

ABHANDLUNGEN

Elektronische Marktplätze und Kartellrecht

Von Professor Dr. Georgios Gounalakis und
wiss. Mitarbeiter Sebastian Lochen, Marburg

ZHR 167 (2003) 632–665

Die Zahl der elektronischen Marktplätze im Internet ist in jüngster Zeit stark gestiegen und mit ihr die gesamtwirtschaftliche Bedeutung dieses Marktsegments. Der Beitrag setzt sich vor diesem Hintergrund mit den kartellrechtlichen Fragen bei Gründung und Betrieb von Handelsplattformen im Internet auseinander. Besonderes Augenmerk gilt dabei den relevanten Märkten, der Fusionskontrolle und speziellen kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen.

Inhalt

I. Einführung und Gang der Untersuchung	633
1. Kartellrechtliche Implikationen	634
2. Erscheinungsformen und kartellrechtliche Abgrenzung	636
II. Relevanter Markt	638
1. Sachlich relevanter Markt	639
a. Markt für Internet-Plattformen	639
b. Markt für die auf der Plattform angebotenen Dienstleistungen und Produkte	641
2. Räumlich relevanter Markt	642
III. Fusionskontrolle bei der Gründung	644
1. Europäische Ebene	644
a. Fusionskontrollverordnung	644
b. Art. 81 EG	646
2. Deutsche Fusionskontrolle	647
IV. Betrieb des Internetmarktplatzes	649
1. Informationsaustausch	649
a. Informationsaustausch zwischen den Gründerunternehmen	650
b. Informationsaustausch zwischen den Nutzern des Marktplatzes	652
2. Bündelung von Ein- und Verkaufsmacht	653
a. Einkaufskooperationen	654
b. Verkaufskooperationen	657
3. Zugangsbeschränkungen	657
4. Nutzungszwang und Wettbewerbsverbote	661
5. Standardisierung	664
V. Fazit	665

I. Einführung und Gang der Untersuchung

Elektronische Marktplätze im Internet, auch Internet-Plattformen, Electronic- oder TradingHubs genannt, dienen dazu, als virtuelle Handelsplätze Unternehmen, Konsumenten und auch die Verwaltung als Anbieter und Nachfrager verschiedenster Produkte und Dienstleistungen zusammenzubringen. Die Wachstumsmöglichkeiten scheinen enorm. Allein im Jahr 2001 waren in Deutschland bereits 183 Marktplätze im business-to-business-Bereich (B2B) zu verzeichnen, weltweit sogar ca. 1500.¹ Internetplattformen werfen dabei wettbewerbs- und kartellrechtliche Fragen auf,² mit denen sich bereits die Eu-

¹ Nach einer Studie von *Berlecon Research*, „Vom Vermittler zum Dienstleister – B2B-Marktplätze in Deutschland“, 2001. In der *Berlecon Research* B2B-Marktplatzdatenbank waren im September 2003 988 Dienste in 71 Ländern aufgeführt, darunter allein 93 für Deutschland (www.berlecon.de/b2bdb). Eine detaillierte statistische Erfassung, etwa nach Branchen, ist schwierig, da sich die einzelnen Marktplätze in ihrer Art und Erscheinung sehr stark unterscheiden. Zudem sind bereits verstärkt Konsolidierungstendenzen erkennbar. So sind zum Beispiel im Juli 2001 mit *CC-markets* (gegründet von *BASF*, *Degussa*, *Henkel* und *SAP*) und *chemplorer* (gegründet von *Bayer*, *Deutsche Telekom* und *Infraserv*) bereits zwei bedeutende deutsche B2B-Plattformen im Bereich der Prozessindustrie fusioniert. Der neue Marktplatz heißt nun *cc-chemplorer*, www.cc-chemplorer.de.

² Zur Behandlung der kartellrechtlichen Probleme, die sich im Bereich der Internet-Marktplätze stellen, vgl. in der jüngeren Literatur *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, Internetplattformen in der Unternehmenspraxis, 2002; *Ahlborn/Seeliger*, Business to Business Exchanges: EG-kartellrechtliche Probleme bei Unternehmenskooperationen im Internet, EuZW 2001, 552; *Alese*, B2B exchanges and E.C. Competition Law: 2B or not 2B?, ECLR 2001, 325; *Bahr*, Das Erfordernis freien Zugangs zu B2B-Marktplätzen nach EG-Kartellrecht, WuW 2002, 230; *Gassner*, Internet-Handelsplattformen im Spiegel des Kartellrechts, MMR 2001, 140; *Heinemann*, Internet-Plattformen und Kartellrecht: Grundprobleme der Standardisierung und des Informationsaustauschs, in: *Büllesbach/Dreier*, Konvergenz in Medien und Recht, 2002, S. 79; *Immenga*, B2B-Marktplätze aus der Perspektive des Kartellrechts: Rechtliche Rahmenbedingungen, regulatorische Hürden und ausgewählte Rechtsprobleme, in: *Büllesbach/Dreier*, Konvergenz in Medien und Recht, 2002, S. 59; *Immenga/Lange*, Elektronische Marktplätze: Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Internet?, RIW 2000, 733; *Jestaedt*, Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb: B2B-Marktplätze und das Kartellrecht, BB 2001, 581; *Köhler*, Gründung und Nutzung von Internet Marketplaces – die Rahmenbedingungen des europäischen und deutschen Kartellrechts, K&R 2000, 569; *Kirchner*, Internetmarktplätze, Markttransparenz und Marktinformationssysteme, WuW 2001, 1030; *Lange*, Unternehmenskooperationen im Internet und EG-Kartellrecht, EWS 2000, 291; *Lampert/Michel*, B2B-Marktplätze im Internet, Kartellrechtliche Standortbestimmung: Alter Wein in neuen Schläuchen?, K&R 2002, 505.

ropäische Kommission,³ das Bundeskartellamt⁴ wie auch die Federal Trade Commission der USA⁵ beschäftigt haben.

Exemplarisch seien hier einige Beispiele aus der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis genannt. In dem Fall von *MyAircraft.com*⁶ ging es um die Gründung einer Handelsplattform durch die *United Technologies Corporation* und *Honeywell*, beides produzierende Unternehmen in der Luftfahrtindustrie, an dem sich *i2* als Technologielieferant beteiligte. Der von ihnen gegründete Internethandelsplatz *MyAircraft.com* sollte eine so genannte „one-stop shopping“-Möglichkeit für Produkte und Dienstleistungen der Luftfahrtindustrie bieten.

*Covisint*⁷, eine von der *DaimlerChrysler AG*, der *Ford Motor Company* und der *General Motors Corporation* gegründete Plattform, soll den Herstellern und der gesamten Zulieferkette der Automobilindustrie zur Verfügung stehen und Internetdienste für das Beschaffungswesen, das Zuliefermanagement und die Produktentwicklung bereit stellen. Auf vergleichbare Weise sollen die von der *Arbed SA*, der *Corus UK Ltd.*, der *ThyssenKrupp AG* und der *Usinor SA* gegründeten *BuyForMetals* und *Steel 24-7*⁸ eine Internetplattform betreiben, die der gesamten Stahlindustrie und ihren Kunden zur Verfügung steht, um das Beschaffungswesen, das Zuliefermanagement und den Vertrieb von Stahlprodukten zu erleichtern.

1. Kartellrechtliche Implikationen

Die Vorteile elektronischer Marktplätze liegen in möglichen Effizienzgewinnen durch Einsparungen im Bereich der Transaktions- und Prozesskosten, insbesondere aufwendiger Verhandlungen, Reisen und Zeit sowie von Geschäftsräumen, Inventar und Personal. Auch verlieren Zeitunterschiede und geographische Hürden durch die zeitlich und räumlich prinzipiell unbeschränkte Erreichbarkeit der Plattformen an Relevanz. Zudem fördern die all-

gemeine Verfügbarkeit und Vergleichbarkeit von Preisen und Produkten den Wettbewerb.⁹ Der vereinfachte und kostengünstigere Zugang zu einem Markt kann insbesondere kleine und mittlere Unternehmen stärken, die sich bisher eine umfassende Präsenz nicht leisten konnten. Auch das Bundeskartellamt¹⁰, der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie¹¹ und die Europäische Kommission¹² haben diese Vorteile positiv hervorgehoben.

Mit den Vorteilen korrespondieren allerdings eine Reihe kartellrechtlicher Gefährdungspotenziale: Im Rahmen der Nutzung elektronischer Marktplätze ergeben sich neue Möglichkeiten für Unternehmen, sowohl einen anders zu spezifizierenden als auch geographisch anders zu lokalisierenden Kundestamm anzusprechen. Dadurch ist die Abgrenzung der jeweils wettbewerbsrechtlich relevanten Märkte neu zu bestimmen (dazu sogleich unter II.). Spezielle kartellrechtliche Probleme, wie zum Beispiel das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung, ergeben sich bereits bei der Gründung einer Internet-Handelsplattform. Diese wird im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle von den Kartellbehörden überprüft (dazu unten III.). Der Betrieb der Plattformen ist dahingehend zu untersuchen, ob die jeweiligen Verhaltensweisen der Betreiber und Nutzer kartellrechtliche Relevanz aufweisen (dazu im Einzelnen unter IV.).¹³ Zu nennen sind insbesondere die Möglichkeit des vereinfachten Informationsaustausches durch die Digitalisierung und Verfügbarkeit der Daten auf einer Plattform, mögliche Einkaufs- und Verkaufskooperationen, Zugangsbeschränkungen für potenzielle Nutzer, Ausschließlichkeitsvereinbarungen und das Setzen spezieller Standards.

9 Vgl. *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 553; *Lange*, EWS 2000, 291, 291.

10 Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 47f.

11 Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie zum Thema „Wettbewerbspolitik für den Cyberspace“, S. 10ff.

12 Vgl. die Rede von *M. Monti*, Competition in the e-Economy, SPEECH/01/98, Brüssel, 2. 3. 2001, S. 2, sowie *Schaub*, XXXIV. FIW Symposium, Innsbruck, 2. 3. 2001, S. 2, der von einer „grundsätzlich wohlwollenden Einstellung“ der Kommission spricht.

13 Die Probleme der Internet-Plattformen liegen dabei eindeutig im kartellrechtlichen und weniger im lauterkeitsrechtlichen Bereich. Von gewisser Relevanz war diesbezüglich ursprünglich das so genannte Powershopping, bei welchem sich zur Erzielung eines möglichst günstigen Kaufpreises bei einem Internetanbieter möglichst viele Kaufinteressenten zusammenfinden müssen. Der so zustande gekommene günstigere Preis wurde als Ausnahmepreis angesehen und verstieß gegen das Rabattgesetz (vgl. OLG Hamburg, WRP 2000, 412, 413). Seit der Aufhebung des Rabattgesetzes mit dem ausdrücklichen Ziel, Innovationshemmnisse zu beseitigen und die Bündelung privater Nachfrage zu vereinfachen (BT-Drucks. 14/5441, S. 7), stellt Powershopping als solches lauterkeitsrechtlich kein Problem mehr dar. Vgl. dazu *Piper* in: Köhler/Piper, UWG, 3. Auflage 2002, § 1 Rdn. 297 ff.

3 S. dazu Europäische Kommission: Generaldirektion Wettbewerb, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften: XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, 2001, S. 53f., 59; Europäische Kommission: Generaldirektion Wettbewerb, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften: XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, 2002, S. 47f.

4 Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 47f., 107f., 125.

5 FTC, „Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces“, 2000, abrufbar unter <http://www.ftc.gov/os/2000/10/b2breport.pdf>.

6 Europäische Kommission, COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*.

7 Europäische Kommission, IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*; Bundeskartellamt, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E-DE V, 321 – *Covisint*.

8 Bundeskartellamt, Beschluss vom 29. 6. 2001, B 5 – 24/01, WuW/E-DE V, 479 – *BuyForMetals/Steel 24-7*.

2. Erscheinungsformen und kartellrechtliche Abgrenzung

Internet-Marktplätze unterscheiden sich in ihrer konkreten Ausgestaltung indes beträchtlich. Um sie kartellrechtlich einordnen und – wie erwähnt – insbesondere relevante Märkte und kartellrechtlich beachtliche Verhaltensweisen beurteilen zu können, ist es notwendig, die unterschiedlichen Erscheinungsformen im Beitrag näher zu beleuchten.¹⁴ Dabei lassen sich *sieben* Merkmale unterscheiden, die teilweise weiter ausdifferenziert werden können:

Erstens ist eine Unterteilung nach Plattformnutzern auf der Anbieter- und Nachfragerseite sinnvoll, d.h. danach, ob Unternehmen, Konsumenten oder aber die Verwaltung die Plattform nutzen.¹⁵ Da die business-to-business (B2B)-Plattformen, auf denen Unternehmen miteinander in geschäftlichen Kontakt treten, die Kartellbehörden am häufigsten beschäftigt haben, sollen sie im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.¹⁶ Weiter sollen die Besonderheiten des business-to-consumer-Bereichs (B2C) aufgezeigt werden (dazu unten II.1.a., III.1.a., IV.4).¹⁷ In die Betrachtung einzubeziehen sind schließlich auch

14 Im Einzelnen zu diesen Abgrenzungskriterien *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 28 ff.; vgl. auch *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 553; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 734.

15 Vgl. zur Typologisierung nach Art der Akteure einer Plattform *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 553; *Jestaedt*, BB 2001, 581, 581.

16 Vgl. dazu die Entscheidungen der Europäischen Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*; IP/00/896 vom 31. 7. 2000 – *Vollbrocker.com*; COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*; COMP/M.2075 – *Newhouse/Jupiter/Scudder/M&G* vom 1. 9. 2000 – *CFL*; COMP/M.2096 – *Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv* vom 06. 10. 2000 – *Chemplorer*; COMP/M.2172 – *Babcock Borsig/mg technologies/SAPMarkets/ec4ec* vom 07. 11. 2000 – *ec4ec*; COMP/M.2398 – *Linde/Junghenrich* vom 25. 4. 2001 – *Supralift*; COMP/M.2374 – *Telenor/ErgoGroup/DNB/Accenture* vom 2. 5. 2001 – *Date*; COMP/M.2402 – *Creditanstalt/RZB* vom 2. 7. 2001 – *EBPPI*; IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*. Vgl. aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts den Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E DE-V, 321 – *Covisint*; Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423 – *RubberNetwork.com*; Beschluss vom 29. 6. 2001, B 5 – 24/01, WuW/E DE-V, 479 – *BuyForMetals/Steel 24-7*.

17 Speziell im Bereich der B2C-Plattformen werden hier die BOL-Fälle der Europäischen Kommission relevant, welche Plattformen zum Vertrieb von Büchern an Kunden im Internet betrafen, Kommission, IV/M.1459 – *Bertelsmann/Havas/BOL* vom 6. 5. 1999 – *Bertelsmann Frankreich*; COMP/JV.24 – *Bertelsmann/Planeta/BOL Spain* vom 3. 12. 1999 – *Bertelsmann Spanien*; COMP/JV.45 – *Bertelsmann/Kooperativa Förbundet/BOL Nordica* vom 12. 5. 2000 – *Bertelsmann Nordica*; COMP/JV.51 – *Bertelsmann/Mondadori/BOL* vom 1. 9. 2000 – *Bertelsmann Italien*. Das Bundeskartellamt hatte mit dem so genannten *MB Portal* ebenfalls bereits eine B2C-Plattform zu überprüfen, Beschluss vom 26. 3. 2001, B 5 – 14/01, WuW/E DE-V, 449 – *MB Portal bzw. DaimlerChrysler/T-Online*.

A2B- und A2C-Plattformen, auf denen die Verwaltung gegenüber Bürgern oder Unternehmen tätig werden kann.¹⁸

Zweitens kann die unterschiedliche Ausgestaltung der Betreibermodelle von kartellrechtlicher Bedeutung sein. So kann es kartellrechtlich einen Unterschied machen, ob der Marktplatz von anbietenden Unternehmen betrieben wird, von Nachfragern oder von neutralen Dritten (anbieterinduzierte, nachfragerinduzierte oder neutrale Marktplätze, dazu unten II.1.b., IV.3.).¹⁹

Drittens lassen sich Internetplattformen nach den auf ihnen gehandelten Produkten bewerten. Bei diesen Produkten können so genannte direkte, d.h. von den Unternehmen für die Produktion benötigte, Materialien oder indirekte, d.h. weder unternehmens- noch industriespezifische, Materialien, wie die so genannten MRO-Produkte (maintenance, repair, operating), betroffen sein.²⁰ Diese Unterscheidung ist besonders für die Marktabgrenzung von Belang (dazu unten II.1.).

Viertens ist besonders für die Frage der Marktabgrenzung die Handelsdimension des Marktplatzes relevant. Bei vertikal orientierten Marktplätzen, wie zum Beispiel *Covisint*, *cc-chemplorer* oder *MyAircraft.com*, welche auf der Nachfragerseite allein Unternehmen der Wertschöpfungskette eines bestimmten Industriezweiges einbeziehen, besteht aufgrund dieser Spezialisierung häufig ein sektoral abgrenzbarer Markt. Dagegen ist der Spezialisierungsgrad einer horizontal ausgerichteten Plattform, wie zum Beispiel *emaro*, die einen viel weiteren Nachfragerkreis anspricht, eher geringer. Daraus folgt eine weitere Marktabgrenzung (dazu unten II.1.a.).

Fünftens ist im Bereich der Marktabgrenzung die geographische Ausrichtung der Plattform wichtig (dazu unten II.2.).

Sechstens sind für die kartellrechtlich relevanten Bereiche der Preisgestaltung und des Informationsaustausches die unterschiedlichen Arrangements der Preisfindung für die auf der Plattform gehandelten Produkte zu beachten. In Betracht kommen zum einen Festpreise, wie sie in Online-Katalogen vorkommen, und zum anderen Auktionen und so genannte *reverse auctions*, Ausschreibungen sowie dynamische Verfahren nach Art einer Handelsbörse.²¹ Mit der Preisfindung hängen unmittelbar verschiedene Ertragsmodelle bezüglich der Plattformfinanzierung zusammen. Die Finanzierung kann dabei auf Werbeeinnahmen, Gebühren für Transaktionen und den Auftritt auf der Platt-

18 Das „A“ steht dabei für Administration. Die Europäische Kommission hatte mit *Governet* bezüglich eines Fusionsverfahrens bisher eine Plattform zu beurteilen, auf der neben Unternehmen auch die öffentliche Verwaltung tätig sein sollte, und diesbezüglich keine Einwände erhoben, Kommission, COMP/M.2138 – *SAP/Siemens/GU* vom 2. 10. 2000 – *Governet*.

19 Vgl. *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 60 f.

20 *Gassner*, MMR 2001, 140, 142.

21 Vgl. *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Köhler*, K&R 2000, 569, 570.

form, Mitgliedsbeiträgen und Mischsystemen beruhen.²² Je nach Finanzierungsart kann etwa der Zugang zu einer Plattform erschwert sein (dazu unten IV.3.).

Siebtens ist schließlich der Integrationsgrad der jeweiligen Plattform kartellrechtlich maßgeblich. Auf unterster Integrationsstufe stehen dabei Plattformen, die lediglich Kommunikations- und Verhandlungshilfen bieten, die bei der Suche nach geeigneten Handelspartnern behilflich sind. Auf der nächsten Stufe folgen Plattformen, welche die betrieblichen ERP (Enterprise Resource Planning) Systeme integrieren und so mit der Bestellsoftware der Unternehmen verschmelzen. Marktplätze der dritten Stufe integrieren zudem noch Dienstleistungen unterschiedlichster Art entlang der Wertschöpfungskette, wie zum Beispiel im Rahmen der Logistik, der Finanzdienstleistung oder der Informationsverschaffung²³. Die verschiedenen Integrationsstufen sind deshalb zu unterscheiden, weil mit dem Grad der Integration auch das Missbrauchspotenzial bezüglich der Marktmacht und der zu gewinnenden Informationen steigt (dazu unten IV.1.).

II. Relevanter Markt

Gerade im Bereich der elektronischen Handelsplätze gestaltet sich die Bestimmung des jeweils relevanten Marktes oder der relevanten Märkte aufgrund der sich rasch wandelnden Gegebenheiten in sachlicher und geographischer Hinsicht recht schwierig. So haben es das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission bisher weitestgehend vermieden, verbindliche Aussagen bezüglich einer generellen Einordnung der relevanten Märkte zu treffen. Die Entscheidung konnten sie im Endeffekt wegen ihrer positiven kartellrechtlichen Bewertung des Gesamtvorhabens, selbst auf dem engsten vorstellbaren Markt, bislang jeweils offen lassen.²⁴ Nichtsdestotrotz lassen sich aus den kartellbehördlichen Ausführungen wichtige Anhaltspunkte für die Marktabgrenzung im Bereich der Handelsplattformen ableiten.

22 Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 39 ff.; Immenga/Lange, RIW 2000, 733, 735.

23 Vgl. Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 108 ff.; Immenga in: Büllsbach/Dreier, S. 59, 60; Immenga/Lange, RIW 2000, 733, 734 f.

24 Exemplarisch für das Offen lassen durch die Europäische Kommission seien hier genannt COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 15, 17; COMP/M.2172 – *Babcock Borsig/mg technologies/SAPMarkets/ec4ec* vom 7. 11. 2000 – *ec4ec*, Rdn. 11, 12; COMP/M.2398 – *Linde/Junghenrich* vom 25. 4. 2001 – *Supralift*, Rdn. 16, 19; COMP/M.2402 – *Creditanstalt/RZB* vom 2. 7. 2001 – *EBP-PI*, Rdn. 10, 11. Beispiele für eine entsprechende Praxis des Bundeskartellamtes, welches zunächst die möglichen Märkte diskutiert, finden sich in BKartA, Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE V, 355, 358 – *CC markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 3. 2001, B 5 – 14/01, WuW/E DE V, 449, 451 – *MB Portal* bzw. *DaimlerChrysler/T Online*.

1. Sachlich relevanter Markt

Allgemein definiert sich der sachlich relevante Markt aus Sicht der Marktgegenseite als Markt für bestimmte Waren oder Leistungen, die untereinander substituierbar sind.²⁵ Als austauschbar können im Rahmen der Handelsplattformen einerseits die Plattformen untereinander angesehen werden, andererseits auch die auf diesen gehandelten Produkte und Dienstleistungen. Das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission sehen daher zu Recht sowohl den Markt für die Plattformdienstleistungen (und damit den Plattform-Markt) selbst als auch den zugrunde liegenden Produkt- beziehungsweise Dienstleistungsmarkt als die beiden zentralen kartellrechtlich relevanten Märkte im Bereich der Internet-Handelsplattformen an.²⁶

a) Markt für Internet-Plattformen

Der durch das Auftreten einer Internet-Plattform zentral betroffene Markt ist der Markt der IT-Dienstleistungen für die elektronische Geschäftsabwicklung im Internet, d. h. kurz gesagt der Markt für Internet-Plattformen an sich. Stellen verschiedene Plattformen für den Nutzer ein austauschbares Angebot dar, so bilden diese Plattformen einen einheitlichen Markt.

Dieses Konzept ist von den Parteien im Rahmen der *MyAircraft.com*-Entscheidung der Europäischen Kommission angegriffen worden. Die Gründerunternehmen vertraten den Standpunkt, der relevante Markt sei nach wie vor der Markt für Produkte und Dienstleistungen der Luftfahrtindustrie. Die Abwicklung über die Plattform selbst sei lediglich eine unter vielen Möglichkeiten für Unternehmen, untereinander Geschäfte zu tätigen.²⁷ Diese Argumentation, Internet-Handelsplattformen als eine Kommunikationsmöglichkeit unter vielen und damit in Konkurrenz zu herkömmlichen Geschäftsmethoden wie Verhandlungen per Telefon, Fax, Briefverkehr oder persönlich vor Ort anzusehen, ist jedoch nur scheinbar eine sinnvolle Rückführung der neuen Problematik auf eingetretene Pfade. Lediglich die einfachste Form der Plattformen kommt noch in die Nähe eines reinen Kommunikationsweges. Je weiter je-

25 Bechtold, GWB, 3. Auflage 2002, § 19 GWB Rdn. 5 ff.; Möschel in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, 1997, Art. 86 EGV Rdn. 43 f.; Ruppelt in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Auflage 2000, § 19 GWB Rdn. 9 ff. Vgl. für das Europarecht die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Wettbewerbsrecht, ABl. EG 1997 C 372/5, Rdn. 7.

26 Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 48; Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 11 ff.; COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*, Rdn. 11; vgl. dazu Ahlborn/Seeliger, EuZW 2001, 552, 554.

27 COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*, Rdn. 11. Die Plattform *MyAircraft.com* ist mittlerweile durch einen weiteren Zusammenschluss in der Plattform *Cordiem* aufgegangen.

doch der Integrationsgrad der Plattform fortgeschritten ist, umso mehr entfernt sie sich von dem klassischen Kommunikationsmedium. Sie bietet vielmehr eine eigene Dienstleistung für die elektronische Geschäftsabwicklung im Internet an. Diese Leistung umfasst sehr viel mehr als nur eine erleichterte Kommunikation und integriert sowohl die Systeme der beteiligten Unternehmen als auch die Zusatzleistungen entlang der Wertschöpfungskette.²⁸ So ist insbesondere mit fortschreitendem Integrationsgrad ein eigener Markt der Plattformen, genauer für die Transaktionsdienstleistungen der Plattformen, anzunehmen.²⁹ Davon wird auch in der Praxis zu Recht ausgegangen.³⁰

Dieser Markt ist aber weiter zu unterteilen, weil ein allgemeiner Markt aller Plattformen zu weit und unbestimmt wäre.³¹ Die Austauschbarkeit der Plattformen hängt beispielsweise von den geschaffenen technischen Standards ab. Plattformen könnten nicht mehr als substituierbar gelten, wenn mit einem Plattformwechsel unlösliche technische Umstellungsprobleme auf den Nutzer zukämen. Im Sinne der Austauschbarkeit sind zudem die unterschiedlichen Ausrichtungsmöglichkeiten der jeweiligen Marktplätze zu berücksichtigen und beispielsweise B2B- von B2C-Plattformen abzugrenzen. So agieren *BOL Italia* als B2C-Plattform und *CC-markets* als B2B-Plattform auf verschiedenen Märkten. Ebenso kommt, insbesondere bei vertikal ausgerichteten Marktplätzen, eine produktabhängige sektorale Abgrenzung in Betracht. Plattformen im Bereich der chemischen Industrie sind einem anderen Plattform-Markt zuzuordnen als solche im Finanzdienstleistungssektor.³² Gerade aufgrund der sich noch stark entwickelnden Märkte fällt es freilich schwer, insoweit abschließende Eingrenzungen vorzunehmen. Eine Ausdifferenzierung diverser Teilmärkte ist im Rahmen der Weiterentwicklung und Spezialisierung der Plattformen zu erwarten³³ und insoweit zu begrüßen, als dadurch eine ge-

²⁸ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 191.

²⁹ Vgl. die Argumentation bei *Bahr*, WuW 2002, 230, 231; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 191 f. In der Entscheidung zu *MyAircraft.com* selbst diskutiert die Kommission die auf der Plattform angebotenen Zusatzdienstleistungen, lässt die exakte Einordnung der Märkte jedoch dahinstehen, Kommission, COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*, Rdn. 13.

³⁰ Vgl. beispielsweise Europäische Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 12 ff.; COMP/M.2172 – *Babcock Borsig/mg technologies/SAPMarkets/ec4ec* vom 7. 11. 2000 – *ec4ec*, Rdn. 11; BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E DE-V, 321, 322 – *Covisint*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 424 – *RubberNetwork.com*.

³¹ So auch Kommission, COMP/M.2398 – *Linde/Jungheinrich* vom 25. 4. 2001 – *Supralift*, Rdn. 13.

³² Ebenso steht nach Ansicht der Kommission ein Marktplatz für Werkzeugmaschinen nicht im Wettbewerb mit einem Marktplatz für Flurförderzeuge, COMP/M.2398 – *Linde/Jungheinrich* vom 25. 4. 2001 – *Supralift*, Rdn. 13.

³³ S. bspw. Kommission, COMP/M.2096 – *Bayer/Deutsche Telekom/InfraServ* vom 6. 10. 2000 – *Chemphor*, Rdn. 141. Vgl. *Bahr*, WuW 2002, 230, 233. Das Bundeskartellamt diskutiert zum Beispiel im *MB Portal* Beschluss einen eigenen Markt für

wisse Rechtssicherheit eintritt. Eine zu enge Marktabgrenzung darf allerdings nicht zu einer übertriebenen und unnötigen Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen führen und sich so als Innovationshemmnis erweisen.

b) Markt für die auf der Plattform angebotenen Dienstleistungen und Produkte

Der zweite für die kartellrechtliche Einordnung der elektronischen Marktplätze relevante Markt ist der für die auf der Plattform angebotenen Dienstleistungen und Produkte, d.h. der zugrunde liegende Produkt- oder Dienstleistungsmarkt. Der Betrieb einer Internetplattform hat unmittelbare Auswirkungen auf den Markt der auf ihr vertriebenen Produkte. So könnten Unternehmen durch die besonders erfolgreiche Teilnahme an einer Handelsplattform auch auf dem von ihnen bedienten Produktmarkt einen größeren Anteil gewinnen.

Die Forderung der Parteien in der *MyAircraft.com*-Entscheidung, einzig und allein auf den Produktmarkt abzustellen, geht – wie dargelegt – zu weit. Basierend auf der – zutreffenden – Ablehnung dieser Ansicht wird teilweise umgekehrt vertreten, es sei einzig auf den Markt für Internet-Plattformen abzustellen. Der zugrunde liegende Produktmarkt sei nicht zu berücksichtigen.³⁴ Diese Auffassung wird mit dem vordergründig schlüssigen Argument untermauert, das neu gegründete und den Marktplatz betreibende Gemeinschaftsunternehmen handele nicht mit den betroffenen Produkten und Dienstleistungen. Es stehe ausschließlich selbst als Kommunikationsplattform im Wettbewerb. Allerdings greift diese Ansicht auch auf mehreren Ebenen zu kurz. Es bestehen nämlich Interdependenzen zwischen den gehandelten Waren und Leistungen und der Plattform selbst. Gerade die Leistungen und Produkte machen ihre Identität aus. Zudem agieren auf der Plattform wiederum verschiedene Anbieter und Nachfrager, deren Verhalten sich negativ auf den Produktmarkt auswirken kann, etwa durch Informationsaustausch oder Nachfragerkartelle. Gerade bei anbieterinduzierten Internetplattformen ist weiter die mögliche Intention der Gründerunternehmen zu beachten, den eigenen Marktanteil auch auf den zugrunde liegenden Märkten zu vergrößern. In der Praxis steht die Relevanz des zugrunde liegenden Produktmarktes zumindest im Bereich der Fusionskontrolle zu Recht außer Frage.³⁵

PKW-Portale, Beschluss vom 26. 3. 2001, B 5 – 14/01, WuW/E DE-V, 449, 451 – *MB-Portal* bzw. *DaimlerChrysler/T-Online*.

³⁴ So *Jestaedt*, BB 2001, 581, 586; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 507; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 72.

³⁵ Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 13; COMP/M.2075 – *Newhouse/Jupiter/Scudder/M&G* vom 1. 9. 2000 – *CFI*, Rdn. 12; COMP/M.2398 – *Linde/Jungheinrich* vom 25. 4. 2001 – *Supralift*, Rdn. 14; BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E DE-V, 321, 322 f.

Wie der Markt für die elektronischen Plattformen selbst, ist der Produktmarkt ebenfalls in diverse Teilmärkte zu unterteilen. Das Bundeskartellamt untermauert dies gerade für Fälle, in denen branchenspezifische Güter oder Dienstleistungen gehandelt werden. Insbesondere kommt eine spezielle Marktabgrenzung in Betracht, wenn die gehandelten Produkte oder Leistungen durch den Handel via Internet besondere Eigenschaften aufweisen. So mag zum Beispiel die Möglichkeit bestehen, die Produkte virtuell zu testen oder spezielle Internet-Beratungsleistungen in Anspruch zu nehmen,³⁶ was in Einzelfällen auch zu einer völlig neuen Markteinteilung für im Internet gehandelte traditionelle Produkte führen wird.³⁷

Gerade im Bereich der B2C-Plattformen ist von der Europäischen Kommission richtungsweisend eine bereits stark differenzierte Marktabgrenzung, unter anderem zwischen so genannten Offline- und Online-Produkten vorgenommen worden.³⁸ Auch im B2B-Bereich ist daher in Zukunft eine recht enge Marktabgrenzung auf dem relevanten Produktmarkt zu erwarten. Diese sollte freilich mit der gebotenen Weitsicht im Einzelfall erfolgen und die betroffenen Unternehmen nicht von vornherein in einer unnötig hemmenden Art und Weise in ihrer wirtschaftlichen Betätigung und Risikobereitschaft einschränken.

2. Räumlich relevanter Markt

Auch der geographisch relevante Markt ist nach dem Kriterium der funktionalen Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen.³⁹ Es kommt also darauf an, ob die Produkte und Dienstleistungen innerhalb eines abgrenzbaren Bereichs zu objektiv gleichen Bedingungen ohne besondere wirtschaftliche Schranken vertrieben werden können. Merkmale zur Abgrenzung eines geographischen Marktes können etwa der Standort eines Unternehmens, die Transportkosten, spezielle Produkteigenschaften oder techni-

– *Covisint*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 424 – *RubberNetwork.com*.

36 BKartA, Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 358 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*.

37 So sieht zum Beispiel das Bundeskartellamt den Stromhandel „neuer Art“ über Internetmarktplätze als eigenen Markt gegenüber dem traditionellen Strommarkt an, Beschluss vom 17. 1. 2002, B 8 – 109/01, WuW/E DE-V 511, 522 – *E. ON/Rubrgas*. Kritisch gegenüber einer vorschnellen zu engen Einteilung der Märkte im Bezug auf traditionelle Güter *Heinemann* in: Büllsach/Dreier, S. 79, 87.

38 Kommission, COMP/JV.51 – *Bertelsmann/Mondadori/BOL* vom 1. 9. 2000 – *Bertelsmann Italien*, Rdn. 12, unter Berufung auf die bereits in den vorherigen drei *BOL*-Entscheidungen vorgenommene Marktabgrenzung; *Schaub* (Fn. 12), S. 10 f.

39 *Bechtold*, GWB, § 19 GWB Rdn. 13; *Ruppelt* in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 GWB Rdn. 25; Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Wettbewerbsrecht, ABl. 1997/C 372/5, Rdn. 8.

sche Faktoren sowie sprachliche Barrieren und Kundenpräferenzen sein.⁴⁰ Internet-Plattformen sind aufgrund des freien Zugangs zum Internet grundsätzlich weltweit erreichbar. Dies verleitet zu der Annahme, es müsse stets der größtmögliche räumliche Markt angenommen werden, also ein weltweiter oder zumindest europäischer Markt.⁴¹

Jedoch kann eine Präsenz der Plattform im World Wide Web für sich alleine noch nicht zu der Annahme eines Weltmarktes führen.⁴² Ein Weltmarkt kommt möglicherweise dann in Betracht, wenn die Plattform schon auf eine weltweite Operation angelegt ist und der Markt für die auf ihr gehandelten Produkte und Leistungen ein weltweiter ist,⁴³ wie etwa bei elektronischen Produkten und Dienstleistungen, die unmittelbar global abgerufen werden können.⁴⁴

Freilich erscheint gerade bei nicht weltweit ausgerichteten Plattformen eine engere räumliche Marktabgrenzung geboten. Ein mögliches Indiz für diese Abgrenzung ist die räumliche Reichweite der gehandelten Waren und Dienstleistungen.⁴⁵ Gerade hohe Transportkosten beschränken die Teilnehmer einer Plattform aufgrund ihrer räumlichen Distanz darin, miteinander Geschäfte zu tätigen. Allein die Tatsache der prinzipiell europa- oder weltweiten Nutzbarkeit einer Plattform hilft über diese geographischen Schranken nicht hinweg.⁴⁶ Die Möglichkeit einer engeren geographischen Marktabgrenzung wird von der Europäischen Kommission in der *emaro*-Entscheidung für Produkte erwogen, welche auf einen lokal verfügbaren Kundendienst angewiesen sind. Zudem erfordere die Art der Zahlungsabwicklung aufgrund rechtlicher Aspekte wie Steuern und Bankaufsicht eine engere geographische Abgrenzung.⁴⁷ Hierfür sprechen zudem mögliche Sprachbarrieren.⁴⁸

40 *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Art. 86 EGV Rdn. 55 f.; *Dirksen* in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art. 82 EG Rdn. 33.

41 So *Bahr*, WuW 2002, 230, 235. Im Rahmen des GWB wäre dies stets der gesamte Inlandsbereich.

42 Diesbezüglich besteht zu Recht weitgehend Einigkeit, *Gassner*, MMR 2001, 140, 144; *Lange*, EWS 2000, 291, 293; *Schaub* (Fn. 12), S. 11.

43 *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 554; *Gassner*, MMR 2001, 140, 144. Die Europäische Kommission erwägt – entsprechend der Behauptung der Parteien – einen weltweiten Markt im Rahmen der Plattform *MyAircraft.com*, weil Produkte und Dienstleistungen der Luft- und Raumfahrtindustrie weltweit gehandelt werden, COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*, Rdn. 15. Vgl. auch BKartA, Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 425 – *RubberNetwork.com*.

44 *Schaub* (Fn. 12), S. 11; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 194.

45 Vgl. *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 194; *Lange*, EWS 2000, 291, 293.

46 So jedoch *Bahr*, WuW 2002, 230, 235.

47 Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 16.

48 Vgl. *Lange*, EWS 2000, 291, 293; anderer Ansicht ist *Bahr*, WuW 2002, 230, 235, der Sprachbarrieren für vernachlässigbar hält, „da B2B-Marktplätze regelmäßig über eine Sprachwahlfunktion verfügen“.

Auch der Ansatz der Europäischen Kommission, im B2C-Bereich von enger abgrenzbaren geographischen Märkten auszugehen, spricht in der Praxis künftig für eine generell – obgleich einzelfallabhängig – engere Abgrenzung der relevanten räumlichen Märkte.⁴⁹ Eine enge geographische Marktabgrenzung ist freilich vor dem Hintergrund der prinzipiell weltweiten Erreichbarkeit einer Plattform gerade im B2B-Bereich mit der gebührenden Zurückhaltung anzunehmen.

III. Fusionskontrolle bei der Gründung

Die Gründung einer Internet-Handelsplattform unterliegt einer umfassenden Fusionskontrolle auf europäischer Ebene nach der Fusionskontrollverordnung (FKVO)⁵⁰ und nach Art. 81 EG und im deutschen Recht nach den §§ 35 ff. GWB und unter Umständen nach § 1 GWB.

1. Europäische Ebene

a) Fusionskontrollverordnung

Die weitaus größte Zahl der bisherigen kartellrechtlichen Beurteilungen von Internet-Handelsplattformen durch die Europäische Kommission betraf die Überprüfung der Gründung des Handelsplatzes anhand der Fusionskontrollverordnung (EWG/4064/89). Die Überprüfung endete bislang jeweils mit der innovationsfördernden und damit begrüßenswerten Entscheidung, nach Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO keine Einwände gegen das Vorhaben zu erheben.⁵¹

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der FKVO muss es sich nach Art. 1 Abs. 1 FKVO bei der Plattform um einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung handeln. Gemeinschaftsweite Bedeutung erhält das Vorhaben durch die Überschreitung bestimmter Schwellenwerte (Art. 1 Abs. 2 FKVO). Gerade Plattformen, welche von bereits auf dem traditionellen Markt etablierten Unternehmen gegründet werden, erfüllen dieses Merkmal

49 Vgl. COMP/JV.45 – *Bertelsmann/Kooperativa Förbundet/BOL Nordic* vom 12. 5. 2000 – *Bertelsmann Nordic*, Rdn. 18f. mit einer rein nationalen Betrachtung; vgl. zur engen geographischen Marktabgrenzung der Europäischen Kommission im Rahmen der B2C-Plattformen auch *Schaub* (Fn. 12), S. 11.

50 Verordnung EWG/4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 1, berichtigte Fassung ABl. L 257 vom 21. 9. 1990, S. 13, zuletzt geändert durch Verordnung EG/1310/97 vom 30. 6. 1997, ABl. L 180 vom 9. 7. 1997, S. 1, Berichtigung in ABl. L 40 vom 13. 2. 1998, S. 17.

51 Beispielsweise in Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 24; COMP/M.2096 – *Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv* vom 6. 10. 2000 – *Chemplorer*, Rdn. 25; COMP/M.2398 – *Inde/Juighemrich* vom 25. 4. 2001 – *Supralift*, Rdn. 32.

der gemeinschaftsweiten Bedeutung recht deutlich.⁵² Dies unterstreicht die potenzielle und tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung elektronischer Marktplätze.

Besondere Bedeutung im Bezug auf den Begriff des Zusammenschlusses erlangt Art. 3 Abs. 2 FKVO, der einem Zusammenschluss im traditionellen Sinne die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens gleichstellt, sofern dieses auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und ein Kontrollerwerb durch die Gründungsunternehmen erfolgt. Dementsprechend sollte ein Internet-Handelsplatz mit eigenem Kapital, Know-how, eigenem Management etc. ausgestattet sein, um als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen unter die Kontrolle der FKVO zu fallen.⁵³

Ist die FKVO auf das Vorhaben anwendbar, so prüft die Kommission die Plattform gemäß Art. 2 Abs. 1 FKVO auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt. Jedoch hat die Kommission bislang vor dem Hintergrund sich entwickelnder Märkte und einer Vielzahl an möglichen Wettbewerbern zu Recht bereits das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Plattform abgelehnt.⁵⁴ Zwar zeigt die Kommission damit einerseits ihr Problembewusstsein bezüglich der relativ neuartigen Materie der Internet-Handelsplattformen, sie erweist sich aber zurecht nicht als Hemmschuh einer grundsätzlich ökonomisch vorteilhaften Entwicklung.

Neben der Prüfung anhand der Kriterien aus Art. 2 Abs. 3 FKVO kommt gemäß Art. 2 Abs. 4 FKVO eine so genannte „gleichzeitige Kartellkontrolle“ nach Art. 81 EG in Betracht, sofern mit der Gründung des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründungsunternehmen bezweckt oder bewirkt wird.⁵⁵ In einigen Fällen hat die Kommission bereits sowohl bezüglich B2B- als auch B2C-Plattformen Art. 2 Abs. 4 FKVO erwogen, gleichwohl jedoch insbesondere aufgrund feh-

52 Beispiele hierfür sind unter anderem Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 10; COMP/M.2096 – *Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv* vom 6. 10. 2000 – *Chemplorer*, Rdn. 11; COMP/M.2374 – *Telenor/ErgoGroup/DNB/Accenture* vom 2. 5. 2001 – *Date*, Rdn. 8.

53 Beispielhaft genannt werden können hierfür Kommission, COMP/M.2138 – *SAP/Siemens/GU* vom 2. 10. 2000 – *Governet*, Rdn. 7f.; COMP/M.2096 – *Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv* vom 6. 10. 2000 – *Chemplorer*, Rdn. 8f. Vgl. dazu die Mitteilung der Kommission zum Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 über die Zusammenschlusskontrolle, ABl. EG 1998 C 66/1, Rdn. 12; vgl. zu B2B-Marktplätzen als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 204ff.; *Lange*, EWS 2000, 291, 296f.

54 Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 22; COMP/M.2096 – *Bayer/Deutsche Telekom/Infraserv* vom 6. 10. 2000 – *Chemplorer*, Rdn. 22; COMP/M.2172 – *Babcock Borsig/mg technologies/SAPMarkets/ec4ec* vom 7. 11. 2000 – *ec4ec*, Rdn. 19.

55 Dazu *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 213ff.; *Immenga* in: *Büllesbach/Dreier*, S. 59, 65; *Köhler*, K&R 2000, 569, 571.

lender Auswirkungen (Spillover-Effekte) auf den ursprünglichen Produktmarkt der Gründerunternehmen eine Prüfung im Einzelnen bislang nicht vorgenommen.⁵⁶

b) Art. 81 EG

Kommt eine Überprüfung einer Internet-Handelsplattform nach der FKVO nicht in Betracht, so kann eine kartellrechtliche Überprüfung durch die Kommission dennoch anhand von Art. 81 EG erfolgen.⁵⁷ In den Fällen der B2B-Plattformen *Volbroker.com*⁵⁸ und *Covisint*⁵⁹ haben die beteiligten Gründungsunternehmen ihr Vorhaben jeweils gemäß der Verordnung Nr. 17⁶⁰ bei der Kommission zur Überprüfung anhand von Art. 81 EG angemeldet.⁶¹ Eine Überprüfung im Rahmen der FKVO kam in diesen Fällen wegen des fehlenden Kontrollerwerbs durch die Gründungsunternehmen nach Art. 3 Abs. 2 FKVO nicht in Betracht. Diesbezüglich erkennt die Kommission mögliche Probleme, welche die Gründung und der Betrieb einer Handelsplattform mit sich bringen können, wie zum Beispiel den unkontrollierten Informationsaustausch oder auch die Bündelung von Einkaufsmacht.⁶² Vor dem Hintergrund angemessener Klauseln zur Verhinderung solcher Wettbewerbsverstöße in den Gründungsverträgen verneinte die Kommission bislang jedoch eine Einschränkung des Wettbewerbs nach Art. 81 Abs. 1 EG.⁶³ Im Rahmen der Über-

prüfung von Internet-Handelsplattformen nach Art. 81 EG wird künftig der Fall *Covisint*, den die Kommission selbst als „Richtschnur für die Behandlung ähnlicher Projekte“ bezeichnet⁶⁴, insoweit richtungsweisend sein, als bei entsprechenden Selbstverpflichtungen der Gründer einer Plattform von einer Zulässigkeit der Plattform im Rahmen des Art. 81 EG ausgegangen werden kann.

2. Deutsche Fusionskontrolle

Soweit die Europäische Kommission durch die Fusionskontrollverordnung Zuständigkeit im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle erlangt, ist gemäß § 35 Abs. 3 GWB eine deutsche Fusionskontrolle ausgeschlossen.⁶⁵ In den bisher vom Bundeskartellamt nach den §§ 35 ff. GWB entschiedenen Fällen scheiterte die Anwendung der FKVO jeweils am fehlenden gemeinsamen Kontrollerwerb durch die Gründerunternehmen.⁶⁶ Im Fall der Überprüfung durch die Kommission anhand von Art. 81 EG gilt der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht erst, wenn die Kommission eine Entscheidung im Einzelfall getroffen hat, die sich dann gegenüber einer möglicherweise konträren Entscheidung nationaler Kartellbehörden durchsetzt.⁶⁷ Daher wurde zum Beispiel die Plattform *Covisint* sowohl durch das Bundeskartellamt als auch durch die Kommission geprüft.⁶⁸

Im Falle der Anwendbarkeit des GWB prüft das Bundeskartellamt, ob durch den Zusammenschluss die Begründung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu erwarten ist. Freilich verlangt § 36 Abs. 1 GWB entsprechend seinem Wortlaut („... zu erwarten ist ...“) eine Prognoseentscheidung bezüglich zukünftiger Marktstrukturen.⁶⁹ Jedoch befinden sich die be-

56 Kommission, COMP/M.2172 – *Babcock Borsig/mg technologies/SAPMarkets/ec4ec* vom 7. 11. 2000 – *ec4ec*, Rdn. 16; COMP/M.2374 – *Telenor/ErgoGroup/DNB/Accenture* vom 2. 5. 2001 – *Date*, Rdn. 22; COMP/JV.51 – *Bertelsmann/Mondadori/BOL* vom 1. 9. 2000 – *Bertelsmann Italien*, Rdn. 27.

57 Vgl. dazu *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 223f.; *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 554; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 66; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 735; *Köhler*, K&R 2000, 569, 572; *Lange*, EWS 2000, 291, 291.

58 *Volbroker.com* ist ein von den Banken *Deutsche Bank UK Holdings Limited*, *UBS AG*, *Goldman Sachs Vol-Holdings LLC*, *Citibank Investmenst Limited*, *J.P. Morgan* und *NatWest* gegründetes Gemeinschaftsunternehmen als Maklerdienst für den Interbankenhandel mit ausländischen Währungsoptionen.

59 *Covisint* ist ein von *Ford*, *DaimlerChrysler*, *General Motors*, *Renault* und *Nissan* gegründeter Marktplatz für Unternehmen der Automobilindustrie.

60 Verordnung Nr. 17 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (KartellVO) vom 6. 2. 1962, ABl. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1216/1999, ABl. L 148 vom 15. 6. 1999, S. 5. Die Verordnung Nr. 17 wird ab dem 1. 5. 2004 ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 L 1 vom 4. 1. 2003, S. 1 – 25.

61 Kommission, IP/00/896 vom 31. 7. 2000 – *Volbroker.com* und IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*. Vgl. zu *Volbroker.com* auch *Schaub* (Fn. 12), S. 7ff.

62 S. zu den einzelnen kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen beim Betrieb einer Internet-Plattform unten, IV.

63 Kommission, IP/00/896 vom 31. 7. 2000 – *Volbroker.com* und IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*; s. auch Europäische Kommission: Generaldirektion Wettbe-

werb, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften: XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, 2002, S. 47f.

64 Europäische Kommission: Generaldirektion Wettbewerb, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften: XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, 2002, S. 48.

65 S. im Einzelnen dazu *Bechtold*, GWB, § 35 GWB Rdn. 2ff.; *Mestmäcker/Velken* in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 2001, § 35 Rdn. 39; *Ruppelt* in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 35 GWB Rdn. 28.

66 Zum Beispiel in BKartA, Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 357 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 424 – *RubberNetwork.com*; Beschluss vom 29. 6. 2001, B 5 – 24/01, WuW/E DE-V, 479, 479 – *BuyForMetals/Steel 24-7*.

67 Grundlegend dazu EuGH Slg. 1969, 1, 13ff. – *Walt Wilhelm*; *Emmerich*, Kartellrecht, 9. Auflage 2001, § 36 Ziffer 5 b.; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 170.

68 BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E DE-V, 321 – *Covisint* und Kommission IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*.

69 *Bechtold*, GWB, § 36 GWB Rdn. 2; *Ruppelt* in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 36 GWB Rdn. 43 ff.

troffenen Märkte derzeit noch in einer Phase des dynamischen Wachstums und des Experimentierens, wodurch Marktanteile einem raschen Wandel ausgesetzt sind. So ist die Erstellung von Entwicklungsprognosen, zumal negativen, schwerlich möglich.⁷⁰ Daher hat das Bundeskartellamt bezüglich der von ihm geprüften Handelsplattformen festgestellt, dass eine marktbeherrschende Stellung weder durch die Plattform selbst noch durch ihre Gründerunternehmen zu erwarten ist, und die Vorhaben nach § 40 Abs. 2 S. 1 GWB freigegeben.⁷¹ Diese großzügige Einstellung ist gerade vor dem Hintergrund der raschen Entwicklung und Veränderung der Marktstrukturen zu begrüßen. Eine Prognoseentscheidung erweist sich stets als schwierig und sollte im Zweifel zugunsten der Plattform ausgehen. Eine strenge Überwachung der Entwicklung und des tatsächlichen Betriebes der Plattform ist insofern ausreichend.

Zudem kann das Bundeskartellamt bereits während der Fusionskontrolle neben der Prüfung anhand der §§ 35 ff. GWB eine Überprüfung des Vorhabens nach § 1 GWB durchführen, sofern es sich bei der Plattform um ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen handelt.⁷² Diese Prüfung hat das Bundeskartellamt bereits in den Fällen der Plattformen *CC-markets* und *RubberNetwork.com* durchgeführt und als mögliche Problemfelder insbesondere den ungehinderten Informationsaustausch und eine Nachfragebündelung mittels der Plattform erkannt. Aufgrund entsprechender Selbstverpflichtungen der Gründungsunternehmen hat das Bundeskartellamt einen Verstoß gegen § 1 GWB freilich nicht festgestellt. Gleichwohl hat es sich in beiden Fällen ausdrücklich vorbehalten, die konkrete Praxis der Plattformen einer späteren kartellrechtlichen Kontrolle zu unterziehen.⁷³ So steht es der Innovation nicht im Wege und kann dennoch bei zukünftigem Fehlverhalten regelnd tätig werden.

⁷⁰ Vgl. BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E DE-V, 321, 323 – *Covisint*; Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 359 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*, Rdn. 40; Beschluss vom 29. 6. 2001, B 5 – 24/01, WuW/E DE-V, 479, 481 – *BuyForMetals/Steel* 24-7.

⁷¹ BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E DE-V, 321, 323 f. – *Covisint*; Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 360 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 425 f. – *RubberNetwork.com*; Beschluss vom 26. 3. 2001, B 5 – 14/01, WuW/E DE-V, 449, 452 – *MB-Portal* bzw. *DaimlerChrysler/T-Online*; Beschluss vom 29. 6. 2001, B 5 – 24/01, WuW/E DE-V, 479, 482 – *BuyForMetals/Steel* 24-7.

⁷² Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1 Rdn. 262; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 231.

⁷³ BKartA, Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 360 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 426 – *RubberNetwork.com*. S. zu den wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen im Einzelnen sogleich unter IV.

IV. Betrieb des Internetmarktplatzes

Neben der Gründung des elektronischen Marktplatzes kann es gerade bei dessen Betrieb zu kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen kommen. Hierbei ist einerseits das Verhalten der Gründerunternehmen und der Betreiber und andererseits das Verhalten der Nutzer der Plattform zu untersuchen.

Als kartellrechtlich relevante Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Internet-Handelsplattformen sind von der Europäischen Kommission insbesondere der unerwünschte Informationsaustausch durch Betreiber und Nutzer der Plattform, die Verweigerung des Zugangs zu einer Plattform sowie im Rahmen horizontaler Zusammenarbeit die Bündelung von Einkaufs- oder Verkaufsmacht identifiziert worden.⁷⁴ Gerade mit der Bündelung von Einkaufsmacht und dem Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen hat sich die Kommission bereits in den Fällen der Plattformen *Volbroker.com* und *Covisint* auseinandergesetzt.⁷⁵ In seinen Entscheidungen zu den elektronischen Marktplätzen *CC-markets* und *RubberNetwork.com* beschäftigte sich das Bundeskartellamt ebenfalls mit Fragen des Informationsaustausches und in letzterem Fall auch mit Problemen der Nachfragebündelung.⁷⁶ Neben diesen zentralen Fragen des Betriebs einer Internet-Handelsplattform können sich weitere Probleme bezüglich Nutzungszwängen, Wettbewerbsverboten und Ausschließlichkeitsvereinbarungen sowie im Rahmen der Setzung von Normen und Standards ergeben.⁷⁷

1. Informationsaustausch

Als ein zentrales Feld der kartellrechtlichen Überprüfung des Betriebs von Internet-Marktplätzen ist die Gefahr eines Austauschs wettbewerbsrelevanter Informationen zu sehen. Insofern ist die Nutzung des Internet ein zweischneidiges Schwert: Die allseits gelobte Markttransparenz kann nicht nur zu gesteigertem Wettbewerb führen, sondern durch missbräuchlichen Umgang mit verfügbaren Informationen in ihr Gegenteil verkehrt werden. Gerade mit steigendem Integrationsgrad einer Plattform wird der gesteigerte Datenfluss

⁷⁴ Monti, Competition in the e-Economy, SPEECH/01/98, Brüssel, 2. 3. 2001, S. 2; Schaub (Fn. 12), S. 6 ff.

⁷⁵ Kommission, IP/00/896 vom 31. 7. 2000 – *Volbroker.com* und IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*; s. auch Europäische Kommission: Generaldirektion Wettbewerb, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften: XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, 2002, S. 47 f.

⁷⁶ BKartA, Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 360 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 426 – *RubberNetwork.com*.

⁷⁷ Vgl. zu den kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen insgesamt den Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 48; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 242 ff.

erhöhte Missbrauchspotenziale liefern. So kann es für Betreiber und Mutterunternehmen der Plattform möglich werden, gezielt Informationen über Preisstrukturen und Strategien ihrer Konkurrenten und der Marktgegenseite herauszufiltern oder auszutauschen und für eigene Aktivitäten nutzbar zu machen. Ebenso kann ein gesteigerter Informationsanfall auf Nachfragerseite zu marktschädlichen Informationsvorteilen und Absprachen führen.

a) Informationsaustausch zwischen den Gründerunternehmen

Nicht jeder Informationsaustausch zwischen den Gründern, also den Muttergesellschaften, des Marktplatzes ist an sich schon als kartellrechtswidrig anzusehen. Jedoch kann der Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen gegen Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB verstoßen, wenn dadurch der Geheimwettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigt wird.⁷⁸ Zudem dient der Informationsfluss als Indiz für eine weitergehende kartellrechtlich relevante Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen den Unternehmen.⁷⁹

Mit der Aufrechterhaltung des Geheimwettbewerbs soll eine Unsicherheit bezüglich des Marktverhaltens konkurrierender Unternehmen bestehen bleiben.⁸⁰ Insbesondere erscheint es fraglich, den Schutz des Geheimwettbewerbs für den Bereich des Internet-Handels mit dem Argument einschränken zu wollen, durch den gesteigerten Informationsfluss komme es einzig zu einer Stärkung des Wettbewerbs.⁸¹ Strukturelle Ungleichheiten zwischen den Unternehmen können dazu führen, dass verschiedene Marktteilnehmer unterschiedlich stark von der freien Verfügbarkeit von Informationen profitieren. So gilt das Gebot der Einhaltung des Geheimwettbewerbs gerade auch im Bereich der Internet-Handelsplattformen.

Zur Bestimmung der Zulässigkeit des Austauschs bestimmter Daten kann im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB auf eine gefestigte Praxis bezüglich so genannter Marktinformationssysteme verwiesen werden.⁸² Dem-

78 *Bunte* in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1 Rdn. 288; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 243; *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 99; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 69; *Kirchner*, WuW 2001, 1030, 1033 f.

79 *Bunte* in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art. 81 EG Generelle Prinzipien Rdn. 32; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 244; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 511.

80 *Bechtold*, GWB, § 1 GWB Rdn. 37; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 737; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 511.

81 So *Jestaedt*, BB 2001, 581, 582 f., der annimmt, durch den freien Datenzugriff im Internet käme man dem „wettbewerbspolitischen Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs zumindest nahe“. Kritisch zu dieser Sichtweise *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 246 f. und *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 100 f.

82 *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 244; *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 99; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 69; *Köhler*, K&R 2000, 569, 576 f.

nach ist nach europäischem und auch nach deutschem Recht zwischen so genannten identifizierenden und nicht identifizierenden Systemen zu differenzieren. Lediglich nichtidentifizierende Systeme werden als zulässig angesehen.⁸³ Sind für die Betreiber einer Internet-Plattform individualisierbare Daten zugänglich, welche zeitnah wesentliche Informationen über Aufträge, Umsätze, Preisgestaltung oder die Geschäftspolitik konkurrierender Unternehmen liefern, so liegt ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb und damit gegen § 1 GWB und Art. 81 Abs. 1 EG vor.⁸⁴ Der Austausch allgemein zugänglicher, verstreuter Daten oder solcher Daten, welche keine Rückschlüsse auf das betroffene Unternehmen zulassen, wie zum Beispiel allgemeine Statistiken, ist dagegen eher als unbedenklich zu bewerten. Die Verfügbarkeit dieser nichtindividualisierbaren Daten führt immer noch in ausreichender Weise zu den erhofften Transparenzgewinnen und damit zur Möglichkeit der Effektivitätssteigerung.

Freilich liegt ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB stets dann vor, wenn der Informationsaustausch tatsächlich zu einer Koordinierung des Marktverhaltens führt, sei es durch Abstimmung über Preise und Konditionen, bestimmte gemeinsame Geschäftspraktiken oder durch die Aufteilung von Märkten.⁸⁵

Dementsprechend sollten die Gründerunternehmen einer Plattform bereits bei der Gründung konkrete Vereinbarungen treffen, die einen unzulässigen Datenaustausch durch Sicherungen und Beschränkungen in der Struktur des Marktplatzes verhindern. Entsprechende Möglichkeiten zur Verhinderung ungewollten Datenaustausches stellen zum Beispiel Firewalls, Verschlüsselungen, Zugangsschranken oder die Anonymisierung von Daten, aber auch ein von den Gründerunternehmen unabhängiges Management der Plattform

83 *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Art. 85 Abs. 1 EGV B Rdn. 26 ff.; *Bunte* in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1 Rdn. 289; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 244; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 99; *Kirchner*, WuW 2001, 1030, 1033.

84 *Emmerich* in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Art. 85 Abs. 1 EGV B Rdn. 28; *Bunte* in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1 Rdn. 289 f.; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 244; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 99.

85 *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 245; *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 69; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 737; *Köhler*, K&R 2000, 569, 576. Insbesondere diesbezüglich sieht offenbar das Bundeskartellamt sein Tätigkeitsfeld, indem es zutreffend feststellt, dass „auch die besten Verschlüsselungs- und Datensicherungssysteme kein sicherer Schutz vor einer missbräuchlichen Nutzung einer B2B-Plattform für verbotene Absprachen“ sind, Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT Drucks. 14/6300, S. 48.

dar.⁸⁶ Folgerichtig hat die Europäische Kommission von den Betreibern der Handelsplätze *Volbroker.com* und *Covisint* umfangreiche Zusagen erhalten, wonach der Austausch geschäftsempfindlicher, vertraulicher Informationen verhindert werden soll.⁸⁷ Auch das Bundeskartellamt legte in seinen Entscheidungen zu den Marktplätzen *CC-markets* und *RubberNetworks.com* Wert auf gesellschaftsvertragliche Regelungen, wonach „firmenspezifische Daten, wie Preise und Lieferkonditionen, aber auch Auswertungen der über den Marktplatz getätigten Transaktionen“ teilnehmergeschützt sind.⁸⁸ So sind die Betreiber einer Plattform bereits bei der Gründung in der Lage, die Weichen für eine positive kartellrechtliche Beurteilung der Plattform zu stellen.

b) Informationsaustausch zwischen den Nutzern des Marktplatzes

Für den Austausch wettbewerbsrelevanter Informationen zwischen den Nutzern des Marktplatzes kann grundsätzlich nichts anderes gelten als für die Gründerunternehmen. Bestimmte Daten der Wettbewerber müssen untereinander unzugänglich bleiben, um so den Geheimwettbewerb zwischen diesen aufrechtzuerhalten und einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens den Nährboden zu entziehen.⁸⁹ Daher gelten bezüglich der Plattformnutzer grundsätzlich die gleichen Anforderungen an die technische Ausstattung der Plattform wie bezüglich der Gründerunternehmen. Auch hier sind etwa Firewalls und bestimmte Verschlüsselungstechniken erforderlich und nur freigegebene Daten dürfen anderen Nutzern zugänglich gemacht werden.⁹⁰ Andererseits bringt die gesteigerte Transparenz auf Seiten der Nachfrager eine zu begrüßende wettbewerbsfördernde Wirkung mit sich. So könnte eine allzu

⁸⁶ Vgl. *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 557; *Alese*, ECLR 2001, 325, 326 f.; *Gassner*, MMR 2001, 140, 142; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 737; *Köhler*, K&R 2000, 569, 577; *Lancefield*, The Regulatory Hurdles Ahead in B2B, ECLR 2001, 9, 10.

⁸⁷ Kommission, IP/00/896 vom 31. 7. 2000 – *Volbroker.com*; Europäische Kommission: XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, 2001, S. 54; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 70. *Schaub* (Fn. 12), S. 7, spricht von einer „Chinese Wall“ zwischen den Unternehmen, das die Plattform betreibt, und den Mutterunternehmen. IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*; Europäische Kommission: Generaldirektion Wettbewerb, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften: XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, 2002, S. 47 f.

⁸⁸ BKartA, Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 357 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 424 – *RubberNetwork.com*.

⁸⁹ Vgl. *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 556 f.; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 737; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 512.

⁹⁰ Vgl. die Zusagen der Gründerunternehmen in Kommission, COMP/M.2075 – *Newhouse/Jupiter/Scudder/M&G* vom 1. 9. 2000 – *CFL*, Rdn. 20 f.; COMP/M.2172 – *Babcock Borsig/mg technologies/SAPMarkets/ec4ec* vom 7. 11. 2000 *ec4ec*, Rdn. 16, 18; COMP/M.2398 – *Imde/Jungheinrich* vom 25. 4. 2001 – *Supra lift*, Rdn. 26.

strenge Beurteilung des Informationsaustausches diese Vorteile zunichte machen und den Erfolg der Plattform an sich gefährden.

Freilich ist in bestimmten Einzelfällen die Weitergabe wettbewerbsrelevanter Informationen an Konkurrenten geradezu unausweichlich, wie in den Fällen offener Internetversteigerungen und transparenter Ausschreibungen, so genannter *reverse auctions*.⁹¹ Bei dieser Art der Preisermittlung müssen Bieter die Angebote ihrer Mitbieter erfahren, um so ihrerseits ein verbessertes Angebot abgeben zu können. Insofern sind bestimmte Charakteristika der jeweiligen Angebote, wie die angebotene Leistung oder der gebotene Preis, im Rahmen der Versteigerungen offen zu legen. Andererseits birgt diese Offenlegung insofern die Gefahr eines Missbrauchs in sich, als die Bildung von Bieterkartellen enorm begünstigt wird, wenn das jeweilige Höchst- oder Niedrigstgebot offen gelegt wird. Zwar kann die Möglichkeit des Missbrauchs einer Plattform zu Kartellabsprachen nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Dennoch sollte dieser Gefahr durch die Regelung begegnet werden, nur absolut notwendige Informationen der Bieter offen zu legen, wie etwa das jeweilige Höchst- oder Niedrigstgebot, ohne den entsprechenden Bieter zu identifizieren.⁹² So bleibt den Nutzern der Transparenzvorteil der Internet-Handelsplattform erhalten, ohne einem Missbrauch der verfügbaren Informationen Vorschub zu leisten.

2. Bündelung von Ein- und Verkaufsmacht

Als zweiten Problemkreis im Rahmen kartellrechtlich relevanter Verhaltensweisen im Zusammenhang mit elektronischen Marktplätzen haben das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission die Bündelung von Ein- und Verkaufsmacht herausgestellt.⁹³ Das Internet hilft, logistische Grenzen zu überwinden und räumlich weit verstreute potenzielle Ein- und Verkäufer zusammenzubringen. Hierdurch sind Ein- und Verkaufskooperationen zwar als Problem nicht neu entstanden, jedoch sind sie durch dieses Medium technisch wesentlich leichter zu verwirklichen. Dementsprechend hat das Bundeskar-

⁹¹ *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 556; *Jestaedt*, BB 2001, 581, 583 f.; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 512 f.; *Schaub* (Fn. 12), S. 6.

⁹² *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 556; *Alese*, ECLR 2001, 325, 326; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 513; *Schaub* (Fn. 12), S. 7. Nicht ausreichend erscheint es da, mit *Jestaedt*, BB 2001, 581, 583 die Entscheidung über die Veröffentlichung relevanter Daten im Rahmen von *auctions* und *reverse auctions* allein der jeweils betroffenen Partei zu überlassen. Dies würde zum einen gerade die Gefahr von Absprachen erhöhen, zum anderen hat das Kartellrecht einen allgemeinen Geltungsanspruch, unabhängig von den Dispositionen Einzelner.

⁹³ Europäische Kommission: XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, 2001, S. 53; *Monti*, Competition in the e-Economy, SPEECH/01/98, Brüssel, 2. 3. 2001, S. 2; *Schaub* (Fn. 12), S. 8 f.; Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT Drucks. 14/6300, S. 48.

tellamt beispielsweise den Gründerunternehmen der Plattformen *CC-markets* und *RubberNetwork.com* die Zusage abverlangt, Transaktionen auf der Plattform individuell abzuwickeln und eine Nachfragebündelung durch die Teilnehmer zu unterbinden.⁹⁴ Eine ähnliche Zusage haben ebenfalls die Betreiber der Plattform *Covisint* gegenüber der Europäischen Kommission abgegeben.⁹⁵ Auf diese Weise wird der Gefahr einer kartellrechtswidrigen Bündelung von Ein- und Verkaufsmacht insofern vorgebeugt, als auf eine Bündelung umfassend verzichtet wird. Jedoch birgt die Möglichkeit der Bündelung auch gewisse marktstärkende Faktoren in sich und ist nicht vorschnell als kartellrechtswidrig anzusehen. Deshalb ist eine genauere kartellrechtliche Analyse dieses Verhaltens angezeigt.

a) Einkaufskooperationen

Die Bündelung von Einkaufsmacht kann dann gegen § 1 GWB verstoßen, wenn sie zu einer Beschränkung des Wettbewerbs auf Nachfragerseite führt.⁹⁶ So verstößt jedenfalls die extreme Form der Nachfragebündelung durch einen Bezugswang für die Nutzer einer Plattform gegen § 1 GWB.⁹⁷ Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob es zu dauerhaften Einkaufsgemeinschaften kommt oder ob der gemeinsame Einkauf auf Einzelfälle beschränkt bleibt.⁹⁸ Freilich werden so genannte Ad-hoc-Einkaufsgemeinschaften, welche im Rahmen von elektronischen Handelsplätzen verstärkt möglich sind, aufgrund ihrer geringeren Zielrichtung und Planmäßigkeit in der Regel weniger wettbewerbschädlich sein.⁹⁹ Dessen ungeachtet können sich zufällig entstandene Gemeinschaften verfestigen und an Schädlichkeit für den Wettbewerb zunehmen. Daher ist eine pauschal großzügigere Beurteilung von Ein-

⁹⁴ BKartA, Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E DE-V, 355, 357 – *CC-markets* bzw. *SAP-GU*; Beschluss vom 26. 1. 2001, B 3 – 110/00, WuW/E DE-V, 423, 424 – *RubberNetwork.com*.

⁹⁵ Kommission, IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*; s. auch Europäische Kommission: Generaldirektion Wettbewerb, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften: XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, 2002, S. 47.

⁹⁶ Vgl. Zimmer in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 1 Rdn. 350 ff.; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1 Rdn. 274 ff.; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 254; Immenga in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 75; Jestaedt, BB 2001, 581, 584 f.; Köhler, K&R 2000, 569, 575. Daher ist nach Meinung des Bundeskartellamts ein „gemeinsamer Einkauf von spezifischen Bedarfsartikeln durch die führenden Unternehmen einer Branche über eine Handelsplattform“ „in aller Regel unzulässig“, Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 48.

⁹⁷ Vgl. zum Bezugswang Bechtold, GWB, § 1 GWB Rdn. 69; Jestaedt, BB 2001, 581, 584; Köhler, K&R 2000, 569, 575.

⁹⁸ Vgl. Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 255; Köhler, K&R 2000, 569, 575.

⁹⁹ Dazu Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 255; Jestaedt, BB 2001, 581, 585.

kaufsgemeinschaften im Internet, welche mit der schnellen Kommunikation und deren Vorteilen für Anbieter und Nachfrager sowie der geringen Verfestigung der Einkaufsgemeinschaften begründet wird,¹⁰⁰ nicht angezeigt. Im Sinne einer Einzelfallbetrachtung gelten für sie vielmehr die gleichen Regeln wie für die traditionellen Einkaufsgemeinschaften des Handels.¹⁰¹ Nichtsdestotrotz bleibt eine Bündelung der Nachfrage so lange zulässig, wie sie nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Eine Selbstverpflichtung zum generellen Ausschluss der Möglichkeit einer Nachfragebündelung durch die Gründerunternehmen führt zwar primär zu dem gewünschten Erfolg der Zulassung der Plattform. Jedoch schießt eine solche Verpflichtung insofern über das Ziel hinaus, als eine Einkaufsbündelung durchaus wettbewerbsfördernd wirkt und gerade dies den Reiz einer Plattform ausmachen kann. Der vorschnelle Ausschluss nicht verbotener und sogar wünschenswerter Verhaltensweisen ist deshalb nicht zu befürworten.

Die entscheidende Möglichkeit, trotz des Verbots des § 1 GWB einen gemeinsamen Einkauf zu betreiben, stellt § 4 Abs. 2 GWB dar.¹⁰² So können wettbewerbsbeschränkende Einkaufsgemeinschaften dann zulässig sein, wenn dadurch der Wettbewerb auf einem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird, ein über den Einzelfall hinausgehender Bezugswang nicht begründet wird und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen verbessert werden soll. Infolgedessen ergibt sich für kleine und mittlere Unternehmen gegenüber marktstärkeren Konkurrenten die Möglichkeit, durch punktuelle Zusammenarbeit Nachfragemacht zu erzeugen und größenbedingte Nachteile auszugleichen.¹⁰³ Daneben kommt eine Freistellung für Rationalisierungskartelle nach § 5 Abs. 2 GWB in Betracht.¹⁰⁴ Zumindest diese Freistellungsmöglichkeiten sollten auch vom Bundeskartellamt berücksichtigt werden, wenn es eine Selbstverpflichtung der Gründerunternehmen zum Ausschluss der Nachfragebündelung verlangt.

Auf europäischer Ebene können Einkaufsgemeinschaften gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen. Auch hier ist jedenfalls ein innerhalb der Einkaufsgemeinschaft vereinbarter Bezugswang unzulässig.¹⁰⁵ Des

¹⁰⁰ Jestaedt, BB 2001, 581, 585.

¹⁰¹ So auch das Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 48; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 259.

¹⁰² Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 48; Immenga in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 4 Rdn. 73 ff.; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 256; Immenga in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 76; Jestaedt, BB 2001, 581, 584; Köhler, K&R 2000, 569, 576.

¹⁰³ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 256; Köhler, K&R 2000, 569, 576.

¹⁰⁴ Vgl. dazu ausführlich Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 257 f.

¹⁰⁵ Vgl. nur EuGH Slg. 1981, 851, 867 – *Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek; Emmerech* in: Immenga/Mestmäcker, EG Wettbewerbsrecht Kommentar, Art. 85

Weiteren hat die Europäische Kommission im Jahr 2001 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit¹⁰⁶ veröffentlicht. Diese setzen sich in den Teilziffern 115 ff. ausdrücklich mit Einkaufsgemeinschaften auseinander und finden auch für Einkaufsgemeinschaften im Rahmen von Handelsplattformen Anwendung.¹⁰⁷ Demnach fallen Einkaufsvereinbarungen stets unter Art. 81 Abs. 1 EG, wenn sie in Wahrheit nicht dem gemeinsamen Einkauf, sondern als Mittel zur Verschleierung eines Kartells dienen (Tz. 123 der Leitlinien). Tatsächlich dem gemeinsamen Einkauf dienende Vereinbarungen müssen im Einzelfall anhand des Kriteriums der durch sie verkörperten Nachfragemacht auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 81 Abs. 1 EG geprüft werden (Tz. 126). Liegt der erzeugte Marktanteil unter 15% (so genannter *safe harbour*), so ist die Annahme von Marktmacht und damit ein Verstoß gegen das Kartellverbot unwahrscheinlich (Tz. 130). Bei einem Marktanteil von über 15% wird Marktmacht vermutet und eine eingehende Bewertung der Einkaufskooperation unter Berücksichtigung der Marktkonzentration und eventueller Gegenmacht starker Lieferanten notwendig (Tz. 131). Allein diese ausdifferenzierte Regelung zur Zulässigkeit zeigt die positive Einstellung der Kommission gegenüber Einkaufsgemeinschaften. Ein genereller Ausschluss der Nachfragebündelung erscheint in Anbetracht dessen nicht erforderlich.

Eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG kommt für Einkaufsvereinbarungen in Frage, deren wirtschaftlicher Nutzen die wettbewerbsbeschränkende Wirkung überwiegt (Tz. 132 f.). Daneben kommt für elektronische Marktplätze eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG im Rahmen der Gruppenfreistellungsverordnung über vertikale Vereinbarungen (VGVO)¹⁰⁸ in Betracht.

Auch diese weitreichenden Freistellungsmöglichkeiten sprechen gegen einen generellen Ausschluss der Nachfragebündelung im Rahmen von Internet-Handelsplattformen. Bis zur Grenze der Wettbewerbsbeschränkung sind Einkaufsgemeinschaften deshalb zuzulassen, um so die Vorteile ihrer Effizienz- und wettbewerbssteigernden Wirkung zu erhalten. Dies gilt umso mehr, als

Abs. 1 EGV B Rdn. 52; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 739; *Jestaedt*, BB 2001, 581, 584; *Köhler*, K&R 2000, 569, 575; *Lange*, EWS 2000, 291, 295.

¹⁰⁶ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EG 2001 Nr. C 3/02.

¹⁰⁷ Vgl. dazu Europäische Kommission: XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, 2001, S. 53; *Schaub* (Fn. 12), S. 8 f.; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 260 f.; *Ahlborn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 558; *Alese*, ECLR 2001, 325, 327 f.; *Gassner*, MMR 2001, 140, 143; *Immenga* in: *Büllesbach/Dreier*, S. 59, 75; *Köhler*, K&R 2000, 569, 575.

¹⁰⁸ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. 12. 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EG 1999 Nr. L 336, 21. Vgl. dazu im Einzelnen *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 261; *Köhler*, K&R 2000, 569, 575.

die Freistellung einer Einkaufsgemeinschaft nach Art. 81 Abs. 3 EG gegenüber einer eventuell gegenteiligen Beurteilung nach deutschem Recht Anwendungsvorrang genießt.¹⁰⁹

b) Verkaufskooperationen

Der recht ausdifferenzierten Beurteilung von Einkaufskooperationen steht eine sehr viel strengere Beurteilung von Verkaufsgemeinschaften gegenüber. Verkaufsgemeinschaften sind im Rahmen von § 1 GWB nur dann zulässig, wenn die kooperierenden Unternehmen sich weder in ihrer freien Preisgestaltung oder im eigenen, selbstständigen Verkauf vertraglich binden, noch über einen den Wettbewerb beschränkenden Zweck geeinigt haben.¹¹⁰ Diese Voraussetzungen sind im Rahmen des heutigen Massenvertriebs homogener Güter insoweit nicht mehr zu erfüllen, als gerade im Internet Verkaufsgemeinschaften nur funktionieren, wenn eine Absprache bezüglich der Preise und Leistungen vorgenommen wird. So sind Verkaufsgemeinschaften im Bezug auf Internet-Handelsplätze als abgestimmte Verhaltensweise grundsätzlich als unzulässig anzusehen.¹¹¹ Gleiches gilt auf europäischer Ebene nach Art. 81 Abs. 1 EG, wonach Verkaufsgemeinschaften eine der schwersten Wettbewerbsbeschränkungen überhaupt darstellen.¹¹² Verkaufskooperationen sind nach nationalem wie nach Gemeinschaftsrecht allein dann erlaubt, wenn sie zwischen Nicht-Wettbewerbern vereinbart werden.¹¹³ Die miteinander im Wettbewerb stehenden Betreiber einer Plattform müssen deshalb in der Praxis notwendig auf einen gemeinsamen Verkauf ihrer Produkte verzichten.

3. Zugangsbeschränkungen

Eine weitere, derzeit jedoch noch hypothetische, kartellrechtsrelevante Verhaltensweise im Rahmen des Betriebs einer Internet-Plattform stellt die Zugangsverweigerung durch die Plattform gegenüber bestimmten Marktteilnehmern dar.¹¹⁴ In der Praxis kann eine Zugangsverweigerung einerseits durch un-

¹⁰⁹ Vgl. *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 261; *Köhler*, K&R 2000, 569, 576.

¹¹⁰ *Bechtold*, GWB, § 1 GWB Rdn. 72; *Zimmer* in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 1 Rdn. 361 ff.

¹¹¹ So auch *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 259; *Immenga* in: *Büllesbach/Dreier*, S. 59, 75.

¹¹² Vgl. nur Kommission, ABl. EG 1980 Nr. L 318/32, S. 35 f. – *Solnhofener Natursteinplatten*; *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Art. 85 Abs. 1 EGV B Rdn. 49 m.w. N.; *Immenga* in: *Büllesbach/Dreier*, S. 59, 75; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 738; *Lange*, EWS 2000, 291, 294.

¹¹³ *Bechtold*, GWB, § 1 GWB Rdn. 73; *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Art. 85 Abs. 1 EGV B Rdn. 49.

¹¹⁴ *Schaub* (Fn. 12), S. 7, 14; *Monti*, Competition in the e-Economy, SPEECH/01/98, Brüssel, 2. 3. 2001, S. 2; Europäische Kommission: XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, 2001, S. 54; Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit

mittelbare Verweigerung der Teilnahme, mittelbar jedoch auch durch Mindestumsatzquoten, systemimmanente Standards, vereinheitlichte Allgemeine Geschäftsbedingungen oder die Regelungen, nach denen Transaktionen auf der Plattform vorgenommen werden, erfolgen.¹¹⁵ Dieses Problem betrifft vorrangig weniger neutrale Plattformen, da diese von einer möglichst großen Teilnehmerzahl profitieren. Von der Anbieter- oder Nachfragerseite gegründete Plattformen können dagegen sehr viel mehr an einer gewissen Abschottung gegenüber deren Konkurrenten interessiert sein.¹¹⁶ Freilich kommen auch andere Gründe für die Zugangsverweigerung in Betracht, wie zum Beispiel die Intention, einen Lieferanten disziplinieren zu wollen.¹¹⁷ Eine solche Zugangsverweigerung kann gegen das Kartellverbot (Art. 81 EG und § 1 GWB) und insbesondere gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 82 EG und § 19 GWB) verstoßen. Zwar lässt sich die Forderung hören, gerade in der Gründungs- und Aufbauphase der Plattformen die Zugangsverweigerung nachsichtig zu beurteilen.¹¹⁸ Gleichwohl stellen sich spätestens nach dem Anlaufen der Plattform die Probleme der kartellrechtlichen Beurteilung der Zugangsverweigerung. Folgerichtig haben das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission bereits in den von ihnen durchgeführten Fusionskontrollverfahren besonderen Wert auf einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu den jeweiligen Plattformen gelegt.¹¹⁹

Im Mittelpunkt der kartellrechtlichen Überprüfung steht die Einordnung einer Zugangsverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG und § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Dabei ist die so genannte *essential facilities*-Doktrin anzuwenden.¹²⁰ Sie wurde vom EuGH

in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 48.

115 Die Möglichkeiten der Zugangsverweigerung sind vielfältig, vgl. dazu *Schaub* (Fn. 12), S. 7, 14, der diskriminierende Benutzungsregeln und Standards befürchtet; *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 264; *Bahr*, WuW 2002, 230, 236; *Gassner*, MMR 2001, 140, 143; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 96, der die Schaffung von de facto Standards befürchtet; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 72, der hohe Eintrittsgebühren und unzumutbare Selektionskriterien in Betracht zieht; *Lancefield*, ECLR 2001, 9, 10.

116 So auch *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 262 f.; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 738; *Lange*, EWS 2000, 291, 296.

117 *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 72.

118 *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 262; *Gassner*, MMR 2001, 140, 143.

119 Vgl. Kommission, COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*, Rdn. 5; COMP/M.2172 – *Babcock Borsig/mg technologies/SAPMarkets/ec4ec* vom 7. 11. 2000 – *ec4ec*, Rdn. 4; IP/01/1155 vom 31. 7. 2001 – *Covisint*; BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, C.I. 5. – *Covisint*; Beschluss vom 26. 3. 2001, B 5 – 14/01, WuW/E 1 DE V, 449, 450 – *MB Portal* bzw. *DaimlerChrysler/T-Online*; Beschluss vom 29. 6. 2001, B 5 – 24/01, WuW/E 1 DE V, 479, 480 – *BuyForMetals/Steel 24 7*.

120 *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 268; *Abtorn/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 557 f.; *Alese*, ECLR 2001, 325, 329; *Bahr*, WuW 2002, 230, 237; *Gassner*, MMR

analog zum US-amerikanischen Recht entwickelt und entspricht in der Art ihrer Anwendung weitgehend den Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. Grundvoraussetzung ist dabei nach Art. 82 EG und nach § 19 Abs. 4 GWB das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des den Zugang verweigenden Unternehmens auf dem Markt für die verweigerte Leistung, d. h. dem Markt für Plattformdienstleistungen.¹²¹ Wie bereits festgestellt, ist eine entsprechend dominante Position eines Plattformanbieters bislang nicht abzusehen, jedoch im Rahmen entsprechender Konsolidierungseffekte, hervorgerufen durch so genannte Netzeffekte und durch Pfadabhängigkeiten, für die Zukunft durchaus denkbar.¹²² Zudem muss die Verweigerung des Zugangs nach der *essential facilities*-Doktrin geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem benachbarten Markt – dies wäre hier der zugrunde liegende Produkt- oder Dienstleistungsmarkt – auszuschalten. Die Plattform muss sich für die Tätigkeit des Wettbewerbers insofern als unentbehrlich erweisen (*essential facility*), als weder ein tatsächlicher noch ein potenzieller Ersatz für den Zugang zu dem benachbarten Markt besteht. Letztlich darf die Zugangsverweigerung auch nicht aus sonstigen Gründen gerechtfertigt sein.¹²³ Entsprechend Art. 82 EG verlangt § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB für einen Verstoß ebenso die Verweigerung des Zugangs zu eigenen Netzen und Infrastruktureinrichtungen, wenn es dem anderen Unternehmen dadurch rechtlich oder tatsächlich unmöglich wird, als Wettbewerber auf einem benachbarten Markt tätig zu werden, sofern nicht betriebsbedingte oder sonstige Gründe eine Mitbenutzung unmöglich oder unzumutbar machen.¹²⁴ Allerdings wird durch die Verpflichtung zur Zulassung zu einer Plattform ein Kontrahierungszwang ausgeübt, der grundsätzlich der verfassungsrechtlich verankerten Vertragsfreiheit widerspricht. Dieser

2001, 140, 143; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 96; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 738; *Jestaedt*, BB 2001, 581, 586; *Köhler*, K&R 2000, 569, 573; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 515; *Lange*, EWS 2000, 291, 296.

121 *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 268; *Immenga* in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 73; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 738; *Jestaedt*, BB 2001, 581, 586; *Köhler*, K&R 2000, 569, 573.

122 Vgl. die Einschätzungen von *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 268, 273; *Alese*, ECLR 2001, 325, 329; *Immenga/Lange*, RIW 2000, 733, 738; *Jestaedt*, BB 2001, 581, 586; *Köhler*, K&R 2000, 569, 573; *Lampert/Michel*, K&R 2002, 505, 515; *Lange*, EWS 2000, 291, 296.

123 EuGH, Slg. 1995, I-743 Rdn. 52 ff. – *RTE u. ITP*; EuGH, Slg. 1998, I-7791 Rdn. 41 ff. – *Bronner*; *Weiß* in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage 2002, Art. 82 EG Rdn. 39; *Schröter* in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 2/I, 5. Auflage 1999, Art. 86 EGV Rdn. 214, der auf die Vergleichbarkeit mit § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB hinweist; vgl. zudem *Bahr*, WuW 2002, 230, 237; *Fleischer/Weyer*, Neues zur „essential facilities“-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, WuW 1999, 350, 353 ff.; *Köhler*, K&R 2000, 569, 573.

124 *Bechtold*, GWB, § 19 GWB Rdn. 80 ff.; *Schultz* in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 GWB Rdn. 151 ff.; vgl. *Gassner*, MMR 2001, 140, 143; *Köhler*, K&R 2000, 569, 573.

kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn die soeben erläuterten Voraussetzungen streng beachtet werden.

Von zentraler Bedeutung ist demnach die tatsächliche Einordnung einer Plattform als wesentlich für den Zugang zu dem zugrunde liegenden Produktmarkt. Nur dann kann sie als *essential facility* in diesem Sinne gelten. Dabei kommt es insbesondere auf ihre Substituierbarkeit am Markt an. Bei einer entsprechenden Austauschbarkeit mit anderen Plattformen entfällt die Unentbehrlichkeit einer Plattform für den Marktzugang.¹²⁵ Für das benachteiligte Unternehmen ist stets auch die Möglichkeit zu erwägen, eine eigene Plattform zu gründen und zu betreiben, um so die Plattform selbst zu substituieren.¹²⁶ Diese Möglichkeit erscheint freilich aufgrund der erforderlichen Nutzerzahl und der damit einhergehenden Marktakzeptanz, welche sich durch hohe Wechselkosten und Pfadabhängigkeiten in Grenzen halten dürfte, nicht besonders vielversprechend.

In der Praxis ist derzeit eine solche Marktkonsolidierung, die einige wenige Plattformen zu *essential facilities* machen würde, wegen der sich noch entwickelnden Märkte kurzfristig nicht zu erwarten. Jedoch können Netzeffekte zu einer Verringerung auf einige wenige Plattformen in einer Branche führen. In diesem Fall würde eine Zugangsverweigerung aufgrund fehlender Substituierbarkeit einen Verstoß gegen Art. 82 EG, der als Verbotsnorm unmittelbare Geltung erlangt, und gegen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB darstellen. Als Rechtsfolge eines solchen Verstoßes kann die Kommission dem Unternehmen nach Art. 3 der Verordnung Nr. 17 aufgeben, seine missbräuchliche Verhaltensweise zu ändern¹²⁷ und den Zugang zu der wesentlichen Einrichtung – hier der Plattform – zu ermöglichen.¹²⁸ Bei einem Verstoß gegen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB kommt ebenfalls eine Pflicht zur Zulassung in Betracht, welche das Bundeskartellamt nach § 32 GWB ausspricht. Zwar gibt § 32 GWB der Kartellbehörde grundsätzlich nur die Befugnis, ein bestimmtes Verhalten zu verbieten. Freilich führt ein Verbot der Zugangsverweigerung faktisch zu einem Gebot der Zulassung. So stellt § 32 GWB in diesem Fall ausnahmsweise eine Erlaubnis zur Verpflichtung dar.¹²⁹

¹²⁵ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 272 f.; Ahlborn/Seeliger, EuZW 2001, 552, 557; Bahr, WuW 2002, 230, 238; Immenga/Lange, RIW 2000, 733, 738; Köhler, K&R 2000, 569, 573; Lampert/Michel, K&R 2002, 505, 515.

¹²⁶ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 273; Ahlborn/Seeliger, EuZW 2001, 552, 558; Bahr, WuW 2002, 230, 239; Köhler, K&R 2000, 569, 573.

¹²⁷ Weiß in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 82 EG Rdn. 73; Schröter in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 86 EGV Rdn. 46; Dirksen in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art. 82 EG Rdn. 206.

¹²⁸ EuGH, Slg 1995, I-743 Rdn. 901. – RTF u. ITP; Weiß in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 82 EG Rdn. 73.

¹²⁹ Vgl. BKartA, WuW/E. DE V 253, 264 – Puttgarden; OLG Düsseldorf, WuW/E. DE R 569, 572 – Puttgarden II; Bechtold, GWB, § 19 GWB Rdn. 92; Immenga in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 32 Rdn. 18.

Die Absprache der Plattformbetreiber, bestimmte Konkurrenten oder auch Unternehmen der Marktgegenseite nicht zu der Plattform zuzulassen, kann des Weiteren einen Verstoß gegen § 1 GWB darstellen.¹³⁰ Dies setzt eine Beschränkung des horizontalen Wettbewerbs voraus. Dazu müssen die an der beschränkenden Vereinbarung Beteiligten zunächst miteinander im Wettbewerb stehen. Zudem muss wenigstens einer der Beteiligten, wenn auch im Verhältnis zu einem benachteiligten Dritten, in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit eingeschränkt werden.¹³¹ Ebenso kann eine entsprechende Absprache bezüglich der Zugangsverweigerung gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen.¹³² Dies würde jedoch im Gegensatz zu einem Verstoß gegen Art. 82 EG nicht zu einem Kontrahierungszwang, sondern lediglich zu einer Nichtigkeit der Vereinbarung führen.¹³³ Für den Nichtzugelassenen wäre so die erfolgreiche Berufung auf einen Verstoß gegen Art. 82 EG rechtlich vorteilhafter. Letztlich kann sich eine Zugangsverweigerung ebenfalls als Behinderungsmissbrauch oder als unbillige Behinderung im Rahmen der §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 20 GWB darstellen.¹³⁴

Sollte tatsächlich in Zukunft eine entsprechende Konsolidierung des Plattformmarktes eintreten, welche zu einer Marktbeherrschung oder sogar zu einer *essential facility* führt, so scheint das gesetzliche Instrumentarium hinreichend geeignet, durch einen Zulassungszwang geordnete Wettbewerbsverhältnisse wiederherzustellen. Nur in diesem Fall ist ein Eingriff in die Vertragsfreiheit durch einen Kontrahierungszwang zu rechtfertigen.

4. Nutzungszwang und Wettbewerbsverbote

Als weitere kartellrechtlich relevante Verhaltensweisen im Rahmen des Betriebs und der Nutzung einer Handelsplattform können Nutzungszwänge und Ausschließlichkeitsvereinbarungen sowie sonstige Wettbewerbsverbote in Betracht kommen.¹³⁵ Diese können die Betreiber oder Nutzer einer Plattform untereinander und auch die Marktgegenseite betreffen. Für die Gründerunternehmen einer Plattform erscheint es durchaus sinnvoll, sich zu verpflichten, einen Großteil oder sogar sämtliche Geschäfte ausschließlich über die von

¹³⁰ Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 264 ff.; kritisch Köhler, K&R 2000, 569, 573 f.

¹³¹ Bechtold, GWB, § 1 Rdn. 19, 32; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1 GWB Rdn. 138.

¹³² Vgl. Ahlborn/Seeliger, EuZW 2001, 552, 557; Bahr, WuW 2002, 230, 239 ff.; Köhler, K&R 2000, 569, 573.

¹³³ So auch Bahr, WuW 2002, 230, 241; Köhler, K&R 2000, 569, 573.

¹³⁴ Dazu Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 274; Immenga in: Büllesbach/Dreier, S. 59, 72; Köhler, K&R 2000, 569, 573 f.

¹³⁵ Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1999/2000 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucks. 14/6300, S. 48; Schaub (Fn. 12), S. 5; Europäische Kommission: XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2000, 2001, S. 54.

ihnen gegründete Plattform abzuwickeln. Auf diese Weise lässt sich die Marktstärke einer Handelsplattform gegenüber konkurrierenden Plattformen steigern. So haben sich beispielsweise die Gründerunternehmen von *MyAircraft.com* vertraglich verpflichtet, weder die Dienste eines Wettbewerbers der Plattform in Anspruch zu nehmen, noch sich an einer anderen Plattform zu beteiligen.¹³⁶ Die Gründer der Plattform *emaro*, die *Deutsche Bank* und *SAP*, vereinbarten bestimmte Nutzungszwänge in der Anfangsphase der Plattform.¹³⁷ Entsprechende horizontale Vereinbarungen können als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung gegen Art. 81 Abs. 1 EG sowie gegen § 1 GWB verstoßen.¹³⁸ Folgerichtig hat die Europäische Kommission sie als Nebenabreden im Rahmen der Fusionskontrolle nur für die Gründungsphase der Plattformen zeitlich begrenzt akzeptiert.¹³⁹ Ausnahmsweise kommt jedoch eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG oder als Rationalisierungskartell nach § 5 Abs. 1 GWB in Betracht.¹⁴⁰

Daneben können auf vertikaler Ebene, d.h. im Verhältnis der die Plattform betreibenden Unternehmen zu den Nutzern der Plattform, zur Stärkung der Marktposition Ausschließlichkeitsbindungen vereinbart werden.¹⁴¹ Nach deutschem Recht unterfallen entsprechende Ausschließlichkeitsvereinbarungen, Bezugspflichten oder auch nur Bezugsbeschränkungen der Missbrauchsaufsicht nach § 16 Nr. 2 GWB. Sie können bei wesentlichen Wettbewerbsbeschränkungen vom Bundeskartellamt für unwirksam erklärt werden.¹⁴² So hat das Bundeskartellamt bereits in seinen Fusionskontrollentscheidungen Wert darauf gelegt, dass mit der Teilnahme an den Marktplätzen keine Exklusivbindungen bezüglich des Angebots- und Nachfrageverhaltens verbunden sind.¹⁴³ Auf europäischer Ebene können Ausschließlichkeitsbindungen im Bezug auf die Marktgegenseite als wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise gegen

136 Kommission, COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*, Rdn. 22.

137 Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 23.

138 Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 276; Alese, ECLR 2001, 325, 329; Gassner, MMR 2001, 140, 144; Köhler, K&R 2000, 569, 577; Lampert/Michel, K&R 2002, 505, 515.

139 Vgl. dazu Kommission, COMP/M.2027 – *Deutsche Bank/SAP* vom 13. 7. 2000 – *emaro*, Rdn. 23; COMP/M.1969 – *UTC/Honeywell/i2/MyAircraft.com* vom 4. 8. 2000 – *MyAircraft.com*, Rdn. 22; COMP/M.2075 – *Newhouse/Jupiter/Scudder/M&G* vom 1. 9. 2000 – CFI, Rdn. 28; vgl. Lampert/Michel, K&R 2002, 505, 515.

140 S. dazu Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 276; Köhler, K&R 2000, 569, 577.

141 Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 276; Gassner, MMR 2001, 140, 144; Köhler, K&R 2000, 569, 578; Lampert/Michel, K&R 2002, 505, 515.

142 Vgl. dazu Bechtold, GWB, § 16 GWB Rdn. 8ff.; Klosterfelde/Metzlaff in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 16 Rdn. 46ff.

143 BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, C.I. 5. – *Corusmt*; Beschluss vom 23. 10. 2000, B 3 – 76/00, WuW/E-DE-V, 355, 357 – *CC markets bzw. SAP GL*.

Art. 81 Abs. 1 EG verstoßen. Freilich ist dabei die Möglichkeit einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG unter Anwendung der recht großzügigen Gruppenfreistellungsverordnung über vertikale Vereinbarungen (VGVO) zu beachten.¹⁴⁴ Nach Art. 3 Abs. 1 und 2 VGVO ist eine Freistellung bei einem Marktanteil von bis zu 30% des Lieferanten oder des den Lieferanten beschränkenden Unternehmens möglich.¹⁴⁵

Im extremsten Fall könnten die Betreiber einer besonders marktstarken Plattform Druck auf ihre Nutzer ausüben, um diese zur ausschließlichen Nutzung der Plattform zu zwingen. Ein solches Verhalten verstößt bei entsprechender Marktmacht als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gegen Art. 82 EG und §§ 19, 20 GWB.¹⁴⁶ Des Weiteren käme auch eine Empfehlung zur Plattformnutzung in Betracht, welche nach deutschem Recht gegen das Empfehlungsverbot des § 22 GWB verstoßen kann. Das Gemeinschaftsrecht kennt zwar nicht ausdrücklich ein entsprechendes Empfehlungsverbot. Freilich könnte in diesem Fall der Beschluss einer Unternehmensvereinigung vorliegen, der in den Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG fällt.¹⁴⁷

Ein zusätzliches Problem stellt sich gerade im Bereich der B2C-Plattformen im Bezug auf Vereinbarungen über Verkaufsbeschränkungen.¹⁴⁸ Demnach könnte sich beispielsweise eine Plattform verpflichten, ausschließlich bestimmte Gebiete oder Kundenkreise zu bedienen. Grundsätzlich liegt bei Verkaufsbeschränkungen jeglicher Art eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung und damit ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG vor. Es kommt gleichwohl eine Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG entsprechend Art. 4 Buchstabe b VGVO in Betracht. Danach kann ein Lieferant den aktiven Verkauf durch seine direkten Abnehmer, hier möglicherweise die Anbieter auf einer bestimmten Plattform, in Gebieten oder an Kundengruppen einschränken, die er ausschließlich sich oder einem anderen Abnehmer zugewiesen hat. Daraus ergibt sich das Problem, wann das Angebot auf einer Internet-Plattform als aktiver Verkauf – und damit als beschränkbar – angesehen werden kann. Speziell zu dieser Frage hat die Europäische Kommission in den Leitlinien für vertikale Beschränkungen¹⁴⁹ Stellung genommen. So ist stets zwischen Verhaltens-

144 Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 276; Gassner, MMR 2001, 140, 144; Köhler, K&R 2000, 569, 578.

145 Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABL EG 2000 C 291/01, Tz. 89ff.

146 So auch Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 277; Köhler, K&R 2000, 569, 578.

147 Immerich in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, Art. 85 Abs. 1 EGV A Rdn. 134ff.; Bunte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art. 81 EG Generelle Prinzipien Rdn. 34ff.; Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit, S. 277; Köhler, K&R 2000, 569, 578.

148 Monti, Competition in the e-Economy, SPEECH/01/98, Brüssel, 2. 3. 2001, S. 3; Schaub (Fn. 12), S. 121.

149 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABL EG 2000 C 291/01, Tz. 50f.

weisen zu unterscheiden, die den Käufer auf eine bestimmte Internetseite führen sollen (aktiver Verkauf), und solchen Verhaltensweisen, die den Verkauf an Kunden erleichtern, die bereits den Weg zu der Seite gefunden haben (passiver Verkauf). So sind zum Beispiel Werbebanner und Links auf fremden Seiten oder das unaufgeforderte Zusenden von Werbe-e-mails als aktiver Verkauf zu werten. Die Verwendung einer bestimmten Sprache oder Top-Level-Domain weist dagegen in der Regel noch nicht auf einen aktiven Verkauf hin.¹⁵⁰ Im Rahmen entsprechender Beschränkungen der Anbieter auf Internet-Plattformen ist daher stets eine genaue Analyse der jeweiligen Verhaltensweise nach Art. 4 Buchstabe b der VGVO vorzunehmen.

5. Standardisierung

Schließlich stellt sich im Rahmen der kartellrechtlichen Bewertung von Internet-Marktplätzen das Problem der Einführung bestimmter Standards. Insbesondere im Bereich der Zugangssoftware für die Nutzer einer Plattform kann die Festlegung bestimmter Standards das Kräfteverhältnis im Wettbewerb beeinflussen.¹⁵¹ Derartige Absprachen zwischen den Betreibern einer oder mehrerer Plattformen können einerseits als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG und §§ 19ff. GWB zu werten sein, indem sie eine Zugangserschwerung für potenzielle Plattformnutzer darstellen oder diesen aufgrund so genannter „lock-in“-Effekte den Austritt aus der Plattform erschweren.¹⁵² Daneben kann die Festlegung von Standards bereits als solche als wettbewerbsbeschränkende Absprache oder als abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des § 1 GWB und Art. 81 Abs. 1 EG angesehen werden. Sofern nach deutschem Recht der Tatbestand des § 1 GWB erfüllt wird, ist freilich an die Möglichkeit einer Freistellung für Normen- und Typenkartelle nach § 2 Abs. 1 GWB zu denken. In Frage kommt zudem ein Verstoß gegen das Empfehlungsverbot des § 22 Abs. 1 GWB. Dabei gilt es, die Ausnahme nach § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB zu beachten. So sind Empfehlungen über die einheitliche Anwendung von Normen und Typen und von Rationalisierungsverbänden ausgesprochene Empfehlungen von dem Verbot ausgenommen.

Zudem kommt parallel zu einem Verstoß gegen § 1 GWB ein Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EG in Betracht. Dagegen sind nach Art. 4 Abs. 2 Nr. 3 lit. a der Verordnung Nr. 17 Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen von der Anmeldung bei der Kommission freigestellt, sofern sie ledig-

¹⁵⁰ Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EG 2000 C 291/01, Tz. 51; *Monti*, Competition in the e-Economy, SPEECH/01/98, Brüssel, 2. 3. 2001, S. 3; *Schaub* (Fn. 12), S. 13.

¹⁵¹ Vgl. dazu ausführlich *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 292 ff.; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 84, 91 ff.; *Köhler*, K&R 2000, 569, 578 f. So hat auch das Bundeskartellamt bereits in der *Corvus*-Entscheidung besonderen Wert auf offene Standards und deren Kompatibilität gelegt, BKartA, Beschluss vom 25. 9. 2000, B 5 – 40/00, WuW/E-DE V, 321, 324 – *Corvus*.

¹⁵² *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 308 f.; *Köhler*, K&R 2000, 569, 579.

lich die Entwicklung oder einheitliche Anwendung von Normen und Typen zum Gegenstand haben. Noch weiter geht die Kommission in den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, die sich in den Teilziffern 159 ff. speziell mit Vereinbarungen über Normen auseinandersetzen.¹⁵³ Demnach sollen Vereinbarungen über Normen, „die für alle zugänglich und transparent sind und nicht die Verpflichtung zur Einhaltung einer Norm enthalten,“ schon gar nicht als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG anzusehen sein. Dies gelte insbesondere für „Normen, die von anerkannten Organisationen erlassen werden und die auf nichtdiskriminierenden, offenen und transparenten Verfahren beruhen“ (Tz. 163).¹⁵⁴ Im Rahmen der kartellrechtlichen Problematik der Festlegung von Standards müssen die Betreiber einer Plattform dementsprechend nach deutschem und nach Gemeinschaftsrecht Wert darauf legen, allgemein zugängliche Standards zu verwenden, um so bereits dem Verdacht eines Kartellverstoßes zu entgehen.

V. Fazit

Die kartellrechtliche Beurteilung elektronischer Marktplätze verlangt auch die Berücksichtigung der Chancen, die das Internet für kleine, mittlere und große Unternehmen in den Bereichen der Präsentation, des Verkaufs, der Integration von Zusatzdienstleistungen oder der Produktentwicklung bietet. Diese Vorteile können zu Effizienzgewinnen und einer Stärkung des Wettbewerbs führen. Eine voreilige Einstufung kartellrechtsrelevanter Verhaltensweisen als kartellrechtswidrig oder eine vorschnelle Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, die diese Vorteile konterkariert, ist – mit den Kartellbehörden – abzulehnen. Die Zulassung der überprüften Plattformen durch die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren ist deshalb uneingeschränkt zu begrüßen. Eine behutsame – wenn auch problembewusste – Vorgehensweise wäre künftig auch bei der Beurteilung der konkret kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen wünschenswert. Freiwillige Zusagen, die Bündelung der Nachfrage umfassend zu verhindern, wie das Bundeskartellamt teilweise verlangt, greifen unnötig zu weit, weil eine Nachfragebündelung in der Regel kartellrechtlich zulässig und als wettbewerbsfördernd zu unterstützen ist. Mit dem Verzicht auf übertriebene freiwillige Zusagen könnten überflüssige Hemmnisse der Internet-Handelsplätze weiter abgebaut werden.

¹⁵³ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EG 2001 Nr. C 3/02, Tz. 159 ff.; vgl. *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 308; *Abl-born/Seeliger*, EuZW 2001, 552, 556; *Heinemann* in: Büllesbach/Dreier, S. 79, 93.

¹⁵⁴ Vgl. zu der bereits erfolgten Standardisierung im B2B-Bereich insbesondere durch offene Gremien *Koenig/Kulenkampff/Kühling/Loetz/Smit*, S. 298 ff.; *Köhler*, K&R 2000, 569, 578.