur unbestritten wettbewerbsfeindliche Praktiken als wettbewerbswidrig einzustufen sind.¹³³⁸ Die Chicago School postuliert grundsätzlich eine «per se legality of tying arrangements».¹³³⁹ Nach dieser Ansicht ist ein Verhalten nur wettbewerbswidrig, wenn das untersuchte Unternehmen sowohl auf dem Kopplungsmarkt als auch auf dem gekoppelten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt.¹³⁴⁰

¹³³³ Vgl. u.a. FUMAGALLI/MOTTA/CALAGNO, 364 f.; FARRELL/WEISER, Harv. J.L. & Tech. 2003, 103; TIROLE, 333 f.; BORK, 372 f.

¹³³⁴ Im Detail hierzu vgl. REY/TIROLE, 2145 ff., insb. 2155 und 2158; EVANS/SALINGER, YREG 2005, 37 ff.; FARRELL/WEISER, Harv. J.L. & Tech. 2003, 103 m.w.V. auf Rechtsprechung; HYLTON/SALINGER, Antitrust Law J. 2001, 485 ff. m.w.V.; POSNER/EASTERBROOK, 870 («There is only one monopoly profit to be made in a chain of production.»); BORK, 229 («vertically related monopolies can take only one monopoly profit.») und 372 ff.; POSNER, 193 ff.; MARKOVITS, Yale L. J. 1970, 197 ff.; BOWMAN, Yale L. J. 1957, 19 ff.; DIRECTOR/LEVI, NULR 1956, 281 ff.; vgl. ferner auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 705; O'DONOGHUE/PADILLA, 704.

¹³³⁵ HOVENKAMP, CBLR 2001, 266 mit Verweis auf die Chicago School; vgl. ferner BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 705.

¹³³⁶ BORK, 380 («They simply do not threaten competition, as the courts have supposed for so long.»).

¹³³⁷ BORK, 381.

¹³³⁸ FOX/SULLIVAN, New York Univ. L. Rev. 1987, 957 ff. mit ausführlicher Behandlung der Ansicht der Chicago School und Herleitung dieser Argumentation über die Chicagoer Definition des Wettbewerbs unter dem Gesichtspunkt der Effizienzgründe («the Chicago School defines competition in terms of efficiency», FOX/SULLIVAN, New York Univ. L. Rev. 1987, 959).

¹³³⁹ FARRELL/WEISER, Harv. J.L. & Tech. 2003, 104 f. mit Verweis auf BORK, 288. Gemäss BORK zeigt seine Analyse, «that every vertical restraint should be completely lawful» (BORK, 288) und «the law would accept the legality of all tying agreements» (BORK, 380).

¹³⁴⁰ WOLLENBERG, SLR 1987, 758 f.; s. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 705.

c) Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Kopplung

Auf die dargestellte Theorie der Chicago School gab es in der Lehre eine Antwort seitens der *Post-Chicago Economics* (oft nur *Post-Chicago*).¹³⁴¹ Gemäss der Kritik an der Chicago School gründet die Chicagoer Theorie auf sehr restriktiven Annahmen; nur in besonderen Umständen kann diese Theorie zur Anwendung kommen. Diese restriktiven Annahmen sind in der Praxis in der Regel nicht alle erfüllt, weshalb die besonderen Umstände grundsätzlich nicht vorliegen, um dem Ansatz der Chicago School folgen zu können.¹³⁴²

702

Die Arbeiten von *Post-Chicago* konnten nachweisen, dass Kopplungsstrategien eine rationale Taktik darstellen, um eine Verdrängung auf dem gekoppelten Markt zu bewirken (engl. «leverage theory»)¹³⁴³ In diesem Zusammenhang ist auf das *Foreclosure-Modell* von WHINSTON zu verweisen, der in seinen Analysen darlegt, dass das *Single-Monopoly-Profit-Theorem* unter bestimmten Bedingungen nicht gilt.¹³⁴⁴ Dieses Modell geht von einem Unternehmen aus, welches auf einem Markt A ein Monopol besitzt und sich auf einem anderen Markt B der aktuellen oder potenziellen Konkurrenz stellen muss. Die Nachfrage (und auch der Preis) der unterschiedlichen Güter A und B sind dabei unabhängig. Durch die Kopplung der Güter auf dem Markt A und B opfert das marktbeherrschende Unternehmen einen Teil seiner Monopolverrente.¹³⁴⁵ Obwohl sowohl der Gewinn des koppelnden Unternehmens als auch jener seiner Konkurrenz sinken, ist die Konsequenz für die Konkurrenz einschneidender als für das beherrschende Unternehmen auf dem Markt A. Gemäss WHINSTON intensiviert das *Bundling* den Preiswettbewerb auf dem gekoppelten Markt im Vergleich zu einem nicht gekoppelten Angebot desselben Gutes. Dadurch wird der Gewinn bei einem neueintretenden Unternehmen verringert, weshalb das

703

¹³⁴¹ Allgemein zu dieser Thematik vgl. u.a. HOVENKAMP, 87 ff.; CRANE, Univ. Chi. L. Rev. 2009, 1911 ff.; HOVENKAMP, CBLR 2001, 257 ff. Zur Benennung als *Post-Chicago* bzw. *Post-Chicago Economics* vgl. u.a. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 697 und Rn. 707 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 704; HOLZWEBER, ECJ 2018, 350 f.; GILBERT, vi m.w.V.; IACOBUCCI/DUCCI, Eur. J. Law Econ. 2019, 40; FELDMAN, GLTR 1999, 2086 ff.

¹³⁴² Für einen Überblick über die (restriktiven) Annahmen der Chicago School vgl. ECONOMIDES/GERBERT, JTHTL 2008, 465 mit Fn. 39; vgl. auch RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit *Dynamic Currency Conversion* (DCC), 182, Rn. 507; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 707 («als allzu reduktionistisch empfunden»).

¹³⁴³ CARLTON/WALDMAN, RAND J. Econ. 2002, 194 ff.; vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 703 f.; MOTTA, 464 ff.

¹³⁴⁴ WHINSTON, AER 1990, 837 ff.; vgl. hierzu auch ELHAUGE, HLR 2009, 397 ff.

¹³⁴⁵ Es handelt sich hierbei grundsätzlich um eine Quersubventionierung.

Bundling einen Markteintritt verhindert. Diese Wirkung ist insbesondere auf Märkten, bei denen Skaleneffekte eine wichtige Rolle spielen,¹³⁴⁶ von Bedeutung. In dieser Konstellation ist ein potenzieller Markteintritt mit hohen Fixkosten verbunden, was zum Verzicht auf den Markteintritt oder zur Ausschaltung der Konkurrenz führen kann.¹³⁴⁷

- 704 Ein weiteres Modell mit robusteren Annahmen hat NALEBUFF entwickelt.¹³⁴⁸ Demnach ist das Kopplungsgeschäft ein Mittel zur Schaffung von Marktzutrittsschranken auf dem gekoppelten Markt (engl. «entry deterrence»¹³⁴⁹). In diesem Modell bietet ein Unternehmen die Güter A und B an; dabei besitzt es im Markt für das Gut A ein Monopol und ist im Markt für das Gut B aktueller oder potenzieller Konkurrenz ausgesetzt. Das neu in den Markt eintretende Unternehmen kann nur das Gut B verkaufen, während das Unternehmen mit dem Monopol die Güter A und B gekoppelt veräußert. Das marktbeherrschende Unternehmen spricht hauptsächlich die Konsumierenden an, welche das Gut A kaufen möchten, und kann mit der Kopplung einen höheren Preis für das Gut B verlangen. Tritt ein Unternehmen neu in den Markt für das Gut B ein, kann es nur Konsumierende anziehen, die das Gut B zu einem reduzierten Preis erwerben möchten; es kann für das Gut B keinen erhöhten Preis verlangen. In dieser Konstellation dient das Kopplungsgeschäft als Markteintrittsschranke auf dem gekoppelten Markt, quasi als Abschirmung vor der aktuellen oder potenziellen Konkurrenz.¹³⁵⁰
- 705 CARLTON/WALDMAN haben in ihrem Modell nachgewiesen, dass die aus dem gekoppelte Gut hervorgehende Hebelwirkung nicht zu einer Profitsteigerung auf dem gekoppelten Markt führt, sondern das Ziel verfolgt, auf dem Kopplungsmarkt Eintrittsschranken zu errichten. CARLTON/WALDMAN gehen davon aus, dass die Konkurrenz den monopolisierten Markt nicht angreifen wird, wenn sie weiss, dass das marktbeherrschende Unternehmen als Einziger das gekoppelte Gut herstellt. In dieser Konstellation wäre es für das beherrschende Unternehmen rational, auch das gekoppelte Gut zu monopolisieren, um das Monopol des koppelnden Gutes zu schützen.¹³⁵¹

¹³⁴⁶ Zur Bedeutung der Skaleneffekte im Rahmen der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [B.1.2](#).

¹³⁴⁷ WHINSTON, AER 1990, 837 ff.; auch hier ist zu erwähnen, dass dieses Modell auf restriktiven Annahmen basiert vgl. z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 708; CARRON, Rn. 458 m.w.V.

¹³⁴⁸ NALEBUFF, QJE 2004, 159 ff., insb. 183.

¹³⁴⁹ NALEBUFF, QJE 2004, 183; vgl. ferner HOVENKAMP, 546 ff.

¹³⁵⁰ NALEBUFF, QJE 2004, 159 ff.; vgl. hierzu auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 709; O'DONOGHUE/PADILLA, 706 f.

¹³⁵¹ CARLTON/WALDMAN, Theories of Tying, 1 ff.; insb. 17 ff.; vgl. ferner HULL, 289. Auch dieses Modell beruht auf restriktiven Annahmen vgl. COATE/FISCHER, Akron L. Rev. 2001, 797 und 818.

Darüber hinaus hat CHOI mit seinem Modell aufgezeigt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen mit den Kopplungsgeschäften eine aggressive Forschungs- und Entwicklungsstrategie verfolgen und dadurch die Entwicklungsbemühungen der Konkurrenz schwächen kann. Dies verschafft dem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit, seine Marktmacht auf andere Märkte auszudehnen.¹³⁵²

706

Ausserdem haben CHOI/STEFANADIS mit dem Chilling-Innovation-Modell erwiesen, dass der gleichzeitige Eintritt sowohl in den Kopplungsmarkt als auch in den gekoppelten Markt mit grossem Risiko behaftet ist; dies ist insbesondere in Innovationsmärkten der Fall, bei denen der Wettbewerb bereits bei der Forschung und Entwicklung stattfindet.¹³⁵³ Falls die Konkurrenz diese Kopplungspraktik angreifen möchte, ist es erforderlich, dass sie in beide Märkte simultan eintritt, da der Markteintritt gemäss dem Modell nur profitabel ist, wenn das Unternehmen auch im anderen Markt aktiv sein kann.¹³⁵⁴ Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit geringer, dass ein Unternehmen in zwei Märkte erfolgreich eintritt, als bloss in einen einzigen Markt. Folglich haben diese Unternehmen weniger Interesse, in die Forschung und Entwicklung zu investieren; dies führt zu einer entsprechend geringeren Bereitschaft, dem marktbeherrschenden Unternehmen den Kopplungsmarkt strittig zu machen und zur Verringerung der Anreize für Innovation auf dem gekoppelten Markt.¹³⁵⁵

707

Schliesslich haben GENAKOS/KÜHN/VAN REENEN dargelegt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen in bestimmten Konstellationen einen Anreiz hat, seine Marktmacht mittels Einschränkung der Interoperabilität auf den Markt mit komplementären Gütern auszudehnen. Schränkt das Unternehmen die Interoperabilität ein, verringert es die Wettbewerbsintensität auf dem benachbarten Markt. Dadurch ist das Unternehmen in der Lage, auf dem beherrschten Markt Preisdiskriminierung zu betreiben und eine höhere Rendite abzuschöpfen.¹³⁵⁶

708

¹³⁵² Im Detail zu den Modellen vgl. CHOI, *Econ. J.* 2004, 83 ff.; CHOI, *QJE* 1996, 1153 ff.; vgl. ferner FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 383 f.

¹³⁵³ In diesen Konstellationen sind grundsätzlich hohe Anfangsinvestitionen erforderlich, wobei der Ausgang dieser Investitionen und damit zusammenhängend der erfolgreiche Eintritt in den angestrebten Markt ungewiss sind.

¹³⁵⁴ CHOI/STEFANADIS, *RAND J. Econ.* 2001, 52 ff.

¹³⁵⁵ CHOI/STEFANADIS, *RAND J. Econ.* 2001, 52 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 708; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 713.

¹³⁵⁶ GENAKOS/KÜHN/VAN REENEN, *Economica* 2018, 873.

3. Rechtliche Behandlung der Kopplungsgeschäfte

709 Sowohl in der europäischen als auch in der schweizerischen Rechtsprechung wurden bereits einige Fälle der Kopplungsgeschäfte behandelt.¹³⁵⁷ Nachfolgend wird zuerst die europäische Fallpraxis erörtert (a)) und danach der Fokus auf die Fälle in der Schweiz gelegt (b)). Schliesslich ist gestützt hierauf darzulegen, wie die Kopplungsgeschäfte in Zukunft zu behandeln sind (c)).

a) Bisherige Fallpraxis in der Europäischen Union

aa) Per-se-Rechtswidrigkeit

710 Über die Jahre haben die Institutionen in der Europäischen Union ihren Ansatz bzgl. der Kopplungsgeschäfte angepasst. Ursprünglich galten Kopplungspraktiken in der Europäischen Union als *per se* rechtswidrig. Die Verfahren konzentrierten sich dabei auf die Art und Weise der Kopplung und nicht auf ihre Auswirkungen auf die Konsumierenden. Als Missbrauchsmerkmale untersuchten die Behörden dabei (i) die marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt, (ii) das Vorliegen von zwei separaten Gütern (koppelndes Gut und gekoppeltes Gut) sowie (iii) ein Element des Zwangs der Konsumierenden.¹³⁵⁸

711 Die Europäische Kommission hat in Sachen *Hilti* festgestellt, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, falls der Verkauf patentierter Kartuschenstreifen von der Bestellung einer entsprechenden Menge Bolzen abhängig gemacht wird. Gemäss der Europäischen Kommission lassen diese Praktiken den Konsumierenden keine Wahl (Element des Zwangs) hinsichtlich der Bezugsquelle für die Bolzen und beuten sie somit in missbräuchlicher Weise aus. Zudem bezwecken diese Praktiken den Ausschluss anderer Bolzenhersteller aus dem Markt.¹³⁵⁹ Ferner hat die Europäische Kommission die Argumente der Produktsicherheit abgewiesen, da ein Unternehmen, das mit Sicherheitsbedenken konfrontiert ist, nicht zu einem gemäss Art. 102 AEUV missbräuchlichen Verhalten greifen darf, sondern «vielmehr die ande-

¹³⁵⁷ Bei der Fallpraxis der Schweiz ist jeweils in Erinnerung zu rufen, dass die Gerichte eine europarechtskonforme Auslegung verfolgen.

¹³⁵⁸ So auch O'DONOGHUE/PADILLA, 711.

¹³⁵⁹ EU-Kommission, IV/30.787 und 31.488 vom 22.12.1987, *Hilti*, Rn. 75.

ren legitimen und normalerweise effizienteren Mittel ausschöpfen [soll], um seine Angelegenheiten zu regeln». ¹³⁶⁰ Sowohl das Gericht der Europäischen Union als auch der Europäische Gerichtshof haben dies bestätigt. ¹³⁶¹

In Sachen *Tetra Pak II* sind die europäischen Behörden zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen. ¹³⁶² Auch in diesem Fall hörten weder die Europäische Kommission noch die Gerichte die Argumente der Rechtfertigung seitens Tetra Pak. Die Kommission hat das Argument abgelehnt, dass für die Kopplung «technische Gründe, die Verantwortung für die Produktqualität, sanitäre Gründe und der Schutz des Rufs der Firma» sprechen. ¹³⁶³ Das Gericht der Europäischen Union hat die Entscheidung der Europäischen Kommission bestätigt und ausgeführt, dass Tetra Pak diese Bedenken mit weniger einschneidenden Massnahmen als vertraglichen Kopplungen hätte beseitigen können. ¹³⁶⁴ Darüber hinaus hat das Gericht die Ausführungen, die Kopplung sei Handelsbrauch, ebenfalls abgelehnt. Selbst wenn es sich dabei um einen solchen Brauch handeln sollte, sei dies kein Rechtfertigungsgrund infolge der marktbeherrschenden Stellung von Tetra Pak. ¹³⁶⁵

712

Die Europäische Kommission hat in Sachen *Coca-Cola Export* betreffend Mixed-Bundling-Praktiken ebenfalls dieselben Prinzipien angewendet. Es hat insbesondere festgehalten, dass auch das Mixed Bundling *per se* rechtswidrig sei. Allerdings hat sich Coca-Cola bereit erklärt, im Rahmen eines Vergleichs diese Praktiken zu unterlassen. ¹³⁶⁶

713

¹³⁶⁰ EU-Kommission, IV/30.787 und 31.488 vom 22.12.1987, *Hilti*, Rn. 90.

¹³⁶¹ Urteil des EuGH, Rs. C-53/92 P vom 02.03.1994, *Hilti/Kommission* und Urteil des EuG, Rs. T-30/89 vom 12.12.1991, *Hilti AG/Kommission*.

¹³⁶² EU-Kommission, IV/31.043 vom 24.07.1991, *Tetra Pak II*, Rn. 117 («Solche Koppelgeschäfte (Tying) [...] sind ein schwerer Verstoss gegen Artikel [102]»). Die Europäische Kommission verweist hier auf die Rechtssache *Hoffmann-La Roche* sowie *AKZO* (s. Urteil des EuGH, Rs. C-62/86 vom 03.07.1991, *AKZO/Kommission*, Rn. 149 und Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rn. 89). Dadurch bestätigt sie, dass Kopplungen *per se* rechtswidrig seien. Ausserdem erwähnt die Kommission auch die Rechtssache *Hilti*.

¹³⁶³ EU-Kommission, IV/31.043 vom 24.07.1991, *Tetra Pak II*, Rn. 118 f. Dabei handelt es sich grundsätzlich um dieselben Argumente aus der Chicago School vgl. Kapitel [E.1.2.b](#).

¹³⁶⁴ Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 138-140; ebenfalls bestätigt durch Urteil des EuGH, Rs. C-333/94 P vom 14.11.1996, *Tetra Pak/Kommission*.

¹³⁶⁵ Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 137.

¹³⁶⁶ Für die Pressemitteilung zum Vergleich s. Europäische Kommission, Press Release IP/90/7 vom 09.01.1990; s. auch Europäische Kommission, Nineteenth Report, 65; vgl. ferner O'DONOGHUE/PADILLA, 712 mit Fn. 63.

bb) Tendenz zur Annäherung an die Rule of Reason

- 714 In den dargelegten Fällen haben die Behörden die potenziell wettbewerbsfördernden Wirkungen (insbesondere Effizienzgewinne) der Kopplungsgeschäfte ausser Acht gelassen und eine Marktverschliessung anhand des Umstandes vermutet, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Güter mit anderen Gütern koppelt. Dieser formalistische und an typisierten Fallgruppen angelehnte Ansatz (engl. «form-based approach») hat seit dem Microsoft-Entscheid zu einem Umdenken geführt – allerdings ist die zugrunde liegende Richtung dieses Umdenkens nicht klar ersichtlich.
- 715 In der Rechtssache *Microsoft*¹³⁶⁷ hat die Europäische Kommission festgestellt, dass Microsoft u.a. seinen Windows Media Player an das Betriebssystem Microsoft koppelte. Dabei hat die Kommission eine neue Prüfgrundlage für Kopplungsfälle angewendet, und zwar hat sie folgende Voraussetzungen für die Kopplungsgeschäfte geprüft: (i) Vorliegen von separaten Gütern (koppelndes Gut und gekoppeltes Gut), (ii) marktbeherrschende Stellung des Unternehmens im gekoppelten Markt, (iii) das Unternehmen gibt den Konsumierenden keine Wahl, das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut zu erwerben, und (iv) die Kopplung schränkt den Wettbewerb ein (engl. «forecloses competition»)¹³⁶⁸.
- 716 In ihrer Entscheidung ist die Kommission aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls vom formalistischen Ansatz (engl. «form-based approach») in Sachen *Hilti* und *Tetra Pak II* abgewichen, indem sie die wahrscheinlichen und tatsächlichen Wirkungen der Kopplungsgeschäfte auf die Konsumierenden und auf den Wettbewerb untersucht, also einen auswirkungsorientierten Ansatz verfolgt (engl. «effect-based approach»)¹³⁶⁹. In ihrer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Kopplung den Wettbewerb beeinträchtigt, hat die Europäische Kommission zunächst die Vertriebssysteme und -kanäle (bei Windows Media Player das Betriebssystem Windows) mit den Vertriebssystemen der konkurrierenden Mediaplayer verglichen und ist zum Schluss gekommen, dass die Vertriebssysteme der alternativen Mediaplayer nicht dieselbe Marktpräsenz wie Windows erreichen können.¹³⁷⁰ In einem zweiten Schritt hat die Kommission geprüft, welche Auswirkungen die Kopplung auf

¹³⁶⁷ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft* bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*.

¹³⁶⁸ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 794; vgl. ferner EU-Kommission, ABL. L 32 vom 24.05.2007, *Microsoft*, Rn. 24.

¹³⁶⁹ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 834 ff.

¹³⁷⁰ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 843–878.

die anderen Marktteilnehmenden¹³⁷¹ hat,¹³⁷² inwiefern sich Spillover-Effekte auf weitere Geschäftsbereiche auswirken und ob der Markt zugunsten des Windows Media Players kippt.¹³⁷³

Das Gericht der Europäischen Union hat in seiner Entscheidung bestätigt, dass die von der Kommission angewendeten Tatbestandsmerkmale für die Kopplung zutreffend seien.¹³⁷⁴ Gemäss dem Gericht decken «sich die von der Kommission [...] angegebenen Bestandteile eines missbräuchlichen Kopplungsgeschäfts im Wesentlichen mit den Voraussetzungen nach Art. [102 Satz 2 lit. d AEUV]». ¹³⁷⁵ Es führt weiter aus, «dass die Kommission für die Feststellung des Vorliegens eines missbräuchlichen Kopplungsgeschäfts im Sinne des Art. [102 Satz 2 lit. d AEUV] [k]eine neue, im Ausschluss der Konkurrenten vom Markt liegende Voraussetzung eingeführt habe». ¹³⁷⁶ Allerdings wird eine Verhaltensweise gemäss dem Gericht grundsätzlich nur dann als missbräuchlich angesehen, wenn sie den Wettbewerb beschränken kann,¹³⁷⁷ implizit verlangt das Gericht damit eine Prüfung der potenziellen Wettbewerbsbeschränkung. Gleichzeitig erwähnt das Gericht aber, dass die Kopplung bloss «angesichts der spezifischen Umstände des vorliegenden Falls» nicht per se eine Ausschlusswirkung auf dem Markt habe, wie dies sonst «normalerweise in den Fällen missbräuchlicher Kopplungsgeschäfte» der Fall ist.¹³⁷⁸ Nach der Ansicht des Gerichts der Europäischen Union weisen Kopp-
lungspraktiken folglich weiterhin per se eine Ausschlusswirkung auf.

717

Dieser Entscheid hat in der Literatur verschiedene Reaktionen ausgelöst. Einerseits wurde kritisiert, dass der Entscheid einen «effects-based approach» (die Anwendung eines von den Auswirkungen ausgehenden Konzepts) ablehnt und den Effizienzgewinn der Kopplungen unterschätzt.¹³⁷⁹ Andererseits wird angeführt, dass das Gericht mit diesem Entscheid dem «more economic ap-
proach» zustimmt.

718

¹³⁷¹ Die Kommission untersuchte dabei die Auswirkungen auf «content providers and software developers».

¹³⁷² EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 879–896.

¹³⁷³ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 897–944; zum Kippen des Marktes Rn. 946.

¹³⁷⁴ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 859, Rn. 867 f. und Rn. 1031–1035

¹³⁷⁵ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 862.

¹³⁷⁶ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 866.

¹³⁷⁷ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 867 m.w.V.

¹³⁷⁸ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 868.

¹³⁷⁹ AHLBORN/EVANS, *Antitrust Law J.* 2009, 905 f. und 907 («The [General Court] rejected the Commission's invitation to move from a strong per se illegal rule towards an effects-based approach»).

proach» gerecht wird und dies einen Schritt in die richtige Richtung darstellt.¹³⁸⁰ Das Gericht hat sich immerhin eingehend mit den ökonomischen Argumenten auseinandergesetzt.¹³⁸¹

- 719 Angesichts der zusätzlichen Erklärungen und des Wortlauts des Gerichts der Europäischen Union ist nicht klar, ob die Prüfung der vier Tatbestandsmerkmale bloss «zutreffend»¹³⁸² seien oder ob diese allgemein erforderlich sind. Ist den weiteren Ausführungen des Gerichts zu folgen, handelt es sich bei der Anwendung dieser vier Voraussetzungen bloss um eine Ausnahme, da sich die Kommission grundsätzlich auf die «Erwägung beschränken [darf], dass der gekoppelte Verkauf eines bestimmten Produkts und eines beherrschenden Produkts per se eine Ausschlusswirkung auf dem Markt habe».¹³⁸³ Im Ergebnis hat das Gericht die Anwendung der «rule of reason» nicht ausgeschlossen, das Vorgehen bei den Kopplungsgeschäften jedoch der Kommission überlassen.¹³⁸⁴
- 720 Praktisch zeitgleich fand eine Konsolidierung der Richtlinien von Art. 102 AEUV, einschliesslich der Kopplungsgeschäfte, statt, die zur Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung¹³⁸⁵ führte.¹³⁸⁶ In der Prioritätenmitteilung erkennt die Kommission die positiven Auswirkungen der Kopplungsgeschäfte und führt aus, dass es sich bei den Kopplungsgeschäften um «gängige Geschäftspraktiken [handelt], mit denen Abnehmern bessere Produkte bzw. Angebote zu günstigeren Konditionen geboten werden sollen».¹³⁸⁷ Als Voraussetzung für die Erfüllung des Kopplungstatbestands sind gemäss der Mitteilung (i) eine marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt, (ii) das Vorliegen von separaten Gütern (koppelndes Gut und gekoppeltes Gut), (iii) die Wahrscheinlichkeit, dass die Kopplung zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung führt, und (iv) die Abwägung zwischen den Effizienzvorteilen einerseits und den Auswirkungen aus der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung andererseits erforderlich.¹³⁸⁸

¹³⁸⁰ ROUSSEVA, 250; KËLLEZI, 147 ff. Der DMA dürfte sogar als Abkehr vom «more economic approach» beschrieben werden, weshalb es fraglich ist, ob es tatsächlich ein Schritt in die richtige Richtung ist.

¹³⁸¹ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 976–1167 allein für die Marktverschliessung und den potenziellen Effizienzgewinn.

¹³⁸² Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 859.

¹³⁸³ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 868.

¹³⁸⁴ So auch O'DONOGHUE/PADILLA, 714 f., wonach das Gericht wahrscheinlich der Ansicht war, dass es Aufgabe der Kommission ist, die Wettbewerbspolitik weiterzuentwickeln.

¹³⁸⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009.

¹³⁸⁶ O'DONOGHUE/PADILLA, 715 m.w.H.

¹³⁸⁷ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 49.

¹³⁸⁸ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 50 und 62.

Kurz nach Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung war die Europäische Kommission bereits wieder gefordert, da sie in Sachen *Microsoft (Tying)* eine Kopplung zu untersuchen hatte.¹³⁸⁹ Allerdings ist auch in dieser Entscheidung trotz Vorliegen der Prioritätenmitteilung keine eindeutige Auslegungslinie ersichtlich, denn gemäss der Kommission kann sie «nach der Rechtsprechung bei [einer] Kopplung [...] normalerweise von einer Ausschlusswirkung ausgehen»;¹³⁹⁰ sie hat jedoch die konkreten Auswirkungen für diesen Einzelfall genauer untersucht.¹³⁹¹ Die erforderlichen Voraussetzungen für ein Kopplungsgeschäft in Sachen *Microsoft (Tying)* decken sich aber mit jenen aus dem Entscheid zum *Windows Media Player*.¹³⁹² Erst in der Rechtssache *Rio Tinto Alcan* hat die Kommission die Tatbestandsmerkmale aus der Prioritätenmitteilung angewendet.¹³⁹³

721

Die Europäische Kommission hat sich in jüngerer Vergangenheit in Sachen *Google Android* ebenfalls mit den Kopplungsgeschäften näher befasst.¹³⁹⁴ Auch hier hat die Kommission die Tatbestandsmerkmale der Kopplungsgeschäfte leicht abgeändert; demnach ist es für eine rechtswidrige Kopplung ausreichend, wenn (i) separate Güter (koppelndes Gut und gekoppeltes Gut) vorliegen, (ii) das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt besitzt, (iii) das marktbeherrschende Unternehmen den Konsumierenden keine Wahl gibt, das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut zu beziehen, und (iv) die Kopplung geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken (engl. «the tying is capable of restricting competition»);¹³⁹⁵ Stellt die Kommission eine rechtswidrige Kopplung fest, obliegt es dem Unternehmen, objektive Rechtfertigungsgründe darzulegen.¹³⁹⁶

722

Obwohl die Prioritätenmitteilung als Orientierungsmassstab eine Änderung der Tatbestandsmerkmale der Kopplungsgeschäfte herbeizuführen versuchte, verweist die Kommission auch in Sachen *Google Android* noch auf den Micro-

723

¹³⁸⁹ EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*.

¹³⁹⁰ EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*, Rn. 34.

¹³⁹¹ EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*, Rn. 39 ff.

¹³⁹² Vgl. EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*, Rn. 33 mit EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 794.

¹³⁹³ EU-Kommission, COMP/39.230 vom 20.12.2012, *Rio Tinto Alcan*, Rn. 59 (zur umfangreichen Analyse mit Ausführungen zur Marktverschliessung vgl. Rn. 35–85, zu den Ausführungen bzgl. Effizienzgewinn vgl. Rn. 86–94).

¹³⁹⁴ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 740 ff., Rn. 754 ff. und Rn. 877 ff.

¹³⁹⁵ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 741.

¹³⁹⁶ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 742.

soft-Entscheid des Gerichts der Europäischen Union.¹³⁹⁷ Sie geht ausserdem näher auf die Erwägung in Sachen *Microsoft* ein, da gemäss der Kommission für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung u.a. zu prüfen ist, ob die Kopplung die Anreize der Konsumierenden verringert, das Gut von einem anderen Unternehmen zu beziehen, oder ob Drittanbietende ermutigt werden, Produkte zu entwickeln, die nur die zugrunde liegende Technologie implementieren, auf der das gekoppelte Gut basiert.¹³⁹⁸

- 724 Das Gericht der Europäischen Union hingegen passt die Tatbestandsmerkmale wiederum leicht an; demnach erfordert eine Kopplung (i) separate Güter (koppelndes Gut und gekoppeltes Gut), (ii) eine marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt, (iii) keine Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden, das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut zu beziehen, (iv) eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung und (v) keine objektiven Rechtfertigungsgründe.¹³⁹⁹ Der Wortlaut dieser Tatbestandsmerkmale ist identisch mit dem Wortlaut aus dem *Microsoft*-Entscheid.¹⁴⁰⁰ Es handelt sich dabei mehr um einen zurückhaltenden Annäherungsversuch an die «rule of reason» als um eine tatsächliche Einführung einer Rule-of-Reason-Prüfung. Um Verwirrung zu vermeiden, ist es angemessener, in diesem Zusammenhang von der «angepassten Per-se-Rechtswidrigkeit» zu sprechen als von der Rule-of-Reason-Prüfung.¹⁴⁰¹
- 725 Das Gericht verweist insbesondere im Rahmen der vierten Voraussetzung, der «wettbewerbswidrigen Marktverschliessung», regelmässig auf den *Microsoft*-Entscheid. Es erinnert daran, dass «eine Verhaltensweise grundsätzlich nur dann als missbräuchlich angesehen [wird], wenn sie den Wettbewerb beschränken kann».¹⁴⁰² Das Gericht wiederholt ausserdem die Aussage, wonach

¹³⁹⁷ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 741 m.w.V.

¹³⁹⁸ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 750 m.w.V.

¹³⁹⁹ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 284.

¹⁴⁰⁰ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 284 und Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 842.

¹⁴⁰¹ Die Rule-of-Reason-Prüfung des Appellationsgerichts der Vereinigten Staaten von Amerika setzt u.a. wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, also tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung, voraus und nicht bloss die Eignung hierzu. Das Gericht hat zudem in jedem Fall die wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Wirkungen der untersuchten Verhaltensweise abzuwägen (US Court of Appeals D.C. Cir., *USA v. Microsoft Corp.*, 253 f.3d 34, 95–97); vgl. im Detail EDELMAN, J. Comp. L. & Econ. 2015, 367 ff.; EVANS/PADILLA, 6 ff.

¹⁴⁰² Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 285 mit Verweis auf Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 867.

eine Kopplung «per se eine Ausschlusswirkung auf dem Markt habe».¹⁴⁰³ Gleichzeitig hält es fest, dass im vorliegenden Fall eine nähere Prüfung erforderlich (engl. «required») war, bevor die wettbewerbsschädigende Wirkungen der Kopplung festgestellt werden konnten.¹⁴⁰⁴ Obwohl also die Behörden in der Praxis konstant auf die wettbewerbsschädigenden Wirkungen der Kopplungsgeschäfte eingehen und sich näher damit befassen, ist das Gericht nach wie vor der Meinung, dass es bloss aufgrund der vorliegenden Umstände nicht per se eine Ausschlusswirkung ausmachen konnte.¹⁴⁰⁵ Dies deutet darauf hin, dass das Gericht grundsätzlich weiterhin am formalistischen Ansatz festhalten möchte und eine detaillierte Analyse der Auswirkungen nur in Ausnahmefällen als erforderlich erachtet.¹⁴⁰⁶

Wichtiger sind die Ausführungen zur Wettbewerbsbeschränkung selbst, denn gemäss dem Gericht ist im Rahmen der Kopplungsgeschäfte zu prüfen, ob die Praktiken den Wettbewerb beschränken können (in Sachen *Google Android* erwähnt als «Eignung, den Wettbewerb zu beschränken» bzw. «capacity to restrict competition»), und nicht, ob sie tatsächlich den Wettbewerb beschränken.¹⁴⁰⁷ Im vorliegenden Fall war schliesslich die Unterscheidung zwischen tatsächlich «den Wettbewerb beschränken» und «die Eignung, den Wettbewerb zu beschränken» weniger wichtig, da die Kommission ohnehin darlegen konnte, dass die wettbewerbswidrigen Wirkungen der Kopplung tatsächlich eingetreten sind.¹⁴⁰⁸

Allerdings dürfte das Gericht in Sachen *Google Android* immerhin von der Ansicht abweichen, dass die Kommission keine neue Voraussetzung bzgl. der Fähigkeit, den Wettbewerb zu beschränken, eingeführt habe,¹⁴⁰⁹ da das Gericht ausdrücklich *nicht* auf die Randnummer 866 des Microsoft-Entscheids – wo-

726

727

¹⁴⁰³ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 286 mit Verweis auf Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 868.

¹⁴⁰⁴ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 295.

¹⁴⁰⁵ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 286.

¹⁴⁰⁶ A.M. Europäische Kommission, Policy Brief, 3.

¹⁴⁰⁷ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 291 mit Verweis auf Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 867.

¹⁴⁰⁸ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 293 und Rn. 296.

¹⁴⁰⁹ So noch in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 866.

nach die Kommission *keine* neue Voraussetzung für die Kopplungsgeschäfte eingeführt haben soll – verweist.

- 728 Folglich ist für die Behandlung zukünftiger Kopplungspraktiken festzuhalten, dass nunmehr die Rechtsprechung folgende Tatbestandsmerkmale für die Kopplung voraussetzt: (i) Vorliegen separater Güter (koppelndes Gut und gekoppeltes Gut), (ii) marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt, (iii) keine Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden, das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut zu beziehen, (iv) Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, und (v) keine objektiven Rechtfertigungsgründe. Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.¹⁴¹⁰ Sind ferner die Voraussetzungen (i)–(iv) erfüllt, so obliegt es dem marktbeherrschenden Unternehmen, objektive Rechtfertigungsgründe anzuführen.¹⁴¹¹
- 729 Es stellt sich nach wie vor die Frage, welche Bedeutung das Gericht dem Verweis auf die Per-se-Ausschlusswirkung der Kopplung zu geben versucht. Ist den Erwägungen des Gerichts zu folgen, handelt es sich bei Kopplungsgeschäften als typisierten Tatbestand weiterhin um per se rechtswidrige Verhaltensweisen. Trotz dieser regelmässig angefügten Bemerkung dürfte es sich in Zukunft zum Standard entwickeln, zu analysieren, ob das konkrete Kopplungsgeschäft geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken;¹⁴¹² die Behörden werden wahrscheinlich nur noch in Ausnahmefällen von der Per-se-Rechtswidrigkeit ausgehen. Es ist weder im Rahmen des «more economic approach» noch gestützt auf die Erkenntnisse aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur¹⁴¹³ haltbar, keine nähere Untersuchung der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung durchzuführen.¹⁴¹⁴ Deshalb ist es auch nicht verständlich, warum das Gericht diesbezüglich keine Rechtssicherheit schafft bzw. sich zurückhält, eine neue Praxis zu etablieren. Dies kann sich mit dem Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Union ändern, da die Rechtssache nun dort hängig ist.

¹⁴¹⁰ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 291.

¹⁴¹¹ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 601 mit Verweis auf Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 688; ferner auch EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 742.

¹⁴¹² Vgl. Komm. DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 96, wonach «Auswirkungsorientierung im Sinne einer Zielvorgabe und Formorientierung zur Konstituierung effektiver Kartellatbestände [...] miteinander vereinbar» sind.

¹⁴¹³ Die ökonomische Literatur stützt sich bei der Erarbeitung ihrer Modelle jeweils auf sehr restriktive Annahmen. Dies dürfte allerdings kein Grund sein, die potenziell wettbewerbsfördernden Wirkungen der Kopplungsgeschäfte gänzlich ausser Acht zu lassen.

¹⁴¹⁴ So auch Europäische Kommission, Policy Brief, 2 f.

b) Bisherige Fallpraxis in der Schweiz

In der schweizerischen Praxis ist eine ähnliche Entwicklung erkennbar. In den frühen Fällen zu den Kopplungsgeschäften sind die Behörden davon ausgegangen, dass eine Kopplung per se rechtswidrig ist;¹⁴¹⁵ sie haben insbesondere nicht geprüft, ob eine Marktverschliessung vorliegt. Allerdings konnten die marktbeherrschenden Unternehmen den Einwand bringen, das Kopplungsgeschäft stehe in einem vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft (z.B. sachlicher Zusammenhang oder technische Notwendigkeit).¹⁴¹⁶ 730

Ein Umdenken ist in Sachen *TopCard-Angebot* feststellbar. Die Wettbewerbskommission bezieht sich in ihren Erwägungen auf die ökonomische Literatur und berücksichtigt die Fälle, in denen Kopplungspraktiken «volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen zeitigen können».¹⁴¹⁷ Mit Bezug auf *CARRON* nennt die Wettbewerbskommission sodann vier Bedingungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine Kopplung missbräuchlich ist: (i) Aufdrängen der Kopplung (Zwangelement), (ii) bedeutende Marktmacht des Unternehmens, (iii) spürbare und dauerhafte Verschlechterung der Struktur des Marktes für das gekoppelte Gut und (iv) die Effizienzgewinne ergeben sich nicht aus der Kombination des koppelnden und des gekoppelten Gutes.¹⁴¹⁸ 731

Auf diese Aufzählung der Bedingungen folgt eine eingehende Analyse der Auswirkungen der Kopplung, welche die Wettbewerbskommission zum Schluss führt, dass die Kopplung selbst bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens «nicht geeignet [ist], eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG zu begründen».¹⁴¹⁹ Diese Praxisänderung im Sinne eines «more economic approach» hat die Wettbewerbskommission nur wenige Monate nach der Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen *Microsoft* vorgenommen und entspricht der europarechtskonformen Auslegung des schweizerischen Kartellrechts. 732

¹⁴¹⁵ RPW 2002/4 – *Teleclub AG/Cablecom GmbH*, 578, Rn. 57 f. bestätigt in RPW 2003/2 – *Cablecom GmbH*, E. 5.3.4, 434.

¹⁴¹⁶ RPW 2003/2 – *Cablecom GmbH*, E. 5.3.4, 434; RPW 2002/4 – *Teleclub AG/Cablecom GmbH*, 578, Rn. 57 f.; zum vernünftigen Bezug vgl. RPW 1999/2 – *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, 245, Rn. 126 f.; vgl. ferner allgemein zur Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit Kopplungen RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*, 52, Rn. 58 m.w.V.

¹⁴¹⁷ RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*, 51, Rn. 55.

¹⁴¹⁸ RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*, 51 f., Rn. 56.

¹⁴¹⁹ RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*, 52 f., Rn. 59 ff., insb. RPW 2005/1 – *TopCard-Angebot*, 60, Rn. 63.

- 733 Allerdings befand sich die Behandlung der Kopplungsgeschäfte auch in der Schweiz im Wandel; dies hat dazu geführt, dass sich in der Schweiz ebenfalls keine beständige Praxis entwickeln konnte. In Sachen NOK – *Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR* setzte das Sekretariat der Wettbewerbskommission neben der marktbeherrschenden Stellung und dem Festhalten an der Kopplungsstrategie voraus, dass «die Koppelungsstrategie Marktaustritte im gekoppelten Markt zur Folge haben [wird] und diese Austritte zu einer Reduktion des Wettbewerbs (v.a. Erhöhung der Marktzutrittsschranken) im gekoppelten Markt führen».¹⁴²⁰ Dies ist insoweit erstaunlich, als gemäss der ökonomischen Literatur, auf die sich das Sekretariat stützt, nicht nur Marktaustritte im gekoppelten Markt zur Reduktion des Wettbewerbs führen können, sondern gleichermassen die Ausdehnung der Marktmacht oder die Errichtung von Markteintrittsschranken problematisch sind.¹⁴²¹ Eine Berücksichtigung der Ausdehnung der Marktmacht erfolgt immerhin in Sachen *Tamedia AG/Espace Media Groupe*.¹⁴²²
- 734 Schliesslich haben sich sowohl die Wettbewerbskommission als auch die Gerichte in der Schweiz in jüngster Zeit in Sachen *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*,¹⁴²³ in Sachen *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*¹⁴²⁴ und in Sachen *TV-/Radiovermarktung*¹⁴²⁵ ausführlich mit den Kopplungspraktiken auseinandergesetzt.
- 735 In Sachen *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* hat das Bundesverwaltungsgericht noch den «wettbewerbsbeschränkenden Effekt» als Tatbestandsmerkmal aufgezählt,¹⁴²⁶ in seinen Erwägung jedoch darauf hingewiesen, dass gestützt auf die europarechtskonforme Auslegung des Kartellrechts und die Rechtsprechung der Europäischen Union «eine Wettbewerbsverfälschung kein Tatbestandselement der Koppelung» ist.¹⁴²⁷ Gemäss dem Bundesverwal-

¹⁴²⁰ RPW 2007/3 – NOK – *Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR*, 360 f., Rn. 50 ff.

¹⁴²¹ Vgl. für andere wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen der Kopplungen, wie z.B. Eintrittsschranken auf dem Kopplungsmarkt, Ausdehnung der Marktmacht sowie Verringerung der Anreize für Innovation, Kapitel [E.1.2.c](#).

¹⁴²² RPW 2007/4 – *Tamedia AG/Espace Media Groupe*, 629, Rn. 203 ff., insb. Rn. 205.

¹⁴²³ RPW 2012/1 – *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, 74 ff. mit Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2013 sowie Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020.

¹⁴²⁴ RPW 2011/1 – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, 181 ff., Rn. 505 ff. mit Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 sowie Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022.

¹⁴²⁵ RPW 2021/4 – *TV-/Radiovermarktung*, 821 ff., Rn. 112 ff.

¹⁴²⁶ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 253.

¹⁴²⁷ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 263.

tungsgericht «ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein solcher negativer Effekt vorliegt», sobald die Tatbestandsmerkmale der Marktbeherrschung und der Kombination von zwei Gütern vorliegen.¹⁴²⁸

Das Bundesgericht vertritt in dieser Rechtssache allerdings die Meinung, dass die Wettbewerbsbeschränkung ein Tatbestandselement der Kopplungsgeschäfte darstellt,¹⁴²⁹ ein Kopplungsgeschäft ist also kartellrechtlich erst relevant, wenn daraus eine Wettbewerbsbeschränkung resultiert.¹⁴³⁰ Im Rahmen seiner Ausführungen zur Wettbewerbsbeschränkung beim Ausbeutungsmissbrauch schwächte das Bundesgericht diese Ansicht ab, denn es führt aus, dass der «Unwertgehalt des Koppelungsgeschäfts [...] u.a. in der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des Vertragspartners, zusätzliche Angebote anzunehmen oder abzulehnen» liegt.¹⁴³¹ Demnach ist die Wettbewerbsbeschränkung beim Ausbeutungsmissbrauch bereits durch die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit der betroffenen Vertragsparteien dargelegt. Da die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit den Hauptgedanken jeder Kopplung darstellt und somit bei allen Kopplungsgeschäften die Handlungsfreiheit beeinträchtigt wird, nähert sich das Bundesgericht mit dieser Argumentation wieder an die Wettbewerbsbeschränkung *per se* (bzw. quasi *per se*) an.¹⁴³²

736

In Sachen *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* kommt die Wettbewerbskommission nach einer eingehenden Analyse der ökonomischen Literatur zum Schluss, dass der Tatbestand der Kopplung nach Art. 7 Abs. 2 lit. f KG erfüllt ist, wenn (i) das koppelnde und das gekoppelte Gut getrennte Güter sind, (ii) das Unternehmen eine Kopplung der beiden Güter vornimmt,

737

¹⁴²⁸ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 264.

¹⁴²⁹ Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6.2.1.

¹⁴³⁰ Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6.2.2.

¹⁴³¹ Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6.2.4.

¹⁴³² A.M. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 765–796. AMSTUTZ/CARRON wählen dabei einen konstruierten Ansatz, indem sie einen «gordischen Knoten» erkennen und eine kontextuelle Interpretation andeuten (BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 766). Interessanterweise qualifizieren sie die Aussagen zur Handlungsfreiheit im Kontext als «Ausreisser» und fordern, den Ausführungen des Bundesgerichts diesbezüglich keine Bedeutung zuzusprechen (BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 768). Allerdings findet sich eine nachvollziehbare Begründung im Entscheid selbst, wonach «die Tatbestände von Abs. 2 nicht *per se* eine unzulässige Verhaltensweise» indizieren, sondern vielmehr die Wettbewerbsverfälschungen herauszuarbeiten sind und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe geprüft werden. Dieser Ansatz entspricht auch der hier vertretenen Meinung, wonach die Kopplungsgeschäfte bloss quasi *per se* rechtswidrig seien, d.h., die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall gezeigt werden muss und die Rechtfertigung seitens der Unternehmen weiterhin möglich ist (vgl. Kapitel [E.I.3.b](#)) mit [Rn. 738 f.](#) sowie Kapitel [E.I.3.c](#)) und Kapitel [E.I.4](#)).

(iii) die Kopplung einen wettbewerbsbeschränkenden Effekt hat und (iv) die Kopplung sich nicht objektiv rechtfertigen lässt.¹⁴³³ Bei der dritten Voraussetzung verlangt die Wettbewerbskommission eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung und verweist auf die Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission, vernachlässigt allerdings, dass es gemäss der Prioritätenmitteilung bereits genügt, wenn die rechtswidrige Marktverschliessung bloss wahrscheinlich ist.¹⁴³⁴

738 Das Bundesverwaltungsgericht wiederholt grundsätzlich die Voraussetzungen des Gerichts der Europäischen Union: (i) marktbeherrschende Stellung, (ii) Marktteilnehmende als Vertragspartner, (iii) separate Güter, (iv) Kopplung dieser Güter, (v) nachteiliger Effekt auf den Wettbewerb und (vi) keine sachliche Rechtfertigung der Kopplung.¹⁴³⁵ Es geht dabei ausführlicher auf den nachteiligen Effekt auf den Wettbewerb ein.¹⁴³⁶ Das Gericht kommt zum Ergebnis, dass der Aspekt des negativen Effekts bloss ein Ausschlusskriterium für Sachverhalte ist, «bei denen der Eintritt einer Wettbewerbsverfälschung entgegen den üblichen Konstellationen von vornherein mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann».¹⁴³⁷ Deshalb ist davon auszugehen, dass bei Vorliegen einer Kopplung ein negativer Effekt für den Wettbewerb besteht, «weil der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruht, sondern zumindest auch an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpft».¹⁴³⁸ Die Wettbewerbsmässigkeit einer Kopplung ist nach dem Bundesverwaltungsgericht also nur dann gegeben, wenn ausreichende Rechtfertigungsgründe angegeben werden.¹⁴³⁹ Das Bundesverwaltungsgericht verfolgt demnach einen Ansatz, bei dem die Kopplungsgeschäfte als *quasi per se* rechtswidrig zu qualifizieren sind.

739 Das Bundesgericht hat in dieser Sache ausgeführt, dass «für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden»¹⁴⁴⁰ können. Zudem hat es die Voraussetzung ei-

¹⁴³³ RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 183, Rn. 513.

¹⁴³⁴ RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 184, Rn. 519 ff. mit Verweis auf Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 52 ff., wonach allerdings genügt, «dass eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung wahrscheinlich ist» (Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 52).

¹⁴³⁵ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1268.

¹⁴³⁶ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1378 ff., insb. E. 1378–1402 mit einer Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Meinungen.

¹⁴³⁷ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1398.

¹⁴³⁸ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1399.

¹⁴³⁹ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1400.

¹⁴⁴⁰ Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022, E. 8.2.3.

nes Kopplungsgeschäfts angepasst, sodass als Tatbestandsmerkmal «potentiell nachteilige Wettbewerbseffekte» genügen.¹⁴⁴¹ Gemäss dem Bundesgericht sind die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG zwar nicht per se unzulässige Verhaltensweisen, aber seine Ausführungen deuten ebenfalls darauf hin, dass die Kopplungsgeschäfte quasi per se rechtswidrig sind. Es genügt also, wenn das Ziel der Kopplung eine Wettbewerbsbeschränkung ist (Element der «Eignung, den Wettbewerb zu beschränken»); die Rechtfertigung über legitime Geschäftsinteressen oder Effizienzgründe ist nach wie vor erlaubt.

Die schweizerische Wettbewerbskommission prüft allerdings gestützt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls und im Einklang mit der Europäischen Kommission¹⁴⁴² weiterhin die tatsächlichen Auswirkungen der Kopplungsgeschäfte.¹⁴⁴³

740

c) Zukünftige Behandlung der Kopplungsgeschäfte

Sowohl in der europäischen als auch in der schweizerischen Rechtsprechung ist unbestritten, dass ein unzulässiges Kopplungsgeschäft folgende drei Elemente voraussetzt: (i) eine marktbeherrschende Stellung, (ii) separate Güter und (iii) eine Form der Kopplung, z.B. fehlende Entscheidungsmöglichkeit der Konsumierenden, das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut zu beziehen. Strittig hingegen sind das Element der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung und damit in engem Zusammenhang die objektiven Rechtfertigungsgründe.

741

Die ökonomische Literatur hat sich bereits ausgiebig mit dem Element der unzulässigen Wettbewerbsverschliessung auseinandergesetzt.¹⁴⁴⁴ Bei der juristischen Erfassung der Kopplungsgeschäfte ist die Berücksichtigung der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse unvermeidbar. Um die ökonomischen Modelle allerdings adäquat in den rechtlichen Kontext setzen zu können, ist zunächst der Sinn und Zweck der unzulässigen Verhaltensweisen, insbeson-

742

¹⁴⁴¹ Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022, E. 8.3 (in Sachen SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) verlangte das Bundesgericht noch, dass aus dem Kopplungsgeschäft eine Wettbewerbsbeschränkung resultiert vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6.2.2 und ferner E. 6.2.3).

¹⁴⁴² Die Europäische Kommission hat in seinen jüngsten Entscheiden jeweils eine Analyse der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen der untersuchten Kopplungsgeschäfte durchgeführt, jedoch erwähnt, dass diese Analyse den besonderen Umständen des Einzelfalls geschuldet ist.

¹⁴⁴³ RPW 2021/4 – TV-/Radiovermarktung, 823, Rn. 122 ff.

¹⁴⁴⁴ Vgl. Kapitel [E.1.2](#), insb. Kapitel [E.1.2.b](#) und Kapitel [E.1.2.c](#).

dere der Kopplungsgeschäfte, zu ermitteln. Anhand dieser Analyse lassen sich die Tatbestandsmerkmale der Kopplung ausfindig machen. Die Modelle aus den Wirtschaftswissenschaften sind anschliessend, soweit dies angebracht ist, auf diese Tatbestandsmerkmale anzuwenden.

aa) **Regelungsgrundsätze**

- 743 Für die Ermittlung des korrekten Tatbestandsmerkmals ist zunächst eine Untersuchung des grundlegenden Ziels von Art. 102 AEUV und Art. 7 KG erforderlich. Beide Rechtsordnungen verbieten weder die Erlangung noch die Wahrung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, solange dies ohne unangemessene Verhaltensweisen erfolgt; beide Normen verbieten allerdings den Missbrauch einer solchen Marktstellung.¹⁴⁴⁵
- 744 Wie bereits dargelegt, zielt das Gesetz im Rahmen der Missbrauchskontrolle auf die Aufrechterhaltung des Leistungswettbewerbs ab, schützt also in erster Linie den Wettbewerbsprozess und strebt einen unverfälschten Wettbewerb an.¹⁴⁴⁶ Der Leistungswettbewerb kann sowohl durch einen Ausbeutungsmissbrauch als auch durch einen Behinderungsmissbrauch oder durch einen Strukturmissbrauch verhindert werden.¹⁴⁴⁷ Die unzulässigen Verhaltensweisen in Form des Ausbeutungsmissbrauchs richten sich gegen die jeweilige Marktgegenseite, während sich jene des Behinderungsmissbrauchs gegen die anderen Unternehmen im Wettbewerb richten, aber indirekt Schaden für die Konsumierenden verursachen können, indem die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenz eingeschränkt wird.¹⁴⁴⁸ Im Endeffekt schützen Art. 102 AEUV und

¹⁴⁴⁵ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 1070 m.w.V.; Urteil des EuGH, Rs. C-322/81 vom 09.11.1983, *Michelin/Kommission*, Rn. 57 («Die Feststellung, dass eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist, beinhaltet für sich allein keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen»); so auch O'DONOGHUE/PADILLA, 262 m.w.V.; Botschaft KG, BBl 1995, 569; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1386 f.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 1 ff. Dies im Gegensatz zum Sherman Act, der gemäss Sec. 2 Sherman Act bereits die Monopolisierung bzw. den Versuch der Monopolisierung unter Strafe stellt.

¹⁴⁴⁶ Vgl. Kapitel [E](#); vgl. zudem Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 34; O'DONOGHUE/PADILLA, 264 f. m.w.V.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 126; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 und 1122 m.w.V.; Komm. DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 56.

¹⁴⁴⁷ Vgl. Kapitel [E](#); im Detail zur Unterteilung der Kopplungsgeschäfte in Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch sowie zur diesbezüglichen Besonderheit des europäischen Rechts vgl. Kapitel [E.I](#).

¹⁴⁴⁸ Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 38 ff., insb. Rn. 44 ff. Rn. 47 und Rn. 76; STANCKE, §5 Rn. 5, in: Bunte/Stancke; O'DONOGHUE/PADILLA, 262 f.; Botschaft KG, BBl 1995, 569 f.; ferner WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.515; BSK

Art. 7 KG allerdings nicht die Marktgegenseite oder andere Marktteilnehmende, sondern den Wettbewerbsprozess bzw. den unverfälschten Wettbewerb.¹⁴⁴⁹ Beide Rechtsgrundlagen umfassen alle denkbaren Verhaltensweisen, welche volkswirtschaftlich schädliche Wirkungen aufweisen, die wirtschaftliche Freiheit von anderen Unternehmen einschränken oder – europaspezifisch – das Ziel des Binnenmarktes beeinträchtigen können.¹⁴⁵⁰

Art. 102 AEUV unterscheidet – im Gegensatz zu Art. 101 AEUV – nicht zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen. Wie dargelegt, vertreten die Gerichte die Meinung, dass eine Verhaltensweise unzulässig ist, wenn sie geeignet ist, den Wettbewerb zu schädigen, also verlangt das europäische Recht den Nachweis einer potenziell rechtswidrigen Wirkung des untersuchten Verhaltens.¹⁴⁵¹ Das europäische Recht kennt diesbezüglich keine Spürbarkeits- oder De-minimis-Schwellen, da gemäss den Gerichten der Wettbewerb aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des untersuchten Unternehmens bereits geschwächt sei;¹⁴⁵² dabei ist der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit eines marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt. In dieser Schwächung des Wettbewerbs sehen die Gerichte die Gefahr, dass das Unternehmen mit weiteren Mitteln – insbesondere den Katalogtatbeständen – den noch vorhandenen Wettbewerb einschränken würde; folglich kann «jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen».¹⁴⁵³ Es gilt mithin diesen Rest-

745

KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 80, Rn. 84 und Rn. 87; Komm. DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 56; vgl. ferner Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 38.

¹⁴⁴⁹ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 126 und Rn. 130; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 und E. 1122 m.w.V.

¹⁴⁵⁰ Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 1 und Rn. 43; Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 102 AEUV, Rn. 28 f.; BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 m.w.V.

¹⁴⁵¹ Vgl. Kapitel [E.I.3.a](#)); vgl. ausdrücklich hierzu auch den Europäischen Gerichtshof: «Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich aber, dass [...] nicht erforderlich ist, dass eine solche Wirkung unbedingt konkret eintritt, da der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung genügt» (Urteil des EuGH, Rs. C-457/10 P vom 06.12.2012, *AstraZeneca/Kommission*, Rn. 112).

¹⁴⁵² Urteil des EuGH, Rs. C-23/14 vom 06.10.2015, *Post Danmark II*, Rn. 72 f.; Komm. DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 57.

¹⁴⁵³ Urteil des EuGH, Rs. C-23/14 vom 06.10.2015, *Post Danmark II*, Rn. 72 m.w.V. (auch Rn. 26 m.w.V.); so auch Urteil des EuGH, Rs. C-85/76 vom 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rn. 91; vgl. ferner Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1137 und E. 1386 m.w.V.

wettbewerb aufrechtzuerhalten.¹⁴⁵⁴ Bei Art. 102 AEUV und Art. 7 KG handelt es sich folglich um ein Gefährdungsdelikt und nicht ein Erfolgsdelikt.¹⁴⁵⁵

- 746 Gemäss der Lehre und Rechtsprechung entsteht der Schutzbedarf sowohl beim Ausbeutungsmissbrauch als auch beim Behinderungsmissbrauch nicht erst im Verletzungsfall. Es ist also nicht erforderlich, den Schadenseintritt bei anderen Unternehmen, den Konsumierenden oder dem Wettbewerb nachzuweisen; es genügt bereits, wenn ein Schaden für den Wettbewerbsprozess droht.¹⁴⁵⁶ Würde das Gesetz erst nach einem Schadenseintritt seine Wirkungen entfalten können, schlägt der regulatorische Schutz fehl, da der bereits geschwächte Wettbewerb durch das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens bis zu einem zusätzlichen Schaden weiter geschwächt würde und so der Restwettbewerb keinen Schutz erhielte. Der Eingriff der Behörden wäre bei einer solchen Auslegung in jedem Fall zu spät, da kein unverfälschter Wettbewerb sichergestellt werden könnte.
- 747 Insofern erfüllt beim Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch der Versuch bzw. die Vorbereitung der missbräuchlichen Verhaltensweise bereits den Tatbestand von Art. 102 AEUV bzw. Art. 7 KG.¹⁴⁵⁷ Beim Behinderungsmissbrauch ist der tatsächliche Marktaustritt oder ein nachweisbar unterbliebener Markteintritt keine Missbrauchsvoraussetzung,¹⁴⁵⁸ also ist keine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung darzulegen. Die blossе Gefahr von negativen wirtschaftlichen Folgen erfüllt schon die Missbrauchsvoraussetzung.¹⁴⁵⁹ In Bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch ist kein Schadenseintritt bei den anderen Unterneh-

¹⁴⁵⁴ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 130; Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 510 und E. 1122 m.w.V.

¹⁴⁵⁵ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 144 m.w.V.

¹⁴⁵⁶ Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 115 («[...] entscheiden, dass Artikel 86 EWG-Vertrag auch in dem Fall gilt, dass sich ein Unternehmen, das eine beherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt innehat, ohne objektive Notwendigkeit eine Hilfstätigkeit oder eine abgeleitete Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt, auf dem es keine beherrschende Stellung innehat, selbst auf die Gefahr hin vorbehält, jeglichen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten.» [Hervorhebungen durch den Autor]); Komm. EUV/AEUV-CALLIESS/RUFFERT, Art. 102 AEUV, Rn. 34; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 143 f.; BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1204 f., E. 1212 und E. 1229.

¹⁴⁵⁷ Im Detail hierzu MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 310 ff.; vgl. ferner Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 143.

¹⁴⁵⁸ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 144.

¹⁴⁵⁹ Komm. EUV/AEUV-CALLIESS/RUFFERT, Art. 102 AEUV, Rn. 34; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 144; ähnlich auch Europäische Kommission, Policy Brief, 3, wonach bloss potenzielle Auswirkungen nachzuweisen sind.

men im Markt oder den Konsumierenden erforderlich; es genügt also, wenn der Schaden droht.¹⁴⁶⁰

Bei der Frage, ab welchem Grad der Gefahr das Missbrauchsverbot greift, genügt es gemäss Rechtsprechung, wenn ein Verhalten geeignet oder darauf gerichtet ist, den Wettbewerb zu beschränken.¹⁴⁶¹ Falls ein Verhalten darauf abzielt, den Wettbewerb zu beschränken, so ist dieses Verhalten regelmässig auch geeignet, den Wettbewerb zu beschränken.¹⁴⁶² Beim Marktstrukturmissbrauch beispielsweise ist die Veränderung der Marktstruktur und nicht die Schwächung der Marktposition der Konkurrenz der Bezugspunkt.¹⁴⁶³ Diese Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung muss konkret und nicht nur abstrakt vorliegen, also muss das Verhalten tatsächlich geeignet sein, seine Wirkungen zu entfalten.¹⁴⁶⁴

748

Auch der Europäische Gerichtshof hat in Sachen *Intel* diese Ansicht bestätigt. Für einen Verstoss von Art. 102 AEUV braucht es demnach keinen wettbewerbsbeschränkenden Erfolg, da es bei der Beurteilung, ob ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich ist, auf die «Analyse der Eignung zur Verdrängung» ankommt.¹⁴⁶⁵ In diesem Zusammenhang ist auch auf die nähere Auswirkungsprüfung, welche im Rahmen des «more economic approach» an Bedeutung gewonnen hat, einzugehen. Eine solche intensivier

749

¹⁴⁶⁰ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 143. Gemäss FÜLLER fallen beim Ausbeutungsmissbrauch «Handlung und Erfolg typischerweise derart zusammen, dass eine Zweiteilung letztlich nicht sinnvoll durchführbar wäre» (Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 143).

¹⁴⁶¹ Urteil des EuGH, Rs. C-413/14 P vom 06.09.2017, *Intel/Kommission*, Rn. 140 bzgl. Rabattsystem; Urteil des EuG, Rs. T-66/01 vom 25.06.2010, *Imperial Chemical Industries/Kommission*, Rn. 308; Urteil des EuG, Rs. T-301/04 vom 09.09.2009, *Clearstream/Kommission*, Rn. 144; Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 867; Urteil des EuG, Rs. T-203/01 vom 30.09.2003, *Michelin/Kommission*, Rn. 237 («Hierzu ist zu bemerken, dass Artikel 82 EG die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil davon verbietet, soweit dies dazu führen kann, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.» [Hervorhebungen durch den Autor]) und Rn. 239; Urteil des EuG, Rs. T-219/99 vom 17.12.2003, *British Airways/Kommission*, Rn. 293 ff.; vgl. ferner aus der Literatur MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 312; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 144.

¹⁴⁶² Urteil des EuG, Rs. T-203/01 vom 30.09.2003, *Michelin/Kommission*, Rn. 241 («Ist nämlich erwiesen, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung mit einem Verhalten bezweckt, den Wettbewerb zu beschränken, so wird dieses Verhalten auch geeignet sein, eine solche Wirkung zu entfalten»).

¹⁴⁶³ Hierzu im Detail MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 319 und Rn. 321.

¹⁴⁶⁴ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 334.

¹⁴⁶⁵ Urteil des EuGH, Rs. C-413/14 P vom 06.09.2017, *Intel/Kommission*, Rn. 140.

Analyse ist *nicht* von Rechts wegen erforderlich,¹⁴⁶⁶ da bereits der Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung genügt.¹⁴⁶⁷ Ohnehin weisen die Behörden in Europa darauf, dass eine eingehende Analyse nicht erforderlich sei und bloss aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls durchgeführt werde.¹⁴⁶⁸ Eine solche auswirkungsorientierte Untersuchung der Voraussetzungen der Missbrauchskontrolle ist allerdings rechtlich nicht vorgeschrieben und würde der Rechtssicherheit schaden, indem die angewendeten Massstäbe der Missbrauchskontrolle an Klarheit verlieren. Folglich hat der Nachweis einer konkreten Wettbewerbsgefährdung ohne die zusätzliche Absicherung durch die detaillierte Auswirkungsanalyse auszureichen. Erst wenn das betroffene Unternehmen begründete Einwände in Form der objektiven Rechtfertigungsgründe hervorbringt und wettbewerbsfördernde Wirkungen seines Verhaltens darlegen kann, muss die Europäische Kommission in diesem Einzelfall eine Auswirkungsanalyse durchführen.¹⁴⁶⁹

- 750 Bei diesen Ausführungen handelt sich dabei nicht um ein Per-se-Verbot jeglicher Verhaltensweisen, da die Behörden weiterhin nachweisen müssen, dass ein Verhalten tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken, und objektive Rechtfertigungsgründe für das Verhalten zulassen müssen (z.B. legitime Geschäftsinteressen oder Effizienzgründe).¹⁴⁷⁰

¹⁴⁶⁶ EU-Kommission, COMP/C-3/37.990, *Intel*, Rn. 926; EU-Kommission, COMP/E-1/38.113 vom 29.03.2006, *Prokent/Tomra*, Rn. 285 und Rn. 332, bestätigt in Urteil des EuGH, Rs. C-549/10 P vom 19.04.2012, *Tomra u.a./Kommission*; vgl. auch *Immenga/Mestmäcker* Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 147.

¹⁴⁶⁷ Urteil des EuGH, Rs. C-295/12 P vom 10.07.2014, *Telefónica und Telefónica de España/Kommission*, Rn. 124; Urteil des EuGH, Rs. C-457/10 P vom 06.12.2012, *AstraZeneca/Kommission*, Rn. 112; Urteil des EuGH, Rs. C-549/10 P vom 19.04.2012, *Tomra u.a./Kommission*, Rn. 79; Urteil des EuGH, Rs. C-209/10 vom 27.03.2012, *Post Danmark I*, Rn. 44 («ob diese Preispolitik [...] zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung dieses Wettbewerbers zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt»); Urteil des EuGH, Rs. C-52/09 vom 17.02.2011, *TeliaSonera Sverige*, Rn. 64; vgl. auch *Immenga/Mestmäcker* Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 147.

¹⁴⁶⁸ Vgl. z.B. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 286; Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 868; vgl. auch Kapitel [E.1.3.a](#).

¹⁴⁶⁹ *Immenga/Mestmäcker* Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 147b.

¹⁴⁷⁰ Vgl. Kapitel [E.1.3.a](#); vgl. auch bspw. Urteil des EuGH, Rs. C-23/14 vom 06.10.2015, *Post Danmark II*, Rn. 47 f.; Urteil des EuG, Rs. T-286/09 vom 12.06.2014, *Intel/Kommission*, Rn. 94.

Im Lichte des europakompatiblen Charakters des schweizerischen Kartellgesetzes¹⁴⁷¹ und der grossen Übereinstimmung von Art. 7 KG mit Art. 102 AEUV lässt sich in Bezug auf das Ziel von Art. 7 KG grundsätzlich auf die Ausführungen zu Art. 102 AEUV verweisen. Auch in der Schweiz kommt einem marktbeherrschenden Unternehmen eine besondere Verantwortung zu, den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen.¹⁴⁷² Art. 7 KG schützt mithin den Wettbewerb als Ordnungssystem; der Wettbewerb ist mit dem Vorliegen des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächt, weshalb es die geschwächte Wettbewerbsstruktur nicht weiter missbrauchen darf.¹⁴⁷³

751

Für die Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV und Art. 7 KG erfüllt mithin jedes Verhalten, das tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken, die Voraussetzungen des Missbrauchs.

752

bb) Auslegung des Kopplungstatbestands

Für die Kopplungsgeschäfte besonders relevant ist die Auslegung der Regeltatbestände in Art. 102 Satz 2 AEUV und Art. 7 Abs. 2 KG. Hinter den Regeltatbeständen liegt der Wunsch der stärkeren Typisierung der Fallgruppen,¹⁴⁷⁴ die zu einer erhöhten Rechtssicherheit führen soll und im Idealfall eine effizientere Rechtsanwendung fördert. Bei dieser Konkretisierung der Generalklausel handelt es sich um eine nicht abschliessende Aufzählung von Beispielsfällen, bei deren Vorliegen grundsätzlich von einer unzulässigen Verhaltensweise im Sinne einer Typisierung auszugehen ist. Der grundlegende Sinn der Regeltatbestände ist also, Fallgruppen zu schaffen, die für die Praxis verwendbar sind.¹⁴⁷⁵ Im Rahmen dieser Fallgruppen, namentlich der Kopplungspraktiken, stellen sich zwei grundlegende Fragen: Einerseits ist noch nicht geklärt, welche Tatbestandsmerkmale der Kopplung zugrunde zu legen sind, andererseits ist fraglich, ob es sich beim Regeltatbestand um ein Per-se-Verbot handelt.

753

¹⁴⁷¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 11 und Rn. 40 ff., insb. Rn. 62 («Ergebnis eines autonomen Nachvollzugs europäischen Rechts»); differenziert allerdings Komm. DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 77, wonach der Grad der Prägung im Einzelfall auszumachen ist.

¹⁴⁷² Botschaft KG, BBl 1995, 569; BGE 139 I 72, E. 10.1.1; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1386; so auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 73.

¹⁴⁷³ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1122, E. 1210 und E. 1137; so auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 72 f.

¹⁴⁷⁴ DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 58 und Rn. 95 f.

¹⁴⁷⁵ Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 43; DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 95 f.; a.M. WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.546; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 66; OFK KG-BORER, Art. 7, Rn. 7.

(1) *Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung*

- 754 In Bezug auf die Tatbestandsmerkmale besteht angesichts der untersuchten Fallpraxis – mit Ausnahme der Wettbewerbsbeschränkung – weitgehend Einigkeit. Rechtswidrige Kopplungsgeschäfte setzen (i) eine marktbeherrschende Stellung, (ii) separate Güter, (iii) eine Kopplung in Form der fehlenden Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden und (iv) fehlende objektive Rechtfertigungsgründe voraus. Die Behörden scheinen sich beim Element der Wettbewerbsbeschränkung aber nicht einig zu sein, ob eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung erforderlich ist oder ob eine potenzielle Wettbewerbsbeschränkung genügt.
- 755 Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung ist im Lichte der Ausführungen zu den Regelungsgrundsätzen von Art. 102 und Art. 7 KG auszuwerten. Wie aufgezeigt, erfüllt jedes Verhalten, das geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken, die Voraussetzungen des Missbrauchs. In Bezug auf die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung ist insbesondere die Typisierung in Form der Regeltatbestände von Bedeutung. Durch die Ausarbeitung dieser Typisierung erkennt der Gesetzgeber eine gewisse Gefahr dieser Verhaltensweisen, den Wettbewerb beschränken zu können, sieht sie somit als grundsätzlich geeignet an, den Wettbewerb beschränken zu können. Im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist jedoch erforderlich, dass ein Verhalten tatsächlich, also konkret geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken; insoweit handelt es sich auch nicht um einen formalistischen und abstrakten Ansatz. Die Behörden haben für den Einzelfall die konkrete Eignung zu beweisen.
- 756 Diese Auslegung des Kopplungstatbestands ist in der Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission ebenfalls festgehalten, wonach bereits die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung genügt, um den Kopplungstatbestand zu erfüllen.¹⁴⁷⁶
- 757 Trotz des Erfordernisses der konkreten Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall sind nachfolgend einige allgemeine Punkte zur Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung (engl. «leverage theory») und zur Erhöhung der Markteintrittsschranken auf dem Kopplungsmarkt oder gekoppelten Markt (engl. «entry deterence») zu konkretisieren.
- 758 Für die Missbrauchsqualifikation der Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung auf einen anderen Markt ist entscheidend, dass die Massnahme an sich und nicht das mit der Massnahme erzielte Ergebnis den Wettbewerb ver-

¹⁴⁷⁶ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 50; dahingehend auch Europäische Kommission, Policy Brief, 3, wonach potenzielle Auswirkungen genügen.

fälscht; der Fokus liegt auf der Massnahme selbst.¹⁴⁷⁷ Darüber hinaus hängt die Tatbestandsmässigkeit der Marktabschottung davon ab, ob sie tatsächlich geeignet ist, die Absatzmöglichkeiten der Konkurrenz bedeutend zu beeinträchtigen, und nicht davon, ob sie geeignet ist, die Konkurrenz gänzlich aus dem Markt zu vertreiben.¹⁴⁷⁸

Beim Kopplungstatbestand handelt es sich um ein Gefährdungsdelikt, das erfüllt ist, wenn die Kopplung geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen; eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung ist nicht erforderlich.¹⁴⁷⁹ Folglich handelt es sich hierbei um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Bei der Interpretation des Tatbestandsmerkmals als tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung könnte der zugrunde liegende Schutzzweck des Kopplungsverbots nicht erfüllt werden. Art. 102 und Art. 7 KG vermögen beim Abstellen auf eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr den Leistungswettbewerb zu schützen, weil dieser aufgrund der bereits vorliegenden Schwächung des Wettbewerbs beeinträchtigt wäre. Konsequenterweise ist bei den Kopplungsgeschäften darauf abzustellen, ob die Kopplung tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Es genügt also, wenn die Behörden eine Analyse der Eignung der Wettbewerbsbeschränkung durchführen. Damit ist die Gefahr negativer wirtschaftlicher Folgen dargetan.

759

Dieser Ansicht entsprechen auch die Ausführungen in Sachen *Google Android*, mit denen das Gericht der Europäischen Union festgehalten hat, dass der Tatbestand der Kopplung mit dem Tatbestandsmerkmal «capacity to restrict competition» (Eignung, den Wettbewerb zu beschränken) erfüllt ist.¹⁴⁸⁰

760

Zusammenfassend lassen sich die Tatbestandselemente der Kopplungsgeschäfte folgendermassen darstellen: (i) marktbeherrschende Stellung, (ii) separate Güter, (iii) Kopplung in Form der fehlenden Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden, (iv) Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung und (v) fehlende objektive Rechtfertigungsgründe.

761

¹⁴⁷⁷ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 347. Die Verhaltensweisen sind in der Regel auch geeignet, im Ergebnis die Wettbewerbsbedingungen auf dem untersuchten Markt strukturell zu beeinflussen.

¹⁴⁷⁸ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 333 und Rn. 335.

¹⁴⁷⁹ So auch BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1384; vgl. ferner Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 287.

¹⁴⁸⁰ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 291 mit Verweis auf Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 867; ferner entspricht dies auch den Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes zu den Rabattsystemen in Sachen *Intel* vgl. Urteil des EuGH, Rs. C-413/14 P vom 06.09.2017, *Intel/Kommission*, Rn. 140.

(2) Beurteilung der Per-se-Rechtswidrigkeit

- 762 Bei der Auslegung von Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV und Art. 7 Abs. 2 lit. f KG knüpft der Kopplungstatbestand an die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, also befindet das Unternehmen sich in einer Situation, in der es aufgrund der Marktbeherrschung und der generellen Schwächung des Wettbewerbs eine besondere Verantwortung für sein Verhalten trägt. Der Wettbewerb duldet in diesem Zustand keine weiteren Einschränkungen mehr, doch steht dem Unternehmen reiner Leistungswettbewerb weiterhin offen.¹⁴⁸¹ Der blosserückgriff auf die Kopplung stellt dabei in der Regel die weitere Einschränkung des Leistungswettbewerbs dar. Dies ist im Lichte des Tatbestandsmerkmals der Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, zu verstehen. Wie soeben dargelegt, handelt es sich bei den Kopplungsgeschäften um einen Missbrauch, bei dem der Tatbestand bereits mit der Gefahr negativer wirtschaftlicher Folgen erfüllt ist. Da der Gesetzgeber mit der Auflistung der Kopplungen in Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV und Art. 7 Abs. 2 lit. f KG von einer Gefahr dieser Praktik für den Wettbewerb ausging, handelt es sich bei den Kopplungen – bei Vorliegen von entsprechender Marktmacht – *grundsätzlich* um eine unzulässige Verhaltensweise.¹⁴⁸² Allerdings ist im Einklang mit der Fallpraxis der Europäischen Union und der Schweiz zu bemerken, dass es sich beim Kopplungstatbestand *nicht* um ein Per-se-Verbot handelt. Die Behörden sind weiterhin verpflichtet, darzulegen, dass die untersuchte Kopplung konkret geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Ausserdem sind die Unternehmen befugt, selbst in marktbeherrschender Stellung Kopplungspraktiken anzuwenden, soweit legitime Geschäftsinteressen oder Effizienzgründe dafürsprechen.
- 763 Diese Erkenntnis entspricht grundsätzlich auch den Ausführungen von NAZZINI, der allerdings zu einem anderen Ergebnis gelangt. Gemäss NAZZINI ist der in der europäischen Rechtsprechung angewendete Massstab der Marktverschliessung, genauer die Fähigkeit bzw. Eignung der Marktverschliessung (engl. «capability to foreclose»), anzupassen, da beispielsweise Kopplungen immer geeignet sind, den Wettbewerb zu verschliessen.¹⁴⁸³ Grundsätzlich be-

¹⁴⁸¹ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 1070; so auch Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1386

¹⁴⁸² Diese Aussage steht im Einklang mit der europäischen und schweizerischen Fallpraxis vgl. Kapitel [E.1.3.a](#)) und Kapitel [E.1.3.b](#)).

¹⁴⁸³ NAZZINI, *Standard of Foreclosure*, 2 («Tying, for example, is always intrinsically 'capable' of foreclosing competitors supplying only the tied product, given that the dominant undertaking is, by definition, dominant on the tying product market.»). Es ist anzumerken, dass

schreibt NAZZINI genau, warum die Kopplung einen Katalogtatbestand darstellt. Allerdings kommt der Autor zu einem unzutreffenden Schluss, wonach dieser Massstab anzupassen ist, da ansonsten alle Kopplungen wettbewerbswidrig wären, obwohl sie wettbewerbsfördernde Wirkungen haben könnten.¹⁴⁸⁴ Dies ist insofern unzutreffend, als beim Massstab der «capability to foreclose» nicht alle Kopplungsgeschäfte per se rechtswidrig sind, weil das betroffene Unternehmen weiterhin legitime Geschäftsinteressen oder Effizienzgründe, also wettbewerbsfördernde Wirkungen der Kopplung, anbringen kann, um an der Kopplungspraktik festzuhalten.

Namentlich für die schweizerische Sicht ist auszuführen, dass diese Interpretation von Art. 7 Abs. 2 lit. f KG nicht den Ausführungen der Botschaft widerspricht. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 geht davon aus, dass es sich bei den Regeltatbeständen nicht um Vermutungen bzgl. missbräuchlichen Verhaltens handelt, sondern der Sachverhalt auch die generellen Missbrauchskriterien von Art. 7 Abs. 1 KG zu erfüllen hat.¹⁴⁸⁵ Bei der hier dargelegten Auslegung handelt es sich mithin nicht um eine Vermutung der Missbräuchlichkeit der Kopplung, da die Behörden weiterhin den Nachweis der Erfüllung der generellen Missbrauchskriterien von Art. 7 Abs. 1 KG zu erbringen haben; daran ändert auch die Tatsache nichts, dass Kopplungen grundsätzlich immer geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken.

764

Gemäss dem Bundesgericht bezieht sich das Gesetz bei diesen «generellen Missbrauchskriterien» auf den Behinderungs- oder den Ausbeutungsmissbrauch.¹⁴⁸⁶ Sowohl beim Behinderungs- als auch beim Ausbeutungsmissbrauch entsteht ein Schutzbedarf bereits mit der Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung. Es obliegt somit den Wettbewerbsbehörden, aufzuzeigen, dass die Kopplung im untersuchten Sachverhalt geeignet war, den Wettbewerb zu beschränken. In Bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch hat sich das Bundesgericht diesbezüglich noch deutlicher positioniert, indem es den Unwertgehalt des Kopplungsgeschäfts in der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit der betroffenen Vertragsparteien sieht.¹⁴⁸⁷ Da die Definition einer Kopplung geradezu die Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit verlangt und somit die

765

es ohnehin nicht im Sinne des Gesetzes ist, eine solche ergebnisorientierte Auslegung anzustreben.

¹⁴⁸⁴ NAZZINI, Standard of Foreclosure, 2.

¹⁴⁸⁵ Botschaft KG, BBl 1995, 569; so auch BGE 139 I 72, E. 10.1.2.

¹⁴⁸⁶ BGE 139 I 72, E. 10.1.1 m.w.V.

¹⁴⁸⁷ Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6.2.4.

Handlungsfreiheit grundsätzlich bei jedem Kopplungsgeschäft beeinträchtigt wird, orientiert sich das Bundesgericht hier sehr stark an einer Per-se-Rechtswidrigkeit.

- 766 Es gilt zudem die Frage zu erörtern, ob im Rahmen der Kopplungsgeschäfte in jedem Fall eine detaillierte Auswirkungsanalyse durchzuführen ist. Diese Frage gilt es vor dem Hintergrund zu beantworten, dass bereits bei der Anwendung der Generalklausel von Art. 102 AEUV bzw. Art. 7 KG eine solche Auswirkungsanalyse aufgrund Problemen der Rechtssicherheit und der vorhandenen Ressourcen der Behörden abgelehnt wird¹⁴⁸⁸ und dass der Gesetzgeber mit der Typisierung in Art. 102 Satz 2 AEUV bzw. Art. 7 Abs. 2 KG genau diese Probleme zu beheben beabsichtigte; er verfolgt hier eine formorientierte Gesetzgebungstechnik.¹⁴⁸⁹ Es obliegt nicht den Gesetzesanwendungsbehörden, Überlegungen zur Analyse der Auswirkungen anzustellen und so die Bemühungen der Legislative zu untergraben, wenn der Gesetzgeber diese Überlegungen bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens in Form der Ausformulierung von typisierten Regelatbeständen angestellt hat.¹⁴⁹⁰ Eine detaillierte Auswirkungsanalyse dürfte allerdings bei Vorliegen besonderer Umstände oder bei Vorbringen von begründeten Einwänden in Form der objektiven Rechtfertigungsgründe weiterhin erforderlich sein. Angesichts dieser Möglichkeit der Effizienzrechtfertigung bleibt trotz der typisierten Tatbestände nur wettbewerbschädliches Verhalten missbräuchlich.¹⁴⁹¹
- 767 Schliesslich sind die rechtsanwendenden Behörden für die Entscheidung zuständig, in welchem Detaillierungsgrad sie im Rahmen ihrer Pflichten auf den Einzelfall zugeschnittene, ökonomische Analysen heranziehen, um die Eignung einer Kopplung zur Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen. Neue Entwicklungen der Industrieökonomie müssen sie beachten, sie sind jedoch

¹⁴⁸⁸ Bereits gemäss dem allgemeinen Regelungsgrundsatz von Art. 102 AEUV und Art. 7 KG hat der Nachweis einer konkreten Wettbewerbsgefährdung ohne detaillierte Auswirkungsanalyse auszureichen vgl. Kapitel [E.1.3.c\)aa](#)), insb. [Rn. 749](#); a.M. O'DONOGHUE/PADILLA, 700 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 697 ff., wonach in jedem Fall eine detaillierte Auswirkungsanalyse durchzuführen ist, um die wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Wirkungen abwägen zu können.

¹⁴⁸⁹ Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 43; DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 95 f.; a.M. WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.546; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 66; OFK KG-BORER, Art. 7, Rn. 7. Zur Auswirkungsorientierung bzw. Formorientierung in der Fallpraxis vgl. Kapitel [E.1.3.a](#)).

¹⁴⁹⁰ So auch DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 96; in Bezug auf Art. 5 vgl. ferner KG OFK KG-BORER, Art. 1, Rn. 14.

¹⁴⁹¹ Vgl. ausführlich hierzu DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 96.

nicht verpflichtet, alle Konzepte im Detail zu beleuchten; im Endeffekt bleibt die Anwendung und Durchsetzung des Wettbewerbsrechts eine juristische Aufgabe.¹⁴⁹²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei den Kopplungsgeschäften nicht um per se rechtswidrige Verhaltensweisen handelt. Bei der Anwendung dieser Fallgruppe sind die Behörden verpflichtet, eine Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung nachzuweisen, also haben sie darzulegen, ob eine Kopplung im konkreten Sachverhalt geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Selbst wenn die Behörden diesen Nachweis erbringen, hat das untersuchte Unternehmen weiterhin die Möglichkeit, objektive Rechtfertigungsgründe (z.B. sachlicher Zusammenhang der Kopplung, legitime Geschäftsinteressen oder Effizienzgründe) vorzubringen.

768

cc) Bedeutung der ökonomischen Modelle

Die allgemeinen Ergebnisse der ökonomischen Modelle sind sowohl für die Behörden als auch für die Parteien eine sehr gute Orientierungshilfe und eine wichtige Grundlage, jedoch gilt es bei ihrer gerichtlichen Bedeutung Vorsicht walten zu lassen. Ungeachtet der Tatbestandsmerkmale der Kopplungsgeschäfte ist die schematische Anwendung der ökonomischen Modelle auf konkrete Sachverhalte nicht haltbar, da ökonomische Erkenntnisse nur dann als Sachfrage dem Beweis zugänglich sind, wenn sie dem Nachweis eines konkreten Lebenssachverhalts dienen.¹⁴⁹³ Dies ist in Bezug auf die Modelle der Kopplungsgeschäfte grundsätzlich nicht der Fall, da als deren Hauptdefizit die restriktiven Annahmen auszumachen sind; sie haben nur Gültigkeit, wenn alle Annahmen in derselben Weise im konkreten Sachverhalt tatsächlich vorliegen. Stimmt der zu untersuchende Sachverhalt allerdings in Bezug auf mindestens eine Annahme nicht überein, kann nicht mehr ohne Weiteres auf das Ergebnis der Studie hingewiesen werden.

769

Es ist weiterhin möglich, dass die Kopplung des zugrunde liegenden Sachverhalts wettbewerbsfördernde Auswirkungen zeigt, diese sind aber aufgrund der fehlenden pauschalen Anwendbarkeit des ökonomischen Modells von den Par-

770

¹⁴⁹² BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1, Rn. 1; DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 100 f.

¹⁴⁹³ TSCHUDIN, AJP 2014, 1339. Der Autor verweist in diesem Zusammenhang auf das Beispiel der «ökonometrische[n] Berechnungen zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung eines Koppelgeschäfts». Dies ist nur zutreffend, wenn diese ökonometrischen Berechnungen für den konkreten Sachverhalt erstellt wurden; ist dies nicht der Fall, handelt es sich bei den ökonometrischen Berechnungen nicht um eine Sachfrage.

teien dazulegen, und zwar im Rahmen der objektiven Rechtfertigungsgründe. Hierfür genügt ein allgemeiner Verweis auf die ökonomischen Modelle, die wettbewerbsfördernde Wirkungen demonstrieren sollen, nicht.

dd) Überblick über die regulatorischen Vorschläge

771 Mit Blick auf die internationalen Entwicklungen im Zusammenhang mit den Märkten der digitalen Wirtschaft ist ebenfalls eine Umorientierung auszumachen. Dabei sind insbesondere die Abkehr von der «rule of reason» und eine Annäherung an Ex-ante-Regulierungen ersichtlich. Bevor auf diese Gesetzesvorstöße einzugehen ist, wird zunächst ein Überblick zum «Digital Markets Act» (DMA) verschafft.¹⁴⁹⁴

(1) Europäische Union

772 In der Europäischen Union ist am 14. September 2022 der DMA in Kraft getreten, welcher seit Mai 2023 anwendbar ist. Beim DMA handelt es sich um eine Ex-ante-Regulierung, die in den Art. 5 ff. DMA Listen von Ge- und Verboten für Torwächter (engl. «Gatekeeper») enthält. Das Ziel dieser Regeln besteht darin, unfaire oder die Bestreitbarkeit (der Märkte) beschränkende Praktiken zu unterbinden. Hierzu braucht die Europäische Kommission keine Marktherrschaft oder andere langwierige, die Ressourcen strapazierende, detaillierte Auswirkungsanalysen bzgl. eines Verhaltens durchzuführen. Das Gesetz greift vielmehr bereits, sobald ein Torwächter vorliegt (Art. 3 und 4 DMA) und dieser Torwächter eine Verhaltensweise nach Art. 5 ff. DMA erfüllt bzw. unterlässt (z.B. sind Torwächter verpflichtet, die Interoperabilität nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zuzulassen bzw. die Bevorzugung der von ihnen selbst angebotenen Dienstleistungen und Produkte u.a. beim Ranking gegenüber ähnlichen Dienstleistungen oder Produkten einer Drittperson zu unterlassen).¹⁴⁹⁵

773 Der Vorteil des DMA ist das eindeutige Verständnis als Ex-ante-Regulierung. Da in jüngerer Vergangenheit die Schwierigkeiten der Behörden auf verschiedenen Ebenen des Prozesses in Erscheinung getreten sind und die Erwägungen in eine tiefgreifende Diskussion mit ambivalenten, ökonomischen Wirkungen abzuschweifen scheinen, ist der DMA im Hinblick auf die dort regulierten Adressaten begrüßenswert.

¹⁴⁹⁴ Zur detaillierten Auseinandersetzung mit den Tatbeständen des DMA in Bezug auf die Kopplung vgl. Kapitel [E.IV](#).

¹⁴⁹⁵ Zum DMA im Detail vgl. Kapitel [E.IV](#).

(2) Schweiz

Die Aufnahme einer DMA-ähnlichen Regulierung in das schweizerische Recht ist eine politische Angelegenheit. Es stellt sich u.a. aber die Frage, inwiefern die Implementierung einer solchen Regel für die Schweiz Sinn ergibt. Zunächst ist fraglich, ob die WEKO die erforderlichen Kapazitäten zur Umsetzung einer solchen Regelung hat. Darüber hinaus hat sich in der Praxis die Übernahme der europäischen Lösungen für die Schweiz bewährt. Zudem ist sich auch der Anwendungsbereich des DMA zu vergegenwärtigen: Der DMA ist bloss auf Torwächter (Art. 3 DMA) anwendbar. Zurzeit ist es unwahrscheinlich, dass ein Torwächter mit besonderem Inlandsbezug auftritt, welcher nicht bereits in der Europäischen Union reguliert wird.

774

Allerdings handelt es sich beim DMA nicht um eine kartellrechtliche Regelung. Obwohl es als unwahrscheinlich erscheint, ist es denkbar, dass die Torwächter des DMA sich weigern, die europäischen Lösungen für die Schweiz zu übernehmen. Trotzdem würde die Implementierung einer DMA-ähnlichen Regulierung in der Schweiz für Rechtssicherheit sorgen und zusätzlich neue Tatbestände aufnehmen (z.B. die wettbewerbswidrige Selbstbevorzugung; engl. «self-preferencing»), die gegenwärtig in den Auffangtatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG fallen. Eine Aufnahme solcher Regeln erlaubt auch eine zurückhaltende Implementierung in Form einer Schweizer Lösung. Folglich ist für die Zukunft mindestens eine Diskussion zur Einführung eines DMA-ähnlichen Gesetzes erforderlich.¹⁴⁹⁶

775

(3) Vereinigtes Königreich

Das Vereinigte Königreich hat im Vergleich zur Europäischen Kommission einen anderen Ansatz gewählt. Mit der «Digital Markets, Competition and Consumers Bill»,¹⁴⁹⁷ die Ende April 2023 im Parlament eingebracht wurde, soll die Digital Markets Unit (DMU), eine Einheit innerhalb der Competition and Market Authority (CMA), gesetzliche Befugnisse für die Überwachung des neuen «pro-competitive regime» für digitale Märkte erhalten. Die CMA hingegen wird die Befugnis haben, Unternehmen mit «Strategic Market Status» (SMS) zu benennen. Für die Qualifikation als SMS-Unternehmens ist gemäss dem Ge-

776

¹⁴⁹⁶ Erste Vorstösse sind zwar bereits ersichtlich, aber erfahren aber nicht genug Unterstützung vgl. Motion Marti Min Li (23.3069) «Digital Markets Act für die Schweiz» vom 8. März 2023.

¹⁴⁹⁷ Digital Markets, Competition and Consumers Bill, Government Bill, Originated in the House of Commons, Session 2022-23, abrufbar unter <<https://bills.parliament.uk/bills/3453>>.

setzesentwurf auf folgende Faktoren abzustellen: (i) erhebliche und gefestigte Marktmacht, (ii) Besitz einer strategisch wichtigen Position in Bezug auf eine digitale Tätigkeit und (iii) Erfüllung bestimmter Umsatzbedingungen (für detaillierte Ausführungen zur Benennung als SMS vgl. Part 1 Chapter 2 Sec. 2 ff., insb. Sec. 5–7 der Digital Markets, Competition and Consumers Bill). Im Gegensatz zum DMA würde also im Vereinigten Königreich weiterhin die Pflicht bestehen, eine erhebliche und gefestigte Marktmacht des untersuchten Unternehmens nachzuweisen.

- 777 Die CMA wird berechtigt sein, den SMS-Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen aufzuerlegen, welche dem «Ziel des fairen Umgangs», dem «Ziel der fairen Auswahl» oder dem «Ziel des Vertrauens und der Transparenz» entsprechen (zu diesen Zielen vgl. Part 1 Chapter 3 Sec. 19 (5) der Digital Markets, Competition and Consumers Bill). Der gegenwärtige Gesetzesentwurf enthält derzeit dreizehn allgemein gehaltene, zulässige Arten von Verhaltensanforderungen (vgl. Part 1 Chapter 3 Sec. 20 (2) und (3) der Digital Markets, Competition and Consumers Bill). Das grundlegende Ziel dieses Entwurfs ist es, den Wettbewerbsbehörden grössere Gestaltungsmöglichkeiten zu geben und schon einzugreifen, bevor das Unternehmen mit unzulässigen Verhaltensweisen den aufgrund seiner Stellung bereits geschwächten Wettbewerb zusätzlich beschränkt, beispielsweise in Form von «pro-competitive interventions». Die Digital Markets, Competition and Consumers Bill gibt der CMA diese Befugnis zu «pro-competitive interventions» (Part 1 Chapter 4 Sec. 44 ff. der Digital Markets, Competition and Consumers Bill). Eine solche Intervention zielt darauf ab, nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb entgegenzuwirken und hat somit einen auswirkungsorientierten Grundgedanken.
- 778 Ausserdem empfiehlt die CMA der britischen Regierung, auch Massnahmen gegen Kopplungsgeschäfte in die Digital Markets, Competition and Consumers Bill aufzunehmen.¹⁴⁹⁸

(4) Australien

- 779 Die Vorschläge in Australien weisen Ähnlichkeiten zum Gesetzesentwurf im Vereinigten Königreich auf.¹⁴⁹⁹ Im fünften Zwischenbericht der «Digital platform services inquiry» hat die ACCC neue wettbewerbsrechtliche Massnahmen vorgeschlagen, die nur für «Designated Digital Platforms» gelten sollen;

¹⁴⁹⁸ CMA, Mobile ecosystems, Rn. 4.80 ff. und CMA, Mobile ecosystems, Appendix M, M12 f.; CMA, Digital advertising, Rn. 65 und Rn. 99.

¹⁴⁹⁹ Zum gesamten Vorschlag vgl. ACCC, Regulatory reform.

als sektorspezifische Regelung zielen sie darauf ab, auf dynamischen Märkten Flexibilität zu ermöglichen. Für diese sektorspezifischen Regelungen gibt die ACCC detailliertere Empfehlungen ab und schlägt vor, dass solche Regelungen u.a. gegen wettbewerbswidrige Selbstbevorzugung (engl. «anti-competitive self-preferencing»), wettbewerbswidrige Kopplungen oder exklusive Vorinstallationsvereinbarungen anwendbar sein sollten.¹⁵⁰⁰ Marktmächtige Suchmaschinen beispielsweise müssen bei Vorliegen von vordefinierten Kriterien unterlassen, die Dienstleistung der Suchmaschine mit anderen Gütern dieser Plattform zu koppeln.¹⁵⁰¹

Die ACCC hat im Zwischenbericht keine spezifischen Kriterien zur Verfügung gestellt, um eine Plattform als «Designated Digital Platform» qualifizieren zu können, aber sie verweist auf allgemeine qualitative oder quantitative Kriterien, die dafür herangezogen werden könnten. Im Gegensatz zum Vorschlag des Vereinigten Königreichs berücksichtigt die ACCC bei diesen Kriterien die Besonderheiten der Märkte der digitalen Wirtschaft, denn für die quantitativen Kriterien kann nicht der Umsatz der Plattform relevant sein, sondern u.a. die monatlich aktiven Nutzenden in Australien.¹⁵⁰²

780

Bei den qualitativen Kriterien ist zu untersuchen, ob die Plattform eine wichtige Vermittlungsposition innehat, ob sie über beträchtliche Marktmacht bei der Bereitstellung der digitalen Plattformdienste verfügt oder ob sie mehrere digitale Plattformdienste betreibt.¹⁵⁰³ Bei der Anwendung der qualitativen Kriterien ist eine Abweichung zum Ansatz des Vereinigten Königreichs ersichtlich: Gemäss der ACCC ist in erster Linie auf die quantitativen Kriterien abzustellen; diese reichen in den meisten Fällen bereits aus, um festzustellen, ob eine «Designated Digital Platform» vorliegt. Nur wenn besondere Umstände bestehen, unter denen die quantitativen Kriterien nicht geeignet sind, oder wenn die erforderlichen Informationen fehlen, sind die qualitativen Kriterien zu berücksichtigen.¹⁵⁰⁴ Folglich kommt gemäss diesem Vorschlag der Ermittlung der beträchtlichen Marktmacht bloss eine untergeordnete Rolle zu, wodurch die bereits begrenzten Ressourcen der Behörden nicht zusätzlich strapaziert werden würden.

781

¹⁵⁰⁰ ACCC, Regulatory reform, 11 ff., insb. 12 ff. mit weiterführender Liste an potenziellen Verhaltensweisen, die von den sektorspezifischen Regulierungen erfasst sein sollen; vgl. ferner CASS-GOTTLIEB, JAE 2023, 309.

¹⁵⁰¹ ACCC, Search defaults, 124.

¹⁵⁰² ACCC, Regulatory reform, 12; zur Messgrösse der Nutzeranzahl, deren Aktivität und weiteren Parametern vgl. Kapitel [D.III.1.a](#)).

¹⁵⁰³ ACCC, Regulatory reform, 12.

¹⁵⁰⁴ ACCC, Regulatory reform, 114.

(5) Vereinigte Staaten von Amerika

- 782 Selbst in den Vereinigten Staaten von Amerika – der am stärksten ökonomisierten Kartellrechtsordnung der Welt¹⁵⁰⁵ – ist eine Abkehr von der «rule of reason» ersichtlich, obwohl die Literatur und Gerichte ursprünglich starke Verfechter der «rule of reason» waren bzw. immer noch sind. Neben verschiedensten Vorstößen im Kongress¹⁵⁰⁶ sind insbesondere die Stellungnahmen der Federal Trade Commission seit der Ernennung von Lina Khan zur Vorsitzenden der FTC von Interesse.
- 783 In einer Stellungnahme vom 10. November 2022 hat die FTC ihre Absichten geäußert, vermehrt auf Sec. 5 FTC Act zurückgreifen zu wollen, welche neben dem unlauteren Wettbewerb auch unfaire Methoden des Wettbewerbs (engl. «unfair methods of competition») verbietet.¹⁵⁰⁷ Demnach geht die Bedeutung von Sec. 5 FTC Act über den Sherman Act und den Clayton Act hinaus¹⁵⁰⁸ und umfasst verschiedene Arten von unlauterem Verhalten, welche die Wettbewerbsbedingungen negativ beeinflussen.¹⁵⁰⁹ Die FTC hat zudem ausdrücklich klargestellt, dass sie entgegen den eigenen Aussagen vom 15. August 2015¹⁵¹⁰ bei der Anwendung von Sec. 5 FTC Act nicht den Ansatz der «rule of reason» verfolgen wird. Dieser unmittelbare Verweis auf das eigene Statement aus dem Jahre 2015 ist eine eindeutige Ansage: Die FTC legt dar, dass der Kongress ursprünglich weder einen wettbewerbswidrigen Schaden noch eine wettbewerbswidrige Absicht verlangte, sondern vielmehr Monopole bereits im An-

¹⁵⁰⁵ DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1, Rn. 95.

¹⁵⁰⁶ Vgl. z.B. die Vorstöße Ending Platform Monopoly Act (H.R.3825 – 117th Congress, abrufbar unter <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3825/text>>), Competition and Transparency in Digital Advertising Act (S.4258 – 117th Congress, abrufbar unter <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/4258/text>>) oder Open App Markets Act (S.2710 – 117th Congress, abrufbar unter <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2710/text>>); vgl. ferner PAUL/SOKOL/BACA, 135 ff., insb. 142 ff.

¹⁵⁰⁷ FTC, Policy Statement, 10.11.2022, 1 ff.; vgl. auch Federal Trade Commission, FTC Restores Rigorous Enforcement of Law Banning Unfair Methods of Competition, Press Release, 10.11.2022, abrufbar unter <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/11/ftc-restores-rigorous-enforcement-law-banning-unfair-methods-competition>>.

¹⁵⁰⁸ Sec. 5 FTC Act kann namentlich auch angewendet werden, wenn kein Verstoß gegen den Sherman Act oder Clayton Act vorliegt vgl. FTC, Policy Statement, 10.11.2022, 8 m.w.V., insb. Fn. 47.

¹⁵⁰⁹ FTC, Policy Statement, 10.11.2022, 1.

¹⁵¹⁰ Vgl. FTC, Statement of Enforcement Principles, 15.08.2015. Die FTC hat diese Stellungnahme am 1. Juli 2021 zurückgezogen, da sie gegen den Wortlaut, die Struktur und die Geschichte von Sec. 5 FTC Act verstößt und die eigenständige Befugnis der FTC weitgehend aufhebt vgl. FTC, Statement of Chair Lina M. Khan, 01.07.2021.

fangsstadium (engl. «incipiency») zu stoppen beabsichtigte. Folglich entspricht es nicht dem Sinn des Gesetzes, dass die FTC wettbewerbsschädigende Wirkungen, wie dies gemäss der «rule of reason» erforderlich wäre, zu beweisen hat.¹⁵¹¹ Es genügt, wenn ein Verhalten gemäss Sec. 5 FTC Act bereits Tendenzen zur Beeinträchtigung von Wettbewerbsbedingungen aufweist (engl. «tendency to negatively affect competitive conditions»)¹⁵¹². Die Eignung eines Verhaltens, den Wettbewerb mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu beschränken, dürfte gemäss diesem Ansatz genügen, um Sec. 5 FTC Act zu erfüllen. In diesem Zusammenhang wendet sich die FTC ausdrücklich davon ab, die «rule of reason» anzuwenden.

4. Zwischenfazit

Bei den Kopplungsgeschäften handelt es sich um Verhaltensweisen, die mehrschichtige wettbewerbliche Konsequenzen nach sich ziehen können; sie vermögen sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Elemente aufzuweisen.¹⁵¹³ Aus diesem Grund ist gestützt auf die Umstände des Einzelfalls ein Urteil über die wettbewerbsfördernden und/oder wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der untersuchten Kopplungspraktiken zu fällen.

784

Im Mittelpunkt der Diskussionen betreffend die Kopplungsgeschäfte standen bei der Chicago School der Effizienzgewinn (Grössen- und Verbundvorteile, Senkung der Transaktions- und Suchkosten, Güter- und Qualitätsverbesserung sowie Neutralisierung der doppelten Marginalisierung) und die aus der Preisdiskriminierung entstehende Steigerung der Konsumentenwohlfaht. Gemäss dieser Lehre sind die Kopplungsgeschäfte *per se* als legal zu qualifizieren.

785

¹⁵¹¹ FTC, Policy Statement, 10.11.2022, 4 f. m.w.V.

¹⁵¹² FTC, Policy Statement, 10.11.2022, 8–10 m.w.V.; vgl. ferner auch Wortlaut von Sec. 5 (4) (A), wonach «unfair or deceptive acts or practices» vorliegen, wenn sie vernünftigerweise vorhersehbare Schädigung innerhalb der Vereinigten Staaten verursachen oder wahrscheinlich verursachen werden. Der letzte Teilsatz ist grundsätzlich derselbe Ansatz wie hier dargelegt: Eine Kopplungspraktik ist rechtswidrig, wenn sie fähig ist, den Wettbewerb zu beschränken.

¹⁵¹³ CARLTON/WALDMAN, CPI 2012, 1; so auch OECD, Ex Ante Regulation, 38 m.w.V.; O'DONOGHUE/PADILLA, 699; RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 183, Rn. 510 m.w.V.

- 786 Im Rahmen der Post-Chicago Economics wurde diese Ansicht in Frage gestellt. Gemäss den Erkenntnissen aus Post-Chicago führen Kopplungspraktiken zur Marktverschliessung. Die Kopplungsgeschäfte können mittels einer aggressiven Preis- sowie Forschungs- und Entwicklungsstrategie sowohl auf dem Kopplungsmarkt als auch auf dem gekoppelten Markt Zutrittsschranken aufstellen. In diesen Konstellationen sieht sich die potenzielle Konkurrenz gezwungen, entweder gleichzeitig in den Kopplungsmarkt und den gekoppelten Markt einzutreten oder den Markteintritt gänzlich zu unterlassen. Diese Unterlassung führt oft zu fehlendem Preiskampf und verringerten Anreizen für Innovationen auf dem gekoppelten Markt.
- 787 Die Aufarbeitung der Fallpraxis in der Europäischen Union und in der Schweiz zeigt, dass eine einheitliche Auslegung der Kopplungsgeschäfte fehlt. Sowohl die schweizerischen als auch die europäischen Behörden halten nach wie vor daran fest, dass eine detaillierte Auswirkungsanalyse bloss in Ausnahmefällen erforderlich ist; bei den Sachverhalten der digitalen Wirtschaft handelt es sich in der Regel um solche Ausnahmefälle. In diesem Bereich haben die Behörden also weiterhin nachzuweisen, dass eine Kopplung tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Die Unternehmen können Rechtfertigungsgründe, z.B. legitime Geschäftsinteressen oder Effizienzgründe, vorbringen. Unter besonderen Umständen sieht sich die Europäische Kommission jedoch weiterhin in der Pflicht, die tatsächlichen Auswirkungen der Kopplungspraktiken genauer zu untersuchen. Allerdings ist bei der Auslegung des Kopplungstatbestands in Zukunft zu beachten, dass die Legislative die ökonomischen Diskussionen in der Rechtsetzung bereits berücksichtigt und aufgrund ihrer Erkenntnisse die Kopplung in den Katalog der Regelbeispiele aufgenommen hat.
- 788 Im internationalen Vergleich ist feststellbar, dass die Behörden insbesondere im Rahmen der digitalen Wirtschaft eine regulatorische Umorientierung vornehmen. Bei diesen Diskussionen ist jeweils zu beachten, dass es sich bei der Digitalökonomie um einen Sektor handelt, der raschem Wandel unterliegt und sich dadurch fortgehend weiterentwickelt. Eine ohnehin seit langer Zeit als zu langsam beklagte, reaktive Rechtspolitik ist offensichtlich nicht mehr tragbar. Die Behörden wenden sich vermehrt vom Rule-of-Reason-Ansatz ab und neigen zur Ex-ante-Regulierung oder zur Eingriffsmöglichkeit bei Vorliegen vordefinierter, unmissverständlicher Kriterien. Dass ein solcher Ansatz dem Geist der Wettbewerbsregulierung entspricht, zeigen auch die Entwicklungen in der Europäischen Union. Der DMA wendet sich vom «more economic approach» ab und setzt aufgrund der generellen Gefahr der Wettbewerbsbeschränkung durch die Big-Tech-Unternehmen auf einen marktordnenden Ansatz. Zukünf-

tig ist in der Plattformökonomie deshalb die hier vorgeschlagene Auslegung von Art. 102 AEUV und Art. 7 KG der Kopplungsgeschäfte wünschenswert. Dabei ist namentlich nicht der Nachweis der Wettbewerbsbeschränkung erforderlich, sondern der Nachweis der Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, ausreichend. Die Behörden müssen insbesondere keine detaillierte Auswirkungsanalyse zur zusätzlichen Absicherung durchführen, sondern können Kopplungen aufgrund der Marktstruktur und der starken Marktstellung der untersuchten Unternehmen vermehrt als quasi per se unzulässig ansehen. Eine solche Analyse ist erst erforderlich, wenn begründete Einwände in Form von objektiven Rechtfertigungsgründen vorliegen. Schliesslich handelt es sich bei den Kopplungsgeschäften um einen Gefährdungstatbestand, bei dessen Qualifikation als typisierter Regeltatbestand der Gesetzgeber bereits auswirkungsbezogene Überlegungen durchgeführt und eine grundsätzliche Gefahr für den Restwettbewerb erkannt hat.

Aus schweizerischer Sicht ist ferner die Implementierung einer DMA-ähnlichen Regulierung wünschenswert, da eine solche Ex-ante-Regulierung aufgrund der Eigenheiten der digitalen Wirtschaft potenziell zu Effizienzvorteilen und einer Entlastung der Behörden führen kann.

789

II. Herausforderungen für die Kopplungsgeschäfte im Rahmen der digitalen Wirtschaft

790 In der digitalen Wirtschaft treten bei der Behandlung der Kopplungsgeschäfte zusätzliche Problemfelder auf. Nachfolgend gilt es diese Herausforderungen zu kategorisieren, bevor sie im Rahmen der Missbrauchsmerkmale bearbeitet werden.

1. Bedeutung der marktbeherrschenden Stellung

791 Obwohl es sich bei der Marktmacht grundsätzlich nicht um ein Missbrauchsmerkmal der Kopplungsgeschäfte handelt, sondern um eine Voraussetzung für die unzulässigen Verhaltensweisen im Rahmen von Art. 102 AEUV oder Art. 7 KG,¹⁵¹⁴ hat die Marktmacht einen besonderen Stellenwert bei den Kopplungsgeschäften. Da die Auswirkungen der Kopplungsgeschäfte mehrdeutig sind, sind gemäss MOTTA die Behörden dazu verpflichtet, bloss jene Kopplungspraktiken zu untersuchen, die von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (engl. «considerable market power») ausgeübt werden. Dabei stützt er sich auf die traditionellerweise aussagekräftigeren Marktanteile, wonach beispielsweise das Verhalten von Unternehmen, die auf beiden untersuchten Märkten weniger als 40% Marktanteile haben, nicht zu untersuchen wären.¹⁵¹⁵ Allerdings ist in der digitalen Wirtschaft die Ermittlung der Marktmacht komplexer als in der traditionellen Wirtschaft, denn insbesondere den Marktanteilen kommt weniger grosse Bedeutung zu.¹⁵¹⁶ Folglich existiert kein eindeutig festlegbarer Grenzwert, den die Behörden als Orientierungshilfe für die beträchtliche Marktmacht heranziehen könnten. Ausserdem fällt die Definition der untersuchten Märkte in der Regel schwerer als bei physischen Gütern der traditionellen Wirtschaft.

792 In der digitalen Wirtschaft kommt der Nutzeranzahl eine besondere Bedeutung zu.¹⁵¹⁷ Obwohl die Nutzeranteile per se kein Indikator für die marktbe-

¹⁵¹⁴ Im Rahmen von Art. 7 KG können auch relativ marktmächtige Unternehmen den Tatbestand von Art. 7 KG erfüllen vgl. ausführlicher hierzu Kapitel [E.III.1](#).

¹⁵¹⁵ MOTTA, 467 f.

¹⁵¹⁶ Vgl. Kapitel [D.III.1.a](#)).

¹⁵¹⁷ Vgl. Kapitel [B.I.1.b](#)) und Kapitel [D.III.1.a\)bb](#)).

herrschende Stellung sind,¹⁵¹⁸ stellt sich im Rahmen der Kopplungsgeschäfte die Frage, ob ihnen über die Ermittlung der Marktbeherrschung hinaus eine wichtigere Rolle zukommt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu untersuchen, ob die Unternehmen mit bestimmten Methoden (z.B. digitale Integration oder Nudging) ihre grosse Nutzerbasis dazu instruieren können, mittels Kopplungsgeschäfte einen neuen Markt zu verschliessen. Dies geschieht allerdings nicht bloss durch die Einbindung der Nutzerbasis in neue Güter des digitalen Ökosystems, sondern auch durch die damit entstehenden neuen Möglichkeiten der Datenverarbeitung, d.h., die neue Plattform erlaubt eine verstärkte Nutzung der eigenen Dienstleistungen und dadurch auch eine Leistungsoptimierung quer durch das gesamte Ökosystem. Die Unternehmen vermögen sich so beispielsweise in eine Lage zu versetzen, in der sie aufgrund des grösseren und detaillierteren Datenbestands höhere Werbeeinnahmen generieren.

2. Separate Güter und digitale Integration

Daran knüpft das zweite grosse Problem der digitalen Wirtschaft: Die Unternehmen bieten grundsätzlich keine physischen Güter an bzw. sie koppeln physische Güter mit digitalen Dienstleistungen. Den Unternehmen steht es beispielsweise offen, plattformübergreifend oder innerhalb der Plattform selbst Kopplungsstrategien zu verfolgen. Koppelt ein Unternehmen plattformübergreifend, verfolgt es in der Regel die Strategie der Marktmachtübertragung; dies geschieht insbesondere, wenn ein Unternehmen mit einer Plattform auf einem Markt bereits marktbeherrschend ist und im Rahmen seines Ökosystems eine andere Leistung auf einer anderen Plattform anbietet. In diesen Fällen benutzt das Unternehmen die Kopplungspraktiken, um die Marktmacht auf diese neue Plattform zu übertragen (Theorie der Hebelwirkung bzw. «leverage theory»¹⁵¹⁹). Hier stellt sich die Frage, ob eine Betrachtung des gesamten Geschäftsmodells des digitalen Ökosystems erforderlich ist und ob diese unterschiedlichen Plattformen separate Güter darstellen.

793

Schwieriger ist die Feststellung von separaten Gütern, wenn das Unternehmen auf eine plattforminterne Erweiterung der angebotenen Dienstleistungen abzielt. Bei dieser plattforminternen Erweiterung verfolgt das Unternehmen grundsätzlich die Methode der Integration neuer Dienstleistungen in die bestehende Plattform. In dieser Konstellation entsteht keine neue Plattform,

794

¹⁵¹⁸ Vgl. Kapitel [D.III.1.a\)bb\)](#).

¹⁵¹⁹ Zur Theorie der Hebelwirkung bei den Kopplungsgeschäften vgl. Kapitel [E.1.2.c\)](#).

sondern die neue Dienstleistung existiert fortan nahtlos in der Plattform. Da diese neue Dienstleistung Teil der bereits bestehenden Plattform wird, stellt sich die Frage, ob es sich dabei überhaupt um ein separates Gut handelt oder ob es bloss eine Ergänzung des bereits bestehenden Gutes ist. Aufgrund der Unentgeltlichkeit und des fehlenden Zwangs, diese neue Dienstleistung zu nutzen, stellt sich ausserdem die Frage, ob sich eine solche Integration unter die Kopplungsgeschäfte subsumieren lässt.

3. Unentgeltlichkeit, Nudging und Zwang

795 Die Unentgeltlichkeit hat nicht nur Auswirkungen auf die wettbewerbsfördernden bzw. -beschränkenden Effekte der Kopplungsgeschäfte, sondern spielt auch eine Rolle im Rahmen des Zwangs. Während die Konsumierenden beim Kauf von physischen Gütern dazu gezwungen wurden, verschiedene Güter zu kaufen, ist dies in der digitalen Wirtschaft oft nicht mehr der Fall. Die Unternehmen setzen vielmehr auf die Nudging-Taktik; das Nudging hat einen verhaltensökonomischen Hintergrund und bezieht sich auf jenen Aspekt der Entscheidungsarchitektur eines Menschen, welcher das Verhalten der Menschen auf vorhersehbare Weise verändert, ohne Optionen zu verbieten oder ihre wirtschaftlichen Anreize wesentlich zu verändern. Damit eine Vorgehensweise als Nudge qualifiziert werden kann, muss sie günstig vermeidbar sein und es sich dabei bloss um einen leichten Eingriff handeln.¹⁵²⁰ Nudging hat also immer einen Einfluss auf die Entscheidung des Menschen.¹⁵²¹ Bei den Kopplungsgeschäften spielt das Nudging im Rahmen des Zwangs bzw. der fehlenden Entscheidungsmöglichkeit eine wichtige Rolle. Das Unternehmen löst dabei eine ungebetene Interaktion zwischen seinen Gütern und den Konsumierenden aus, indem es die Konsumierenden aktiv zur Verwendung bestimmter Dienstleistungen steuert.

796 Die Unternehmen sehen in ihren Praktiken keinen Zwang, da den Konsumierenden weiterhin die Möglichkeit offensteht, andere Güter zu verwenden und auf das durch Nudging zur Interaktion gesteuerte Gut zu verzichten. Darüber hinaus vertreten sie die Meinung, dass sie ihre Güter ohnehin «kostenlos»¹⁵²² anbieten und deshalb kein Konsumentenschaden entsteht. Dieses angeblich kostenlose Angebot der Dienstleistungen sei erforderlich, um die anfänglichen Investitionskosten wieder erwirtschaften zu können. Bei der Europäischen

¹⁵²⁰ THALER/SUNSTEIN, 11.

¹⁵²¹ THALER/SUNSTEIN, 16.

¹⁵²² Zum Begriff, seinen Implikationen und der Verwendung des angemesseneren Begriffs «unentgeltlich» in dieser Dissertation vgl. Kapitel [C.II.1.a](#).

Kommission hat das Argument des kostenlosen Angebots von Dienstleistungen für die Generierung von Einnahmen zu Forschungs- und Entwicklungszwecken kein Gehör gefunden.¹⁵²³ Nachfolgend sind diese Argumente genauer zu untersuchen und ist zu ermitteln, ob der Tatbestand der Kopplungsgeschäfte einen Zwang voraussetzt oder ob bereits die fehlende Entscheidungsmöglichkeit genügt.

4. Wettbewerbsfördernde und wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen

Ein weiterer Punkt ist die Auswirkung der Kopplung auf den Wettbewerb. Während die Effekte der Kopplungsgeschäfte bereits im Rahmen der Chicago School und der Post-Chicago Economics umfassend diskutiert wurden, dürfte die digitale Wirtschaft zur weiteren Spaltung dieser zwei Ansichten führen. Die Erläuterungen der Chicago School zur Preisdiskriminierung gewinnen aufgrund der besonderen Preisstruktur der Plattformen¹⁵²⁴ in der Digitalökonomie an Bedeutung. Die Unternehmen können auf einer Plattformseite einen Preis von null bzw. sogar einen negativen Preis verlangen, während sie auf der anderen Plattformseite die erforderlichen Einnahmen generieren. Dadurch kann die Plattform eine Quersubventionierung verwirklichen, die einerseits einen ähnlichen Effekt wie die Preisdiskriminierung aufweist und andererseits anhand der besseren Koordination aller Plattformseiten einen Effizienzgewinn zur Folge hat.¹⁵²⁵

797

In der digitalen Wirtschaft sind ausserdem die Skaleneffekte ein wichtiger Faktor. Ist dem Standpunkt der Chicago School zu folgen, lassen sich aus diesen Skaleneffekten grössere Effizienzgewinne ableiten, die eine wettbewerbsfördernde Wirkung der Kopplung darstellen.¹⁵²⁶ In diesem Zusammenhang sind insbesondere die niedrigen Grenzkosten in der digitalen Wirtschaft von Bedeutung, da die Kosten für den Vertrieb eines zusätzlichen Gutes oder einer zusätzlichen Dienstleistung für das Unternehmen in Richtung null gehen, aber dies potenziell einen Kostenvorteil bringt und für die Konsumierenden einen hohen Mehrwert darstellt. Dies erhöht die Attraktivität des Gutes (in der Regel einer Plattform) und die Nachfrage steigt. Die hohen Fixkosten und niedrigen

798

¹⁵²³ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 933 ff.

¹⁵²⁴ Vgl. Kapitel [B.1.1.c](#).

¹⁵²⁵ AMELIO/JULLIEN, IJIO 2012, 437 («tying may enhance efficiency by inducing better coordination between the various sides»), ferner 444.

¹⁵²⁶ Vgl. Kapitel [E.1.2.b](#).

Grenzkosten werden deshalb auch als Rechtfertigungsgrund für die Kopplungspraktiken angegeben, um die hohen Investitionskosten wiedergewinnen zu können.¹⁵²⁷ Folgt man den Ausführungen von NALEBUFF, wird der potenziellen Konkurrenz die Generierung dieser Skaleneffekte von Beginn an vorzuenthalten, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen den noch nicht beherrschten Markt verschliessen kann. Als besonders guter Sektor für Kopplungspraktiken nennt NALEBUFF dabei den Softwaresektor, weil die Grenzkosten in diesem Sektor sehr niedrig sind (bzw. gemäss NALEBUFF «zero»¹⁵²⁸). Gemäss NALEBUFF sind Kopplungsgeschäfte weniger attraktiv, je höher die Grenzkosten sind.¹⁵²⁹ Diese Bemerkungen zum Softwaresektor lassen sich grundsätzlich gleichermassen auf die Märkte der digitalen Wirtschaft übertragen. In der Digitalökonomie fallen die Durchschnittskosten für eine Leistungseinheit mit zunehmender Leistungseinheitsmenge.¹⁵³⁰ Aufgrund dieser Durchschnittskostendegression treten ähnliche Wirkungen auf wie sie NALEBUFF für den Softwaresektor erwähnt.¹⁵³¹ Da die Grenzkosten in der digitalen Wirtschaft sehr niedrig sind, besteht eine grössere Gefahr für wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Kopplungsgeschäfte.

799 Ein ähnlicher Vergleich lässt sich aus den Ergebnissen von CARLTON/WALDMAN ableiten: In ihrem Aufsatz haben die Autoren gezeigt, dass marktbeherrschende Unternehmen in Industrien, die einem raschen Wandel unterliegen und in denen Netzwerkeffekte eine wichtige Rolle spielen, Kopplungspraktiken anwenden können, um ihre Marktstellung beizubehalten.¹⁵³² Da der schnelle Wandel des Sektors und das Vorliegen von Netzwerkeffekten auch wichtige Merkmale der digitalen Wirtschaft darstellen, liegt es nahe, dieselben Ergebnisse ebenfalls auf die Plattformökonomie anzuwenden.

800 In der Digitalökonomie sind zudem die vorinstallierten Applikationen als zusätzliche Marktzutrittschranken zu erachten, da die Unternehmen durch Vorinstallation nicht nur automatisch eine grosse Nutzeranzahl erreichen, sondern dadurch auch mehr von den Skaleneffekten profitieren und zur Optimierung ihrer Dienstleistungen beitragen. Dabei ist ebenfalls die fehlende In-

¹⁵²⁷ PATTERSON, 40 f.; vgl. ferner WU/PHILIPSEN, J. Comp. L. & Econ. 2023, 107. Allerdings hat die Europäische Kommission das Argument der Einnahmengenerierung für die Fortentwicklung der Güter abgelehnt vgl. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 933 ff.

¹⁵²⁸ NALEBUFF, QJE 2004, 162.

¹⁵²⁹ Vgl. Kapitel [E.1.2.c](#); vgl. auch NALEBUFF, QJE 2004, 159 ff., insb. 162.

¹⁵³⁰ Vgl. Kapitel [B.1.2](#).

¹⁵³¹ NALEBUFF, QJE 2004, 162.

¹⁵³² CARLTON/WALDMAN, RAND J. Econ. 2002, 205 ff. und 215 f.

teroperabilität in der digitalen Wirtschaft zu beachten, wodurch die Wirkungen der Vorinstallation verstärkt werden. Dazu ist auf die Erkenntnisse von GENAKOS/KÜHN/VAN REENEN zu verweisen, wonach fehlende Interoperabilität ebenfalls als Marktzutrittsschranke zu werten ist.¹⁵³³

Darüber hinaus bieten die Winner-Takes-All-Märkte¹⁵³⁴ den marktbeherrschenden Unternehmen einen grösseren Anreiz, ihre Marktstellung mit Kopplungen zu stärken. Obwohl die digitale Wirtschaft schnellem Wandel unterliegt und neue technologische Entwicklungen den Winner-Takes-All-Märkten potenziell entgegenwirken, können die Unternehmen mittels Kopplungsgeschäften diese Gefahr minimieren. Schaffen es die marktbeherrschenden Unternehmen, mit der Kopplung hohe Markteintrittsschranken zu begründen¹⁵³⁵ und die Anreize für Innovation sowie Forschung und Entwicklung zu verringern,¹⁵³⁶ können sie ihre Stellung auf dem Markt verfestigen und so auch dem Risiko, ihre Marktmacht zu verlieren, entgegenwirken.

801

Die Charakteristika der Märkte der digitalen Wirtschaft sind folglich sowohl in der Argumentation der Chicago School als auch in jener der Post-Chicago Economics oft ausschlaggebender Bestandteil. Bei entsprechender Anwendung dieser Argumente in der Digitalwirtschaft klaffen die Ergebnisse beider Ansichten noch weiter auseinander, als dies für die traditionellen Märkte der Fall war. Dies gilt es nachfolgend im Rahmen des Missbrauchsmerkmals der Eignung, den Wettbewerb zu beschränken, einzuordnen.

802

¹⁵³³ Zur Bedeutung der fehlenden Interoperabilität in der digitalen Wirtschaft vgl. Kapitel [D.III.1.c](#)); vgl. ferner ACCC, Interim report, 85.

¹⁵³⁴ Vgl. Kapitel [D.III.1.c](#)).

¹⁵³⁵ Vgl. Kapitel [E.1.2.c](#)), insb. [Rn. 704 f.](#)

¹⁵³⁶ Vgl. Kapitel [E.1.2.c](#)), insb. [Rn. 706 f.](#)

III. Tatbestandsmerkmale

803 Nachfolgend sind die Tatbestandsmerkmale der Kopplungsgeschäfte im Einzelnen zu untersuchen und ihre Besonderheiten in Bezug auf die digitale Wirtschaft zu berücksichtigen. Dies erfordert zunächst einleitende Bemerkungen, namentlich betreffend die Bedeutung der marktbeherrschenden Stellung, die gemäss den Behörden in der Regel als erstes Tatbestandselement der Kopplung zu betrachten ist (1.). Danach ist näher auf das Missbrauchsmerkmal der separaten Güter einzugehen (2.). Anschliessend wird das Element der fehlenden Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden näher beleuchtet (3.), bevor die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung in der digitalen Wirtschaft analysiert wird (4.). Schliesslich werden auch potenzielle Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Digitalökonomie erörtert (5.).

1. Einleitende Bemerkungen

804 In der digitalen Wirtschaft weisen die Kopplungspraktiken im Vergleich zu den Kopplungen in der traditionellen Wirtschaft eine Besonderheit auf: Die Unternehmen zielen in der Regel nicht mehr darauf ab, zwei oder mehr physische Güter miteinander zu koppeln, sondern beabsichtigen (i) ihre Plattformen und die damit zusammenhängenden Dienstleistungen mit physischen Gütern zu koppeln, (ii) ihre Plattformen in Bezug auf eine plattformübergreifende Erweiterung mit einer anderen Plattform und den damit zusammenhängenden Dienstleistungen zu verbinden oder (iii) neue Funktionen und Dienstleistungen in die bereits bestehende Plattform zu integrieren (plattforminterne Erweiterung). Der Übergang von den Plattformerweiterungspraktiken zu einem Kopplungsgeschäft ist fließend und lässt sich nicht an einem spezifischen Punkt ausmachen; es ist vielmehr eine Einzelfallanalyse erforderlich, um zu bestimmen, ob eine Kopplung vorliegt. Diese Plattformerweiterungspraktiken im Rahmen der Kopplungsgeschäfte führen zu besonderen Konstellationen für die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung, welche nachfolgend zu erörtern sind.

a) Plattformerweiterungspraktiken

805 Dieses Kapitel untersucht die plattformübergreifende, die plattforminterne und die hybride Expansionsmöglichkeit, bei der ein Unternehmen seine Platt-

formen durch die Kopplung an den Verkauf von physischen Gütern vergrößern kann. Diese Praktiken stehen allesamt in einem engen Zusammenhang mit potenziellen Kopplungsgeschäften und hängen davon ab, welche grundlegende Strategie das digitale Ökosystem¹⁵³⁷ verfolgt.

aa) **Plattformerweiterungen mit Hilfe von physischen Produkten**

Die hybride Plattformerweiterungsmöglichkeit lässt sich zwischen der traditionellen und digitalen Wirtschaft einordnen, da sie Aspekte beider Bereiche kombiniert (physische Güter der traditionellen Wirtschaft und die Plattform der digitalen Wirtschaft). Im Vergleich zu den nachfolgend zu untersuchenden Expansionsmöglichkeiten bereitet dieser hybride Weg für die Untersuchung der Kopplungsgeschäfte weniger Probleme. Als Beispiel für dieses Vorgehen dient das Ökosystem von Apple. Hierzu dient der Geschäftsbericht als Veranschaulichung, denn Apple verzeichnet einen stetigen Anstieg beim Umsatz seiner Dienstleistungen (im Geschäftsbericht bezeichnet als «services»). Die Dienstleistungen stellten neben den iPods und dem Zubehör im ersten Quartal des Jahres 2013 noch den kleinsten Teil des Umsatzes dar, sind aber inzwischen nach den iPhones die grösste Sparte des Umsatzes.¹⁵³⁸ Eine entscheidende Rolle bei diesem Aufschwung spielt die enge Integration der Dienstleistungen in die Benutzung der Hardware. Während im Jahre 2013 die Musikapplikation iTunes und der App Store den grössten Teil des Umsatzes bei den Dienstleistungen ausmachten, weisen heute alle Apple-Produkte (bzw. Hardware von Apple) stark eingeschränkte Funktionen auf, wenn die Nutzenden auf die Erstellung eines iCloud-Accounts verzichten. Hinzu kommt, dass die iTunes-App grösstenteils von Apple Music, einem Dienst mit monatlichem oder jährlichem Abonnement, abgelöst wurde und die Fitness-App bereits vorinstalliert zur Verfügung steht. Darüber hinaus werden mit Apple News und Apple TV weitere Abonnementdienste mittels Vorinstallation angeboten, wodurch mit einem Nudging seitens Apple die

806

¹⁵³⁷ Zur Darstellung von unterschiedlichen Strategien von digitalen Ökosystemen vgl. Kapitel [B.I.5.c\)cc](#).

¹⁵³⁸ Vgl. Apple, Apple Reports Record Results, 23.01.2013, abrufbar unter <https://www.apple.com/newsroom/2013/01/23Apple-Reports-Record-Results/> mit dem Geschäftsbericht des ersten Quartals von 2013 (abrufbar unter <https://www.apple.com/newsroom/pdfs/q1fy13datasum.pdf>) und Apple, Apple reports first-quarter results, 02.02.2023, abrufbar unter <https://www.apple.com/au/newsroom/2023/02/apple-reports-first-quarter-results/> mit dem Geschäftsbericht des ersten Quartals von 2023 (abrufbar unter https://www.apple.com/newsroom/pdfs/FY23_Q1_Consolidated_Financial_Statements.pdf).

Verwendung der Dienstleistungen des eigenen Ökosystems favorisiert wird.¹⁵³⁹ Dabei profitiert das Unternehmen von der grossen Nutzerbasis der iPhones, aber auch der Apple Watches, der iPads sowie der Macs.

bb) Plattforminterne Erweiterungen

- 807 Eine weitere Taktik ist die plattforminterne Erweiterung (engl. «on-platform extension»).1540 Bei dieser Taktik integriert das Unternehmen im Rahmen seiner Plattformerweiterung eine neue Dienstleistung in die bereits bestehende Plattform; den Nutzenden steht diese neue Dienstleistung ohne weiteren Aufwand innerhalb der Plattform bereits zur Verfügung. Das Hinzufügen einer neuen Funktion kann einerseits dazu führen, dass neue Nutzende Interesse an der Plattform zeigen und so die Netzwerkeffekte noch stärker wirken. Andererseits vermag die plattforminterne Erweiterung auch eine andere Art der Interaktion zu ermöglichen, wie beispielsweise die Bereitstellung von neuen Werbeflächen. Letztere Variante zielt nicht darauf ab, die Nutzerbasis zu vergrössern, sondern dient insbesondere der Generierung von mehr Einnahmen für die Plattform.¹⁵⁴¹
- 808 Als Beispiel von plattforminternen Erweiterungen sind Instagram Reels und YouTube Shorts zu erwähnen. Nach dem rasanten Aufstieg der Kurzvideoplattform TikTok¹⁵⁴² haben sowohl Instagram als auch YouTube mit einer eigenen Kurzvideofunktion reagiert.¹⁵⁴³ Beide Unternehmen haben sich entschlossen, die neue Funktion in die bereits bestehende Plattform zu integrieren, sodass die Nutzenden ohne zusätzlichen Aufwand direkten Zugriff auf den neuen Dienst haben. Dabei waren sie in der Lage, auf ihre schon bestehende Nutzerbasis zurückzugreifen und als ernstzunehmende Konkurrenz aufzutreten.

¹⁵³⁹ Zu den Implikationen der Vorinstallation vgl. Kapitel [E.III.3.a](#)), insb. Kapitel [E.III.3.a\)bb](#)) und Kapitel [E.III.3.a\)dd](#)). Ähnlich argumentiert auch in US District Court D.N.J., *United States of America et al. v. Apple*, Case 2:24-cv-04055, Rn. 57.

¹⁵⁴⁰ Für den englischen Begriff vgl. MANDRESCU, CLSR 2021, 8 f.

¹⁵⁴¹ Zum Thema der Plattformerweiterung als Strategie im Allgemeinen vgl. STAYKOVA/DAMSGAARD, ECIS 2016 Proceedings, 1ff.; vgl. hierzu ferner ebenfalls MANDRESCU, CLSR 2021, 8 f.

¹⁵⁴² Im Jahre 2020 zählte die Plattform 100 Mio. Nutzende in Europa vgl. WATERWORTH RICH, Danke für 100 Millionen Nutzer*innen in Europa, 14.09.2020, abrufbar unter <https://newsroom.tiktok.com/de-de/danke-fuer-100-millionen-nutzer-in-europa>.

¹⁵⁴³ SHERMAN TODD, One year of YouTube Shorts – what we've learned so far, 16.10.2021, abrufbar unter <https://blog.youtube/news-and-events/one-year-of-youtube-shorts-what-weve-learned-so-far/>; Instagram, Introducing Instagram Reels, 05.08.2020, abrufbar unter <https://about.instagram.com/blog/announcements/introducing-instagram-reels-announcement>.

Plattforminterne Erweiterungen weisen für die Behandlung der Kopplungsgeschäfte eine zusätzliche Herausforderung auf, da die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Funktionen schwerfällt, also die Behörden bei der Feststellung von separaten Gütern mit zusätzlichen Komplikationen konfrontiert sind. Zudem stehen die Funktionen bei plattforminternen Erweiterungen den Nutzenden sofort zur Verfügung, was dazu führt, dass die Plattformen ihre Nutzerbasis direkt zur Verwendung der Erweiterung bewegen können, um von zusätzlichen Netzwerkeffekten zu profitieren; im Vergleich zur plattformübergreifenden Erweiterung erfordert die plattforminterne Erweiterung von den Nutzenden einen sehr geringen Aufwand. Allerdings unterscheidet sich dabei das Zwangselement seitens der Plattform, denn im Extremfall vermag sie die Verwendung der ursprünglichen Funktionen der Plattform von der Benutzung der neuen Erweiterung abhängig zu machen – in diesem Fall hätten die Nutzenden keine Auswahlmöglichkeit. Auf der anderen Seite könnte sich die Plattform auch dazu entscheiden, die Nutzenden bloss durch Nudging zum Gebrauch der neuen Funktion zu bewegen, was dazu führt, dass das Zwangselement potenziell nicht erfüllt ist.¹⁵⁴⁴ Ausserdem kann dieses Leveraging der Nutzerbasis geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken, da die zusätzlichen Netzwerkeffekte zu einer zusätzlichen Beteiligung der Nutzenden auf der Plattform zu führen vermag.

cc) Plattformübergreifende Erweiterungen

Neben der plattforminternen Erweiterung ist auch eine plattformübergreifende Erweiterung der Dienste möglich (engl. «cross-platform extension»¹⁵⁴⁵). In dieser Konstellation integriert das Unternehmen eine neue Funktion nicht in die bereits bestehende Plattform, sondern bringt eine neue Plattform auf den Markt. Bei dieser Herangehensweise profitiert das Unternehmen ebenfalls von der bereits bestehenden, grossen Nutzerbasis und erleichtert ihr den Zugang zur neuen Plattform, beispielsweise durch einfache Anmeldeverfahren, indem bereits bestehende Accounts für den Login benutzt werden können. Dadurch kann das Unternehmen seine Nutzerbasis verwenden, um die erforderliche, kritische Masse zu erreichen. Mit dieser neuen Plattform ist es sodann möglich, in neue Märkte einzudringen.¹⁵⁴⁶

¹⁵⁴⁴ Dasselbe Ergebnis findet sich anhand eines Beispiels mit der Plattform Expedia auch in MANDRESCU, CLSR 2021, 9 f.; vgl. allerdings Kapitel [E.III.3](#), wonach bereits das Nudging das Tatbestandsmerkmal erfüllt.

¹⁵⁴⁵ Für den englischen Begriff vgl. MANDRESCU, CLSR 2021, 8 f.

¹⁵⁴⁶ Zum Thema der Plattformerweiterung als Strategie im Allgemeinen vgl. STAYKOVA/DAMSGAARD, ECIS 2016 Proceedings, 1 ff.; vgl. hierzu ferner ebenfalls MANDRESCU, CLSR 2021, 8.

- 811 Als Beispiel für die plattformübergreifende Erweiterung eignet sich ein Blick auf das Ökosystem von Alphabet bzw. Google. Das Unternehmen hat als Suchmaschine begonnen und schrittweise seine Plattformen erweitert, zunächst mit der Einführung von Gmail, dann u.a. Google Maps, Android, Google Docs (heute Google Drive), YouTube und Google Chrome. Diese verschiedenen Plattformen wurden nicht in die Suchmaschine integriert, sondern um die Google-Suchmaschine herum lanciert. So konnte beispielsweise Gmail als Bindeglied eine nahtlose Anmeldung bei den verschiedenen Plattformen ermöglichen und dadurch die bestehende Nutzerbasis mit verhältnismässig kleinem Aufwand zur Verwendung der neuen Plattformen bewegen. Folglich können die Unternehmen auch bei der plattformübergreifenden Erweiterung die Nutzerbasis und die damit zusammenhängenden Netzwerkeffekte zum Vorteil nutzen, um auf einem neuen Markt auftreten zu können.
- 812 Die Ermittlung der separaten Güter¹⁵⁴⁷ erweist sich bei der plattformübergreifenden Erweiterung grundsätzlich einfacher als bei der plattforminternen Erweiterung, da eine neue Plattform entsteht. Trotzdem sind solche Plattformerweiterungen keine einfache Angelegenheit für die Behörden. Während hier die Unternehmen die Verwendung einer Plattform potenziell nicht direkt von der Verwendung einer anderen Plattform abhängig machen, entstehen auch bei der plattformübergreifenden Erweiterung Anreize, mit Nudging-Taktiken die Nutzenden zur Verwendung der neuen Plattform zu bewegen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es durch das Leveraging der Nutzerbasis nicht zu einer Verdrängung der Konkurrenz auf dem neu eingedrungenen Markt kommt. Im Ergebnis kann eine plattformübergreifende Erweiterung die potenzielle Konkurrenz aufgrund zu hoher Marktzutrittsschranken ebenfalls vom Markteintritt abhalten. Diese Fragen gilt es nachfolgend im Rahmen der einzelnen Tatbestandselemente zu prüfen.

b) Marktbeherrschende Stellung

- 813 Die Marktbeherrschung bzw. die relative Marktmacht ist sowohl in der Europäischen Union als auch in der Schweiz eine Voraussetzung der Missbrauchskontrolle; die Behörden prüfen die marktbeherrschende Stellung regelmässig als erstes Tatbestandsmerkmal. Für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung ist auf das vorangehende Kapitel zu verwiesen.¹⁵⁴⁸ Nachfolgend sind zusätzliche Bemerkungen im Kontext des Kopplungstatbestands geboten.

¹⁵⁴⁷ Vgl. Kapitel [E.III.2.](#)

¹⁵⁴⁸ Vgl. Kapitel [D.](#)

aa) Grundlagen

Die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung erfolgt in den Fällen der Kopplung («Tying») und der Bündelung («Bundling») unterschiedlich. Beim Tying setzt der Tatbestand eine marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt voraus; es ist keine Marktbeherrschung auf dem gekoppelten Markt notwendig, sie kann aber ebenfalls vorliegen.¹⁵⁴⁹ Beim Bundling ist eine marktbeherrschende Stellung auf irgendeinem der betroffenen Märkte erforderlich.¹⁵⁵⁰ Hat das Unternehmen auf verschiedenen Märkten eine beherrschende Stellung inne, so ist im Hinblick auf jede Konstellation von koppelndem und gekoppeltem Gut zu prüfen, ob der Kopplungstatbestand erfüllt ist.¹⁵⁵¹

Die Marktbeherrschung ist grundsätzlich auch aus wirtschaftlicher Sicht Voraussetzung für eine erfolgreiche Umsetzung der Kopplungsstrategie.¹⁵⁵² Ohne die Beherrschung dürfte das Unternehmen nicht in der Lage sein, den für diesen Tatbestand erforderlichen Zwang (bzw. die fehlende Auswahlmöglichkeit für die Konsumierenden) zu erzeugen.¹⁵⁵³ Da der Wettbewerb aufgrund der Hebelwirkung¹⁵⁵⁴ auf dem anderen Markt verfälscht wird, ist irrelevant, ob das Kopplungsgeschäft zum intendierten Ergebnis führt.¹⁵⁵⁵ Das Unternehmen muss nicht die beherrschende Stellung für die Kopplung ausnutzen; für die Missbrauchstatbestände genügt es, wenn eine Marktbeherrschung vorliegt.¹⁵⁵⁶ Aus schweizerischer Sicht genügt in diesem Zusammenhang jeweils die relative Marktmacht zur Erfüllung dieses Tatbestandselements. Die Gerichte ha-

¹⁵⁴⁹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 50, insb. Fn. 3; O'DONOGHUE/PADILLA, 718; Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1295 m.w.H.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 719

¹⁵⁵⁰ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 50, insb. Fn. 3, wobei der deutsche Text durch die Bündelung «betroffenen» Märkten ausgeht, die englische Fassung von «bundled» Märkten spricht; O'DONOGHUE/PADILLA, 718; Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1295 m.w.H.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 719.

¹⁵⁵¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 719; Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1296.

¹⁵⁵² MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 621; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUUV, Rn. 278; GOYDER/ALBORS-LLORENS, 364; so auch MOTTA, 467 f.

¹⁵⁵³ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 621.

¹⁵⁵⁴ Bei der Kopplung die Marktbeherrschung auf dem Kopplungsmarkt; bei der Bündelung die Marktbeherrschung auf irgendeinem betroffenen Markt.

¹⁵⁵⁵ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 621.

¹⁵⁵⁶ Vgl. Kapitel [E.I.3.c](#); vgl. ferner auch JONES/SUFRIN/DUNNE, 402 mit Verweis auf die besondere Verantwortung der Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung und Erwähnung des Urteils des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, insb. Rn. 26 f.

ben in diesen Fällen zu prüfen, ob die Kopplungspraktiken des relativ markt-mächtigen Unternehmens im konkreten Einzelfall geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

bb) Digitale Wirtschaft im Besonderen

- 816 Nachfolgend sind gewisse Besonderheiten in Bezug auf die plattforminternen und plattformübergreifenden Erweiterungen zu klären.
- 817 Liegt eine plattforminterne Erweiterung vor, müssen die Behörden die marktbeherrschende Stellung bzgl. der untersuchten Funktion darlegen. Dieses Vorgehen hängt davon ab, ob zuvor ein einziger Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte abgegrenzt wurden. Nach der hier vorgeschlagenen Methode der Marktdefinition ist es bei plattforminterner Integration neuer Funktionen möglich, separate Märkte abzugrenzen, da auf die einzelnen Dienstleistungen abgestellt wird.¹⁵⁵⁷ Obwohl also die zu untersuchenden Funktionen innerhalb derselben Plattform aufrufbar und benutzbar sind, ist es möglich, unterschiedliche Märkte und separate Güter festzustellen.¹⁵⁵⁸ Falls die Behörden separate Einzelmärkte abgegrenzt haben, ist beim Tying der Kopplungsmarkt auszumachen und zu untersuchen, ob das Unternehmen dort eine beherrschende Stellung einnimmt; in einem zweiten Schritt könnte die Marktabgrenzung auch für die Ermittlung von separaten Gütern bedeutend sein. Bei der Bündelung ist dieser Nachweis verhältnismässig einfacher als bei der Koppelung, da die Behörden die Marktbeherrschung auf irgendeinem der betroffenen Märkte darlegen müssen. Liegt ein einziger Gesamtmarkt vor, stellt sich die Frage, ob überhaupt separate Güter vorliegen können.¹⁵⁵⁹
- 818 Bei der plattformübergreifenden Erweiterung liegt der Schwerpunkt der Untersuchungen auf zwei separaten Plattformen, also ist die Ermittlung von separaten Gütern einfacher. Im Hinblick auf die Marktbeherrschung ist weiterhin zu untersuchen, ob einzelne Funktionen beider Plattformen separate Märkte darstellen. Es ist also möglich, dass ein Unternehmen hinsichtlich einer spezifischen Dienstleistung eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und so dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt.
- 819 In der Situation der Kopplung physischer Güter an digitale Plattformen (und umgekehrt) haben die Behörden in Fällen des Tying entweder eine Marktbeherrschung auf dem Markt der physischen Güter oder der digitalen Plattform

¹⁵⁵⁷ Vgl. im Detail Kapitel [C.III.3.e](#).

¹⁵⁵⁸ Vgl. zur Ermittlung von separaten Gütern im Detail Kapitel [E.III.2](#).

¹⁵⁵⁹ Vgl. hierzu im Detail Kapitel [E.III.2](#).

nachzuweisen. Welcher Markt betroffen ist, hängt davon ab, welches das kopelnde und welches das gekoppelte Gut darstellt. Bei der Bündelung reicht der Nachweis der marktbeherrschenden Stellung auf irgendeinem dieser Märkte aus. In beiden Konstellationen sind bei der Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung der digitalen Plattform die Besonderheiten der digitalen Wirtschaft zu beachten.¹⁵⁶⁰ Hier ist es ebenfalls möglich, dass die Behörde bei der Plattform einen separaten Markt für bestimmte Dienstleistungen definiert hat und das Unternehmen seine beherrschende Stellung in diesem Markt ausnutzt, um Kopplungspraktiken anzuwenden.

Die Marktabgrenzung von Ökosystemen nach den unterschiedlichen Ebenen ist im Kontext der Kopplungsgeschäfte entscheidend. Falls der Meinung zu folgen ist, wonach sich die digitalen Ökosysteme in jedem Fall im selben relevanten Markt befinden, dürfte es kaum möglich sein, zwischen dem Kopplungsmarkt und dem gekoppelten Markt zu unterscheiden und irgendeine marktbeherrschende Stellung zu ermitteln. Sowohl plattforminterne als auch plattformübergreifende Erweiterungen würden in dieser Konstellation jeweils im Rahmen des Ökosystems geschehen. Unterscheiden die Behörden allerdings zwischen den einzelnen Dienstleistungen innerhalb eines Ökosystems, so können sie weiterhin plattforminterne und plattformübergreifende Erweiterungen feststellen und dadurch Kopplungen zwischen diesen Gütern ausfindig machen. In eine ähnliche Richtung geht § 19a Abs. 1 Nr. 1 GWB, wonach bei Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb die marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten darzulegen ist. Dies deutet darauf hin, dass für unzulässige Verhaltensweisen die Tätigkeit auf verschiedenen Märkten berücksichtigt wird.

820

Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof in Sachen *Tetra Pak* einen für die Plattformökonomie wichtigen Sonderfall beurteilt.¹⁵⁶¹ In diesem Sachverhalt lagen ebenfalls verschiedene, aber verbundene Märkte vor. Es stellte sich die Frage, ob sich das unzulässige Verhalten auf dem beherrschten Markt auswirken muss oder ob es genügt, wenn diese Auswirkungen auf dem nicht beherrschten Markt festgestellt werden.¹⁵⁶² Das Gericht der Europäischen Union befand, dass aufgrund der Verbindung der Märkte, der hohen Marktanteile und der damit zusammenhängenden Indizwirkungen für die Marktbeherr-

821

¹⁵⁶⁰ Vgl. hierzu im Detail Kapitel [D](#).

¹⁵⁶¹ Urteil des EuGH, Rs. C-333/94 P vom 14.11.1996, *Tetra Pak/Kommission*. Das Bundesverwaltungsgericht hat gestützt auf dieses Urteil ebenfalls einen ähnlichen Sonderfall beurteilt vgl. Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1355 ff.

¹⁵⁶² Urteil des EuGH, Rs. C-333/94 P vom 14.11.1996, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 27.

schung sowie der Kundenüberlappung eine besondere Behandlung des Sachverhalts angemessen sei. Folglich genügte es in diesem Fall, dass die Behörden die marktbeherrschende Stellung auf einem der untersuchten Märkte feststellten; es war nicht zwingend erforderlich, dass die unzulässige Verhaltensweise von dem beherrschten Markt ausging.¹⁵⁶³

822 Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch auf die digitale Wirtschaft übertragbar, da bereits bei der Marktabgrenzung und der Ermittlung der beherrschenden Stellung die unterschiedlichen Marktseiten zu berücksichtigen sind.¹⁵⁶⁴ In der Plattformökonomie hat die Vergangenheit zwar gezeigt, dass die unzulässige Verhaltensweise von dem Markt mit beherrschender Stellung ausgeht, da die Unternehmen grundsätzlich eine neue Plattform in einen nicht beherrschten Markt einführen wollen. Trotzdem ist der Sonderfall in Sachen *Tetra Pak* eine vorstellbare Herangehensweise, weshalb dieser mindestens zu berücksichtigen ist.

823 Dass in der Digitalökonomie aufgrund der Netzwerkeffekte eng verbundene Märkte vorliegen, ist grundsätzlich unbestritten – unabhängig davon, ob separate Einzelmärkte abgetrennt oder verschiedene Dienstleistungen eines digitalen Ökosystems untersucht werden.¹⁵⁶⁵ Ausserdem wenden die Unternehmen regelmässig Kopplungspraktiken an, um eine grössere Kundenüberlappung zu erreichen. Anders als in der Vergangenheit hebeln die Unternehmen nicht mehr ihre Preisbestimmungsmacht,¹⁵⁶⁶ sondern vielmehr ihre Nutzerbasis. In der digitalen Wirtschaft ist diese Nutzerbasis der wichtigste Bestandteil aller Plattformen. Die bereits bestehende Kundenüberlappung soll mit der Kopplung grundsätzlich vergrössert werden, um die Netzwerkeffekte besser ausnutzen zu können und die Datenverarbeitung zu erleichtern. Die Behörden müssen diese Kundenüberlappung im Einzelfall nachweisen. Zudem stellt sich die Frage der hohen Marktanteile, die in der Plattformökonomie bloss eine untergeordnete Rolle spielen.¹⁵⁶⁷ Ob es sich allerdings bei den hohen Marktanteilen um eine zwingende Voraussetzung für diesen Sonderfall handelt, lässt sich diskutieren.

¹⁵⁶³ Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 118 ff., insb. Rn. 122; bestätigt in Urteil des EuGH, Rs. C-333/94 P vom 14.11.1996, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 28.

¹⁵⁶⁴ Vgl. Kapitel [C.II.2.b](#)), Kapitel [C.III.3.b](#)) und Kapitel [D](#).

¹⁵⁶⁵ Vgl. z.B. Kapitel [C.II.2.b](#)) und Kapitel [C.V](#).

¹⁵⁶⁶ Die Unternehmen hebeln im Rahmen der «leverage theory» ihre Marktmacht. Die Marktmacht wiederum lässt sich über die Preisbestimmungsmacht definieren. Sie ist in der traditionellen Wirtschaft das ausschlaggebende Merkmal für die Marktbeherrschung vgl. Kapitel [D.II.1](#). In der digitalen Wirtschaft verliert die Preisbestimmungsmacht allerdings an Bedeutung vgl. Kapitel [D.II](#).

¹⁵⁶⁷ Vgl. Kapitel [D.III.1.a\)cc](#)).

Schliesslich hat das Kopplungsverbot zum Ziel, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, die u.a. durch den Marktmachttransfer oder durch Markteintrittsschranken entstehen. Liegen eng verbundene Märkte vor, die sich durch Kundenüberlappung auszeichnen, so fällt ein Marktmachttransfer grundsätzlich nicht schwer und kann auch ohne qualifizierte Marktbeherrschung erfolgreich sein. Bereits die Möglichkeit, bei einer Plattform unterschiedliche Märkte definieren zu können, deutet auf eine kaum trennbare Berücksichtigung aller Marktseiten hin; der Missbrauch findet ohnehin auf der Plattform oder innerhalb des Ökosystems statt. Da die Plattformen auf allen Seiten eine enge Verbindung zu den Nutzenden aufweisen und die Märkte äusserst eng verbunden sind, ist das Erfordernis der qualifizierten Marktbeherrschung im hier behandelten Sonderfall in der digitalen Wirtschaft überholt. Darüber hinaus sind die digitalen Ökosysteme in der Lage, ihre Nutzerbasis zur Verwendung von anderen Plattformen innerhalb des Ökosystems zu instruieren und so den Markteintritt durch die Hebelung seiner Marktmacht zu vereinfachen. Solche Praktiken führen aufgrund der Netzwerk- und Skaleneffekte auch ohne erhebliche Marktmacht zu Markteintrittsschranken.

2. Separate Güter

a) Allgemeines

Damit eine wettbewerbswidrige Kopplungspraktik nachgewiesen werden kann, muss ein hinreichend abgetrenntes Gut vorliegen.¹⁵⁶⁸ Die Art der Kopplung kann bereits ein Indiz liefern, ob separate Güter existieren. Bei einer vertraglichen Kopplung verpflichtet sich das Unternehmen dazu, mittels eines Rechtsgeschäfts eine zusätzliche Leistung zu erwerben; es liegt somit nahe, dass es sich um ein separates Gut handelt.¹⁵⁶⁹ Auf der anderen Seite weisen Güter, die schon immer integraler Bestandteil eines Gesamtprodukts waren und nie unabhängig voneinander angeboten wurden, ein Anzeichen von fehlender hinreichender Trennung auf.¹⁵⁷⁰ Problematischer wird es, wenn es sich um eine technische oder technologische Integration von verschiedenen Gütern handelt, welche die Funktionsweise der Güter verbessern.¹⁵⁷¹ Dies ist na-

824

¹⁵⁶⁸ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 622; LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 195; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 280.

¹⁵⁶⁹ O'DONOGHUE/PADILLA, 719; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 622.

¹⁵⁷⁰ O'DONOGHUE/PADILLA, 720.

¹⁵⁷¹ Zur technischen Integration vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 720.

mentlich bei der plattforminternen Erweiterung in der Regel der Fall: Benutzen die Konsumierenden eine Plattform nur aufgrund einer bestimmten Funktion und müssen sie die übrigen, integrierten Dienstleistungen der Plattform angesichts des Plattfordesigns akzeptieren, lässt sich nicht mehr «intuitiv» nachweisen, ob separate Güter vorliegen. Im Sinne der Rechtssicherheit ist deshalb eine methodische Herangehensweise erforderlich, um beurteilen zu können, wann hinreichend getrennte Güter vorliegen.

- 825 In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass die Prüfung für die separaten Güter darauf abzielt, Kopplungen mit offensichtlichen Effizienzgewinnen, die der Steigerung der Konsumentenwohlfaht dienen, kartellrechtlich nicht zu verbieten.¹⁵⁷² Weder aus dem Diskussionspapier der Europäischen Kommission noch aus der Prioritätenmitteilung, der Fallpraxis oder der Botschaft in der Schweiz ist ersichtlich, dass dies das Ziel des Tatbestandsmerkmals der separaten Güter ist.¹⁵⁷³ Folglich sind Argumente, die über die Effizienzvorteile separate Güter zu ermitteln versuchen, abzulehnen.¹⁵⁷⁴ Selbst wenn die Behörden feststellen, dass separate Güter vorliegen, steht es den Unternehmen offen, solche Effizienzgewinne im Rahmen der objektiven Rechtfertigungsgründe nachzuweisen. Ist der ersteren Ansicht zu folgen, dann dürfte es den Unternehmen umso leichter fallen, diesen Nachweis zu bringen, je weniger stark die Güter getrennt sind.

b) Ansätze für die Feststellung von separaten Gütern

- 826 Gemäss der Prioritätenmitteilung der Kommission lassen sich separate Güter anhand der Verbrauchernachfrage ermitteln. Demnach sind zwei Güter hinreichend getrennt, «wenn ohne die Kopplung bzw. Bündelung eine grosse Anzahl von Kunden das Kopplungsprodukt kaufen würde bzw. gekauft hätte, ohne auch das gekoppelte Produkt beim selben Anbieter zu erwerben, so dass jedes der beiden Produkte unabhängig vom anderen hergestellt werden kann».¹⁵⁷⁵ Es wird also darauf abgestellt, ob eine autonome Nachfrage für die Güter besteht; wichtig ist, dass es sich dabei um eine autonome Nachfrage von einer grossen Anzahl von Konsumierenden handelt.¹⁵⁷⁶ Als direkter Beweis gilt der Umstand, dass die Kon-

¹⁵⁷² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 721; ECONOMIDES/LIANOS, Antitrust Law J. 2009, 519.

¹⁵⁷³ So auch O'DONOGHUE/PADILLA, 720.

¹⁵⁷⁴ Solche Argumente finden sich bspw. in MUSIELAK, SPP 2021, 130 f., wonach Konsumentenwohlfaht durch Effizienzsteigerung als Argument für separate Güter dienen soll.

¹⁵⁷⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 51.

¹⁵⁷⁶ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 51 («grosse Anzahl von Kunden das Kopplungsprodukt kaufen würde»; Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, Mi-

sumierenden, wenn sie die Wahl hätten, die Güter von unterschiedlichen Quellen beziehen würden.¹⁵⁷⁷ Das Verbraucherverhalten dient in diesem Zusammenhang als Orientierungshilfe, da der Bezug von Dienstleistungen (z.B. Kartendienst und E-Mail-Dienst) aus verschiedenen Quellen (z.B. Google Maps, Apple Maps, Bing Maps, Yandex Maps und Gmail, Yahoo, Outlook, Yandex Mail) auf eine autonome Nachfrage für diese Dienste deutet. Es ist allerdings möglich, dass die Konsumierenden aufgrund der Kopplung darauf verzichten, die Dienstleistung von verschiedenen Quellen zu beziehen.

In der Praxis hat sich eine marktorientierte Beurteilung entwickelt, also untersuchen die Behörden in der Regel, ob die Güter unterschiedlichen relevanten Märkten angehören; dies ist darauf zurückzuführen, dass auf separaten Märkten ein eigenständiger Bedarf – also eine eigenständige Verbrauchernachfrage – besteht.¹⁵⁷⁸ Mit anderen Worten sind miteinander substituierbare Güter grundsätzlich nicht hinreichend getrennt, da die Konsumierenden diese Güter als zureichend ähnlich und somit austauschbar ansehen. Aus dem Vorliegen von separaten Märkten kann allerdings nicht automatisch auf separate Güter geschlossen werden; es gilt diesen Umstand vielmehr im Rahmen einer Gesamtanalyse zu bewerten. Folglich ist es nicht zwingend erforderlich, dass die beiden Güter zwei getrennten Märkten zugeordnet werden.¹⁵⁷⁹

827

Als indirekter Beweis für separate Güter ist auch der Nachweis möglich, dass eine anbieterseitige Spezialisierung bzgl. der Fertigung oder des Verkaufs eines der Güter besteht und so die abnehmende Seite das gekoppelte Gut unabhängig vom koppelnden Gut erwerben kann.¹⁵⁸⁰ In der digitalen Wirtschaft ge-

828

crosoft/Kommission, Rn. 917 («the distinctness of products [...] has to be assessed by reference to customer demand.»); O'DONOGHUE/PADILLA, 720.

¹⁵⁷⁷ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 51.

¹⁵⁷⁸ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 917 ff.; EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 800 ff.; ferner auch Urteil des EuGH, Rs. 193/83 vom 25.02.1986, *Windsurfing International/Kommission*, Rn. 11 ff.; Urteil des BVerfG 2C_596/2019 vom 02.11.2022, E. 8.4; Urteil des BVerfG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1313; Urteil des BVerfG B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 255; RPW 2021/4 – *TV-/Radiovermarktung*, 821 f., Rn. 113; RPW 2011/1 – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, 183, Rn. 514; RPW 2008/3 – *Publikation von Arzneimittelinformationen*, 404, Rn. 196; vgl. ferner auch die Literatur hierzu: MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 622; Komm. EU-KartellR-BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, Art. 102 AEUV, Rn. 56; LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 195; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 281; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.713; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 725.

¹⁵⁷⁹ Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 185.

¹⁵⁸⁰ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 51; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102, Rn. 622; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 281; WEBER/

winnt dieser indirekte Beweis an Bedeutung, da sich die Unternehmen sowohl für die Fertigung als auch für den Verkauf ihrer Güter auf unterschiedlichen Plattformen spezialisieren. Dies lässt sich mit dem spezialisierten Angebot und damit zusammenhängend der spezialisierten Entwicklung von Applikationen für unterschiedliche Geräte und Betriebssysteme verdeutlichen. Google bietet beispielsweise sowohl seine Google-Apps (bzw. Google Search) als auch Google Chrome im App Store für iPhones und iPads an. Darüber hinaus sind diese Apps im Play Store separat erhältlich. Das Unternehmen ist also dafür eingerichtet, diese Anwendungen auf unterschiedlichen Plattformen anzubieten.

- 829 Bei der anbieterseitigen Betrachtungsweise wird kritisiert, dass sie zu unangemessenen Ergebnissen führt, wie z.B. der Feststellung, dass Schnürsenkel und Schuhe als separate Güter anzusehen sind.¹⁵⁸¹ Um bei der technologischen Integration die anbieterseitige Spezialisierung weiterhin als Merkmal heranziehen zu können, ist deshalb vielmehr auf die funktionale Zusammensetzung der Güter zu schauen. Kann das koppelnde Gut (z.B. der Schuh oder das Betriebssystem) ohne das koppelnde Gut (z.B. Schnürsenkel oder Media Player) weiterhin seine Kernfunktion ausführen, dürfte es sich nicht um ein einheitliches Gut handeln. Im Ergebnis ist weiterhin zu berücksichtigen, ob eine unabhängige Nachfrage für das koppelnde und gekoppelte Gut existiert. Gemäss Prioritätenmitteilung braucht es dabei eine Nachfrage einer grossen Anzahl von Konsumierenden.¹⁵⁸²

c) Pflicht zur Gesamtanalyse

- 830 Für die Ermittlung von separaten Gütern gibt es nicht ein entscheidendes Merkmal. Es ist vielmehr eine Gesamtanalyse erforderlich.

VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.713; vgl. auch Praxis der WEKO: RPW 2021/4 – TV-/Radiovermarktung, 821 f., Rn. 113; RPW 2011/1 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), 183, Rn. 514; vgl. ferner LIANOS/MOTCHENKOVA, J. Comp. L. & Econ. 2013, 439, wonach das Vorhandensein einer erheblichen Anzahl Unternehmen in der spezialisierten Suche darauf deutet, dass spezialisierte Suche und allgemeine Suche separate Produkte sind.

¹⁵⁸¹ O'DONOGHUE/PADILLA, 723 f.; ähnlich ebenfalls BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 725 m.w.V.

¹⁵⁸² Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 50; vgl. ferner mit Bezug auf die unabhängige Nachfrage des koppelnden und gekoppelten Gutes, BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 725.

In Bezug auf die digitale Wirtschaft stellt sich bei den Plattformen beispielsweise regelmässig die Frage, ob die Behörden einen Gesamtmarkt oder separate Einzelmärkte abgegrenzt haben. Dabei dürfte die Aussage der Kommission, wonach die Separierung von Gütern anhand der Verbrauchernachfrage zu bestimmen ist, die Bedeutung der Marktabgrenzung im Hinblick auf die hinreichende Trennung der Güter bekräftigt haben.¹⁵⁸³ Falls separate Einzelmärkte existieren, liegt die Annahme nahe, dass es sich auch um separate Güter handelt. Dies lässt sich auf die Trennung der Marktseiten und der von ihnen ausgehenden Netzwerkeffekte zurückführen. Bei einseitigen Netzwerkeffekten hat die grosse Anzahl der Nutzenden einer Marktseite kein Interesse, mit der anderen Marktseite in Kontakt zu treten. Dies deutet darauf hin, dass beide Marktseiten unterschiedlichen Bedarf haben und unterschiedliche Dienstleistungen nachfragen. Grenzen die Behörden hingegen einen Gesamtmarkt ab, liegt es nahe, von einheitlichem Bedarf und einheitlichen Gütern auszugehen.

831

In der Digitalökonomie haben sich unterschiedliche Plattformen aufgrund der grossen Anzahl an potenziellen Nutzenden bereits für leicht differenzierten Bedarf etabliert. Es ist möglich, den unterschiedlichen Bedarf mit einer individualisierten Plattform zu decken. Dabei fällt die Verwendung einer neuen Plattform grundsätzlich leicht und der grosse Kundenkreis ermöglicht eine rentable Plattformeinführung. Offensichtlich gibt es eine entsprechende Verbrauchernachfrage, da ansonsten keine Leistungsdifferenzierung¹⁵⁸⁴ in diesem Masse möglich wäre. Den Verbrauchenden steht es somit in der Regel offen, bei fehlender Kopplung die gewünschte Dienstleistung von unterschiedlichen Quellen zu beziehen. Damit eng zusammenhängend ist die anbieterseitige Spezialisierung, denn existiert ein solcher autonomer Bedarf, gibt es regen Wettbewerb bzgl. kundenfreundlichen Designs, Qualität der Dienstleistung und Plattformzugang, was eine hinreichende Spezialisierung erfordert. Bei Betrachtung dieser Elemente dürfte die Erbringung des direkten und indirekten Beweises im digitalen Kontext leichter fallen.

832

Die Spezialisierung auf der Angebotsseite ist insbesondere in Bezug auf die technologische Integration einer neuen Funktion in eine bestehende Plattform (plattforminterne Erweiterung) bedeutend. Bei einer solchen Integration liegt

833

¹⁵⁸³ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 151. Dabei hält die Kommission im Rahmen der Marktabgrenzung Folgendes fest: «The distinctness of products or services for the purpose of an analysis under Article 102 of the Treaty has to be assessed by reference to customer demand.» (EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 151).

¹⁵⁸⁴ Vgl. Kapitel [B.I.4.b](#).

ein starkes Indiz für separate Güter vor, wenn das Unternehmen eine Funktion nachträglich in die Plattform eingebaut hat und für diese Funktion ein separates Angebot besteht, also andere Plattformen diese Funktion bzw. Interaktionsmöglichkeit bereits als Kerngeschäft anbieten. Dies deutet auch darauf hin, dass die Verbrauchenden die unterschiedlichen Dienstleistungen autonom nachfragen. Deutlicher ist die Situation, wenn das Unternehmen eine separate Plattform abschafft und deren Funktion zukünftig in eine andere Plattform integriert.

834 In diesem Zusammenhang sind allerdings keine pauschalen Aussagen möglich, wie das nachfolgende Beispiel veranschaulicht. Sowohl bei der Markteinführung von YouTube Shorts als auch jener des Facebook Marketplace handelt es sich um eine Integration einer neuen Funktion in eine bestehende Plattform. Während bei YouTube Shorts – einem Angebot eines Kurzvideoformats mit leicht abgeändertem Videodesign (Hochformat) auf einer Videoplattform, auf der die Nutzenden bereits Videos in beliebiger Länge publizieren und konsumieren konnten – die Ermittlung einer separaten Dienstleistung schwerfällt, sieht dies bei Facebook Marketplace anders aus. Bei Facebook handelt es sich um ein soziales Netzwerk, bei Facebook Marketplace allerdings um eine Kleinanzeigenplattform. Für Kleinanzeigenplattformen bestehen sowohl eine autonome Nachfrage seitens der Konsumierenden als auch angebotsseitige Spezialisierungen (in der Schweiz beispielsweise Tutti.ch und anibis.ch, in Frankreich leboncoin.fr, in Deutschland eBay-Kleinanzeigen). Dieses Beispiel zeigt, dass bei der technologischen Integration neben der autonomen Nachfrage immer auch die anbieterseitige Spezialisierung berücksichtigt werden muss. Eine Spezialisierung auf der Angebotsseite mit einem eigenen Markt kann nicht entstehen, wenn keine entsprechende Nachfrage existiert. Darauf deutet auch die Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission, wonach u.a. zu untersuchen ist, ob bei einer Wahlmöglichkeit das Gut von einer anderen Quelle bezogen würde.¹⁵⁸⁵

835 Sind zwei unterschiedliche Plattformen Bestandteil der Untersuchungen (z.B. in Sachen *Google Android* oder *Microsoft*), fällt die Feststellung von separaten Gütern in der Regel leichter. Dabei stellt weder die autonome Nachfrage noch die anbieterseitige Spezialisierung oder die unterschiedliche Funktionalität dieser Plattformen ein Problem dar. Der Bestand von separaten Plattformen ist ein Anzeichen für die Lenkung des unterschiedlichen Bedarfs der verschiedenen Kundengruppen. In diesem Kontext sind Überlappungen weiterhin möglich, d.h., in den Kundengruppen kann es Personen geben, die sowohl Platt-

¹⁵⁸⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 50.

form A als auch Plattform B nutzen; aus diesem Umstand lässt sich allerdings keine fehlende autonome Nachfrage ableiten. Ausserdem ist die blosser Existenz von unterschiedlichen Plattformen ein starker Anhaltspunkt von anbieterseitiger Spezialisierung, denn das Unternehmen ist nicht nur für die getrennte Entwicklung und Anfertigung der Plattformen aufgekomen, sondern musste auch ein separates Design erarbeiten. Die Annahme separater Güter wird verstärkt, wenn andere Unternehmen für die unterschiedlichen Dienstleistungen ebenfalls getrennte Plattformen anbieten und die Konsumierenden somit ohne Kopplung freie Wahl hätten. Schliesslich liegt beim Bestehen von separaten Plattformen die Vermutung nahe, dass sie unterschiedliche Funktionalitäten erfüllen, da es nicht effizient erscheint, für dieselbe Funktion und Interaktion verschiedene Plattformen anzubieten und so die Wirkungen der Netzwerkeffekte zu schwächen.

Im Beispiel der hybriden Erweiterung¹⁵⁸⁶ und der plattformübergreifenden Erweiterung¹⁵⁸⁷ fällt die Feststellung von separaten Gütern simpler aus. Koppelt das Unternehmen ein physisches Gut (z.B. iPhone) mit einer Plattform (z.B. iCloud), liegen grundsätzlich funktional unterschiedliche Produkte vor, was die Bestimmung von separaten Gütern vereinfacht. Bei der plattformübergreifenden Erweiterung werden die Konsumierenden – ähnlich wie bei der vertraglichen Kopplung – durch das Unternehmen gezwungen, eine andere Plattform zu benutzen, ohne dies nachgefragt zu haben. In diesen Fällen lenkt das Unternehmen seine Nutzerbasis auf eine andere Plattform, um deren neue Markteinführung erfolgreicher zu gestalten, was in der Regel auch die Abgrenzung separater Märkte zur Folge hat.

836

d) Fallpraxis der digitalen Wirtschaft zur Ermittlung der separaten Güter

In Sachen *Microsoft* war die autonome Nachfrage der Konsumierenden ein Problem. Gemäss der Argumentation von *Microsoft* bestand keine wesentliche Nachfrage nach Betriebssystemen ohne den *Windows Media Player*. Diese Argumentation vernachlässigt allerdings, dass alternative *Media Player* den Konsumierenden ohne die Kopplung offenstehen würden.¹⁵⁸⁸ Eine bloss nachfrageseitige Betrachtung genügt nicht; bei der technologischen Integra-

837

¹⁵⁸⁶ Kopplung von einem physischem Gut und einer digitalen Plattform.

¹⁵⁸⁷ Kopplung von zwei unterschiedlichen Plattformen.

¹⁵⁸⁸ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 809; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 917 ff.

tion müssen vielmehr auch anbieterseitige Überlegungen angestellt werden.¹⁵⁸⁹ Gibt es eine solche anbieterseitige Spezialisierung im Media Player, liegt es nahe, dass eine autonome Nachfrage nach dem Media Player existiert. Dass die Nutzenden das gekoppelte Angebot des Betriebssystems mit dem Windows Media Player gegenüber einem gleich teuren Angebot ohne den Windows Media Player bevorzugen, ist kein Anzeichen für eine Gütereinheit. Aufgrund der nachträglichen, technologischen Integration wäre es für Microsoft schliesslich auch nicht möglich gewesen, den Windows Media Player als integralen Bestandteil des Betriebssystems zu bezeichnen.

- 838 In Sachen *Google Android* stützt sich die Kommission bzgl. des Play Store und der Such-App Google Search auf (i) die unterschiedlichen Funktionen der Applikationen, (ii) die Existenz von separaten Suchmaschinen, (iii) die separate Entwicklung und Vermarktung von Google Search auch für andere Betriebssysteme, (iv) die Downloadmöglichkeit von Google Search über alternative App Stores und (v) den Umstand, dass OEMs den Play Store und Google Search separat vorinstallieren wollten.¹⁵⁹⁰ Die Kommission untersucht also die Funktionalität, die Spezialisierung der Angebotsseite und die Nachfrage der Marktgegenseite.

e) Digitale Ökosysteme im Besonderen

- 839 Nach der hier vertretenen Ansicht sind die verschiedenen Dienstleistungen, die ein Ökosystem über unterschiedliche Plattformen anbietet, in separate relevante Märkte einzugliedern; nur in Ausnahmefällen stehen Unternehmen auf der Ebene des gesamten Ökosystems im Wettbewerb.¹⁵⁹¹ Diese Herangehensweise ist für den Kopplungstatbestand von besonderer Bedeutung, da ansonsten bereits auf der Ebene der separaten Güter die einzelnen Dienstleistungen als integraler Bestandteil eines Ökosystems betrachtet werden, welche die Verbrauchererfahrung auf den unterschiedlichen Plattformen verbessern.¹⁵⁹² Dies

¹⁵⁸⁹ Teilweise auch EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 804.

¹⁵⁹⁰ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 756 ff.; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 302.

¹⁵⁹¹ Möglicherweise stellen «smart living ecosystems» eine solche Ausnahme dar, da die grundlegende Funktionalität des Smart Living nicht ohne die einzelnen Teilaspekte des Ökosystems ausführbar ist. Zur Prüfung der separaten Güter im Rahmen des «smart living ecosystem» vgl. VIRTOSU/LI, SCRD 2022, 106 f.

¹⁵⁹² MUSIELAK, SPP 2021, 131. Zum fehlenden Zusammenhang zwischen verbesserter Verbrauchererfahrung und der Ermittlung von separaten Gütern vgl. Kapitel [E.III.2.a\)](#).

reflektiert allerdings nicht die realen Begebenheiten, da die Ökosysteme ihre Dienste regelmässig über separate Plattformen bzw. Apps anbieten und eine Trennung dieser Dienste beabsichtigen.

In diesem Zusammenhang ist die Integration von verschiedenen Funktionen innerhalb des digitalen Ökosystems zu beachten. Als (fiktives) Beispiel dient hierfür Uber Eats. Während die Applikation bei der Markteinführung im Jahre 2014 noch als separate App und somit separate Dienstleistung vermarktet wurde, hat Uber die Funktion von Uber Eats im Jahre 2019 in seinem Vermittlungsdienst zur Personenbeförderung integriert. Da weiterhin eine separate App für Uber Eats besteht, fällt der Nachweis separater Güter noch nicht schwer. Allerdings ist denkbar, dass Uber in Zukunft die App Uber Eats nicht mehr separat weiterentwickelt und nur noch auf die Funktion in seiner Hauptapplikation Uber setzen möchte. Geschieht die Integration über mehrere Jahre und werden so einzelne Plattformen innerhalb eines Ökosystems obsolet, ist als potenzieller Indikator im Rahmen einer Gesamtwürdigung auch auszuwerten, wie es zur Integration einer Funktion gekommen ist. Dieser Indikator ist jedoch nur neben der autonomen Nachfrage, der anbieterseitigen Spezialisierung und der Funktionalität der Plattformen zu berücksichtigen.

840

3. Fehlende Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden

Der Zwang war nie als Tatbestandsmerkmal der Kopplung vorgesehen.¹⁵⁹³ Während sowohl die europäischen als auch schweizerischen Behörden in der Vergangenheit den Zwang als Tatbestandsmerkmal der Kopplung geprüft hatten, hat sich dieses Tatbestandselement über die Zeit gewandelt und subtilere Formen angenommen.¹⁵⁹⁴

841

In Sachen *Hilti* und *Tetra Pak* verweigerten die betroffenen Unternehmen die Lieferung augenfällig, was zum offensichtlichen Vorliegen von Zwang führte. Allerdings ist heute anerkannt, dass nicht zwingend ein Zwang vorliegen muss,

842

¹⁵⁹³ Vgl. Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 183, wonach bloss (i) marktbeherrschende Stellung, (ii) separate Güter, (iii) Wahrscheinlichkeit zur Wettbewerbsbeschränkung und (iv) fehlende Rechtfertigungsgründe zu prüfen waren; so auch Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 970 («neither Article [102 TFEU] nor the case-law on bundling requires that consumers must be forced to use the tied product or prevented from using the same product supplied by a competitor of the dominant undertaking»).

¹⁵⁹⁴ Vgl. Kapitel [E.1.3](#) und Kapitel [E.1.3.c](#); vgl. z.B. auch Komm. EUV/AEUV-WEISS, Art. 102 AEUV, Rn. 67, wonach ein «starker Anreiz» genügt, um den Tatbestand zu erfüllen.

sondern bereits die fehlende Auswahlmöglichkeit, die anreizbasierte Verknüpfung oder sogar bloss ein Nudging dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt.¹⁵⁹⁵ Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht ist es unerheblich, in «welcher Art und Weise und mit welchen Mitteln diese Zwangswirkung von Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens herbeigeführt wird»; jede mögliche Variante einer rechtlichen oder tatsächlichen Verknüpfung erfüllt den Tatbestand.¹⁵⁹⁶

- 843 Dieses Tatbestandselement soll Sachverhalte von der Kopplung unterscheiden, in denen die Konsumierenden die zwei Güter tatsächlich beziehen möchten; bei den Kopplungspraktiken kann es eine ausdrückliche oder implizite Konditionalität geben, beide Güter zu erwerben.¹⁵⁹⁷ Insofern ist es in diesem Zusammenhang angemessener, allgemein vom «Mittel der Kopplung»¹⁵⁹⁸ zu sprechen, die sich in Zwang, fehlende Auswahlmöglichkeit, anreizbasierte Verknüpfung und Nudging sukzessiv abstufen lässt. Allgemein lässt sich festhalten, dass bei Kopplungen grundsätzlich das Mittel des Zwangs anzutreffen ist, während insbesondere beim Mixed Bundling vermehrt häufiger anreizbasierte Ansätze zu sehen sind. Im Diskussionspapier spricht die Europäische Kommission im Rahmen des Tying und des Pure Bundling davon, dass den Konsumierenden auf eine direkte Weise die Wahlmöglichkeit entzogen wird, während dies beim Mixed Bundling auf eine indirekte Art geschieht.¹⁵⁹⁹ Alle erwähnten Arten der Kopplungspraktik sind in der Lage, dieses Tatbestandsmerkmal zu erfüllen. Die grundlegende Frage dabei ist, ob das marktbeherrschende Unternehmen das koppelnde Gut, ohne dass die Verbrauchenden auch zum Bezug des gekoppelten Gutes bewegt werden, zur Verfügung stellt.

¹⁵⁹⁵ A.M. COLANGELO, GRUR International 2023, 13, wonach der Weg über den Tatbestand der Selbstbevorzugung eine «bequeme» Lösung sei, um den rechtlichen Standard der Kopplungsgeschäfte zu umgehen, da der Beweis eines Zwanges erforderlich sei; ebenfalls a.M. MANDRESCU, CLSR 2021, 16 und SOLANO DIAZ, World Competition 2017, 416; mit ähnlichen Argumenten zum Tatbestandsmerkmal des Zwangs BODENSTEIN/ZINNDORF, ZWeR 2024, 26.

¹⁵⁹⁶ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1332, Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 260; vgl. ferner Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022, E. 8.5.1.

¹⁵⁹⁷ O'DONOGHUE/PADILLA, 732.

¹⁵⁹⁸ In der Literatur sind auch die Begriffe «Koppelungstatbestand» oder bloss «Koppelung» gängig, wobei der Inhalt dieser Kapitel dasselbe Ziel verfolgt vgl. Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 283 ff.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 732 ff.

¹⁵⁹⁹ Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 182.

a) Mittel der Kopplung

aa) Zwang

Beim Zwang handelt es sich um die intensivste Art der Kopplung. Der Zwang bei den Kopplungsgeschäften kann unterschiedlich ausgeführt werden; er lässt sich in vertragliche Kopplung und technologische Kopplung kategorisieren.¹⁶⁰⁰ Es ist auch möglich, dass in der Praxis eine Kombination der unterschiedlichen Kopplungsarten auftritt. 844

Um eine vertragliche Kopplung (engl. «contractual tying») handelt es sich, wenn das untersuchte Unternehmen die andere Vertragspartei mittels Vertragsklausel dazu verpflichtet, das koppelnde Gut mit dem gekoppelten Gut zu erwerben; die Vertragsklausel untersagt in diesen Fällen den Erwerb eines alternativen gekoppelten Gutes von der Konkurrenz.¹⁶⁰¹ Bei der vertraglichen Kopplung existieren die Varianten des singulären Vertragsabschlusses, des mehrfachen Vertragsabschlusses und des verpflichtenden Vertragsabschlusses. Beim singulären Vertragsabschluss bezieht sich der Vertragsabschluss unmittelbar auf die koppelnden und gekoppelten Güter als eine Einheit. Beim mehrfachen Vertragsabschluss muss sowohl über das koppelnde als auch über das gekoppelte Gut ein Vertrag abgeschlossen werden. Bei der letzten Variante des verpflichtenden Vertragsabschlusses statuiert der Vertrag für das koppelnde Gut, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Vertrag über das gekoppelte Gut einzugehen ist.¹⁶⁰² 845

¹⁶⁰⁰ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 48 mit Fn. 2; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 629; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 283 f.; EDELMAN, J. Comp. L. & Econ. 2015, 366; vgl. auch Urteil des BGer 2C_596/2019 vom 02.11.2022, E. 8.5.1. m.w.V.; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.719; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 687 ff. und Rn. 733 ff.; Komm. DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7, Rn. 498.

¹⁶⁰¹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 48 mit Fn. 2; LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 195; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.719; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 688; Für eine Auswahl aus der Rechtsprechung zur vertraglichen Kopplung vgl. u.a. Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 870 und Rn. 961; Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 92; Urteil des EuG, Rs. T-30/89 vom 12.12.1991, *Hilti AG/Kommission*, Rn. 101; EU-Kommission, IV/32.318 vom 04.11.1988 – *London European – Sabena*, Rn. 28 ff., insb. Rn. 31; Urteil des BVerG B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 257.

¹⁶⁰² Urteil des BVerG B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 257; Urteil des BVerG B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1329 m.w.V.

- 846 Eine vertragliche Kopplung ist in der digitalen Wirtschaft weiterhin relevant, obwohl subtilere Kopplungsarten möglich und attraktiver sind. Ein Beispiel hierfür sind die «Mobile Application Distribution Agreements» in Sachen *Google Android*, in denen OEMs vertraglich verpflichtet wurden, eine bestimmte Kombination von Applikationen vorinstalliert zu vertreiben, wenn sie die Google Mobile Services benutzen wollten.¹⁶⁰³
- 847 Eine technologische Kopplung (auch faktische Kopplung) liegt vor, wenn das koppelnde Gut nur mit dem gekoppelten Gut ordnungsgemäss funktioniert; in diesen Fällen funktioniert das koppelnde Gut mit alternativen Gütern der Konkurrenz entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäss. Die technologische Kopplung kann auf einer technischen Grundlage beruhen, z.B. wenn das koppelnde Gut infolge einer technischen Entscheidung nicht mit alternativen Gütern kompatibel ist.¹⁶⁰⁴ Auch in dieser Konstellation müssen die Vertragsparteien des marktbeherrschenden Unternehmens gegen ihren Willen Bedingungen annehmen; es handelt sich dabei nicht um vertragliche Bedingungen, sondern um sog. «De-facto-Bedingungen».¹⁶⁰⁵
- 848 Bei der technologischen Kopplung handelt es sich insofern um eine «abgestufte» Art des Zwangs, als sie nicht mittels eines Vertrags entsteht, sondern bloss *de facto* die ordnungsgemässe Verwendung beeinflusst. Die technologische Kopplung gewinnt in der Plattformökonomie an Bedeutung, wie dies am Urteil in Sachen *Microsoft* ersichtlich ist.¹⁶⁰⁶ In diesem Fall war der Windows Media Player in das Windows-Betriebssystem integriert, wobei die Konsumierenden verpflichtet wurden, das Betriebssystem mit dem Windows Media Player zu erwerben.
- 849 Im Rahmen der technologischen Kopplung spielt die Interoperabilität eine entscheidende Rolle.¹⁶⁰⁷ Bei fehlender Interoperabilität ist es den Nutzenden

¹⁶⁰³ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 300.

¹⁶⁰⁴ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 48 mit Fn. 2; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 619; Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 258; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1330; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.719; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 689 und Rn. 736.

¹⁶⁰⁵ LMRKM Kartellrecht-HUTTENLAUCH, Art. 102, Rn. 195; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 689

¹⁶⁰⁶ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 815 ff., insb. Rn. 935 ff. Es handelt sich dabei um eine Mischung aus technologischer Integration und fehlender Auswahlmöglichkeit.

¹⁶⁰⁷ Zur Interoperabilität im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung vgl. Kapitel [D.III.1.d](#)); vgl. ferner CHOI, CPI Antitrust Chronicle 2021, 27

nicht möglich, ohne grossen Aufwand von einer Plattform zu einer anderen Plattform zu wechseln. Das marktbeherrschende Unternehmen kann also seine Güter für Güter der Konkurrenz inkompatibel machen, sodass eine De-facto-Bedingung zur Verwendung der eigenen Güter entsteht. In diesen Fällen sind die Wechselkosten sehr hoch und die Konsumierenden sind an die Verwendung dieser Güter gebunden; sie sind also «locked-in». Während in erster Linie keine Verpflichtung zur Verwendung einer bestimmten Dienstleistung ersichtlich ist, können die Lock-in-Effekte angesichts der Netzwerkeffekte jenes Ausmass erreichen, in dem die Verbrauchenden gegen den Willen eine Plattform benutzen. Als Beispiel hierfür dient die Kopplung der iCloud-Accounts an die physischen Güter von Apple (iPhone, iPad, Mac, Apple Watch etc.). Die Verwendung der Hardware ist ohne iCloud-Account weiterhin möglich, allerdings in eingeschränkter Form. Um alle Funktionen der Geräte benutzen zu können, sind die Konsumierenden *de facto* verpflichtet, einen iCloud-Account zu eröffnen und sich folglich in das Apple-Ökosystem einzugliedern. Dies erlaubt Apple beispielsweise, detailliertere Datenprofile herzustellen und die Netzwerkeffekte für andere Dienstleistungen zu stärken, da mit einem iCloud-Account die Verwendung von iMessage (unentgeltlicher Nachrichtendienst) und FaceTime (unentgeltlicher Chat-Dienst mit Videofunktion) ermöglicht werden. Durch die Vergrösserung der Nutzerbasis können positive Rückkopplungseffekte entstehen, welche Apple zusätzlich abschöpfen kann.

bb) Fehlende Auswahlmöglichkeit

Über den Zwang hinaus gibt es weitere Konditionalitäten, welche die Entscheidungsfreiheit der Konsumierenden einschränken können, um das vorliegende Tatbestandsmerkmal zu erfüllen. Es genügt bereits, wenn keine Wahl besteht, eine zusätzliche Dienstleistung nicht zu beziehen. In dieser Konstellation werden die Verbrauchenden nicht aktiv verpflichtet, eine Leistung entgegenzunehmen, sondern aufgrund fehlender Alternativen dazu bewegt.

850

Gemäss der Europäischen Kommission hatten die Konsumierenden in Sachen Microsoft keine Wahl, das Windows-Betriebssystem ohne den Windows Media Player zu erwerben.¹⁶⁰⁸ Zudem war der Windows Media Player stark mit dem Betriebssystem verknüpft, da es keine Möglichkeit gab, den Windows Media Player zu deinstallieren.¹⁶⁰⁹ Microsoft hingegen argumentierte, dass aufgrund

851

¹⁶⁰⁸ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 826 ff.; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 960 ff.

¹⁶⁰⁹ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 829; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 963.

der Unentgeltlichkeit von Windows Media Player den Verbrauchenden keine Nachteile entstehen und der Kopplungstatbestand nicht anwendbar sei.¹⁶¹⁰ Die Kommission und später das Gericht der Europäischen Union kamen dabei zu einem für die digitale Wirtschaft wichtigen Schluss, dass Art. 102 Satz 2 lit. d AEUV keine Referenz zur «Bezahlung» für ein zusätzliches Gut hat. Folglich braucht es für die Kopplung nicht zwingend einen zusätzlichen Kauf oder die Bezahlung eines Preises.¹⁶¹¹ Es ist ebenfalls irrelevant, ob die Verbrauchenden zur Verwendung der vorinstallierten Software gezwungen werden. Bereits der Umstand, dass die Konsumierenden automatisch zum Bezug des Windows Media Players verpflichtet werden, genügt, um den Tatbestand zu erfüllen.¹⁶¹² Die Kommission hat dasselbe Argument in Sachen *Google Android* wieder aufgegriffen, wonach selbst bei Unentgeltlichkeit der bloße Erwerb eines zusätzlichen Gutes genügt, um dieses Tatbestandsmerkmal zu erfüllen.¹⁶¹³

852 Eine ähnliche Konstellation zwischen einer technologischen *De-facto*-Kopplung und der fehlenden Auswahlmöglichkeit der Konsumierenden ist bei der Google-Suche ersichtlich. Bei der Suche von entsprechenden Schlagwörtern hebt Google seine neuen Dienste durch prominente Platzierung in der Regel hervor.¹⁶¹⁴ Als Beispiele dieser hervorgehobenen Dienste sind Google Flüge, Google Hotels, Google News oder auch Google Shopping zu erwähnen. Die Konsumierenden haben keine Wahl, nicht mit diesen separaten Diensten¹⁶¹⁵ konfrontiert zu werden, wenn sie die Google-Suche benutzen. Google argumentiert, dass niemand gezwungen werde, das Angebot der zusätzlichen Dienste anzunehmen und darauf zu klicken,¹⁶¹⁶ allerdings spielt dies für den Kopplungstatbestand keine Rolle. Es genügt vielmehr, wenn die Verbrauchenden automatisch auf diese Dienste geleitet werden; wie der Fall *Microsoft ge-*

¹⁶¹⁰ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 830.

¹⁶¹¹ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 831; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 967 ff., wobei gemäss dem Gericht der Europäischen Union der Preis des Windows Media Player bereits im Gesamtpreis des Betriebssystems inbegriffen ist (Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 968). Aufgrund dieser Feststellung durch die Behörden erübrigt sich, einen Preis über die Daten oder die Aufmerksamkeit herzuleiten vgl. für die Möglichkeit die Gegenleistung in Form von Daten oder Aufmerksamkeit zu definieren Kapitel [C.II.1.a\)bb](#)).

¹⁶¹² EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 833; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 970.

¹⁶¹³ Vgl. EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 747 und Rn. 893–895

¹⁶¹⁴ So auch EDELMAN, J. Comp. L. & Econ. 2015, 369.

¹⁶¹⁵ Zur Marktabgrenzung für solche Dienste vgl. Kapitel [C.III.3.e](#)) und Kapitel [C.IV](#)); für das Tatbestandsmerkmal der separaten Güter im Detail vgl. E.III.2.

¹⁶¹⁶ United States Congress, Google Hearing, 8 f.

zeigt hat, ist es unerheblich, ob der zusätzliche Dienst benutzt wird oder nicht. Bei Google kommt hinzu, dass sich die Konsumierenden bei jeder Suche aktiv entscheiden müssen, ob sie ein Dienst von Google verwenden oder ob sie diesen ignorieren möchten.¹⁶¹⁷

Ein anderes Beispiel der fehlenden Auswahlmöglichkeit liegt vor, wenn durch die Anmeldung auf einer Plattform automatisch ein Nutzerprofil auf einer anderen Plattform erstellt wird. Durch die fehlende Auswahlmöglichkeit, dieses Profil nicht erstellen zu wollen, werden die Konsumierenden *de facto* verpflichtet, ihre Daten mit dem Unternehmen zu teilen.¹⁶¹⁸ Das erlaubt den Unternehmen detailliertere Datenprofile zu erstellen und auszuwerten. 853

cc) Anreizbasierte Verknüpfung

Im Vergleich zur fehlenden Auswahlmöglichkeit stellt die anreizbasierte Verknüpfung eine zusätzliche Abstufung des Zwangsmittels dar, die in der Regel als ökonomische Kopplung ausgestaltet ist. Eine ökonomische Kopplung liegt vor, wenn ökonomische Anreize gesetzt wurden, die den Bezug eines einzelnen Gutes ausschließen, wie z.B. durch Ausgestaltung von Gesamtpreisen, durch Rabattgewährungen oder durch sonstige Vergünstigungen bei Abnahme von koppelndem und gekoppeltem Gut.¹⁶¹⁹ Eine ökonomische Kopplung tritt grundsätzlich beim Fall des Mixed Bundling auf.¹⁶²⁰ 854

Als Beispiel für eine anreizbasierte Verknüpfung in der Plattformökonomie dienen Uber und Uber Eats. Beide Applikationen sind zurzeit separat erhältlich, jedoch ist gleichzeitig die Uber-Eats-Funktion in die Uber-App integriert. Durch diese Kopplung bewegt Uber seine Nutzerbasis dazu, den unternehmenseigenen Lieferservice Uber Eats zu benutzen, indem ihr die zusätzlichen Installationskosten abgenommen werden. Darüber hinaus können die Konsumierenden das bereits bestehende Nutzerprofil in Anspruch nehmen, was zu geringeren Registrations- und Anmeldekosten führt. Es sind also insgesamt geringere Aufwendungskosten aufzubringen, womit sich der Gesamtpreis der Inanspruchnahme einer Leistung verringern lässt. In diesem Fall weisen sich 855

¹⁶¹⁷ So auch EDELMAN, J. Comp. L. & Econ. 2015, 372.

¹⁶¹⁸ MANDRESCU, CLSR 2021, 17; allgemein zur Strategie, wonach die Unternehmen die Leverage Theory auf Daten anwenden vgl. CONDORELLI/PADILLA, J. Comp. L. & Econ. 2020, 143 ff., insb. 164 ff. und 176 ff.

¹⁶¹⁹ Urteil des BVerG B-3618/2013 vom 24.11.2013, E. 258; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 737; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.719.

¹⁶²⁰ Vgl. Kapitel [E.I.1](#), wonach es sich beim Mixed Bundling um eine finanzielle Vergünstigung handelt.

die ökonomischen Anreize also in Form von verringerten Nutzungskosten aus. Allerdings können diese Kostenverringerungen für die Verbrauchenden auch positive Wirkungen haben, was im Rahmen der Wettbewerbsverschliessung und der objektiven Rechtfertigungsgründe zu prüfen ist.

- 856 Trotz der Unentgeltlichkeit der Leistungen in der digitalen Wirtschaft sind also ökonomische Anreize weiterhin möglich. Ähnlich wie beim SSNIP-Test kann für die Zwecke des Zwangsmittels auch auf die Aufmerksamkeitskosten bzw. die Kosten der Daten zurückgegriffen werden.

dd) Nudging

- 857 Der Übergang zwischen einer anreizbasierten Verknüpfung und dem Nudging ist fließend. Für die Ermittlung des Zwangsmittels ist dies von untergeordneter Bedeutung, da sowohl die anreizbasierte Verknüpfung als auch das Nudging das Tatbestandsmerkmal des Zwangs erfüllen. In der Digitalökonomie hat das Nudging an Bedeutung gewonnen. Wie bereits erwähnt,¹⁶²¹ handelt es sich beim Nudging um einen verhaltensökonomischen Begriff, der sich auf die Entscheidungsarchitektur des Menschen bezieht. Mit dem Nudging ist es möglich, das Verhalten der Menschen zu verändern, ohne ihre Auswahlmöglichkeiten zu beschränken oder die ökonomischen Anreize wesentlich zu verändern. Es handelt sich also um eine noch subtilere Art, das Verhalten der Menschen zu steuern als es beim Zwang, der fehlenden Auswahlmöglichkeit oder den anreizbasierten Verknüpfungen der Fall ist. Folglich sind die Unternehmen in der Lage, ihre Marktmacht auch ohne Zwang auf einen noch nicht beherrschten Markt zu transferieren; dies geschieht gestützt auf die intrinsische Voreingenommenheit der Konsumierenden. Dabei haben bereits die kleinsten Wechselkosten bedeutende Auswirkungen auf das Konsumentenverhalten.¹⁶²²
- 858 Da es sich bei den hier untersuchten Märkten in der Regel um Winner-Takes-All-Märkte handelt, haben die Unternehmen starke Anreize, ihre Güter in gekoppelter bzw. gebündelter Form anzubieten, um in den respektiven Märkten als Gewinner dazustehen. Da es ökonomisch irrelevant ist, ob ein Marktmachttransfer auf vertraglicher Basis beruht oder auf eine andere Weise geschieht, ist die Schwelle für das Zwangsmittel nicht hoch anzusetzen, weshalb auch das Nudging den Tatbestand der Kopplung erfüllt.

¹⁶²¹ Vgl. Kapitel [E.II.3](#).

¹⁶²² Vgl. zur Verhaltensökonomie BENNETT/FLETCHER/HURLEY/RUCK, CPI 2010, 121; PETT/NEYRINCK, ÖZK 2010, 207; vgl. zum Nudging als ausreichendes Merkmal für die Kopplung OECD, Abuse of Dominance, 44.

In der digitalen Wirtschaft genügt bereits das Nudging, um eine marktbeherrschende Stellung auf einem anderen Markt zu begründen und zu befestigen. Hierfür sind die Elemente für die Beurteilung der Marktbeherrschung in der Plattformökonomie zu vergegenwärtigen: Eine entscheidende Rolle spielen dabei der Nutzeranteil und die Nutzeraktivität.¹⁶²³ Eine grosse Anzahl an Nutzenden stellt in diesem Kontext das Fundament der weiteren Elemente dar. Mit der grossen Nutzerbasis sind die Unternehmen in der Lage, das Potenzial der Netzwerkeffekte abzuschöpfen¹⁶²⁴ und bestenfalls einen positiven Rückkopplungseffekt herbeizuführen. Neben der bereits marktübergreifenden Bedeutung der Netzwerkeffekte vergrösserte sich ihre Relevanz zudem auf dem neuen Markt. Die Netzwerkeffekte haben sodann einen Einfluss auf die Wechselkosten und Lock-in-Effekte. Kann das Unternehmen diese positiven Wirkungen für sich ausnutzen, entstehen neben dem Marktmachttransfer zusätzlich auch Markteintrittsschranken.¹⁶²⁵

859

Als Beispiele des Nudging sind zunächst vorinstallierte Apps zu erwähnen. Obwohl die Unternehmen sich damit rechtfertigen, dass die Nutzenden entweder die Programme deinstallieren können, diese nicht verwenden müssen oder auch Applikationen von Drittanbietern beziehen können, spielen diese Umstände für das Vorliegen des Nudging und des Status-quo-Bias keine Rolle.¹⁶²⁶ Folglich erfüllt die Vorinstallation an sich bereits dieses Tatbestandsmerkmal.

860

In Sachen *Microsoft (Tying)* hat die Europäische Kommission mit empirischen Studien gezeigt, dass die Konsumierenden Anreize hatten, den bereits vorinstallierten Internetbrowser «Internet Explorer» zu benutzen und nicht auf einen anderen Browser auszuweichen. Demnach haben über die Hälfte der Windows-Nutzenden keinen alternativen Browser heruntergeladen oder waren

861

¹⁶²³ Zur Bedeutung der Nutzeranteile vgl. Kapitel [D.III.1.a](#)), insb. Kapitel [D.III.1.a\)bb](#)) und Kapitel [D.III.1.a\)cc](#)).

¹⁶²⁴ Mit diesen Netzwerkeffekten eng zusammenhängend entstehen auch Datenskaleneffekte, da die Unternehmen zusätzliche Datenprofile auswerten und so ihre datenbasierten Geschäftsmodelle verbessern können.

¹⁶²⁵ Vgl. Kapitel [D.III.1.b](#))–[D.III.1.f](#)).

¹⁶²⁶ Vgl. u.a. Argumente von Google in Sachen *Google Android*, die von der Kommission abgewiesen wurden (zu beachten ist, dass hier nicht einmal die Möglichkeit zur Deinstallation bestand), EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 802 f. und 914 m.w.H. Dasselbe Argument führt auch SOLANO DIAZ auf, wonach die Möglichkeit bestünde, die Applikationen zu deinstallieren (was in den bisherigen Kopplungsfällen durchgehend nicht möglich war) und andere Applikationen zu installieren vgl. SOLANO DIAZ, *World Competition* 2017, 416.

diesbezüglich sehr zurückhaltend; 31% dieser Nutzenden wussten nicht einmal, wie sie ein anderes Programm herunterladen und installieren würden.¹⁶²⁷

- 862 In Sachen *LinkedIn* hat die Europäische Kommission anerkannt, dass vorinstallierte Applikationen höhere Wechselkosten mit sich bringen bzw. den Wechsel schwieriger gestalten und aufgrund der intrinsischen Voreingenommenheit zum Status-quo-Bias führen.¹⁶²⁸ Sie hat entschieden, dass eine prominente Eingliederung eines Programms in ein Betriebssystem in der Lage sei, die Marktbeherrschung von einem Markt auf einen anderen Markt zu übertragen.¹⁶²⁹
- 863 In Sachen *Google Search (Shopping)* konnten die Ermittlungen der Kommission nachweisen, dass die Prominenz in den Suchergebnissen eine erhebliche Wirkung auf die Anzahl der erfolgten Klicks hat. Bei einer Verschiebung des Suchergebnisses vom ersten Rang der generischen Suche auf den dritten Rang sinken die Anzahl Klicks um ungefähr 50%, d.h., die Seite erfährt bei bloss leicht weniger prominenter Platzierung die Hälfte der Besucherzahlen; ist das Suchergebnis nur noch auf dem zehnten Platz, verliert es sogar 85% der Klicks.¹⁶³⁰ Obwohl es sich im Endeffekt nicht um einen Kopplungstatbestand handelte, kam die Kommission zum Schluss, dass die prominente Platzierung der eigenen Dienste einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bedeutete, da Google seine Marktmacht auf den anderen Markt übertragen konnte.¹⁶³¹
- 864 Die Kommission hat in Sachen *Google Android* festgestellt, dass die Nutzenden auf Android-Geräten mit vorinstallierter Google-Suche-App 90–100% der Suchen über die Google-Suche-App ausführten, während auf Windows-Mobile-Geräten ohne vorinstallierter Google-Suche-App die Verwendung der Google-Suche-App nur ca. 10–40% der Suchen ausmachte.¹⁶³² Diese Differenzen sprechen dafür, dass die Vorinstallation einer Applikation die Konsumie-

¹⁶²⁷ Vgl. EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*, Rn. 50 ff.

¹⁶²⁸ EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*, Rn. 309; zum Status-quo-Bias bei der Vorinstallation vgl. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 305 und Rn. 320 ff.

¹⁶²⁹ EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*, Rn. 315 ff.

¹⁶³⁰ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 460.

¹⁶³¹ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 600; vgl. ferner EU-Kommission, Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service, Press Release, 27.06.2017, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784>.

¹⁶³² EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 793.

renden dazu bewegt, diese App zu nutzen; das Nudging erfüllt somit bereits den Zweck der Kopplung. Somit ermöglicht schon das Nudging einen Markt-machttransfer und kann zur Errichtung von Marktzutrittsschranken führen.

Gestützt auf diese Erkenntnisse lässt sich auch die Integration von Facebook Marketplace in das soziale Netzwerk Facebook als Nudging qualifizieren.¹⁶³³ Es handelt sich dabei um ähnlich gelagerte Fälle wie in Sachen *Windows (Tying)* und *LinkedIn*. Die Nutzenden sind zwar nicht verpflichtet, diese Funktion zu verwenden, oder können gleichzeitig Applikationen von Drittanbietern beziehen, allerdings spielen diese Umstände keine Rolle für das Erfüllen dieses Tatbestandsmerkmals. Durch die Integration des Marketplace hebt Facebook seine grosse Nutzerbasis und bewegt sie dazu, den unternehmenseigenen Dienst zu verwenden und nicht mehr auf Drittplattformen auszuweichen. Mit dieser Integration sind höhere Wechselkosten verbunden, weshalb sich ein Wechsel auf einen anderen Dienst schwieriger gestaltet. Folglich werden die Nutzenden aufgrund der intrinsischen Voreingenommenheit und des Statusquo-Bias mit hoher Wahrscheinlichkeit vermehrt auf den Facebook Marketplace zurückgreifen.

865

Ein weiteres Beispiel des Nudging (potenziell sogar der fehlenden Auswahlmöglichkeit bzw. der technologischen Integration) ist zurzeit bei *swoodoo.ch* ersichtlich. Bei *SWOODOO* handelt es sich um eine Metasuchmaschine für Flüge, welche einen Preisvergleich mit unterschiedlichen Filterfunktionen anbietet. Mit jedem Suchergebnis «erwerben» die Konsumierenden über einen Pop-up gleichzeitig und ohne Wahlmöglichkeit auch Hotelsergebnisse. Diese Hotelvergleichsfunktion ist in die Plattform integriert (plattforminterne Kopplung). Mit dieser Integration hofft das Unternehmen seine Nutzerbasis aus der Metasuchmaschine für Flüge auf die Hotelvergleichsplattform zu lenken. Darüber hinaus bietet die Plattform bei jeder Suche die Option an, die Ergebnisse von *SWOODOO* mit den Ergebnissen von *eDreams* oder *Opodo* zu vergleichen (nach dem Prinzip des Opt-out). Bereits hier handelt es sich um einen grenzwertigen Sachverhalt, da die Verbrauchenden durch das Opt-out-Prinzip zur Verwendung der zusätzlichen Dienstleistung und somit zur Bereitstellung ihrer Daten für eine Drittplattform gesteuert werden. Bei diesem Sachverhalt

866

¹⁶³³ A.M. MANDRESCU DANIEL, On-platform Tying or Another Case of Leveraging- A Discussion on Facebook Marketplace, 03.01.2023, abrufbar unter <<https://www.lexxion.eu/core-blogpost/on-platform-tying-or-another-case-of-leveraging-what-to-do-with-facebook-marketplace/>>, wonach das Zwangselement nicht erfüllt ist. Vgl. allerdings Kapitel E.III.3, Rn. 841 f., wonach dieses Tatbestandsmerkmal keinen Zwang voraussetzt.

des Nudging handelt es sich um dasselbe Prinzip wie bei der Vorinstallation. Die Nutzenden sind in dieser Konstellation zudem verpflichtet, durch die Freigabe ihrer Daten für zusätzliche Kosten aufzukommen.

- 867 Diese Qualifikation des Nudging hält andere Unternehmen der digitalen Wirtschaft ausserdem nicht davon ab, ihre Dienstleistung mittels Integration neuer Funktionen zu erweitern.¹⁶³⁴ Einerseits können die Funktionen einen engen Zusammenhang haben und nicht als separate Güter erfasst werden, andererseits sind diese Unternehmen weiterhin in der Lage, nachzuweisen, dass solche Erweiterungen der Dienstleistungen aus Effizienzgründen erfolgen. Ist der Nachweis der Effizienzgründe nicht möglich, liegt die Annahme nahe, dass es sich nicht um «competition on the merits» handelt, sondern um die Hebelung der grossen Nutzerbasis. Dies geschieht mit dem Ziel, den Markteintritt im neu zu erschliessenden Markt zu vereinfachen, damit bereits früh Synergien mit den Netzwerkeffekten entstehen und potenzielle Skaleneffekte ausgenutzt werden können. Dadurch errichten diese Unternehmen hohe Markteintrittsschranken für zukünftige Markteintritte bzw. vermögen durch den Transfer der Nutzerbasis auf den neuen Markt und den damit zusammenhängenden Marktmachttransfer bereits bestehende Konkurrenz aus dem Markt zu verdrängen.

b) Massstab und Ziel des Zwangsmittels

- 868 Wie bereits eingangs erwähnt, ist es für dieses Tatbestandsmerkmal unerheblich, ob das Unternehmen tatsächlich Zwang anwendet oder die Kopplung durch die fehlende Auswahlmöglichkeit, durch anreizbasierte Verknüpfungen oder durch Nudging erfüllt wird. Es ist zudem möglich, dass in einem Sachverhalt Elemente unterschiedlicher Zwangsmittel gleichzeitig vorkommen.
- 869 Bei der Untersuchung des Zwangsmittels ist jeweils dessen Ziel zu berücksichtigen. Mit dem Zwang, also der Kopplung bzw. Bündelung, zielt das Unternehmen darauf ab, seine Marktmacht auf den gekoppelten Markt zu transferieren (engl. «leverage theory») oder die Markteintrittsschranken entweder auf dem

¹⁶³⁴ Gemäss MANDRESCU würde diese Qualifikation des Nudging als Zwang Plattformerweiterungen hemmen: «Finding coercion under such circumstances would be problematic, not only for Facebook but for all the multisided platforms which at some point in time intend on extending the scope of their services, as it would de facto result in condemning such expansions, which would be unreasonable» (MANDRESCU DANIEL, On-platform Tying or Another Case of Leveraging- A Discussion on Facebook Marketplace, 03.01.2023, abrufbar unter <https://www.lexxion.eu/coreblogpost/on-platform-tying-or-another-case-of-leveraging-what-to-do-with-facebook-marketplace/>).

Kopplungsmarkt oder gekoppelten Markt zu erhöhen und Unternehmen vom Markteintritt abzuhalten (engl. «entry deterrence»). Beide Ziele können mit einer ausreichend starken Marktpräsenz erreicht werden, welche in der digitalen Wirtschaft hauptsächlich über Nutzeranteile erreicht wird.¹⁶³⁵ Mit entsprechender Nutzerbasis stehen den Unternehmen der Digitalökonomie zusätzliche Möglichkeiten offen, ihre marktbeherrschende Stellung zu begründen oder zu festigen.¹⁶³⁶

In diesem Kontext spielt der Preis nur noch eine untergeordnete Rolle, da die Dienstleistungen grundsätzlich unentgeltlich sind; der Preis in Form einer Geldsumme ist nicht mehr das primäre Mittel der Entscheidungsbeeinflussung. Folglich gewinnen das Verhalten des Menschen und die Steuerung seiner Entscheidungsarchitektur an Bedeutung und die Behörden untersuchen die intrinsische Voreingenommenheit, die Wechselträchtigkeit oder den Statusquo-Bias. 870

Während in der traditionellen Wirtschaft also das Hauptaugenmerk auf der Preisbestimmungsmacht lag und deshalb der Zwang zum Kauf eines zusätzlichen Gutes das grösste Problem darstellte, ist bei der Beurteilung der Kopplungspraktiken in der Plattformökonomie jeweils auf die Instrumentalisierungsmöglichkeiten dieser Nutzerbasis zu achten. Der entsprechende Marktmachttransfer oder die Errichtung von Markteintrittsschranken sind also bereits mit Nudging-Taktiken realisierbar, weshalb diese den Tatbestand schon erfüllen. 871

Schliesslich hat die Kommission in Sachen *Google Android* die Argumentation von Google, wonach das Unternehmen mit der Kopplung das unentgeltliche Angebot der Leistungen «subventioniert» und seine Anlageinvestitionen wieder hereinholen würde, abgelehnt.¹⁶³⁷ Unabhängig davon, dass die Unentgeltlichkeit unerheblich ist, um das Ziel der Kopplung zu erreichen, ist bei diesen Argumentationen rund um die Unentgeltlichkeit eine genauere Betrachtung der Gesamtstrategie der Unternehmen erforderlich.¹⁶³⁸ Diese Argumente können auch auf ungenauen Behauptungen beruhen: Während die Benutzung des App Store bei oberflächlicher Betrachtung unentgeltlich erfolgen kann, ist dies für die Verwendung der damit zusammenhängenden Dienstleistungen nicht zwingend der Fall. Das Entgelt wird über diese Dienstleistungen abgeschöpft; 872

¹⁶³⁵ Zur Bedeutung der Nutzeranteile vgl. Kapitel [D.III.1.a](#)), insb. Kapitel [D.III.1.a\)bb](#)) und Kapitel [D.III.1.a\)cc](#)).

¹⁶³⁶ Vgl. Kapitel [D.III.1.b](#))-[D.III.1.f](#)).

¹⁶³⁷ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 993 und Rn. 995 ff.

¹⁶³⁸ Vgl. zu dieser Erkenntnis auch ACCC, Regulatory reform, 132 ff.

dabei kann es sich um Werbeeinnahmen innerhalb des App Stores handeln oder aber beispielsweise um Einnahmen aus In-App-Käufen.¹⁶³⁹ Deshalb haben sich die Behörden der digitalen Wirtschaft – insbesondere unter Berücksichtigung ganzer Ökosysteme – mit dem zugrunde liegenden Geschäftsmodell zu befassen.

4. Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung

873 Da nicht alle Kopplungen wettbewerbsbeschränkend sind,¹⁶⁴⁰ gilt es das Element der Marktverschliessung bzw. Wettbewerbsbeschränkung zu prüfen. Wie bereits dargelegt, genügt es, wenn ein Verhalten *geeignet* ist, den Markt zu verschliessen bzw. den Wettbewerb zu beeinträchtigen.¹⁶⁴¹ Das marktverschliessende Potenzial einer Kopplung kann sowohl auf dem Kopplungsmarkt als auch auf dem gekoppelten Markt auftreten.¹⁶⁴² Hierfür sind zuerst allgemeine Bemerkungen zur Marktverschliessung erforderlich (a). Danach wird für die Analyse dieses Tatbestandsmerkmals zwischen dem Behinderungsmisbrauch und dem Ausbeutungsmisbrauch unterschieden (b); das Mixed Bundling wird separat untersucht (c).

a) Allgemeines

aa) Wettbewerbswidrige Marktverschliessung

874 Die Europäische Kommission umschreibt in ihrer Prioritätenmitteilung die wettbewerbswidrige Marktverschliessung in allgemeiner Weise.¹⁶⁴³ Demnach sollen marktbeherrschende Unternehmen den wirksamen Wettbewerb nicht beschädigen, indem sie die Konkurrenz vom Markt ausschliessen und so die Verbraucherwohlfahrt beeinträchtigen (z.B. durch Erhöhung der Preise, Verminderung der Qualität oder Einschränkung des Angebots). Bei der wettbe-

¹⁶³⁹ Zur allgemeinen Problematik der Abschöpfung der Einnahmen aus In-App-Käufen (bis zu 30%) vgl. bspw. CMA, Mobile ecosystems, Rn. 4.68; ACCC, Dominance of Apple and Google's app stores impacting competition and consumers, 28.04.2021, abrufbar unter <<https://www.accc.gov.au/media-release/dominance-of-apple-and-googles-app-stores-impacting-competition-and-consumers>>; EU-Kommission, Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules, 16.06.2020, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1073>.

¹⁶⁴⁰ Vgl. Kapitel [E.1.2](#).

¹⁶⁴¹ Vgl. Kapitel [E.1.3](#) und Kapitel [E.1.3.c\)bb\)1](#).

¹⁶⁴² Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 49 und Rn. 52.

¹⁶⁴³ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 19 ff.

werbswidrigen Marktverschliessung verhindert oder erschwert das Unternehmen in marktbeherrschender Stellung den vorhandenen oder potenziellen Wettbewerb.¹⁶⁴⁴ Bei der Ermittlung der Eignung zur wettbewerbswidrigen Marktverschliessung hat die Kommission folgende Kriterien zu berücksichtigen:¹⁶⁴⁵

- Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens;
- Bedingungen auf dem relevanten Markt;
- Stellung der Konkurrenz;
- Stellung der Abnehmenden bzw. Anbietenden von Inputs;
- Ausmass des mutmasslich missbräuchlichen Verhaltens;
- Mögliche Beweise für die tatsächliche Marktverschliessung;
- Unmittelbare Beweise der Behinderungsstrategie.

Neben diesen allgemeinen Faktoren zur Marktverschliessung stützt sich die Europäische Kommission zusätzlich auf besondere Faktoren.¹⁶⁴⁶ Die Gefahr der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung ist grösser, wenn das Unternehmen dauerhaft eine Kopplungs- oder Bündelungsstrategie verfolgt.¹⁶⁴⁷ Darüber hinaus ist der Verschliessungseffekt grösser, je mehr Güter das marktbeherrschende Unternehmen zu einem Bündel zusammenfasst. Dies gilt insbesondere in den Konstellationen, in denen das Angebot des gesamten Bündels für die Konkurrenz schwerfällt.¹⁶⁴⁸ Letzterer Punkt ist in der digitalen Wirtschaft von besonderem Interesse, da die Unternehmen ihr Verhalten grundsätzlich an dem eigenen Ökosystem ausrichten. Je grösser das eigene Ökosystem ist, desto mehr Güter existieren für eine Bündelungsstrategie und desto grösser wird der Verschliessungseffekt. In Verbindung dazu ist der allgemeine Faktor der Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens zu beachten, da Unternehmen mit grösseren Ökosystemen grundsätzlich bereits eine Hauptplattform besitzen, die auf ihrem relevanten Markt eine starke Marktstellung aufweisen kann. Die starke Stellung der Plattform zusammen mit der potenziellen Bündelung von unterschiedlichen Gütern – in Form von verschiedenen Plattformen, verschiedenen Funktionen innerhalb der Plattform oder auch physischen Gütern – führt dazu, dass die potenzielle Konkurrenz weder das gesamte Bündel anbieten kann noch die starke Marktstellung

875

¹⁶⁴⁴ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 19.

¹⁶⁴⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 20 f. m.w.H.

¹⁶⁴⁶ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 52 i.V.m. Rn. 20.

¹⁶⁴⁷ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 53.

¹⁶⁴⁸ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 54.

der Hauptplattform anzugreifen vermag (beides ist mit hohen Investitionskosten verbunden).

- 876 Greift die Konkurrenz auf die erste Variante zurück und entscheidet sich, ebenfalls auf Kopplungspraktiken zurückzugreifen, erhöhen sich die Markteintrittsschranken.¹⁶⁴⁹ Diese Verdrängungseffekte werden durch Skaleneffekte, Learning-Curve-Effekte und Netzwerkeffekte zusätzlich verstärkt, insbesondere wenn das marktbeherrschende Unternehmen proportional mehr von diesen Effekten profitiert.¹⁶⁵⁰ Diese Konstellation gewinnt vor allem im digitalen Kontext an Bedeutung. Die marktbeherrschenden Unternehmen erlangen ihre Stellung auf dem Markt in erster Linie durch die Anzahl Nutzenden und die Netzwerkeffekte.¹⁶⁵¹ Mit den Netzwerkeffekten setzen in der digitalen Wirtschaft auch Skaleneffekte ein.¹⁶⁵² Dabei kann das marktbeherrschende Unternehmen nicht nur von der Grenzkostendegression profitieren, sondern dank den Skaleneffekten auf seine Erfahrungen der Problembewältigung zurückgreifen sowie zusätzliche Datenverarbeitungsvorteile genießen.¹⁶⁵³ Aufgrund des «first mover advantage» entwickeln sich in Märkten der Digitalökonomie im Zusammenspiel mit den Netzwerkeffekten, Skaleneffekten und Datenverarbeitungsvorteilen Synergien, von denen das marktbeherrschende Unternehmen proportional mehr profitiert, wodurch es sich in einer kaum einholbaren Position befindet.¹⁶⁵⁴ In Sachen *Google Android* wurde ausserdem deutlich, dass die Gesamtstrategie des digitalen Ökosystems zu beachten ist. Bei der Berücksichtigung der Gesamtstrategie und des Ökosystems treten die hier erwähnten Effekte zusätzlich verstärkt auf.
- 877 Eine Kopplung kann darüber hinaus zu weniger Wettbewerb auf dem gekoppelten Markt führen. Durch die Kopplung ist es möglich, dass die Abnehmerseite für das gekoppelte Gut allein zu klein wird und die Unternehmen aufgrund der Kopplung auf diesem Markt nicht mehr bestehen können; dies kann zur Preiserhöhung auf dem gekoppelten Markt führen.¹⁶⁵⁵ Die Kopplung kann auch wichtige Auswirkungen auf den Preiswettbewerb haben.¹⁶⁵⁶ Schliesslich befürchtet die Kommission, dass bei Komplementärgütern die Marktver-

¹⁶⁴⁹ Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 197.

¹⁶⁵⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 750.

¹⁶⁵¹ Vgl. Kapitel [D.III.1.a](#)) und Kapitel [D.III.1.b](#)).

¹⁶⁵² Vgl. Kapitel [B.I.2](#).

¹⁶⁵³ Vgl. Kapitel [D.III.1.f](#)).

¹⁶⁵⁴ Vgl. Kapitel [D.III.2.b](#)) und EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 638 f.

¹⁶⁵⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 55.

¹⁶⁵⁶ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 56 f.

schliessungswirkungen aufgrund potenzieller Marktzutrittsschranken stärker ausfallen können.¹⁶⁵⁷

bb) Verbraucherschaden

Es ist nicht gänzlich geklärt, ob ein Verbraucherschaden als Bestandteil der Marktverschliessung darzulegen ist. In Fällen der Kopplung und der Bündelung ist grundsätzlich auf die besonderen Faktoren der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung zu verweisen, welche sich auf Fragen der Wettbewerbsstruktur konzentrieren und den Verbraucherschaden nicht thematisieren.¹⁶⁵⁸

Der Europäische Gerichtshof prüft in Fällen von Rabattsystemen, «ob das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung von Wettbewerbern zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt».¹⁶⁵⁹ Der Europäische Gerichtshof leitet also aus dem Schaden des Wettbewerbs einen Schaden der Verbraucherinteressen ab; das Hauptaugenmerk liegt allerdings auf der Wettbewerbsstruktur. Ein ähnliches Ergebnis ist in Sachen *Google Android* ersichtlich. Das Gericht ist mit dem Prüfungsrahmen der Europäischen Kommission einverstanden und verlangt keine Prüfung des Verbraucherschadens.¹⁶⁶⁰ Ohnehin ist von Art. 102 AEUV auch ein indirekter Verbraucherschaden gedeckt,¹⁶⁶¹ welcher in den Fällen der Kopplungsgeschäfte grundsätzlich ohne Schwierigkeiten nachweisbar ist (z.B. Einschränkung der Wahlmöglichkeiten

878

¹⁶⁵⁷ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 58.

¹⁶⁵⁸ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 52 ff.

¹⁶⁵⁹ Urteil des EuGH, Rs. C-23/14 vom 06.10.2015, Post *Danmark II*, Rn. 69 mit Verweis auf Urteil des EuGH, Rs. C-209/10 vom 27.03.2012, Post *Danmark I*, Rn. 44. Bereits in Sachen *Continental Can* war es nicht erforderlich, einen direkten Verbraucherschaden nachzuweisen, da auch «durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs» ein Schaden entstehen kann (Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, Rn. 26).

¹⁶⁶⁰ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 295. Trotzdem hält das Gericht fest, dass die Europäische Kommission jeweils direkten oder indirekten Verbraucherschaden nachweisen konnte (Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 306, Rn. 308, Rn. 311 und Rn. 816). Gemäss dem Gericht scheint der Verbraucherschaden allerdings keine Voraussetzung zu sein; es ist der Auffassung, dass bloss «harmful to competition» genügt (Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 842). A.M. KOSTECKA-JURCZYK, Eur. Res. Stud. J. 2021, 130.

¹⁶⁶¹ O'DONOGHUE/PADILLA, 730; vgl. auch z.B. Urteil des EuGH, Rs. C-6/72 vom 21.02.1973, *Europemballage/Kommission*, Rn. 26.

aufgrund hoher Markteintrittsschranken). In der Schweiz findet die Analyse der Verbraucherwohlfahrt in der Regel nicht statt.¹⁶⁶²

b) Wettbewerbsbeschränkung

aa) Behinderungsmissbrauch

- 879 Wie bereits dargelegt,¹⁶⁶³ können Kopplungsgeschäfte aus verschiedenen Gründen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeigen. Nachfolgend gilt es diese Wirkungen in den Kontext der digitalen Wirtschaft zu setzen.
- 880 Gemäss den Erkenntnissen von CARLTON/WALDMAN und WHINSTON sind Kopplungsgeschäfte eine geeignete Strategie, um eine Verdrängung auf dem gekoppelten Markt zu bewirken (engl. «leverage theory» bzw. Theorie der Hebelwirkungen).¹⁶⁶⁴ Darüber hinaus hat NALEBUFF gezeigt, dass Kopplungen ein Mittel sind, um auf dem gekoppelten Markt hohe Eintrittsschranken zu schaffen (engl. «entry deterrence»).¹⁶⁶⁵ Gemäss CARLTON/WALDMAN können Kopplungsstrategien ausserdem zur Schaffung von Markteintrittsschranken auf dem Kopplungsmarkt führen und so die Marktstellung auf dem bereits monopolisierten Markt schützen bzw. verfestigen.¹⁶⁶⁶ Diese Theorien der Hebelwirkungen hat auch in den Märkten der digitalen Wirtschaft ihre Bedeutung.

(1) Mehrseitigkeit und Unentgeltlichkeit

- 881 In mehrseitigen Märkten koordinieren die Plattformen ihre Nutzerbasis, um eine effiziente Allokation zu erreichen. Dabei profitieren diese Plattformen von der besonderen Preisstruktur.¹⁶⁶⁷ ARMSTRONG und CAILLAUD/JULLIEN konnten nachweisen, dass die Plattformen negative Preise setzen, um die Probleme der Preisstruktur zu lösen.¹⁶⁶⁸ Allerdings sind die Plattformen nicht immer in der Lage, ne-

¹⁶⁶² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 770 m.w.V.

¹⁶⁶³ Vgl. Kapitel [E.1.2.c](#).

¹⁶⁶⁴ CARLTON/WALDMAN, RAND J. Econ. 2002, 194 ff.; WHINSTON, AER 1990, 837 ff.; vgl. im Detail Kapitel [E.1.2.c](#).

¹⁶⁶⁵ NALEBUFF, QJE 2004, 159 ff., insb. 183; vgl. im Detail Kapitel [E.1.2.c](#).

¹⁶⁶⁶ CARLTON/WALDMAN, Theories of Tying, 1 ff.; insb. 17 ff.; vgl. ferner HULL, 289; vgl. im Detail Kapitel [E.1.2.c](#).

¹⁶⁶⁷ So bereits ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 668 ff.; CAILLAUD/JULLIEN, RAND J. Econ. 2003, 309 ff.; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 990 ff.; vgl. auch Kapitel [B.1.1.c](#).

¹⁶⁶⁸ ARMSTRONG, RAND J. Econ. 2006, 668 ff.; CAILLAUD/JULLIEN, RAND J. Econ. 2003, 309 ff.

gative Preise zu setzen. JULLIEN hat in seinen Untersuchungen gezeigt, dass die Plattformen in solchen Fällen auf Kopplungsstrategien zurückgreifen.¹⁶⁶⁹

Gemäss CHOI/JEON funktioniert die Logik der Chicago School im Rahmen von nicht negativen Preisbeschränkungen (engl. «non-negative price constraints») nicht. Laut den Autoren bestätigen die Zweiseitigkeit und die nichtnegativen Preisbeschränkungen die Ergebnisse der Theorie der Hebelwirkungen. Die Unternehmen sind neu in der Lage, sich die zusätzlichen Einnahmen auf der anderen Marktseite anzueignen bzw. durch Kopplungen zusätzliche Monetarisierungsmöglichkeiten zu schaffen.¹⁶⁷⁰ 882

Diese Theorien setzen sich mit mehrseitigen Märkten auseinander. Insofern gewinnt auch die Marktabgrenzung erneut an Bedeutung, da die sich aus der Marktdefinition ergebenden Grenzen spätestens bei der Analyse der Kopplungsgeschäfte wieder anzuwenden sind. Wird beispielsweise der hier vorgeschlagenen Marktabgrenzung gefolgt, können innerhalb einer Plattform separate Märkte abgegrenzt werden. Eine solche Marktabgrenzung vermag die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Rahmen der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse zu verdeutlichen und einen wichtigen Hinweis auf die Marktabschottung zu liefern. 883

Darüber hinaus basieren die Annahmen der Chicago School auf dem Umstand, dass die Verkäuferseite mit denselben Käuferparteien Transaktionen abwickelt und die Käuferseite einen erhöhten Bündelpreis ablehnen kann. In der Plattformökonomie trifft diese Annahme so nicht zu, da durch die Mehrseitigkeit der Verlust auf einer Seite (z.B. aufgrund eines Verlusts der Nutzerbasis) auf der anderen Plattformseite kompensiert werden kann. In diesen Fällen hat die Plattform weiterhin Anreize, ihre Güter gekoppelt anzubieten.¹⁶⁷¹ 884

¹⁶⁶⁹ JULLIEN, CESifo Econ. Studies 2005, 233 ff.

¹⁶⁷⁰ CHOI/JEON, Am. Econ. J. Microecon. 2021, 284 und 325; grundsätzlich handelt es sich dabei um die Quersubventionierung vgl. Kapitel [B.1.1.c](#); so auch SHIM/KWAK, BEJEAP 2015, 1921. Allerdings sind diese Ergebnisse mit Vorsicht auszuwerten. AMELIO/JULLIEN konnten in ihren Forschungen darlegen, dass Bündelungen die nichtnegativen Preisbeschränkungen auflockern können, indem das Unternehmen den Verkauf eines weiteren Gutes an den Zugang zur Plattform knüpft. Das Ziel dieser Bündelungspraktiken ist, die Teilnahme auf beiden Marktseiten besser zu koordinieren und effizienter zu gestalten. Eine bessere Koordination kann sodann auf zweiseitigen Märkten die Probleme der Preisstruktur lösen und so die Verbraucherwohlfahrt steigern (AMELIO/JULLIEN, IJIO 2012, 436 f. und 444 [«We thus corroborate the idea that tying in two-sided markets is a way to enhance efficiency by inducing better coordination between various sides.»]).

¹⁶⁷¹ IACOBUCCI/DUCCI, Eur. J. Law Econ. 2019, 36; vgl. ferner WU/PHILIPSEN, J. Comp. L. & Econ. 2023, 108.

- 885 Im Beispiel von IACOBUCCI/DUCCI hat ein Unternehmen eine Monopolstellung auf dem allgemeinen Suchmaschinenmarkt und ist gleichzeitig auf einem umkämpfen spezialisierten Suchmaschinenmarkt tätig. Auf dem monopolisierten Markt kann es auf der Seite der werbenden Wirtschaft den gesamten Mehrerlös erzielen. Die Kopplung erlaubt dem Unternehmen auf dem Werbemarkt seiner allgemeinen Suchmaschine weiterhin den gesamten Mehrerlös erzielen, während das Unternehmen durch die Hebelung nun seine Monopolstellung auch auf dem Werbemarkt seiner spezialisierten Suchmaschine ausnutzen kann. Die Kopplung verschliesst den Werbemarkt der spezialisierten Suchmaschinen und erlaubt dem Unternehmen, seinen Monopolgewinn zu erhöhen. Das Unternehmen vermag in dieser Konstellation sowohl den Gewinn aus dem Werbemarkt der allgemeinen Suchmaschinen als auch jenen aus den spezialisierten Suchmaschinen abzuschöpfen.¹⁶⁷²
- 886 Allerdings stehen den Unternehmen der Digitalökonomie weitere Instrumente zu, um die Preisstruktur zu koordinieren und ihre Marktmacht erfolgreich zu hebeln. Auf dem Markt für Musikstreaming hat sich das Modell der Premium-Konten etabliert; durch Bezahlung eines monatlichen Preises können die Nutzenden die Plattform ohne Werbung benutzen. In dieser Situation kann sich ein marktbeherrschendes Unternehmen potenziell erlauben, ein monatliches Abonnement einzuführen und auf einer Seite einen Einbruch der Nutzeranzahl zu erleiden, da es mit den Einnahmen seine unentgeltliche Dienstleistung auf der anderen Seite quersubventionieren kann.
- 887 Im Gegensatz zur Meinung, wonach die Unentgeltlichkeit eine Gelegenheit bietet, die Teilnahme der Marktseiten optimal zu koordinieren und effizienter zu gestalten,¹⁶⁷³ hat die Unentgeltlichkeit gemäss den neusten Erkenntnissen verstärkt wettbewerbsabschottende Auswirkungen. Der Preis von null deutet vielmehr darauf hin, dass die Plattform nicht die Fähigkeit hat, entsprechende Konsumentenrenten zu erhalten. Dies veranlasst die Plattformen zur Abschottung der Konkurrenz, um die eigenen Gewinne steigern zu können.¹⁶⁷⁴ Den Unternehmen mit Monopolstellung stehen insbesondere in mehrseitigen Märkten innerhalb des digitalen Ökosystems mehr Freiheiten offen, ihre Preisstruktur entsprechend anzupassen und die konkurrierenden Unternehmen abzuschotten. Sie müssen ihren Gewinn nicht zwingend auf der Verbraucherseite abschöpfen, sondern können aufgrund der Marktstruktur auch auf andere Marktseiten zurückgreifen (z.B. auf den Werbemarkt oder auf die Ent-

¹⁶⁷² Vgl. für ein fiktives Beispiel IACOBUCCI/DUCCI, Eur. J. Law Econ. 2019, 36 f.

¹⁶⁷³ AMELIO/JULLIEN, IJIO 2012, 444.

¹⁶⁷⁴ MOTTA, IJIO 2023, 2.

wicklerseite bei Applikationen). Gestützt auf das Geschäftsmodell ist auch eine Quersubventionierung und Optimierung der Daten durch das Ökosystem hindurch möglich.

Durch die Unentgeltlichkeit steht der potenziellen Konkurrenz zudem kein Spielraum bei der Preisgestaltung offen, da die Dienstleistung bereits unentgeltlich angeboten wird; dies wirkt sich zusätzlich marktbeherrschend aus. Die Nutzenden haben folglich keine monetären Anreize, um zu einer anderen Plattform zu wechseln. Da die Verbrauchenden in diesen Situationen nicht wechselwillig sind, müssen in den Markt eintretende Unternehmen durch qualitative und innovative Funktionen ihrer Plattform überzeugen, um einen Nutzerstamm aufbauen zu können. Dies stellt sich allerdings aufgrund der Netzwerkeffekte und Skaleneffekte als schwierig dar, weshalb die Innovation in diesen Märkten gehemmt und der Wettbewerb auf diesen Märkten beschränkt werden kann.¹⁶⁷⁵

888

Ausserdem sind für die Plattformökonomie die Ergebnisse von EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE von Interesse.¹⁶⁷⁶ Sie kommen zum Schluss, dass die funktionale Beziehung zwischen den gekoppelten Gütern potenziell Einfluss auf die wettbewerbsverschliessenden Effekte haben kann. Sie unterscheiden dabei zwischen komplementären Gütern, schwachen Substituten oder unverbundenen Gütern; bei komplementären Gütern ist eine grosse Überlappung festzustellen und somit treten die wettbewerbsverschliessenden Wirkungen stärker auf.¹⁶⁷⁷ Demnach deutet die funktionale Beziehung zwischen den gekoppelten Gütern auf die Überlappung der Nutzerbasen hin. Die Überlappung der Nutzerbasen wiederum hat einen bedeutenden Einfluss auf die Hebelwirkungen der Kopplung;¹⁶⁷⁸ grundsätzlich sind die wettbewerbsbeschränkenden Effekte umso wahrscheinlicher, je grösser die Überlappung des Nutzerstamms ist und je mehr Verbundvorteile abgeschöpft werden können.¹⁶⁷⁹ In der digitalen Wirtschaft sind bei Kopplungsgeschäften vermehrt komplementäre Güter anzutreffen, da die Unternehmen das Ziel haben, ihre digitalen Ökosysteme zu vervollständigen. Dadurch entsteht bei Kopplungen in der Regel eine grosse Überlappung der Nutzerbasen, die Hebelwirkungen können verstärkt auftreten.

889

¹⁶⁷⁵ Zu den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Netzwerkeffekte vgl. nachfolgend Kapitel [E.III.4.b\)aa\(2\)](#); zu den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Skaleneffekte und der gehemmten Innovation vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\(3\)](#).

¹⁶⁷⁶ EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE, SMJ 2011, 1270 ff.

¹⁶⁷⁷ EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE, SMJ 2011, 1279–1282.

¹⁶⁷⁸ EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE, SMJ 2011, 1280.

¹⁶⁷⁹ EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE, SMJ 2011, 1282; zu den Verbundvorteilen vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\(3\)](#).

ten und es liegt so eine erhöhte Gefahr der Wettbewerbsverschliessung vor. Zudem erhöht sich die Wahrscheinlichkeit der Überlappung, wenn alle untersuchten Märkte mehrseitig sind, weil so für jede Marktseite Überlappungen existieren können.

(2) Netzwerkeffekte

- 890 Neben der Mehrseitigkeit der Plattformen haben auch die Netzwerkeffekte eine besondere Bedeutung für die Wettbewerbsbeschränkung. Gemäss *CHOI/ JEON/WHINSTON* können Unternehmen die ungenutzte Konsumentenrente auf einer Marktseite als nachfrageseitigen Hebel verwenden, um einen durch Netzwerkeffekte gekennzeichneten Vorteil in einem anderen Markt zu erzielen. Demnach entsteht durch die Vorinstallation von Programmen eine «Quasi-Nutzerbasis» (engl. «quasi installed-base»), welche die Vorteile der Netzwerkeffekte ausnutzen können. In diesen Fällen führen die Kopplungsgeschäfte zum Ausschluss von effizienteren Unternehmen.¹⁶⁸⁰
- 891 Durch den Status-quo-Bias werden die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen beschränkt.¹⁶⁸¹ Die Verbrauchenden sind aufgrund des Status-quo-Bias und der intrinsischen Voreingenommenheit geneigt, ihnen bereits zur Verfügung gestellte Güter zu verwenden. Im Rahmen der Kopplungsgeschäfte können marktbeherrschende Unternehmen diesen Status-quo-Bias ausnutzen, um wenig nachgefragte Güter oder neue Plattformen zu koppeln und die Marktmacht zu hebeln. Aus Sicht der Konkurrenz bereitet das Probleme, da sie in dieser Konstellation noch vor dem Markteintritt die Trägheit der Nutzenden zu überwinden hat.¹⁶⁸² Diese Unternehmen sind zusätzlich im Nachteil, da sie sich gleichzeitig den Herausforderungen mit den Netzwerkeffekten stellen müssen: Einerseits wechseln die Nutzenden nicht zu den Plattformen der Konkurrenz, andererseits können keine Netzwerkeffekte generiert werden, da die Nutzeraktivität zu tief ist. Mit dem Status-quo-Bias sind auch höhere Wechselkosten verbunden,¹⁶⁸³ wodurch Lock-in-Effekten entstehen.¹⁶⁸⁴

¹⁶⁸⁰ *CHOI/JEON/WHINSTON*, 23.

¹⁶⁸¹ Vgl. Kapitel [E.III.3.a\)dd](#).

¹⁶⁸² Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 305 und Rn. 320 ff.; EU-Kommission, COMP/C-3/39.530 vom 16.12.2009, *Microsoft (Tying)*, Rn. 50 ff.; vgl. ferner *EDELMAN/GERADIN*, ECJ 2016, 178 mit fiktivem Beispiel.

¹⁶⁸³ EU-Kommission, M.8124 vom 06.12.2016, *Microsoft/LinkedIn*, Rn. 309.

¹⁶⁸⁴ Vgl. Kapitel [B.I.3.b](#); allgemein zur Marktverschliessung durch Begünstigung der eigenen Güter vgl. *EDELMAN*, *J. Comp. L. & Econ.* 2015, 372 ff.

In diesen Fällen der Kopplung ist die Konkurrenz auf dem gekoppelten Markt also mit hohem Aufwand und hohen Investitionskosten (z.B. Marketing) konfrontiert. Darüber hinaus ist sie grundsätzlich nicht in der Lage, den Vorteil aus der Anzahl der Nutzenden und den Netzwerkeffekten zu kompensieren. Durch den Status-quo-Bias zusammen mit den höheren Wechselkosten und den Lock-in-Effekten kann das marktbeherrschende Unternehmen einerseits seine Marktmacht auf dem beherrschten Kopplungsmarkt hebeln und Aktivität sowie Netzwerkeffekte erzeugen, andererseits entstehen auf dem gekoppelten Markt hohe Markteintrittsschranken. Folglich haben Kopplungsgeschäfte wettbewerbsbeschränkende Wirkungen.

892

Darüber hinaus haben die Netzwerkeffekte nach den Erkenntnissen von NALEBUFF und CARLTON/WALDMAN eine besondere Bedeutung. In der digitalen Wirtschaft sind die Anzahl der Nutzenden und damit zusammenhängend die Netzwerkeffekte entscheidend für die Entwicklung und Vergrößerung einer Plattform.¹⁶⁸⁵ Falls ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Marktmacht auf dem Kopplungsmarkt ausnutzt, durch Nudging seine Nutzerbasis zur Verwendung eines gekoppelten Gutes bewegen kann und somit von Beginn an starke Netzwerkeffekte auf dem gekoppelten Markt generiert, kann es den Markteintritt für die potenzielle Konkurrenz erheblich erschweren. Dabei stellt insbesondere die Erreichung der kritischen Masse ein Problem dar.¹⁶⁸⁶ Falls es sich um Komplementärgüter handelt, sieht sich die Konkurrenz gezwungen, in den Kopplungsmarkt und gekoppelten Markt gleichzeitig einzutreten.¹⁶⁸⁷ Allerdings stellt sich diese Konstellation grundsätzlich als unüberwindbare Herausforderung dar, da bereits die kritische Masse auf dem gekoppelten Markt nicht erreicht werden kann. Dazu kämen auch noch hohe Investitionskosten für den Kopplungsmarkt, weshalb die Konkurrenz oft von einem Markteintritt absieht.

893

¹⁶⁸⁵ Vgl. Kapitel [B.I.1.b](#).

¹⁶⁸⁶ Falls dieselben Unternehmen den Kopplungsmarkt strittig machen könnten, würde das marktbeherrschende Unternehmen gleichzeitig seine Stellung auf dem Kopplungsmarkt stärken. Durch die Kopplung erreicht die Konkurrenz nicht die erforderliche Nutzerbasis und kann keine bzw. kaum Netzwerkeffekte generieren, um als Plattform wachsen zu können. Da sie so die kritische Masse der Nutzenden nicht erlangen kann, besteht keine Möglichkeit, auf dem monopolisierten Markt wettbewerbsfähig zu werden. Ähnlich auch CONDORELLI/PADILLA, *J. Comp. L. & Econ.* 2020, 160 mit Verweis auf US Court of Appeals D.C. Cir., *USA v. Microsoft Corp.*, 253 f.3d 34. So auch MOTTA, *IJO* 2023, 4.

¹⁶⁸⁷ GAL/RUBINFELD, *Antitrust Law J.* 2016, 534; vgl. ferner WU/PHILIPSEN, *J. Comp. L. & Econ.* 2023, 107 f.

(3) Skaleneffekte und Innovation

- 894 Bei Berücksichtigung der Verbundvorteile und Skaleneffekte können die bereits erwähnten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen zusätzlich verstärkt auftreten. Dies lässt sich sowohl auf der Angebotsseite (Notwendigkeit, hohe Fixkosten und versunkene Kosten zu investieren)¹⁶⁸⁸ als auch auf der Nachfrageseite (Notwendigkeit, eine Nutzerbasis aufzubauen und die kritische Masse zu erreichen) analysieren. Da das Unternehmen mit Monopolstellung auf dem Kopplungsmarkt schon einen erheblichen Nutzerstamm aufgebaut hat, kann es diesen gebrauchen, um auf eigene Güter im gekoppelten Markt aufmerksam zu machen und die Nutzenden zur Verwendung dieser Güter zu bewegen.¹⁶⁸⁹ Da es sich bei den Gütern der digitalen Wirtschaft in der Regel ohnehin um unentgeltliche Dienstleistungen handelt (oft quersubventioniert durch Werbung dank der Mehrseitigkeit der Plattformen), sind die Anreize für die marktbeherrschenden Unternehmen umso grösser, in einen gekoppelten Markt einzutreten und die Konkurrenz von dort her auszuschliessen.¹⁶⁹⁰ Die Verbundvorteile und Skaleneffekte aus der Verwendung der zusätzlichen (eigenen) Güter erlauben dem Unternehmen sodann, einen Gewinn durch die Monetarisierung des gekoppelten Gutes abzuschöpfen.¹⁶⁹¹
- 895 Gleichzeitig kann die Kopplung die Skalierung an sich bereits verhindern, wodurch die Konkurrenz von Beginn an nicht die Möglichkeit erhält, wettbewerbsfähig zu werden.¹⁶⁹² Im Kontext der digitalen Ökosysteme haben solche Kopplungsstrategien auch Auswirkungen auf den Kopplungsmarkt im Sinne von defensiven Hebelstrategien. Falls das marktbeherrschende Unternehmen voraussieht, dass die Konkurrenz mit ihrem digitalen Ökosystem versucht, die Markteintrittsschranken zu durchbrechen, kann es Kopplungsstrategien anwenden, um die Konkurrenz bereits in einem frühen Zeitpunkt davon abzuhal-

¹⁶⁸⁸ Vgl. Kapitel [B.1.2](#) und Kapitel [B.1.3.a](#); so auch CONDORELLI/PADILLA, J. Comp. L. & Econ. 2020, 160; PETIT, Are 'FANGS' Monopolies?, 19 ff.

¹⁶⁸⁹ So bereits in Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(2\)](#); mit der Bezeichnung «customer foreclosure» auch MOTTA, IJIO 2023, 6; vgl. ferner MANDRESCU, CLSR 2021, 7 f. Die Unternehmen der Digitalökonomie haben grundsätzlich Interesse, ihr Ökosystem-Portfolio zu erweitern, damit sie die Grössenordnung der Skaleneffekte multiplizieren und die Konkurrenz stärker abschotten können (BOURREAU DE STREEL, 12).

¹⁶⁹⁰ MOTTA, IJIO 2023, 9; vgl. auch EDELMAN/GERADIN, ECJ 2016, 182.

¹⁶⁹¹ Diese Argumentation lässt sich aus den Forschungsergebnissen von ROCHET/TIROLE ableiten vgl. ROCHET/TIROLE, RAND J. Econ. 2006, 645 ff.; ROCHET/TIROLE, JEEA 2003, 990 ff.

¹⁶⁹² CHOI/JEON, Am. Econ. J. Microecon. 2021, 325. Dies trifft sowohl auf die Skalierung der Daten als auch die Skalierung der Nutzeranzahl zu.

ten, ausreichende Verbundvorteile auf dem gekoppelten Markt zu erzeugen. Dadurch wird die potenzielle Konkurrenz daran gehindert, in den Kopplungs-
markt einzutreten.¹⁶⁹³

Allerdings treten die Skaleneffekte nicht nur bei der Hebelung der Nutzerbasis auf, sondern auch bei der Verarbeitung der Daten. Hierfür ist auf die Erkenntnisse von CONDORELLI/PADILLA zu verweisen, die in ihrem Aufsatz dargelegt haben, dass Unternehmen in der digitalen Wirtschaft Vorteile durch die Kopplung von Datenschutzbestimmungen zu erlangen vermögen. Demnach setzt das Unternehmen für seine verschiedenen Güter im digitalen Ökosystem gleiche oder ähnliche Datenschutzbestimmungen auf. Durch diese Kopplungsstrategie erhält das Unternehmen die Zustimmung der Nutzenden, die gesammelten Daten auf dem Kopplungs- und dem gekoppelten Markt zu kombinieren. Mittels dieser Datenskaleneffekte ist das Unternehmen in der Lage, sich gegenüber der Konkurrenz einen erheblichen Vorteil zu verschaffen. Da durch die Kopplung zusätzlicher Plattformen verstärkte Skaleneffekte auftreten, können andere Unternehmen im Wettbewerb nicht mithalten oder werden von einem Markteintritt abgeschreckt. Das marktbeherrschende Unternehmen hingegen kann die kombinierten Daten monetarisieren und sich durch die Kombination der Daten zudem einen unüberwindbaren Datenvorteil verschaffen.¹⁶⁹⁴

896

Darüber hinaus konnte CHOI nachweisen, dass marktbeherrschende Unternehmen auf Innovationsmärkten ihre Marktmacht auf andere Märkte ausdehnen, indem sie aggressive Forschungs- und Entwicklungsstrategien verfolgen; dies führt zur Schwächung der Entwicklungsbemühungen der Konkurrenz.¹⁶⁹⁵ Da in diesen Fällen gleichzeitig die Innovation als wichtige Treiberin des Wettbewerbs betroffen ist, haben solche Strategien bedeutenden Einfluss auf die

897

¹⁶⁹³ Diese Argumentation basiert auf den Erkenntnissen von FELDMAN und seiner Theorie zum «defensive leveraging» vgl. FELDMAN, *GLTR* 1999, 2079 ff.; vgl. im digitalen Kontext PETIT/TEECE, *Ind. Corp. Chang.* 2021, 1190; ähnlich auch CONDORELLI/PADILLA, *J. Comp. L. & Econ.* 2020, 160 mit Verweis auf US Court of Appeals D.C. Cir., *USA v. Microsoft Corp.*, 253 f.3d 34. So auch EDELMAN/GERADIN, *ECJ* 2016, 181 f.; vgl. grundsätzlich auch WU/PHILIPSEN, *J. Comp. L. & Econ.* 2023, 108. Die marktverschliessenden Wirkungen treten stärker auf, wenn das Unternehmen gleichzeitig auch die Interoperabilität einschränkt (vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\(4\)](#)); so auch MOTTA, *IJO* 2023, 15 f.).

¹⁶⁹⁴ Vgl. CONDORELLI/PADILLA, *J. Comp. L. & Econ.* 2020, 161 ff.; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch MOTTA vgl. MOTTA, *IJO* 2023, 9 f.; zur Bedeutung der Skalierung im Zusammenhang mit Daten und dazu, wie Suchmaschinen mit mehr Suchanfragen (und somit mehr Daten) lernen können vgl. HE et al., 294 ff.

¹⁶⁹⁵ Vgl. CHOI, *Econ. J.* 2004, 83 ff.; CHOI, *QJE* 1996, 1153 ff.; vgl. ferner FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 383 f.

Wettbewerbsbeschränkung. Bereits in Sachen *Google Search (Shopping)* hat die Europäische Kommission erkannt, dass die Konkurrenz nicht genug Traffic¹⁶⁹⁶ erzeugen kann, um in den Markt einzutreten und die Innovation in diesem Markt zu fördern.¹⁶⁹⁷ Dies hat indirekt auch einen Einfluss auf die Konsumentenwohlfaht; durch die Kopplung hat die Konkurrenz weniger Anreize, die Güter des gekoppelten Marktes zu entwickeln und anzubieten. Da die potenzielle Konkurrenz im gekoppelten Markt nicht Fuss fassen kann, führt dies dazu, dass sie potenziell innovativere Güter nicht mehr erforscht und auf den Markt bringt. Den Verbrauchenden stehen in dieser Konstellation weniger Alternativen zur Verfügung.¹⁶⁹⁸

- 898 In diesen Fällen entzieht die Kopplungsstrategie der potenziellen Konkurrenz die Möglichkeit, die kritische Masse zu erreichen. Aufgrund der vorhandenen Verbundvorteile und Skaleneffekte wird sie also davon abgeschreckt, Investitionen für den Markteintritt im gekoppelten Markt aufzubringen; dies wiederum führt zu weniger Innovation auf diesem Markt.¹⁶⁹⁹

(4) *Interoperabilität und Single-Homing*

- 899 Im Kontext der Digitalökonomie ist ausserdem auf die Feststellungen von GENAKOS/KÜHN/VAN REENEN zu verweisen, wonach marktbeherrschende Unternehmen durch Einschränkung der Interoperabilität ihre Marktmacht auf den gekoppelten Markt ausdehnen können. Die eingeschränkte Interoperabilität führt zu verringerter Wettbewerbsintensität auf dem benachbarten Markt, wodurch das Unternehmen mit beherrschender Stellung Preisdiskriminierung betreiben und höhere Renditen abschöpfen kann.¹⁷⁰⁰ Darüber hinaus besteht bei eingeschränkter Interoperabilität die Gefahr, dass sich die Wechselkosten erhöhen

¹⁶⁹⁶ Beim Traffic handelt es sich um das Nutzeraufkommen, also auf die Anzahl Besuch innerhalb einer bestimmten Zeitperiode.

¹⁶⁹⁷ EU-Kommission, AT.39740 vom 27.06.2017, *Google Search (Shopping)*, Rn. 595. Es handelt sich in diesem Fall nicht um ein Kopplungsgeschäft, sondern um die Selbstbevorzugung. Allerdings treten in beiden Fällen ähnliche wettbewerbsverschliessende Effekte auf.

¹⁶⁹⁸ CHOI/JEON, Am. Econ. J. Microecon. 2021, 325. Auch das Gericht der Europäischen Union erkennt, dass hohe Eintrittsschranken und die Hemmung der Innovation den Wettbewerb beschränken können vgl. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 304 ff.; a.M. FUMAGALLI/MOTTA, J. Comp. L. & Econ. 2024, 21.

¹⁶⁹⁹ Bereits CHOI/STFANADIS haben dargelegt, dass Kopplungen die Innovation hemmen können (CHOI/STFANADIS, RAND J. Econ. 2001, 52 ff.; vgl. im Detail Kapitel [E.1.2.c](#)).

¹⁷⁰⁰ GENAKOS/KÜHN/VAN REENEN, *Economica* 2018, 873; vgl. ferner auch MOTTA, *IJIO* 2023, 5 und 11 f., wonach eine Einschränkung der Interoperabilität durch das marktbeherrschende Unternehmen wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkend ist.

und die Nutzenden an ein Produkt gebunden (engl. «locked-in») sind.¹⁷⁰¹ Liegen starke Lock-in-Effekte vor, tendieren die Verbrauchenden grundsätzlich zum Single-Homing, wodurch zusätzlich wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entstehen.¹⁷⁰² In diesen Fällen kann die Interoperabilität ähnliche Wirkungen wie die «defensive leveraging» zeigen.¹⁷⁰³

Die Wirksamkeit des Kopplungsgeschäfts kann zudem anhand des Nutzerverhaltens beurteilt werden, denn betreiben die Nutzenden im konkreten Fall trotz der Kopplung weiterhin Multi-Homing, lässt sich keine Tendenz zur Wettbewerbsverschliessung ableiten.¹⁷⁰⁴ Die Möglichkeit zum Multi-Homing wird insbesondere dann gefördert, wenn im Markt eine starke Leistungsdivergenz anzutreffen ist¹⁷⁰⁵ und/oder wenn die Interoperabilität nicht eingeschränkt ist.¹⁷⁰⁶ Falls die Konsumierenden tatsächlich Multi-Homing betreiben,¹⁷⁰⁷ ist das marktbeherrschende Unternehmen mit regem Wettbewerb konfrontiert und wettbewerbsfördernde Effekte können auftreten. In dieser Konstellation verwenden die Verbrauchenden effektiv auch die Plattformen der Konkurrenz, wodurch dieser die Möglichkeit offensteht, ebenfalls Netzwerkeffekte zu erzeugen und bei entsprechendem Nutzerstamm von Verbundvorteilen zu profitieren.¹⁷⁰⁸

Die Möglichkeit zum Multi-Homing führt jedoch nicht automatisch zum Multi-Homing. Gemäss den Erkenntnissen der ACCC steht es Unternehmen in der Lieferkette im Bereich der Online-Werbetechnologie offen, Multi-Homing zu betreiben und unterschiedliche Anbieter*innen zu verwenden. Gemäss der ACCC verwenden indes nur die grössten Unternehmen tatsächlich das Multi-Homing; kleine und mittelgrosse Unternehmen werden nur in den seltensten

¹⁷⁰¹ ACCC, Discussion Paper for Interim Report No. 5, 52 m.w.V.

¹⁷⁰² Vgl. auch Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(2\)](#); zum Verhältnis der Lock-in-Effekte und des Single-Homing vgl. Kapitel [B.I.4.a\)](#).

¹⁷⁰³ Dieselbe Idee auch in MOTTA, IJO 2023, 15 ff.

¹⁷⁰⁴ In diesen Fällen sind die Wechselkosten in der Regel tief. So auch für eine empirische Analyse AKMAN, VLBR 2022, 217 ff.

¹⁷⁰⁵ Vgl. Kapitel [B.I.4.b\)](#).

¹⁷⁰⁶ Vgl. Kapitel [D.III.1.c\)](#); so auch ACCC, Discussion Paper for Interim Report No. 5, 87 f. m.w.V., wonach die Förderung der Interoperabilität zu tieferen Wechselkosten führt und den Wettbewerb stärkt.

¹⁷⁰⁷ Die Möglichkeit allein hat nicht dieselben wettbewerbsfördernden Wirkungen. Bei Kopplungsgeschäften ist es deshalb wichtig zu untersuchen, ob sich die Möglichkeit zum Multi-Homing in tatsächliches Multi-Homing verwandelt oder ob das Nudging (bzw. jedes andere Mittel des Zwangs) zum Single-Homing führt. Dass der Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft nicht «one swipe away» ist, hat die Fallpraxis bereits verdeutlicht (zur Fallpraxis vgl. Kapitel [E.III.3.a\)dd\)](#); a.M. SOLANO DIAZ, World Competition 2017, 415).

¹⁷⁰⁸ CHOI, J. Ind. Econ. 2010, 608 und 622.

Fällen das Know-how und die Kapazität zum Multi-Homing haben.¹⁷⁰⁹ Ähnlich wie mit dem Status-quo-Bias dürften diese Unternehmen deshalb aus Bequemlichkeit das gekoppelte Gut benutzen. Führt die Kopplung allerdings zum Single-Homing der Nutzenden, gibt es eine starke Tendenz zur wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der Kopplung; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Unternehmen im ursprünglichen Markt eine Monopolstellung hat und omnipräsent ist. Es kann sodann diese Omnipräsens im Kopplungsmarkt auf den gekoppelten Markt übertragen.¹⁷¹⁰

(5) Berücksichtigung der untersuchten Merkmale in der Fallpraxis

902 Obwohl die Europäische Kommission und das Gericht der Europäischen Union in Sachen *Microsoft* und *Google Android* zu einem juristisch vertretbaren Ergebnis kommen, sind ihre Erwägungen insbesondere in Sachen *Google Android* nicht durchgehend nachvollziehbar.

903 Sowohl in Sachen *Microsoft* als auch in Sachen *Google Android* haben die Unternehmen auf den jeweils mehrseitigen Märkten darauf abgezielt, ihre Nutzerbasis auf dem Kopplungsmarkt zur Verwendung der Applikationen auf dem gekoppelten Markt zu bewegen. In Sachen *Microsoft* nimmt das Gericht der Europäischen Union mindestens implizit die Kundenüberlappung zur Kenntnis, indem es darauf hinweist, dass der Windows Media Player «an der Omnipräsens von Windows auf den Client-PCs teilhabe».¹⁷¹¹ Darüber hinaus setzen sich sowohl die Europäische Kommission als auch das Gericht mit den positiven Rückkopplungseffekten und den indirekten Netzwerkeffekten auseinander.¹⁷¹² Weil Microsoft durch die Kopplung den Windows Media Player allgegenwärtig werden liess,¹⁷¹³ konnte es so künstlich indirekte Netzwerkeffekte herbeiführen, die zu einer nicht-leistungsbezogenen Beeinflussung des Marktes führten.¹⁷¹⁴ Diese Omnipräsens bewirkte, dass vorrangig das Dateiformat

¹⁷⁰⁹ ACCC, Final Report, 161.

¹⁷¹⁰ In Sachen *Microsoft* bringt auch das Gericht der Europäischen Union das Argument der Omnipräsens, ohne auf das Single-Homing einzugehen vgl. Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 979 ff. («so dass Microsoft durch die Bündelung des Windows Media Player mit Windows sicherstelle, dass er an der Omnipräsens von Windows auf den Client-PCs teilhabe.»).

¹⁷¹¹ Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 980.

¹⁷¹² Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 1060 f.; EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 420 und Rn. 879 ff.

¹⁷¹³ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 842–878.

¹⁷¹⁴ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 650.

des Windows Media Player benutzt wurde.¹⁷¹⁵ Durch den Zuwachs an Inhalten in diesen Dateiformaten erhöhte sich das Verbraucherinteresse, den Windows Media Player zu benutzen.¹⁷¹⁶ In dieser Analyse sind implizit auch die Wirkungen der fehlenden Interoperabilität und das Single-Homing inbegriffen, da sowohl die Verbraucherseite als auch die Anbieterseite aufgrund der Omnipräsenz von Windows und Windows Media Player kein Multi-Homing betrieben und das besondere Dateiformat benutzen mussten. Durch die Berücksichtigung der Netzwerkeffekte ist die Mehrseitigkeit der Plattformen grundsätzlich bereits indirekt Bestandteil der Untersuchungen.

Auch in Sachen *Google Android* untersucht das Gericht der Europäischen Union die Kundenüberlappung, ohne diese so zu benennen. Das Gericht stellt fest, dass die Nutzeranteile von Google auf den Status-quo-Bias zurückzuführen sind.¹⁷¹⁷ Der Status-quo-Bias wiederum beschreibt die fehlende Wechselwilligkeit der Nutzenden, weshalb aus der Kopplung eine hohe Kundenüberlappung abzuleiten ist. Ausserdem hat die Kommission bei der Beurteilung der Marktbeherrschung auch die Mehrseitigkeit der Plattform sowie die Netzwerkeffekte untersucht,¹⁷¹⁸ aber bei der Ermittlung der Wettbewerbsbeschränkung ausdrücklich darauf verzichtet.¹⁷¹⁹ Durch diesen Verzicht geht die Kommission die Gefahr ein, sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Effekte nicht zu berücksichtigen; schliesslich handelt es sich um eine unvollständige Analyse, die vom Vorgehen in Sachen *Microsoft* abweicht.¹⁷²⁰ Immerhin wird die Thematik der Interoperabilität kurz angesprochen.¹⁷²¹

904

¹⁷¹⁵ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 879–891.

¹⁷¹⁶ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 946 und Rn. 968; dieselben Effekte werden auch im Modell von *CHOI/JEON/WHINSTON* einbezogen vgl. *CHOI/JEON/WHINSTON*, 24.

¹⁷¹⁷ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 574 und Rn. 583; vgl. ferner EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 778 ff., Rn. 804 ff. und Rn. 900 ff.

¹⁷¹⁸ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 464 ff., Rn. 624 ff. und Rn. 721.

¹⁷¹⁹ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 776 und Rn. 899. Der Fokus des Gerichts der Europäischen Gerichts lag beim Status-quo-Bias und bei den vorinstallierten Applikationen, Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 300 ff.

¹⁷²⁰ So auch *MANDRESCU*, CLSR 2021, 21.

¹⁷²¹ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 890; EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 524, Rn. 625, Rn. 1023 und Rn. 1030.

- 905 Namentlich die Unterlassung der Analyse der Netzwerkeffekte durch die Europäische Kommission ist fragwürdig. Es hilft dabei nicht, dass die Kommission noch erwähnt, die Netzwerkeffekte berücksichtigt zu haben, ohne klarzustellen, wie dies erfolgt.¹⁷²² Wünschenswert ist in diesen Fällen eine umfassende Untersuchung aller Besonderheiten des untersuchten Marktes, um im Rahmen eines Gesamtbildes ein Urteil fällen zu können.
- 906 Auch gemäss dem Zwischenbericht der ACCC nehmen die Mehrseitigkeit und Unentgeltlichkeit in der Analyse der Wettbewerbsbeschränkung eine besondere Stellung ein. Demnach vermag die Kopplung von App Stores an In-App-Zahlungssysteme den Wettbewerb für In-App-Zahlungssysteme zu beeinträchtigen. Als Folgen einer solchen Kopplung nennt die ACCC u.a. den Verlust an Wahlmöglichkeiten für die Verbrauchenden, negative Auswirkungen auf Qualität und Funktionalität (und somit Innovation) der angebotenen Applikationen oder auch eine Kostenerhöhung für die Konsumierenden.¹⁷²³ Die grundsätzlich unentgeltliche Verwendung der App Stores kann dank der Kopplung quersubventioniert werden. Gemäss der ACCC verlangen Google und Apple für jeden Verkauf einer Applikation sowie für jede In-App-Transaktion eine Gebühr von 15–30%. Bei dieser Gebühr handelt es sich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Google und Apple höchstwahrscheinlich um einen überhöhten Ansatz, der bei Unterlassung der Kopplung tiefer wäre.¹⁷²⁴ Ein ähnliches Bild zeichnet sich bei den eingeleiteten Verfahren in der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika im Bereich der Online-Werbetechnologie ebenfalls ab.¹⁷²⁵

bb) Ausbeutungsmissbrauch

- 907 In Bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch bei Kopplungsgeschäften finden sich in der Europäischen Union keine Beispiele, weshalb sich die Ausführungen

¹⁷²² EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 855 und Rn. 874.

¹⁷²³ ACCC, *Regulatory reform*, 133 f.

¹⁷²⁴ ACCC, *Regulatory reform*, 134 m.w.V.

¹⁷²⁵ Auch die Europäische Kommission sowie das Department of Justice in den USA haben diesbezüglich ein Verfahren eingeleitet vgl. EU-Kommission, *Kartellrecht: Kommission übermittelt Google Mitteilung der Beschwerdepunkte wegen missbräuchlicher Praktiken im Bereich der Online-Werbetechnologie*, Pressemitteilung, 14.06.2023, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_3207>; DoJ, *Justice Department Sues Google for Monopolizing Digital Advertising Technologies*, Press Release, 24.01.2023, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-google-monopolizing-digital-advertising-technologies>>.

hierzu in einem beschränkten Rahmen halten.¹⁷²⁶ Im Hinblick auf die digitale Wirtschaft dürfte der Ausbeutungsmisbrauch allerdings wieder an Bedeutung gewinnen. Ein Ausbeutungsmisbrauch im Zusammenhang mit den Kopplungsgeschäften liegt vor, wenn ein Unternehmen Güter mit schwacher Nachfrage mit Gütern koppelt, die erfahrungsgemäss stark nachgefragt werden.¹⁷²⁷ Ansätze einer solchen Herangehensweise waren bereits nach der Markteinführung von Google ersichtlich.¹⁷²⁸ Die Unternehmen der Digitalökonomie haben einen grösseren Anreiz, schwach nachgefragte Güter mit stark nachgefragten Gütern zu koppeln, da hohe Fixkosten den grössten Teil der Gesamtkosten ausmachen und die Unternehmen mit fallenden Durchschnittskosten konfrontiert sind. Haben sie die Anfangsinvestition einmal aufgebracht, besteht das Ziel darin, eine möglichst grosse Nutzerzahl zu erreichen. Da die Unternehmen ihre Güter ohnehin unentgeltlich anbieten, erzielen sie – im Gegensatz zur traditionellen Wirtschaft – keinen Gewinn durch den Verkauf eines zusätzlichen Produkts. Sie zielen vielmehr darauf ab, durch die gesteigerte Nutzung der gekoppelten Plattform ein detaillierteres Datenprofil erstellen zu können und so die Datenverarbeitung innerhalb des Ökosystems effizienter zu gestalten.¹⁷²⁹ Darüber hinaus kann eine Kopplung das Chicken-Egg-Problem lösen, da die gekoppelte Plattform bereits mit einer erheblichen Anzahl Nutzenden startet. Im Endeffekt zieht diese neue Plattform neue Konsumierende an. In den geschilderten Fällen profitiert das Unternehmen gleichzeitig von den verstärkten Netzwerkeffekten.

In der traditionellen Wirtschaft äussert sich die Ausbeutung der Marktgegen- 908
seite in einer Preiserhöhung der Gesamtleistung.¹⁷³⁰ In der digitalen Wirtschaft hat der Preis der Leistung eine untergeordnete Rolle,¹⁷³¹ trotzdem lässt sich diese Ausbeutung entweder im Sinne einer wirtschaftlichen Benachteiligung durch den Zwang zur Verwendung einer zweiten Plattform definieren oder im Sinne einer Kostenerhöhung über die Aufmerksamkeitskosten bzw. die Bereitstellung der Nutzerdaten¹⁷³² darstellen.

¹⁷²⁶ Vgl. z.B. MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 453–457 zum Ausbeutungsmisbrauch und Rn. 617–652 zum Behinderungsmisbrauch; auch Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 274 ff. unter dem Kapitel «Behinderungsmisbrauch»; vgl. auch die Ausführungen in BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 718 m.w.V.

¹⁷²⁷ Dies aus den wenigen Fallbeispielen zum Kopplungsgeschäft in Form eines Ausbeutungsmisbrauchs vgl. Monopolkommission, VII. Hauptgutachten, Rn. 362–365; Monopolkommission, VI. Hauptgutachten, Rn. 412.

¹⁷²⁸ Vgl. hierzu Kapitel [C.IV.2.b\)bb\)](#).

¹⁷²⁹ Vgl. hierzu Kapitel [D.III.1.f\)](#).

¹⁷³⁰ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 453.

¹⁷³¹ Vgl. Kapitel [B.I.1.c\)](#) und Kapitel [C.II.1.a\)](#).

¹⁷³² Zu den Daten oder der Aufmerksamkeit als Gegenleistung vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb\)](#).

- 909 Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts in Sachen *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* handelt es sich in der Schweiz bei den Kopplungsgeschäften in Form des Ausbeutungsmisbrauchs um ein grundsätzlich *per se* rechtswidriges Verhalten, da der «Unwertgehalt des Koppelungsgeschäfts [...] u.a. in der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des Vertragspartners, zusätzliche Angebote anzunehmen oder abzulehnen» liegt.¹⁷³³ Da die Kopplungsgeschäfte definitionsgemäss immer die Handlungsfreiheit der jeweiligen Vertragsparteien einschränken, ist der Tatbestand entweder erfüllt oder nicht. Eine genauere Analyse der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung scheint in diesen Fällen nicht mehr erforderlich zu sein.¹⁷³⁴

c) Sonderfall des Mixed Bundling

- 910 Im Gegensatz zur Kopplung und zur Bündelung hält die Europäische Kommission in ihrer Prioritätenmitteilung fest, dass Bündel- und Paketrabatte (auch Mixed Bundling) wettbewerbswidrig sein können, «wenn [der Rabatt] so hoch ist, dass genauso effiziente Wettbewerber, die nur eines der Produkte anbieten, nicht mit dem rabattierten Produktbündel konkurrieren können».¹⁷³⁵ In Abweichung zu den Kopplungen und reinen Bündelungen setzt die Kommission beim Mixed Bundling einen anderen Standard an, und zwar jenen des «genauso effiziente[n] Wettbewerber[s]».¹⁷³⁶ Es erfolgt eine abweichende Behandlung des Mixed Bundling, da es sich beim Mixed Bundling um eine finanzielle Vergünstigung handelt und sie deshalb eine gewisse Nähe zu den missbräuchlichen Rabattsystemen hat.¹⁷³⁷ Bei den Bündel- und Paketrabatten kommen die wettbewerbsabschottenden Wirkungen weniger deutlich zur Geltung; beide Güter sind weiterhin separat verfügbar, allerdings ist der separate Erwerb der Güter aufgrund der Preisgestaltung in diesen Fällen irrational. In diesen Fällen findet eine Wettbewerbsabschottung statt, wenn die ebenso effiziente Konkurrenz nicht mit dem Bündel- und Paketrabatt mithalten kann.¹⁷³⁸ In der Pra-

¹⁷³³ Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6.2.4.

¹⁷³⁴ A.M. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 765–796. Die originelle Argumentation, wonach es sich bei der «Handlungsfreiheit» um einen «Ausreisser» handelt, «welcher man keine wirkliche Bedeutung zusprechen sollte», ist nicht nachvollziehbar (BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 768).

¹⁷³⁵ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 59; zur Gefahr des Mixed Bundling an sich vgl. ECONOMIDES/LIANOS, Antitrust Law J. 2009, 512 m.w.V., insb. Fn. 124.

¹⁷³⁶ Für eine detaillierte Abhandlung zum «ebenso effizienten Wettbewerber» ROTH, 1 ff., insb. 162 ff.

¹⁷³⁷ Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 182.

¹⁷³⁸ Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 189.

xis prüft die Kommission, ob der Grenzertrag der einzelnen Güter des Bündels über der LRAIC («long-run average incremental cost») liegt.¹⁷³⁹ Die Gefahr der Marktabschottung steigt mit der Anzahl Gütern, deren Grenzpreis unter der LRAIC anzusiedeln sind.¹⁷⁴⁰ Eine gemischte Bündelung hat marktverschliessende Wirkungen, da genauso effiziente Wettbewerber, die bloss einzelne Güter anbieten, nicht mit dem Bündel konkurrieren können. Dadurch sehen sie sich gezwungen, auf allen Märkten im Wettbewerb zu stehen. Ein solcher Markteintritt ist für die Konkurrenz mit hohen Kosten verbunden und möglicherweise nicht umsetzbar.¹⁷⁴¹ Anders verhält es sich, wenn die Konkurrenz identische Bündel verkauft oder zeitnah verkaufen kann, denn diese Fälle behandelt die Kommission als «Bündelwettbewerb».¹⁷⁴²

Die Anwendung des LRAIC-Tests ist in der Praxis mit vielen Schwierigkeiten verbunden, namentlich in aufstrebenden Märkten oder in Industrien mit mehreren Gütern, wie dies in der digitalen Wirtschaft in der Regel der Fall ist.¹⁷⁴³ Darüber hinaus ist es in Fällen des Mixed Bundling äusserst komplex festzustellen, ob das Verhalten der Konsumentenwohlfaht dient oder ob es Effizienzgründe bzw. Gründe der Preisdiskriminierung verfolgt. Da die Auswirkungen des Mixed Bundling von Beginn an mehrdeutig sind, haben die Behörden Schwierigkeiten, die tatsächlichen Wirkungen zu ermitteln.¹⁷⁴⁴ O'DONOGHUE/PADILLA empfehlen eine alternative Herangehensweise bei der Feststellung von wettbewerbswidrigen Bündel- und Paketrabatten. Demnach ist neben der Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens zudem wichtig, welchen Anteil des gebündelten Marktes die Konkurrenz erzielen muss, um eine Grundgrösse erreichen zu können.¹⁷⁴⁵ In der digitalen Wirtschaft gilt es diesen Ansatz leicht abzuändern, da der Marktanteil im Vergleich zu den traditionellen Märkten eine geringere Aussagekraft hat. Allerdings gewinnt der zweite Teil dieser Methode umso mehr an Bedeutung, da Skalen- und Verbundvor-

911

¹⁷³⁹ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 60; vgl. auch Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 190. Ausführlich zum LRAIC-Test vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 362 ff., 372 ff., 398 ff. Zur Schwierigkeit der Berechnung der LRAIC vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 452.

¹⁷⁴⁰ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 60; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 645 m.w.V.

¹⁷⁴¹ Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 189.

¹⁷⁴² Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 61.

¹⁷⁴³ O'DONOGHUE/PADILLA, 749, ausführlich zu den Schwierigkeiten bei der Preisgestaltung unter den Kosten (insb. im Zusammenhang mit «predatory pricing»), 380.

¹⁷⁴⁴ O'DONOGHUE/PADILLA, 749; vgl. auch die Entwicklung der angewandten Ansätze in der Europäischen Union, O'DONOGHUE/PADILLA, 743 ff.

¹⁷⁴⁵ Gemäss ihren Ausführungen ist es erforderlich, «that rivals need to achieve basic scale» s. O'DONOGHUE/PADILLA, 750.

teile nicht nur grundlegende Bestandteile der Plattformökonomie sind, sondern auch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben können.¹⁷⁴⁶

- 912 GRAEF/COSTA-CABRAL schlagen vor, in unentgeltlichen Märkten den «As-Efficient-Competitor»-Standard anzupassen, indem sie schauen, ob das gebündelte Gut unter denselben Bedingungen wie die Konkurrenz bestehen könnte. Im Beispiel der Selbstbevorzugung müssten die Behörden also beleuchten, ob in Sachen *Google Search (Shopping)* der Preisvergleichsdienst von Google mit anderen Preisvergleichsdiensten hätte konkurrieren können, wenn es herabgestuft worden wäre.¹⁷⁴⁷

5. Objektive Rechtfertigungsgründe

a) Allgemeines

- 913 Als letztes Tatbestandsmerkmal sind die objektiven Rechtfertigungsgründe zu prüfen.¹⁷⁴⁸ Die Geltendmachung der objektiven Rechtfertigungsgründe obliegt dem beherrschenden Unternehmen, während die Wettbewerbsbehörden darzulegen haben, ob diese Argumente stichhaltig sind und die Rechtfertigung durchgreifen kann.¹⁷⁴⁹ In der Praxis kann sich das beherrschende Unternehmen nur in äusserst seltenen Fällen mit seinen Argumenten der Rechtfertigung durchsetzen.¹⁷⁵⁰

¹⁷⁴⁶ Zu den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Skalen- und Verbundvorteile vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(3\)](#); vgl. ferner Europäische Kommission, Diskussionspapier, Rn. 199.

¹⁷⁴⁷ GRAEF/COSTA-CABRAL, *Concurrences* 2020, Rn. 8. Es handelt sich dabei um eine Selbstbevorzugung, allerdings ist der grundlegende Gedanke dieser Anpassung auch auf einen Bündelrabatt anwendbar.

¹⁷⁴⁸ Sowohl in der Europäischen Union als auch in der Schweiz werden die objektiven Rechtfertigungsgründe (bzw. das Fehlen der Rechtfertigungsgründe) jeweils als separater Tatbestandsmerkmal geprüft vgl. z.B. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 313 und Rn. 597 ff.; EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 993 ff., Rn. 1155 ff. und Rn. 1323 ff.; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 6.2.1 und E. 6.2.3; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1413 ff.; vgl. ferner O'DONOGHUE/PADILLA, 733 ff.; BELLAMY/CHILD, *EU Law of Competition*, Rn. 10.069 m.w.V.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 775 ff.; WEBER/VOLZ, *Wettbewerbsrecht*, Rn. 2.725.

¹⁷⁴⁹ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 601 f.; Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 688 vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 733; BELLAMY/CHILD, *EU Law of Competition*, Rn. 10.069 m.w.V.; vgl. ferner Kapitel [E.I.3.c\)bb\)\(2\)](#).

¹⁷⁵⁰ So auch O'DONOGHUE/PADILLA, 733; BELLAMY/CHILD, *EU Law of Competition*, Rn. 10.148; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 289; namentlich im Zu-

Die objektiven Rechtfertigungsgründe müssen in jedem Fall dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen. In Bezug auf das Verhältnismäßigkeitsgebot ist also zu prüfen, (i) ob das Kopplungsgeschäft geeignet ist, den behaupteten Rechtfertigungsgrund (z.B. Risikominderung im Zusammenhang mit der Anwendungssicherheit) zu erfüllen, (ii) ob das Kopplungsgeschäft erforderlich ist, um den Rechtfertigungsgrund zu erzielen und (iii) ob das Kopplungsgeschäft in einem vernünftigen Verhältnis zu den damit verbundenen Nachteilen steht.¹⁷⁵¹ Bei der Prüfung der Erforderlichkeit ist darauf abzustellen, ob nicht mildere Massnahmen dasselbe Ziel erfüllen könnten, wie z.B. der Einsatz eines Mixed Bundling anstatt eines Pure Bundling oder eines Tying. Darüber hinaus darf das beherrschende Unternehmen bei der Umsetzung seiner Kopplungsstrategie den Wettbewerb nicht mehr einschränken, als es zwingend notwendig ist, um sein Ziel zu erreichen.¹⁷⁵² Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das beherrschende Unternehmen bereits aufgrund seiner Marktbeherrschung den Markt gefährdet und gemäss den Tatbestandsmerkmalen die Kopplung schon mindestens geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Angesichts dieser Tatsachen haben die Behörden abzuwägen, ob der Wettbewerb zu einem wesentlichen Teil ausgeschaltet ist.¹⁷⁵³

914

b) Handelsbrauch und Sachzusammenhang

Ein beherrschendes Unternehmen kann seine Kopplungen rechtfertigen, wenn sie dem handelsüblichen Brauch entsprechen. Als Vergleichsmaßstab für den Handelsbrauch lässt sich das Verhalten anderer Unternehmen (beispielsweise auf einem anderen geographischen Markt) oder auch das Verhalten des Unternehmens, bevor es den Markt beherrschte, heranziehen.¹⁷⁵⁴ Der Handelsbrauch darf allerdings nicht vom beherrschenden Unternehmen selbst begründet worden sein, da dieser andernfalls als Rechtfertigungsgrund für die untersuchte Kopplung vorgebracht werden kann.¹⁷⁵⁵ Das Problem des Han-

915

sammenhang mit den Effizienzgewinnen vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 778 m.w.V.

¹⁷⁵¹ O'DONOGHUE/PADILLA, 733; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 178 ff. i.V.m. Rn. 779.

¹⁷⁵² EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 995 ff. insb. Rn. 1003; BELLAMY/CHILD, EU Law of Competition, Rn. 10.070 m.w.V.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 779.

¹⁷⁵³ Ähnlich auch O'DONOGHUE/PADILLA, 737, wonach allerdings ein logischer Widerspruch zwischen der materiellen Prüfung und der Effizienzeinrede vorliegt.

¹⁷⁵⁴ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 291.

¹⁷⁵⁵ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 815; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 938 ff.; Botschaft KG,

delsbrauchs liegt in der vergangenheitsbezogenen Betrachtung, welche Innovation und sinnvolle Güterintegration zu behindern vermag; immerhin lässt sich eine solche technologische Integration über den Sachzusammenhang rechtfertigen.¹⁷⁵⁶ Folglich hält sich die Bedeutung des Handelsbrauchs als Rechtfertigungsgrund in der Praxis in Grenzen.¹⁷⁵⁷ In Zukunft dürfe die Relevanz der Rechtfertigung über den Handelsbrauch ebenfalls überschaubar bleiben, da die Unternehmen grundsätzlich entweder bereits von Beginn an zwei Güter «koppeln» (z.B. Smartphone mit vorinstallierter Vertriebsplattform) und der Tatbestand der Kopplung *a priori* irrelevant ist oder eine nachträgliche, technologische Integration über dem Sachzusammenhang zu rechtfertigen ist.

916 Allerdings ist die Rechtfertigung des handelsüblichen Brauchs in der digitalen Wirtschaft nicht gänzlich auszuschliessen. Wie dargelegt, tendieren Unternehmen der Digitalökonomie zur Erweiterung der Plattform und Integration neuer Plattformen in das eigene Ökosystem.¹⁷⁵⁸ Falls dasselbe Vorgehen, namentlich die Kopplung von zwei Gütern, von verschiedenen Unternehmen gleichzeitig festgestellt wird, könnte das Argument des Handelsbrauchs bzw. der Legitimate Business Practices potenziell an Bedeutung gewinnen. Diese Situation wäre ein Zeichen für die Weiterentwicklung des Marktes vom Angebot einzelner Leistungen zum gebündelten Angebot verschiedener Leistungen.¹⁷⁵⁹ Eine Gesamtanalyse des betroffenen Marktes kann in diesen Konstellationen Aufschluss über die technologische Integration geben und potenziell Innovation in diesem Sektor fördern bzw. mindestens nicht mehr *a priori* behindern.

917 Ausserdem lässt sich ein Kopplungsgeschäft rechtfertigen, wenn technische oder wirtschaftliche Gründe die Kopplung erfordern, also wenn ein Sachzusammenhang vorliegt. Als Beispiel ist die Kopplung einer Lizenzvergabe an die Abnahme bestimmter Güter zu erwähnen, falls dies für die technisch einwandfreie Nutzung der Lizenz zwingend erforderlich ist. Dabei genügt allein die Schaffung von Synergien für das beherrschende Unternehmen nicht; es ist vielmehr notwendig, dass die Kopplung auch den Konsumierenden entsprechende Vorteile

BBl 1995, 576; so auch MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 633; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 291; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.727.

¹⁷⁵⁶ MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 633; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 291; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.727.

¹⁷⁵⁷ Gemäss BIEN ist es in der europäischen Gerichtspraxis noch keinem Unternehmen gelungen, den Handelsbrauch als Rechtfertigung nachzuweisen (MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 633); zur geringen praktischen Bedeutung auch WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.727.

¹⁷⁵⁸ Kapitel [E.III.1.a](#)); so auch MANDRESCU, CLSR 2021, 21 f.

¹⁷⁵⁹ So auch MANDRESCU, CLSR 2021, 22.

bringt.¹⁷⁶⁰ Der Sachzusammenhang ist namentlich nicht erfüllt, wenn die qualitativen Eigenschaften des Kopplungsgutes mit der Kopplung bloss am besten in Erscheinung treten. Letztlich obliegt es den Konsumierenden zu entscheiden, ob sie qualitativ minderwertige Güter kombinieren wollen oder nicht; die Beeinträchtigung der Funktionalität des Gutes stellt ebenfalls keine Probleme dar und kann nicht als Rechtfertigungsgrund angebracht werden.¹⁷⁶¹ Im Rahmen der digitalen Wirtschaft dürfte dem Argument des Sachzusammenhangs ebenfalls bloss eine untergeordnete Rolle zukommen,¹⁷⁶² da das beherrschende Unternehmen sowohl bei der plattforminternen als auch bei der plattformübergreifenden Kopplung die Marktposition eines etablierten Gutes nutzt, um ein weiteres Gut zu lancieren. Diese nachträgliche Integration kann weder über den Handelsbrauch noch als Sachzusammenhang gerechtfertigt werden, da die Güter auch ohne die Kopplung einwandfrei funktionierten.

c) Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Darüber hinaus sind allgemeine Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen. Im Rahmen der objektiven Notwendigkeit (bzw. der Produktsicherheit)¹⁷⁶³ sind u.a. der Verbraucherschutz, potenzielle sanitäre Gründe, die Vermeidung von Produkthaftungsfällen, die technische Verbesserung bzw. Qualitätssteigerung und die Anwendungssicherheit zu untersuchen.¹⁷⁶⁴ Das Argument der Pro-

918

¹⁷⁶⁰ Die Europäische Kommission akzeptierte diese Argumentation im Rahmen von Art. 101 AEUV, wobei dieselben Grundsätze auch im Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV zu gelten haben vgl. MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 635 f. m.w.H.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 290 m.w.H.; so auch Botschaft KG, BBl 1995, 576; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.726.

¹⁷⁶¹ Gemäss dem EuG «kommt es einem Unternehmen in beherrschender Stellung eindeutig nicht zu, aus eigener Initiative Massnahmen zu ergreifen, um Produkte zu eliminieren, die es zu Recht oder zu Unrecht im Vergleich zu eigenen Erzeugnissen für qualitativ minderwertig hält» (Urteil des EuG, Rs. T-30/89 vom 12.12.1991, *Hilti AG/Kommission*, Rn. 118 und später Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, *Tetra Pak/Kommission*, Rn. 138); MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 637; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 290.

¹⁷⁶² Gemäss O'DONOGHUE/PADILLA haben die europäischen Behörden im Zusammenhang mit Kopplungspraktiken noch keine objektiven Rechtfertigungsgründe akzeptiert (O'DONOGHUE/PADILLA, 733).

¹⁷⁶³ Bezeichnung als objektive Notwendigkeit in Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 292; Bezeichnung als Produktsicherheit in MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 638.

¹⁷⁶⁴ O'DONOGHUE/PADILLA, 734; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 638 f.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 292; Botschaft KG, BBl 1995, 576; RPW 2020/3a – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, 1207,

duktsicherheit konnte sich in der Vergangenheit ebenfalls nur selten durchsetzen, was auf eine restriktive Anwendungspraxis deutet.¹⁷⁶⁵ In der Regel scheidet diese Rechtfertigung am Verhältnismässigkeitsprinzip.¹⁷⁶⁶

- 919 In der Digitalwirtschaft sind hauptsächlich der Verbraucherschutz, die Qualitätssteigerung und die Anwendungssicherheit von Interesse. Oft ist es nicht zielführend, diese Rechtfertigungsgründe strikt zu trennen; die Verpflichtung zur Verwendung einer hauseigenen Vertriebsplattform innerhalb des Ökosystems (fiktives Beispiel: App Store auf iOS-Geräten) kann sowohl dem Verbraucherschutz dienen als auch die Anwendungssicherheit sowie die Qualität der Güter steigern. Da in diesem Fall das Unternehmen die Funktion des Gatekeepers¹⁷⁶⁷ bzgl. des Zugangs zur Vertriebsplattform einnimmt, kann es schädlichen Applikationen den Zugang zum App Store verwehren und so Konsumierende, die das Schädigungspotenzial aufgrund ihrer Naivität nicht erkennen, schützen. Gleichzeitig dient dieselbe Massnahme der Anwendungssicherheit, indem Dritten der Zugriff auf sensible Schnittstellen verweigert und so eine sichere Anwendung der Güter gewährt wird. Im Ergebnis kann das Unternehmen auf diese Weise die Qualität des Gesamtprodukts wahren und einen erhöhten Qualitätsstandard garantieren. Die Qualitätskontrolle durch das beherrschende Unternehmen hat in der digitalen Wirtschaft aufgrund der erhöhten Komplexität der Güter und der damit einhergehenden Anfälligkeit einen höheren Stellenwert.¹⁷⁶⁸ Schliesslich ist im Einzelfall zu untersuchen, ob diese Rechtfertigungsgründe zutreffen und ob sie der Verhältnismässigkeitsmaxime entsprechen.

Rn. 410; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 777; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, Rn. 2.725.

¹⁷⁶⁵ O'DONOGHUE/PADILLA, 733; MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 638 f.; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 292.

¹⁷⁶⁶ In Sachen Hilti kam die Europäische Kommission zum Ergebnis, dass die Rechtfertigung «hinsichtlich der Sicherheit, Zuverlässigkeit und Funktionsweise ihrer Bolzenschussgeräte» nicht die «am wenigsten wettbewerbsbeschränkende Vorgehensweise darstellt» (EU-Kommission, IV/30.787 und 31.488 vom 22.12.1987, Hilti, Rn. 88 f.); bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-30/89 vom 12.12.1991, Hilti AG/Kommission, Rn. 115 ff. In Sachen Tetra Pak II wurden die sanitären Gründe und die Vermeidung der Produkthaftungsfälle ebenfalls als unverhältnismässig abgelehnt (EU-Kommission, IV/31.043 vom 24.07.1991, Tetra Pak II, Rn. 119); bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-83/91 vom 06.10.1994, Tetra Pak/Kommission, Rn. 131, Rn. 139 und Rn. 141; vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip Kapitel [E.III.5.a](#); s. auch MüKo WettbR-BIEN, Art. 102 AEUV, Rn. 639; Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 292. Im Besonderen bzgl. der Rechtfertigung der Qualitätskontrolle vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 735 f.

¹⁷⁶⁷ Dieser Begriff wird in diesem Zusammenhang nicht als Synonym zum Begriff des Gatekeepers im DMA verwendet, s. zum DMA und zur Rolle des Gatekeepers dort Kapitel [E.IV](#).

¹⁷⁶⁸ O'DONOGHUE/PADILLA, 734.

Darüber hinaus lehnen die Europäische Kommission und das Gericht der Europäischen Union in Sachen *Google Android* das Argument von Google ab, wonach eine Vorinstallation der Einnahmen generierenden Applikationen Google Search und Google Chrome auf Android erforderlich gewesen sei, um das Betriebssystem kostenlos anbieten zu können.¹⁷⁶⁹ Gemäss der Kommission erfüllt dies nicht die Erfordernisse einer objektiven Rechtfertigung, da Google trotzdem einen erheblichen Anteil der Monetarisierung über den Play Store generieren könnte.¹⁷⁷⁰ Ausserdem hätte Google auch ohne die Kopplung erheblich von den Nutzerdaten profitiert und dadurch weitere Monetarisierungsmöglichkeiten offenbart;¹⁷⁷¹ ohnehin lässt sich das Geschäftsmodell von Google über die Einnahmen aus der Suchmaschinenwerbung finanzieren.¹⁷⁷² Schliesslich hätte Google mildere Massnahmen wählen können, um sein Ziel zu erreichen.¹⁷⁷³

920

Während also Kopplungspraktiken eine technische Verbesserung darstellen und potenziell auch als Einnahmequelle dienen können, gilt es in diesem Zusammenhang das Gesamtbild des Geschäftsmodells zu ermitteln. Es stellt sich dabei die Frage, ob das Ökosystem um eine Kernplattform aufgebaut wurde, die durch ein unentgeltliches Angebot weitere Plattformen quersubventioniert, oder ob sich das Geschäftsmodell auf andere Einnahmequellen stützt. Im Rahmen der digitalen Wirtschaft liegt eine Quersubventionierung in zweierlei Hinsicht nahe: Einerseits haben die Unternehmen ein Interesse daran, mindestens eine Plattformseite unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.¹⁷⁷⁴ Dies geschieht beispielsweise durch die Verwertung der Nutzerdaten oder durch das Aufschalten von Werbeflächen. Andererseits ist die Finanzierung des gesamten Ökosystems zu berücksichtigen. Während die Finanzierung einer Plattform auf «simplen» Grundsätzen beruht, ist zu bedenken, dass innerhalb eines Ökosystems eine gesamte Plattform quersubventioniert werden kann.

921

¹⁷⁶⁹ Dieses Argument lässt sich zurückverfolgen auf die Quersubvention in der digitalen Wirtschaft und die Unterscheidung zwischen kostenlosen und unentgeltlichen Plattformen vgl. Kapitel [B.I.1.c](#)) und Kapitel [C.II.1.a](#)). Zu den Argumenten vgl. Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 597 f.; EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 993 ff.

¹⁷⁷⁰ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 996.

¹⁷⁷¹ EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 997; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 612.

¹⁷⁷² EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 998.

¹⁷⁷³ Urteil des EuG, Rs. T-604/18 vom 14.09.2022, *Google und Alphabet/Kommission (Google Android)*, Rn. 617; EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*, Rn. 1003.

¹⁷⁷⁴ Kapitel [B.I.1.c](#)).

Letztlich ist das Argument der Einnahmengenerierung nicht *a priori* von der Hand zu weisen; gleichzeitig handelt es sich dabei nicht um eine Blankovollmacht für die beherrschenden Unternehmen, um den Wettbewerb einschränken zu können. Es ist vielmehr im Einzelfall zu überprüfen, ob die vorgebrachten Argumente überzeugend sind und ob das Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten ist. Ansonsten hätten alle mehrseitigen Geschäftsmodelle einen Freifahrtschein zur Beschränkung des Wettbewerbs, da ihre Preisstruktur auf der Querfinanzierung beruht.¹⁷⁷⁵ Die Schwierigkeit dabei liegt im Beweis der Erforderlichkeit der Kopplung, also dass keine mildere Massnahme dasselbe Ziel erreichen könnte, und dass die Vorteile der Kopplung die Nachteile auf dem Wettbewerb überwiegen.

d) Effizienzgewinne

- 922 Schliesslich kommen auch Effizienzgewinne als Rechtfertigungsgrund in Frage. Aufgrund ihrer besonderen Relevanz werden die Effizienzgewinne ausdrücklich in der Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission erwähnt. Gemäss der Europäischen Kommission können Kosteneinsparungen in der Produktion oder dem Vertrieb, der Verringerung der Transaktionskosten, in Einsparungen bei Vertriebs- und Verpackungskosten, der Erleichterung der Vermarktung sowie der Weitergabe der erzielten Effizienzvorteile vorliegen.¹⁷⁷⁶
- 923 Bereits im Rahmen der allgemeinen Literatur zu den Kopplungsgeschäften werden die Abschöpfung von Grössen- und Verbundvorteilen, die Senkung der Transaktions- und Suchkosten sowie Einsparungen beim Vertrieb oder bei der Vermarktung erwähnt.¹⁷⁷⁷ Diese Vorteile vermögen in Bezug auf die digitale Wirtschaft verstärkt aufzutreten. Die Grössen- und Verbundvorteile beispielsweise treten bereits vor der Kopplung auf;¹⁷⁷⁸ mit den Kopplungsgeschäften sind die Unternehmen der Digitalökonomie neu in der Lage, diese Vorteile auf einer Kernplattform zu konzentrieren und dort unterschiedliche Güter gleichzeitig anzubieten. Dadurch können nicht nur die Skalen- und Netzwerkeffekte effizient genutzt werden, sondern das Unternehmen ist gleichzeitig in der Lage, erhebliche Kosten einzusparen. Bei diesen Kosten kann es sich einerseits um Marketingkosten handeln, da die neuen Güter auf der bereits bestehenden

¹⁷⁷⁵ So auch EDELMAN/GERADIN, ECJ 2016, 174.

¹⁷⁷⁶ Europäische Kommission, ABl. C 45 vom 24.02.2009, Rn. 62 i.V.m. Rn. 28 ff.

¹⁷⁷⁷ Vgl. Kapitel [E.1.2.b](#).

¹⁷⁷⁸ Vgl. Kapitel [B.1.2](#).

Plattform implementiert werden, andererseits vermögen die Unternehmen auch Transaktions- oder Suchkosten zu verringern¹⁷⁷⁹ und mit den zusätzlichen Daten ihre Dienstleistungen zu verbessern. Diese Effizienzgewinne können folglich auf die Nutzenden übergehen.

Aus Verbrauchersicht stellt sich allerdings die Frage, ob über die Transaktions- und Suchkosten hinausgehende Kostenersparnisse überhaupt möglich sind, da die Unternehmen ihre Dienstleistungen grundsätzlich unentgeltlich anbieten. Wie bereits bei der Marktabgrenzung¹⁷⁸⁰ lassen sich hier die Aufmerksamkeitskosten oder die Daten ebenfalls als nichtmonetäre Gegenleistungen heranziehen. Im Einzelfall ist sodann zu prüfen, ob die Kopplungen solche Kostenreduktionen mit sich bringen und diese den Konsumierenden weitergegeben werden können.¹⁷⁸¹ Als Kostenersparnisse dürfte die bereits bekannte Benutzeroberfläche eine gewisse Bedeutung gewinnen,¹⁷⁸² da sich die Konsumierenden an solchen Oberflächen einfacher orientieren können und kaum Gewöhnungszeit benötigen; insgesamt fällt also die Nutzung der Plattform leichter. Allerdings ist dabei auch zu berücksichtigen, ob diese Gewöhnungszeit und die damit zusammenhängende Verringerung der Suchkosten im Rahmen einer langfristigen Verwendung der Dienstleistung tatsächlich ins Gewicht fallen und ob dieses Argument dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspricht.

924

Gemäss dem Europäischen Gerichtshof sind in mehrseitigen Märkten die potenziellen Effizienzgewinne, «die sich aus der wettbewerbsbeschränkenden Massnahme auf einem davon verschiedenen, aber mit ihm im Zusammenhang stehenden und ebenfalls an dem System beteiligten Markt ergeben, für sich allein nicht geeignet, die sich aus dieser Massnahme ergebenden Nachteile

925

¹⁷⁷⁹ Das Konzept der Geschäftsmodelle der Digitalökonomie basiert auf der Senkung der Transaktionskosten (vgl. Kapitel [B](#), und Kapitel [B.I.1.a](#)).

¹⁷⁸⁰ Vgl. Kapitel [C.II.1.a\)bb](#)).

¹⁷⁸¹ Gemäss BOGENREUTHER können keine Kostenersparnisse an die Konsumierenden weitergegeben werden, da es sich in der Digitalwirtschaft um unentgeltliche Leistungen handelt. Darüber hinaus sind die Suchkosten vernachlässigbar klein (BOGENREUTHER, 179). Allerdings ist das erste Argument nicht nachvollziehbar, da auch bei unentgeltlichen Leistungen Kostenersparnisse möglich sind, z.B. die Verringerung der Aufmerksamkeitskosten oder die Bereitstellung von weniger Nutzerdaten. Ob die Suchkosten im Ergebnis tatsächlich vernachlässigbar sind, kann auch nicht pauschal ermittelt werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch eine prozentuale Gegenüberstellung der Suchkostenreduktion denkbar. Zudem ist auch zu beachten, ob die Verbesserung der Plattformqualität dazu beiträgt, dass die Suchkosten zusätzlich verringert werden, bspw. indem das Unternehmen mehr Daten auswertet und die Plattform qualitativ hochwertigere Ergebnisse liefert.

¹⁷⁸² Vgl. EDELMAN, J. Comp. L. & Econ. 2015, 378.

auszugleichen, solange nicht der Beweis dafür erbracht wird, dass diese Massnahme spürbare objektive Vorteile auf dem relevanten Markt mit sich bringt». ¹⁷⁸³ Gemäss dem Europäischen Gerichtshof muss das beherrschende Unternehmen also einen Effizienzgewinn auf dem relevanten Markt nachweisen können; ein Effizienzgewinn für das gesamte Ökosystem im weiteren Sinne bzw. in einem nicht betroffenen Markt genügt nicht, um sich rechtfertigen zu können. Hierbei ist wiederum die korrekte Marktabgrenzung von grosser Bedeutung, da bei Vorliegen eines Gesamtmarktes jegliche Effizienzgewinne auf der Plattform berücksichtigt werden können, wohingegen bei Abgrenzung separater Märkte die Effizienzgewinne auf einer Plattformseite und die Kopplung auf der anderen auftreten können.

¹⁷⁸³ Urteil des EuGH, Rs. C-382/12 P vom 11.09.2014, *MasterCard/Kommission*, Rn. 242.

IV. Kopplungsverbote im Digital Markets Act

1. Allgemeines

Im Gegensatz zu Art. 102 AEUV und Art. 7 KG verfolgt der DMA einen anderen Ansatz, denn der Pflichtenkatalog nach Art. 5 DMA¹⁷⁸⁴ ist «self-executing». Diese Verpflichtungen gelten *ex ante* und *per se* für alle Normadressaten. Sie werden nicht erst *ex post* wirksam, wenn die Behörden einen Verstoss feststellen, sondern sind von Beginn an von den Normadressaten einzuhalten.¹⁷⁸⁵ Auch Art. 6 DMA ist ohne Weiteres einzuhalten, denn es handelt sich dabei ebenfalls um Verpflichtungen, die *ex ante* und *per se* gelten. Die Regelungen von Art. 6 DMA unterscheiden sich insoweit, als eine Spezifizierung nach Art. 8 DMA durch die Kommission möglich ist.¹⁷⁸⁶ Sowohl Art. 5 DMA als auch Art. 6 DMA berücksichtigen die konglomeraten Strukturen der Unternehmen in der digitalen Wirtschaft. Obwohl die Verpflichtungen nur gegen zentrale Plattformstrukturen der Torwächter gelten, die im Benennungsbeschluss aufgeführt sind (Art. 3 Abs. 9 DMA), ist bei der Anwendung der Verpflichtungen die konglomerate Struktur – namentlich das digitale Ökosystem des Torwächters – zu berücksichtigen (Erw. 29 des DMA). Andernfalls könnten Torwächter nichtbenannte Plattformdienste zwischenschalten und den DMA umgehen.¹⁷⁸⁷

Darüber hinaus findet im Rahmen des DMA eine Abkehr vom «more economic approach» statt; der DMA hält nicht mehr am Effizienzparadigma der letzten Jahre fest, sondern ist normativer geprägt.¹⁷⁸⁸ Im Rahmen des DMA stehen den Torwächtern ausserdem keine Einwände der Effizienzgründe offen;¹⁷⁸⁹ der Ausschluss ist vor allem in Bezug auf die Kopplungsgeschäfte entscheidend. Da die Praktiken nach Art. 5 DMA, einschliesslich Kopplungspraktiken, *ex ante*

¹⁷⁸⁴ Für die hier untersuchten Kopplungsgeschäfte ist insbesondere der Pflichtenkatalog von Art. 5 DMA bedeutend.

¹⁷⁸⁵ Komm. DMA-PODSZUN/SCHWAB, Art. 5, Rn. 3; Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 35; zu den Normadressaten vgl. Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 29 und Komm. DMA-BONGARTZ/KIRK, Art. 2, Rn. 2 ff.

¹⁷⁸⁶ Komm. DMA-PODSZUN/SCHWAB, Art. 5, Rn. 4 mit Verweis auf Komm. DMA-SEELIGER, Art. 8, Rn. 34.

¹⁷⁸⁷ Komm. DMA-PODSZUN/SCHWAB, Art. 5, Rn. 2.

¹⁷⁸⁸ Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 1 und Rn. 5.

¹⁷⁸⁹ Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 34.

und *per se* unerlaubt sind, ist keine Auseinandersetzung mit den wettbewerbsfördernden und wettbewerbsschädigenden Auswirkungen der Handlung erforderlich. Vielmehr geht der DMA auf die Ursprünge des Kopplungsgeschäfts zurück, wonach Kopplungen *per se* unerlaubt waren.¹⁷⁹⁰ Diese Entwicklung des DMA zeigt, dass das Kartellrecht mit dem «more economic approach» mindestens im digitalen Kontext an seine Grenzen gestossen ist.

- 928 Eine weitere Besonderheit des DMA ist die «Rechenschaftspflicht» der Torwächter gemäss Art. 8 DMA. Demnach hat der Torwächter die Einhaltung der Verpflichtungen nach Art. 5–7 DMA sicherzustellen und nachzuweisen; anders als im Kartellrecht haben die Behörden keine Beweislast mehr, sondern die Torwächter eine Rechenschaftspflicht.¹⁷⁹¹
- 929 Grundsätzlich müssten diese Vorstösse in der Europäischen Union im schweizerischen Kontext zu Diskussionen über punktuelle Anpassungen des Kartellverfahrens anregen.¹⁷⁹² Offensichtlich ist es nicht zielführend, wenn die Behörden im digitalen Sektor «die Hasen [sind], die vergeblich dem Igel hinterherjagen».¹⁷⁹³ Namentlich der in der schweizerischen Literatur teils verfolgte, überspitzt ökonomische Ansatz in Bezug auf die Kopplungsgeschäfte, der in jedem Fall eine umfassende Analyse der wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden (z.B. Effizienzgewinne) Wirkungen erfordert,¹⁷⁹⁴ schlägt bei der Regulierung von Big-Tech-Unternehmen fehl.
- 930 Da die Europäische Kommission mit langwierigen Verfahren im Bereich der digitalen Wirtschaft konfrontiert war, kommt der DMA gelegen. Bei der Benennung eines Unternehmens als Torwächter verzichtet der DMA auf die im kartellrechtlichen Verfahren übliche Marktabgrenzung und Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung.¹⁷⁹⁵ Ist ein Unternehmen als Torwächter qualifiziert, hat es bestimmten Verpflichtungen des DMA nachzukommen. Nachfolgend sind jene Tatbestände des DMA zu untersuchen, die in Anlehnung an die

¹⁷⁹⁰ Zur Argumentation, dass beim Kopplungstatbestand nach Art. 102 AEUV und Art. 7 KG die Kopplungspraktik quasi *per se* rechtswidrig ist und namentlich nicht die «rule of reason» zur Anwendung kommt vgl. Kapitel [E.I.3.c](#).

¹⁷⁹¹ Komm. DMA-PODSZUN/SCHWAB, Art. 5, Rn. 3; SCHWAB, WuW 2022, 301.

¹⁷⁹² Erste Vorstösse sind zwar bereits ersichtlich, erfahren aber nicht genug Unterstützung vgl. Motion Marti Min Li (23.3069) «Digital Markets Act für die Schweiz» vom 8. März 2023.

¹⁷⁹³ Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 39.

¹⁷⁹⁴ Vgl. bspw. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 1 ff. allgemein für umfassende ökonomische Analysen; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7, Rn. 697 ff. für die Kopplungsgeschäfte im Besonderen.

¹⁷⁹⁵ Zur Benennung zum Torwächter im Detail vgl. Kapitel [D.II.6](#).

Kopplungsgeschäfte ausgearbeitet wurden oder in Bezug auf die Kopplungsgeschäfte relevant sein könnten.

2. Ausgewählte Verpflichtungen nach Art. 5 DMA

Das Kopplungsverbot nach Art. 5 Abs. 7 DMA verbietet die Kopplung von zentralen Plattformdiensten mit im Verordnungstext aufgeführten weiteren Diensten; dieses Verbot zielt insbesondere auf die Kopplung von Webbrowsern, Identifizierungsdiensten und Zahlungsdiensten (z.B. In-App-Käufe) ab. Das Regelungsziel von Art. 5 Abs. 7 DMA sind die Offenhaltung der betroffenen Märkte, die Wahlfreiheit der Endnutzenden und die Förderung der Innovation.¹⁷⁹⁶ Um in den sachlichen Anwendungsbereich der Norm zu fallen, genügt es bereits, wenn gewerbliche Nutzende weitere Dienste des Torwächters nutzen, anbieten oder interoperieren müssen. In Bezug auf die Endnutzenden reicht es aus, wenn die Nutzung eines Dienstes von der Nutzung eines weiteren ausgewählten Dienstes abhängig gemacht wird; es handelt sich also nur um einen Bezugszwang.¹⁷⁹⁷ Da es sich bei Art. 5 DMA um eine Ex-ante-Regulation handelt, die *per se* wirkt und «self-executing» ist, haben die Torwächter diese Vorgaben ohne Weiteres einzuhalten. Im Gegensatz zum Kopplungsverbot im Kartellrecht besteht im DMA keine Möglichkeit, eine Kopplung aufgrund wettbewerbsfördernder Wirkungen zu erlauben oder durch Effizienzgründe zu rechtfertigen. Die gesetzgebende Instanz erkennt also bei den Torwächtern die Gefahr der Kopplung an sich.

931

Zudem verbietet Art. 5 Abs. 8 DMA die Kopplung zentraler Plattformdienste bzw. die Verpflichtung zur Registrierung bei weiteren zentralen Plattformdiensten; dieses Verbot ist an den Fall *Google Android* angelehnt. Das Ziel hier ist die Datenanhäufung durch Kopplung zu verhindern.¹⁷⁹⁸ In der Folgenabschätzung hält die Kommission zudem fest, dass Vorinstallationen und Kopplungen im Rahmen von digitalen Ökosystemen zu reduzierten Anreizen für gewerblich Nutzende führen, Alternativen zu den Plattformdiensten, anzubieten

932

¹⁷⁹⁶ Es handelt sich dabei um dieselben Gefahren, die auch mit den Kopplungsgeschäften gemäss dem Missbrauchsverbot des Kartellrechts verbunden sind vgl. Kapitel [E.III.4](#); zum DMA im Besonderen vgl. Komm. DMA-HEINZ, Art. 5, Rn. 137 ff.; vgl. auch Erw. 43 des DMA.

¹⁷⁹⁷ Komm. DMA-HEINZ, Art. 5, Rn. 148.

¹⁷⁹⁸ Komm. DMA-HEINZ, Art. 5, Rn. 172; zu Problemen mit den Datenskaleneffekten vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\(3\)](#) vgl. auch CONDORELLI/PADILLA, J. Comp. L. & Econ. 2020, 161 ff.; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch MOTTA vgl. MOTTA, IJO 2023, 9 f.; zur Bedeutung der Skalierung im Zusammenhang mit Daten und dazu, wie Suchmaschinen mit mehr Suchanfragen (und somit mehr Daten) lernen können vgl. HE et al., 294 ff.; vgl. ferner Schmidt/Hübener DMA-GASSER/HEGENER, § 6, Rn. 34.

und seitens der Endnutzenden allfällige Alternativen überhaupt zu verwenden.¹⁷⁹⁹ Darüber hinaus sind gemäss dem Expertenbericht solche Kopplungen geeignet, Markteintrittsschranken durch Hebelung als Abwehrstrategie zu begründen oder zu erhöhen.¹⁸⁰⁰ Im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 7 DMA, wonach eine Nutzung des Dienstes verlangt wird, genügt bei Art. 5 Abs. 8 DMA bereits die Anmeldung bzw. Registration; die Vorschrift erfordert keine tatsächliche Nutzung des Dienstes.¹⁸⁰¹

- 933 Ausserdem ist das Verbot der Datenzusammenführung in Art. 5 Abs. 2 DMA zu erwähnen. Obwohl durch die Verbote in Art. 5 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a–d DMA eine Separierung der jeweiligen Datenbestände erhofft wird,¹⁸⁰² ist fraglich, ob diese Norm zielführend ist. Dabei ist insbesondere abzuwarten, auf welche Art und Weise die Torwächter die Einwilligung der Endnutzenden einzuholen gedenken, denn je nach Ausgestaltung kommen die bereits erwähnten Probleme durch Kopplung von Datenschutzbestimmungen auf.¹⁸⁰³ Sobald die Torwächter eine passende Form zur Einwilligung finden, führt diese Kopplung von Datenschutzbestimmungen zu denselben Problemen, wonach die digitalen Ökosysteme von besonderen Skaleneffekten und Verbundvorteilen profitieren und sich durch Kopplungen erhebliche Vorteile zu verschaffen vermögen. Während die datenschutzrechtlichen Probleme mit Art. 5 Abs. 2 DMA potenziell gelöst werden können, adressiert dieser Artikel die wettbewerblichen Bedenken nicht.

3. Ausgewählte Verpflichtungen nach Art. 6 DMA

- 934 Im Rahmen von Art. 6 DMA sind keine direkten Vorschriften zu den Kopplungen vorhanden. Allerdings führt der DMA gewisse Handlungen auf, die im Kartellrechtsverfahren als wettbewerbsbeschränkend wahrzunehmen sind. Die

¹⁷⁹⁹ Europäische Kommission, Folgenabschätzung, 55 mit Tabelle 2 und Verweis auf EU-Kommission, AT.40099 vom 18.07.2018, *Google Android*; mit weitergehenden Ausführungen vgl. Kapitel [E.III.4.b](#).

¹⁸⁰⁰ CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, 37; so bereits Kapitel [E.III.4.b](#); zum «defensive leveraging» vgl. Kapitel [E.I.2.a](#)) und Kapitel [E.III.4.b\)aa](#)(4).

¹⁸⁰¹ Vgl. Erw. 44 des DMA; Komm. DMA-HEINZ, Art. 5, Rn. 180; für die Kopplungen nach der Missbrauchskontrolle des Kartellrechts vgl. Kapitel [E.III.3](#), wonach bereits ein Nudging den Tatbestand des Mittels des Zwangs erfüllt. Dort ist also weder eine Nutzung noch eine Registrierung oder Anmeldung erforderlich.

¹⁸⁰² Im Detail zu diesen Verboten vgl. Komm. DMA-PODSZUN, Art. 5, Rn. 14 ff.

¹⁸⁰³ Vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa](#)(3); vgl. im Detail den Aufsatz von CONDORELLI/PADILLA. CONDORELLI/PADILLA, J. Comp. L. & Econ. 2020, 143 ff., insb. 161 ff.; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch MOTTA vgl. MOTTA, IJIO 2023, 9 f.

Erwähnung der Vorinstallation, der Interoperabilität, der Wechsellmöglichkeit von Nutzenden und der Datenportabilität darf als Zeichen zu deuten sein, dass diese Verhaltensweisen in Fällen der Digitalökonomie ohne Torwächter ebenfalls mitzuberücksichtigen sind.¹⁸⁰⁴

Zunächst ist auf den Tatbestand der Vorinstallation einzugehen, der an die Fälle *Microsoft*, *Microsoft (Tying)*, *LinkedIn* und *Google Android* angelehnt ist.¹⁸⁰⁵ Gemäss Art. 6 Abs. 3 DMA müssen die Torwächter den Endnutzenden ermöglichen, ihre vorinstallierten Applikationen deinstallieren zu können.¹⁸⁰⁶

935

Dieser Tatbestand soll verhindern, dass Torwächter mithilfe von Vorinstallationen ihre marktbeherrschende Stellung auf einem Markt nutzen können, um sich einen Vorteil auf einem anderen Markt verschaffen zu können (Idee der «leveraging theory»; vgl. auch Erw. 49 des DMA). In diese Überlegung fliesst auch der Status-quo-Bias ein, wonach eine vorinstallierte Applikation in der Regel bevorzugt wird.¹⁸⁰⁷ Darüber hinaus enthält die Vorschrift in Art. 6 Abs. 3 UAbs. 2 DMA Ausführungen zu Standardeinstellungen für verlinkte Güter; hierbei sind die Torwächter verpflichtet, ein Auswahlfeld anzubieten, damit die Endnutzenden aktiv entscheiden können, welche Güter sie verwenden möchten.¹⁸⁰⁸

Neben der Vorinstallation erwähnt Art. 6 Abs. 4 und 7 DMA die Interoperabilität von Applikationen und App Stores sowie von Betriebssystemen und virtuellen Assistenten. Diese Vorschrift ist insbesondere an das Urteil *Microsoft* angelehnt, wonach die Endnutzenden zur Verwendung des Windows Media Player bewegt wurden und die fehlende Interoperabilität dazu führte, dass die Entwicklerseite das Dateiformat des Windows Media Player benutzte und zur Hebelung der Omnipräsenz beitrug.¹⁸⁰⁹ Durch die Verpflichtung zur Gewährung von Interoperabilität zielt die Verordnung auf die Verbesserungen der Sicherheit, der Qualität, der Auswahl sowie der Innovation ab – diese Verpflichtung

936

¹⁸⁰⁴ So bereits Kapitel [E.III.4.b](#).

¹⁸⁰⁵ Zur Bedeutung der Vorinstallation in diesen Fällen vgl. Kapitel [E.III.3.a\)dd](#).

¹⁸⁰⁶ In Fällen der Kopplungsgeschäfte war es in der Vergangenheit oft nicht möglich, vorinstallierte Programme zu deinstallieren vgl. [Fn. 1626](#) und EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 829; bestätigt in Urteil des EuG, Rs. T-201/04 vom 17.09.2007, *Microsoft/Kommission*, Rn. 963.

¹⁸⁰⁷ Zum Status-quo-Bias vgl. bereits Kapitel [E.III.3.a\)dd](#); im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 3 DMA vgl. Komm. DMA-HERBERS, Art. 6, Rn. 25 m.w.V.

¹⁸⁰⁸ Komm. DMA-HERBERS, Art. 6, Rn. 1; im Detail zur Standardeinstellung vgl. Komm. DMA-HERBERS, Art. 6, Rn. 38 ff.

¹⁸⁰⁹ EU-Kommission, COMP/C-3/37.792 vom 24.03.2004, *Microsoft*, Rn. 879–891, Rn. 946 und Rn. 968; vgl. ausführlicher Kapitel [E.III.4.b\)aa\(5\)](#).

tungen sollen also den Wettbewerb fördern.¹⁸¹⁰ Art. 6 Abs. 4 DMA visiert insbesondere die Möglichkeit zur Installation und effektiven Nutzung von Applikationen und App Stores von Drittanbietenden an.¹⁸¹¹ Art. 5 Abs. 7 DMA bezieht sich auf Situationen, in denen Torwächter «das Betriebssystem oder den virtuellen Assistenten» bereitstellen und gleichzeitig Hardware oder weitere Dienste anbieten, die «das Betriebssystem oder den virtuellen Assistenten» erfordern. Der Torwächter muss dabei die Interoperabilität mit den Funktionen des Betriebssystems, der Hardware oder der Software anbieten, auf die er selbst zurückgreift.¹⁸¹² Die Gefahr liegt in diesen Konstellationen darin, dass der Torwächter sich durch die fehlende Interoperabilität einen verbundenen Vorteil verschafft, die Lock-in-Effekte vergrössert und den Wettbewerb zwischen Plattformen beschränkt.¹⁸¹³

937 Schliesslich will der DMA bei den Wechselkosten Abhilfe schaffen, indem er in Art. 6 Abs. 6 DMA die Wechselmöglichkeiten der Endnutzenden schützt und in Art. 6 Abs. 9 DMA die Datenportabilität ermöglicht. Der Torwächter soll gemäss Art. 6 Abs. 6 DMA keine technischen oder anderen Hürden schaffen, um die Wechselmöglichkeiten der Endnutzenden einzuschränken. Die Wahlmöglichkeit des Plattformdienstes soll also komplett bei den Endnutzenden liegen. Deshalb besteht eine Beschränkung, wenn der Torwächter Massnahmen vornimmt, die den Zugang zu Applikationen und Diensten verhindern bzw. erschweren oder welche die Funktion der Applikationen und Diensten einschränken.¹⁸¹⁴ In Bezug auf die Datenportabilität verfolgt Art. 6 Abs. 9 DMA ein ähnliches Ziel. Indem den Endnutzenden das Recht zur Datenportabilität eingeräumt wird, sollen die Wechselkosten verringert und die Lock-in-Effekte

¹⁸¹⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 82, Rn. 108; zu den Problemen der fehlenden Interoperabilität bei Kopplungen vgl. Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(4\)](#).

¹⁸¹¹ Dies schliesst das Sideloaden ein, wonach Applikationen ohne die Verwendung eines App Stores heruntergeladen werden können (bzw. im Wortlaut des Gesetzestextes «auf anderem Wege als über die betreffenden zentralen Plattformdienste des Torwächters zuzugreifen», zweite Alternative in Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 DMA).

¹⁸¹² Komm. DMA-HERBERS, Art. 6, Rn. 136; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten 82, Rn. 123 zur vertikalen Interoperabilität; zur Unterscheidung zwischen vertikaler und horizontaler Interoperabilität vgl. COLANGELO/BORGOGNO EJRR 2023, 6.

¹⁸¹³ Komm. DMA-HERBERS, Art. 6, Rn. 137; COLANGELO/BORGOGNO EJRR 2023, 13; OECD, Digital platform competition, 20.

¹⁸¹⁴ Komm. DMA-HERBERS, Art. 6, Rn. 126; in Erw. 53 des DMA ist dabei die Rede von «künstlichen, technischen oder sonstigen Hindernissen»; vgl. bereits zu Wechselkosten und den damit zusammenhängenden Lock-in-Effekten Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(1\)](#), Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(2\)](#) und Kapitel [E.III.4.b\)aa\)\(4\)](#).

aufgelockert werden, sodass der Plattformwechsel ohne grossen Aufwand und Verlust abgeschlossen werden kann.¹⁸¹⁵

4. Bedeutung des Digital Markets Act

Der DMA greift zwar dieselben Charakteristika der Märkte des digitalen Sektors auf und hat mit den Verpflichtungen in Art. 5 DMA und Art. 6 DMA grosse Ähnlichkeiten mit dem Kartellrecht. Obwohl also sowohl das Kartellrecht bei der Auslegung des DMA und der DMA potenziell bei der Auslegung des Kartellrechts Hilfe leisten können, handelt es sich beim DMA um eine eigene Verordnung mit eigener Ratio.¹⁸¹⁶ Im Rahmen seines Anwendungsbereichs wird der DMA die Anwendung des Missbrauchstatbestands im Kartellrecht verdrängen. Da die Verpflichtungen in Art. 5 DMA und Art. 6 DMA *ex ante* regulieren und *per se* gelten, verspricht sich die gesetzgebende Instanz raschere Verfahrenserledigungen und eine Förderung des Wettbewerbs. Insofern dürfte der DMA in erster Linie auf die zu behandelnden Aspekte in der digitalen Wirtschaft aufmerksam machen. Aus dem DMA lässt sich allerdings kein Wandel zur Per-se-Rechtswidrigkeit der Kopplungsgeschäfte ausmachen.

938

¹⁸¹⁵ Komm. DMA-HERBERS, Art. 6, Rn. 178; vgl. auch Erw. 59 des DMA.

¹⁸¹⁶ Komm. DMA-PODSZUN, Einleitung, Rn. 21.

V. Zwischenfazit

- 939 Kopplungsgeschäfte können sowohl wettbewerbsbeschränkende als auch wettbewerbsfördernde Auswirkungen haben, die im Rahmen der kartellrechtlichen Ermittlungen zu eruieren sind. Während die Chicago School die Kopplungspraktiken als *per se* rechtmässig qualifizieren will, machte die Post-Chicago School auf ihre wettbewerbsverschliessenden Wirkungen aufmerksam.
- 940 Aufgrund der herausfordernden Erfassung der Kopplungen änderten die Behörden ihre Herangehensweise schrittweise von einem formalistischen zu einem auswirkungsorientierten Ansatz. Allerdings befinden sich die Kartellbehörden vor einer Umorientierung ihres gegenwärtigen Ansatzes. Da die digitale Wirtschaft raschem Wandel unterliegt und die reaktive Rechtspolitik diesen Änderungen nicht mehr nachkommt, treten vermehrt Entwicklungen auf, die vom «more economic approach» abweichen. Einerseits behelfen sich die Behörden mit Ex-ante-Regulierungen ausserhalb des Kartellrechts (z.B. DMA). Andererseits erweist sich der Rule-of-Reason-Ansatz im Rahmen der Missbrauchskontrolle im digitalen Sektor als nicht zielführend, weshalb international auch eine Tendenz zur Anwendung des Massstabs der Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung auszumachen ist. Damit wollen die Behörden in Zukunft den begrenzten Ressourcen Rechnung tragen.¹⁸¹⁷ Der kartellrechtliche Standard soll aber nicht mit Blick auf die Digitalökonomie angepasst werden. Da die Behörden mit alternativen Lösungen bereits den Entwicklungen im Bereich des Big Tech Rechnung getragen haben, kann das Kartellrecht einen eigenen Ansatz verfolgen.
- 941 Im Rahmen des Kartellrechts schützt die Missbrauchskontrolle den Leistungswettbewerb. Gemäss den Gerichten ist der Wettbewerb in der Regel aufgrund der Anwesenheit eines marktbeherrschenden Unternehmens geschwächt. In dieser Schwächung des Wettbewerbs sehen sie auch die Gefahr, dass die untersuchten Unternehmen den noch vorhandenen Wettbewerb einschränken könnten, da jede zusätzliche Beschränkung dieses Restwettbewerbs eine missbräuchliche Ausnutzung darstellen kann. Der Schutzbedarf besteht nicht erst im Verletzungsfall, sondern bereits mit dieser Gefahr. Ein Verhalten ist also grundsätzlich geeignet den Wettbewerb zu beschränken, wenn es hierauf abzielt. Beim Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen handelt es sich folglich um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Die Regeltatbestände

¹⁸¹⁷ Immenga/Mestmäcker Komm. WettbR-FUCHS, Art. 102 AEUV, Rn. 147b.

sind gestützt auf diese Erkenntnis zu untersuchen. Bei den Kopplungsgeschäften ist zweierlei zu beachten: Einerseits hat der Gesetzgeber mit der Aufnahme der Kopplung als Katalogtatbestand erkannt, dass die Kopplungsgeschäfte grundsätzlich eine Gefahr für den Wettbewerb sind, andererseits stellt der Rückgriff auf die Kopplung an sich bereits eine zusätzliche Beschränkung des Restwettbewerbs dar. Trotzdem können die Behörden eine Kopplung im Einzelfall nicht gestützt auf allgemeine Aussagen als rechtswidrig qualifizieren, sondern müssen weiterhin beweisen, dass sie im konkreten Sachverhalt tatsächlich geeignet war, den Wettbewerb einzuschränken. Darüber hinaus können die betroffenen Unternehmen objektive Rechtfertigungsgründe geltend machen. Folglich sind Kopplungsgeschäfte – im Gegensatz zu den Regelungen im DMA – *nicht per se* rechtswidrig. Insofern besteht im Kartellrecht auch nicht die Möglichkeit, gänzlich von einem auswirkungsorientierten Ansatz abzurücken.

Die Tatbestandsmerkmale der Kopplung erfahren in Bezug auf die Digitalwirtschaft punktuelle Anpassungen. Bei der Ermittlung der separaten Güter ist zukünftig im Rahmen einer Gesamtanalyse neben der marktorientierten (nachfrageseitigen) Beurteilung vermehrt auch eine angebotsseitige Untersuchung erforderlich; besondere Vorsicht ist im Kontext von digitalen Ökosystemen geboten. Obwohl in der Vergangenheit der Zwang als Tatbestandselement geprüft wurde, war dieser nie tatsächlich als Tatbestandsmerkmal vorgesehen. In diesem Zusammenhang müsste vielmehr die fehlende Auswahlmöglichkeit der Konsumentenden geprüft werden; dabei kommt dem Nudging zunehmender Einfluss zu. Ausserdem muss weiterhin mit Blick auf die Erkenntnisse aus der Ökonomie die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung dargelegt werden. Im Kontext der digitalen Wirtschaft ergeben sich besondere wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen durch die Plattformstruktur in diesen Märkten. Zunächst erlauben die Mehrseitigkeit und Unentgeltlichkeit neue Monetarisierungsmöglichkeiten und eine effizientere Hebelung der Marktmacht. Zudem kommt den Netzwerkeffekten eine besondere Rolle zu, welche die Skaleneffekte und Verbundvorteile ermöglichen und fördern. Durch Beschränkung der Interoperabilität können die Unternehmen diese wettbewerbsverschliessenden Effekte aktiv beeinflussen. Falls angesichts der fehlenden Interoperabilität die Wechselkosten erhöht sind, können ausserdem Lock-in-Effekte eintreten. In dieser Situation betreiben die Nutzenden grundsätzlich Single-Homing und der Wettbewerb wird zusätzlich beschränkt, da die Konkurrenz mit grösseren Schwierigkeiten konfrontiert ist, um die erforderlichen Netzwerk- und Skaleneffekte zu generieren. Als Rechtfertigungsgrund dürfte in Zukunft insbesondere die Monetarisierung der eigenen

Leistungen von Interesse sein, da diese Rechtfertigung in Sachen *Google Android* nicht seiner Natur nach abgewiesen wurde, sondern bloss im Einzelfall nicht zutraf.

- 943 Beim DMA handelt es sich nicht um ein neues Kartellrecht, obwohl der DMA u.a. kartellrechtliche Herausforderungen der digitalen Wirtschaft aufgreift. Der DMA steht in einem komplementären Verhältnis zum Kartellrecht und gilt *ex ante* sowie *per se* für alle Normadressaten. Insoweit wird der DMA in Zukunft in seinem Anwendungsbereich die Anwendung der Missbrauchstatbestände verdrängen. Ungeachtet dessen verliert der Missbrauchstatbestand des Kartellrechts nicht an Bedeutung, da gegenwärtig um ein Vielfaches mehr Plattformen in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fallen als in jenen des DMA. In diesem Zusammenhang wird der DMA auf die Herausforderungen bei der Behandlung dieser Plattformen aufmerksam machen, aber als eigene Verordnung mit eigener Ratio keinen Einfluss auf die konkrete Behandlung der Kopplungsgeschäfte haben. Darüber hinaus ist denkbar, dass die Feststellung der tatsächlichen Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung in Verfahren des Kartellrechts schneller gelingen könnte, da der DMA diese Gefahren bereits erkannt hat.
- 944 Weil die Schweiz gegenwärtig keine DMA-ähnliche Regulierung einzuführen gedenkt, bahnt sich hier das Risiko der Unterregulierung an. Die Schweiz könnte die Lösungen der Europäischen Union weiterhin für das Inland übernehmen. Allerdings stellt sich diese Lösung für Sachverhalte mit besonderem Inlandsbezug als nicht ausreichend dar. Alternativ ist denkbar, dass die Schweiz in Fällen mit stark marktbeherrschenden Unternehmen den auswirkungsorientierten Ansatz der Missbrauchskontrolle leicht aufweicht. Schliesslich hat der DMA gezeigt, dass selbst bei fehlender Qualifikation als Torwächter eine Erweiterung der Katalogtatbestände angebracht ist (z.B. mit einem Tatbestand zur Selbstbevorzugung).

F. Fazit und Ausblick

Die Kartellbehörden sind weltweit vermehrt mit Fragen und Sachverhalten rund um die Digitalisierung konfrontiert. In der digitalen Wirtschaft treten Plattformen als neutrale Vermittlerinnen auf, welche die Transaktionskosten zwischen den Vertragsparteien stark senken können. Über Netzwerkeffekte können sie zusätzliche Grössen- und Verbundvorteile generieren und dadurch ihre Profitabilität steigern. Weil die Unternehmen mit den Plattformen ausserdem zwei- bzw. mehrseitige Geschäftsmodelle betreiben, sind sie flexibler in Bezug auf die Preisstruktur ihrer Dienstleistungen. Dank dieser Flexibilität können sie ihre Güter unentgeltlich anbieten und so die Konsumierenden in ihre Plattform – teils sogar in ihre Ökosysteme – einbinden und die Parallelnutzung minimieren. Sie treten folglich als neutrale Vermittlerinnen auf, nehmen de facto aber eine starke Rolle ein. Mittels der dadurch entstehenden Intermediationsmacht sind sie in der Lage, ganze Märkte zu beherrschen. Diese Plattformen scheinen zunächst ein nicht unmittelbar begreifbares Wirtschaftsphänomen darzustellen, deren Erfassung Erfindungsreichtum fordert.

945

Obwohl die Literatur die hier untersuchten Märkte als Novum behandelt und deshalb grundlegend neue Konzepte für das Kartellrecht vorschlägt, hat diese Arbeit dargelegt, dass es sich bei dieser Ansicht oft um eine tendenziöse Darstellung der tatsächlichen Begebenheiten handelt. Diese Publikationen erwecken häufig den Anschein, dass das Kartellrecht die Innovation im Rahmen der Digitalisierung nicht mehr angemessen beurteilen könne. Davon ausgehend, lassen sich dann bahnbrechende Methoden für die Behandlung der digitalen Märkte vorschlagen. Diese Überstürzung der Forschung findet ärgerlicherweise häufig viel Anklang. Die Erkenntnisse von beispielsweise FILISTRUCCHI et al. (Abgrenzung zwischen Transaktions- und Nicht-Transaktionsplattformen) sowie die Plattformtheorie des deutschen Bundeskartellamts (Unterscheidung zwischen Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen) führten zur Verbreitung neuer Begrifflichkeiten, was eine Verkomplizierung der Thematik nach sich zog. Allerdings hat sich insbesondere in der Europäischen Union mit der Überarbeitung der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes gezeigt, dass diese neuen Begrifflichkeiten nicht zwingend erforderlich sind. Die Märkte der digitalen Wirtschaft können – in einer angepassten Form – weiterhin mit denselben Grundsätzen wie bisher untersucht werden.

946

- 947 Bei den Märkten der Digitalökonomie handelt es sich gemäss den Erkenntnissen dieser Arbeit grundsätzlich nicht um gänzlich unbekannte Marktverhältnisse. Vielmehr weisen diese Märkte Elemente von bereits in der Vergangenheit behandelten Märkten auf. Die amerikanischen Behörden haben sich schon bei der Einführung des Sherman Act im Jahre 1890 mit innovativen Märkten befasst. Darüber hinaus gibt es in Europa und in der Schweiz Sachverhalte aus dem 20. Jahrhundert, welche die Unentgeltlichkeit oder die Mehrseitigkeit von Märkten behandelt haben. Bereits damals konnten sich die entsprechenden Stellen an die neuen Begebenheiten anpassen, ohne auf neue Begriffe oder Konzepte zurückgreifen zu müssen; die existierenden Instrumente des Kartellrechts waren ausreichend.
- 948 An diesem Punkt setzt die hier vorgeschlagene Ermittlungsmethode zur Abgrenzung der Märkte in der Plattformökonomie an. Sie verzichtet insbesondere auf die Einführung von grundlegend neuen Konzepten und legt eine Schritt-für-Schritt-Vorgehensweise nahe, welche die Besonderheiten der Digitalökonomie zu fassen vermag. Dadurch liegt der Fokus auf dem untersuchten Missbrauch sowie den damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Gestützt darauf lässt sich die für die Marktabgrenzung notwendige Marktgegenseite ermitteln und gleichzeitig die Mehrseitigkeit in Betracht ziehen. In einem nächsten Schritt werden die in der digitalen Wirtschaft stärker ausgeprägten Netzwerkeffekte miteinbezogen, bevor die Analyse der Parallelnutzung zusätzliche Informationen liefert. Durch diesen Ansatz kann die Marktabgrenzung mit den bereits bekannten Instrumenten des Kartellrechts durchgeführt werden, während gleichzeitig die Besonderheiten des digitalen Sektors mitberücksichtigt werden. Insofern bedingt diese Methodik nicht eine grundlegende Erneuerung des Kartellrechts, sondern bloss eine Gesamtbeurteilung, die sich in die bereits bestehenden Regeln einbetten lässt. Dies vereinfacht nicht nur den Umgang mit Plattformen, sondern führt vor, wie mit Problematiken, die der rasant fortschreitenden Digitalisierung entspringen, begegnet werden kann.
- 949 Ein ähnliches Bild hat sich bei den digitalen Ökosystemen gezeigt, denn auch bei deren Erfassung sind keine radikalen Änderungen notwendig. In der Literatur wird zwar die Meinung vertreten, dass verschiedene Ökosysteme pauschal im Wettbewerb stehen und dadurch – entgegen dem Sinn des kartellrechtlichen Marktbegriffs – in denselben relevanten Markt einzugliedern sind. Für die Marktabgrenzung ist jedoch ein ebenenbasierter Ansatz angebracht, wonach die Behörden hier weiterhin die vorhandenen Grundprinzipien der Marktabgrenzung anwenden können. Wie dargelegt, ist weder bei der Anwendung von qualitativen Methoden (Bedarfsmarktkonzept) noch bei der Anwen-

derung von quantitativen Methoden (SSNIP-Test und seine verschiedenen, angepassten Formen) eine Abgrenzung ganzer Ökosystemmärkte zweckmässig: Einerseits sieht die Marktgegenseite – in der Regel die Konsumierenden – nur zwei spezifische Dienstleistungen innerhalb eines Ökosystems als austauschbar an, andererseits erfolgt die hypothetische Preissteigerung von 5–10% beim SSNIP-Test bloss beim im Einzelfall untersuchten Produkt. Vielmehr steht es den Behörden offen, die disziplinierende Wirkungen gesamter Ökosysteme im Rahmen des indirekten Wettbewerbsdrucks zu berücksichtigen.

Die Ermittlung der marktbeherrschenden Stellung hingegen erfährt in Bezug auf die digitale Wirtschaft gewisse Neuerungen, die punktuelle Anpassungen bzw. Präzisierungen erfordern. Dabei verlieren die Marktanteile an Aussagekraft; an ihre Stelle treten neu die Nutzeranteile, die Nutzeraktivität oder die Einnahmen pro Suche. Diese Arbeit empfiehlt, die mit den neuen Parametern berechneten Marktanteile sodann in den Kontext der weiteren Eigenschaften der Digitalwirtschaft zu setzen. Folglich erfordert die Festlegung der Marktbeherrschung eine Gegenüberstellung der marktmachtbegründenden und marktmachtbeschränkenden Faktoren im Rahmen einer Gesamtanalyse. Während in der Vergangenheit den Marktanteilen grosse Bedeutung zugekommen ist und diese teilweise sogar eine Vermutung für das Vorliegen von Marktbeherrschung begründen konnten, ist dies gegenwärtig nicht mehr der Fall. Bei der hier vorgeschlagenen Gegenüberstellung der marktmachtbegründenden und marktmachtbeschränkenden Faktoren handelt es sich grundsätzlich um keine fundamentale Neuerung in Bezug auf die Ermittlung der Marktbeherrschung. Sie erlaubt vielmehr, die relevanten Marktverhältnisse angemessen abzubilden. Diese Vorgehensweise zeigt auch, dass den Behörden die notwendigen Hilfsmittel bereits zur Verfügung stehen – selbst in einer sich rasant entwickelnden digitalen Wirtschaft.

950

Ferner ist in der Schweiz neu zusätzlich die relative Marktmacht zu berücksichtigen. Sie kommt zur Anwendung, wenn ein Unternehmen noch keine beherrschende Stellung einnimmt, aber aufgrund individueller Abhängigkeitsverhältnisse ein Unternehmen gegenüber anderen Unternehmen relativ marktmächtig ist. Wie gezeigt wurde, hat die relative Marktmacht im digitalen Kontext das Potenzial, noch vor dem Kippen des Marktes zur Anwendung zu kommen und so vor der Verfestigung der Marktverhältnisse zu gesteigertem Wettbewerb im Markt beizutragen. Ausserdem kommt bei der Ermittlung der relativen Marktmacht sowohl der Marktabgrenzung als auch der Parallelnutzung grosse Bedeutung zu; demnach kann insbesondere das Single-Homing der Nutzenden die relative Marktmacht begünstigen bzw. begründen. Ob die Bedeutung der relativen Marktmacht im Rahmen der digitalen Märkte tatsäch-

951

lich steigt, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Trotzdem ist angesichts der Entwicklungen im digitalen Sektor voraussehbar, dass Erkenntnisse zur relativen Marktmacht erforderlich sind. Die vielfältigen Möglichkeiten, die einzelnen Charakteristika der digitalen Wirtschaft im Zusammenhang mit der relativen Marktmacht zu erfassen, lassen zumindest die Vermutung zu, dass unterschiedliche Unternehmen potenziell als relativ marktmächtig qualifiziert werden können.

- 952 Der Missbrauchstatbestand der Kopplungsgeschäfte war in der juristischen Literatur bisher kaum analysiert worden. Diese Arbeit hat sich im Detail mit den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Kopplungen auseinandergesetzt und schlägt jeweils punktuelle Anpassungen vor, da die jeweiligen Tatbestandselemente mit Blick auf die Besonderheiten der digitalen Wirtschaft zu erörtern sind. Bei der Festlegung der separaten Güter verfolgten die Gerichte bisher eine marktorientierte Beurteilung, wonach ein eigenständiger Bedarf bzw. eine eigenständige Verbrauchernachfrage auf separate Güter deuten. Diese Ansicht hat sich als überholt erwiesen. In der Plattformökonomie ist es empfehlenswert, eine Gesamtanalyse durchzuführen und vermehrt auch eine anbieterseitige Betrachtungsweise anzuwenden, um Spezialisierungen auf der Angebotsseite angemessen zu erfassen. Zudem liessen sich die Feststellungen der Gerichte bestätigen, wonach beim Tatbestandsmerkmal der fehlenden Ausweichmöglichkeit das Mittel der Kopplung verschiedene, mildere Formen annehmen kann, wie z.B. das Schaffen von Anreizen oder das Nudging. Durch das Nudging wird die Entscheidungsarchitektur des Menschen so beeinflusst, dass zusammen mit den Lock-in-Effekten und dem Status-quo-Bias ein Ausweichen auf ein Konkurrenzprodukt schwieriger wird. Dadurch versetzen sich die Unternehmen in die Lage, ihre Nutzerbasis zur Verwendung anderer Plattformen innerhalb ihres Ökosystems zu bewegen. Deshalb soll in Zukunft dieses Tatbestandsmerkmal bereits erfüllt sein, wenn die Unternehmen ihre Nutzerbasis durch Nudging in ihr Ökosystem zu binden versuchen.
- 953 Ausserdem hat sich erwiesen, dass die Behörden in der Europäischen Union und in der Schweiz als Tatbestandsmerkmal bloss die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung erfordern. Gestützt auf kritische Stimmen in der Literatur hat sich herausgestellt, dass grundsätzlich jede Kopplung geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens Überlegungen zur Analyse der Auswirkungen von Kopplungsgeschäften angestellt und aufgrund dieser die Kopplung als Katalogtatbestand in das Gesetz aufgenommen. Trotzdem obliegt es weiterhin den Behörden, aufzuzeigen, dass die untersuchte Kopplungspraktik auch im Einzelfall tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.

Nach der hier vertretenen Ansicht nehmen die Marktabgrenzung und die Kundenüberlappung im Rahmen der Wettbewerbsbeschränkung eine besondere Stellung ein, denn falls separate Einzelmärkte existieren, ist eine grössere Nutzerüberlappung möglich, wodurch mehr Verbundvorteile abgeschöpft werden können. In dieser Situation treten die Netzwerkeffekte früher auf und sind ausgeprägter; schränken die Unternehmen gleichzeitig die Parallelnutzung und die Interoperabilität ein, können konkurrierende Plattformen die erforderliche Nutzerbasis nicht aufbauen und so die kritische Masse nicht erreichen. Dies erhöht die Wahrscheinlichkeit der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der Kopplungen.

Während der Ausbeutungsmissbrauch im Rahmen der Kopplungsgeschäfte bisher nur eine untergeordnete Rolle spielte, dürfte sich dies in der Digitalökonomie ändern. Da sich digitale Ökosysteme grundsätzlich um eine stark nachgefragte Plattform bilden, haben die Unternehmen nunmehr einen grösseren Anreiz, ihre schwächer nachgefragten Dienstleistungen an ihre Hauptplattform zu koppeln und so die Marktgegenseite auszubeuten. Bei solchen Kopplungen sieht das Schweizer Bundesgericht den Unwertgehalt bei der Beeinträchtigung einer Vertragspartei, welche zusätzliche Angebote anzunehmen bzw. abzulehnen hat. Weil die Kopplungsgeschäfte definitionsgemäss immer die Handlungsfreiheit einschränken, sind solche Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs in der Schweiz als *per se* rechtswidrig einzustufen. 954

Die Forschungsergebnisse dieser Arbeit sind zudem hinsichtlich des Digital Market Act (DMA) zu kontextualisieren. Seit 2023 ist in der Europäischen Union neben dem Kartellrecht zusätzlich auch der DMA anwendbar. Die Verpflichtungen nach Art. 5 DMA sind «self-executing» und gelten *ex ante* sowie *per se* für alle Torwächter. In Bezug auf die Torwächter und die Verpflichtungen des DMA wird diese neue Verordnung das Kartellrecht in Zukunft verdrängen, da sich die Europäische Kommission durch das Wesen der Verordnung raschere und effizientere Verfahren verspricht. Allerdings verlieren der Missbrauchstatbestand (sowie die vorliegenden Erkenntnisse) nicht an Bedeutung, da die Plattformen vorwiegend nicht als Torwächter zu qualifizieren sind (heute gibt es insgesamt nur sechs Torwächter mit 22 zentralen Plattformdiensten in einer Wirtschaft mit unzähligen Unternehmen und Plattformen). 955

Obwohl es sich beim DMA um eine eigene Verordnung mit eigener Ratio handelt, ist eine punktuelle Beeinflussung des Kartellrechts denkbar. Vergangene Verfahren in der Europäischen Union, insbesondere *Google Search (Shopping)*, und die neuen Tatbestände des DMA deuten beispielsweise darauf hin, dass 956

der Katalog an Regelbeispielen in Art. 102 Satz 2 lit. a–d AEUV und Art. 7 Abs. 2 lit. a–g KG durch einen Tatbestand der Selbstbevorzugung (engl. «self-preferencing») ergänzt werden sollte.

- 957 Die Schweiz sieht sich gegenwärtig mit dem Risiko der Unterregulierung konfrontiert, da zurzeit keine Einführung einer DMA-ähnlichen Regulierung in Aussicht steht. Zwar kann die Schweiz weiterhin die Lösungen der Europäischen Union übernehmen, allerdings geraten dabei die Sachverhalte mit starkem Inlandsbezug ausser Acht. Dies stellt insofern eine Gefahr dar, als das Kartellrecht den Behörden eine Beweispflicht auferlegt, während der DMA den Torwächtern eine Rechenschaftspflicht vorschreibt. Folglich sind die Normadressaten des DMA verpflichtet, dessen Regeln einzuhalten, ohne dass eine Behörde eingreifen muss. Fällt ein Unternehmen durch dieses Regulierungsnetz bzw. fehlt diese Regulierung gänzlich, entstehen und verstärken sich die Faktoren der Marktbeherrschung. Kann sich eine Plattform unabhängig verhalten, ohne einem wirksamen Wettbewerbsdruck ausgesetzt zu sein, hat sie bei fehlender Rechenschaftspflicht weniger Schwierigkeiten, diese Marktmacht auf neue Märkte auszudehnen und mit unterschiedlichen Verhaltensweisen sowohl den Wettbewerb einzuschränken als auch die Konsumierenden zu benachteiligen. Schliesslich handelt es sich hierbei um eine wettbewerbspolitische Frage, die unter Berücksichtigung verschiedener Aspekte zu beantworten ist. Schweizer Lösungen, die das Schweizer Recht angemessen berücksichtigen, sind gestützt auf Vorstösse in der Europäischen Union grundsätzlich möglich; dies zeigt sich u.a. mit dem Auftrag des Bundesrates, eine Vernehmlassungsvorlage zur Regulierung von Kommunikationsplattformen auszuarbeiten. Die Vernehmlassungsvorlage soll sich am Digital Service Act (DSA) orientieren und gleichzeitig dem Schweizer Recht Rechnung tragen. Eine solche Lösung ist auch mit dem DMA umsetzbar und wünschenswert.
- 958 Neben dem DMA muss auch das Kartellrecht künftig Sachverhalte bearbeiten können, die ausserhalb des Anwendungsbereichs des DMA liegen. Mit Blick auf diese Fälle ist nicht ersichtlich, inwiefern eine redundante Aufblähung der Gesetzestexte (z.B. das GWB in Deutschland) diese Probleme lösen soll. Die Behörden müssen in ihren Untersuchungen relevante Merkmale, z.B. die direkten und indirekten Netzwerkeffekte oder die parallele Nutzung mehrerer Dienste (§ 18 Abs. 3a GWB), auch bei fehlender gesetzlicher Normierung berücksichtigen. Eine solch detaillierte Regulierung auf der Gesetzesebene entspricht zudem nicht dem Regulierungsgrundsatz des Schweizer Kartellrechts. Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Behörden ohnehin in der Lage, das Kartellrecht auch bei Sachverhalten im digitalen Kontext angemessen auszulegen. Das Problem liegt und lag bei den Fällen in der Vergangenheit nicht an

den Instrumenten des Kartellrechts. Es sind vielmehr (rechtliche) Massnahmen erforderlich, die effizientere Verfahren und eine schnellere Entscheidungsfindung ermöglichen.

In Zukunft gilt es noch zu erörtern, ob die hier vorgeschlagene Methodik angemessen auf andere Missbrauchsfälle und potenziell auf die Zusammenschlusskontrolle anwendbar sein könnte und ob sie ferner sinnvolle Fortschritte im Sinne der Prozessökonomie liefert. Die vorliegenden Erkenntnisse liefern Ansätze, die sich an den klassischen Kartellrechtsinstrumenten orientieren, aber punktuelle Anpassungen erfordern, um die Entwicklungen und Eigenschaften der digitalen Wirtschaft erfassen zu können. Hier wird eine allgemein anwendbare Methode für die Marktabgrenzung (und ferner die Ermittlung der Marktbeherrschung) in der Plattformökonomie vorgeschlagen, die es – wie auf traditionellen Märkten – erlaubt, alle untersuchten Fälle mit demselben Standard zu behandeln. Die Behörden waren in der Vergangenheit bei der korrekten Erfassung der Plattformen aufgrund der Überstürzung in der Forschung oft überfordert. Wie diese Arbeit zeigen konnte, ist eine verkomplizierte Analyse des Sachverhalts in der Regel nicht geboten. Eine Plattform scheint auf den ersten Blick ein sehr vertracktes Ding. Die vorliegende Analyse hat allerdings ergeben, dass sie mit den bereits bewährten Instrumenten des Kartellrechts fassbar ist.

959

Curriculum Vitae

Okan Yildiz, geboren 1996, erwarb seine Matura an der Kantonsschule Rychenberg in Winterthur. Danach absolvierte er das Bachelor- und Masterstudium an der Universität Zürich sowie das CH-Unimobil-Programm an der Université de Neuchâtel. Während seines Master- und Doktoratsstudiums arbeitete er bei Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber als wissenschaftlicher Assistent am Universitären Forschungsschwerpunkt (UFSP) Finanzmarktregulierung. Anschliessend war er als Doktorand an der Universität Zürich tätig und verbrachte je einen Forschungsaufenthalt an der University of Melbourne sowie an der UNSW Sydney.

Die Kartellverfahren der letzten Jahre befassten sich vermehrt mit der digitalen Wirtschaft und hatten Strafen in Milliardenhöhe zur Folge. Dabei behandelten sie Sachverhalte, die potenziell einen grossen Einfluss auf das alltägliche Leben haben. Folglich ist es wichtig, Grundsatzfragen, die für die Behandlung dieser Fälle unabdingbar sind und das Verfahren in eine entsprechende Richtung leiten können, einheitlich zu beantworten.

Die vorliegende Arbeit setzt hier an; die digitalen Märkte weisen spezielle Eigenschaften auf, weshalb sich die neuen Wettbewerbsverhältnisse nicht mehr nahtlos in das traditionelle Konzept der Kartellrechtsprüfung eingliedern lassen. Diese Dissertation untersucht die besonderen Charakteristika dieser Märkte und schlägt allgemein anwendbare Methoden für das Kartellverfahren vor. Sie präsentiert eine neue Herangehensweise, mit der die Behörden – ähnlich wie in «traditionellen Märkten» – die Fälle der digitalen Wirtschaft schematisch mit demselben Standard beurteilen können.

Zunächst setzt sich diese Arbeit mit den bisher vorgeschlagenen Ansätzen der Marktabgrenzung in der Plattformökonomie kritisch auseinander, bevor sie ein eigens erarbeitetes und allgemein anwendbares Konzept für die Marktdefinition vorschlägt. Anschliessend widmet sich diese Dissertation der Marktbeherrschung. Dabei untersucht sie auch die relative Marktmacht sowie die kollektive Marktbeherrschung. Diese Erkenntnisse dienen als Bindeglied zwischen den Untersuchungen zur Marktabgrenzung und den Analysen zu den Kopplungsgeschäften. Schliesslich wird die Bedeutung der vorgeschlagenen, allgemein anwendbaren Ansätze am Beispiel der Kopplungsgeschäfte aufgezeigt.