

Die Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots auf marktbeherrschende Intermediäre

Kowol, Emiel*

ZUSAMMENFASSUNG

Nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht ist marktbeherrschenden Unternehmen eine ungerechtfertigte Diskriminierung ihrer Geschäftspartner versagt, § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB. Dieses kartellrechtliche Diskriminierungsverbot bietet mit seiner auf die Marktoffenheit gerichteten Zielsetzung einen konzeptionellen Anknüpfungspunkt für die wettbewerblichen Gefahren konzentrationsgeneigter mehrseitiger Märkte mit marktbeherrschenden Intermediären, insbesondere in der Digitalökonomie. Der Zugang zu Vermittlungsleistungen kann hier von sachgerechten, angemessenen und diskriminierungsfrei gehandhabten Kriterien abhängig gemacht werden. Sind die Vermittler zudem vertikal integriert, kann aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auch ein Selbstbevorzugungsverbot abgeleitet werden. Trotz neuer Instrumente behält das klassische kartellrechtliche Diskriminierungsverbot auch in solchen Fällen Bedeutung.

Keywords Kartellrecht; Digitalwirtschaft; Intermediäre; Netzwerkeffekte; tipping; Europäisches Wettbewerbsrecht; mehrseitige Märkte; Selbstbevorzugungsverbot; Radio Cottbus

A. Einleitung

Marktbeherrschende Unternehmen werden nach deutschem Recht einer Verhaltenskontrolle am Leitbild des Wettbewerbsschutzes unterworfen.¹ Denn Marktbeherrscher tragen bekanntlich eine besondere Verantwortung dafür, dass durch ihre Verhaltensweisen der Wettbewerbsprozess nicht beeinträchtigt wird. Dabei wird ihnen nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unter anderem die Diskriminierung ihrer Geschäftspartner untersagt.²

In seiner Entscheidung in der Sache *Radio Cottbus*, die einen marktbeherrschenden Intermediär betrifft, hat der BGH nun erstmals Grundsätze aus dem Diskriminierungsrecht auf eine mehrseitige Marktkonstellation übertragen.³ Besondere Relevanz gewinnt dies vor dem Hintergrund, dass gerade in der Digitalökonomie mehrseitige Märkte mit marktbeherrschenden Vermittlern geradezu (branchen-) immanent sind⁴ und dabei oftmals wettbewerbliche Probleme aufwerfen.

Diese Abhandlung soll daher die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB auf marktbeherrschende Intermediäre und (insbesondere digitale) Plattformen mit Intermediationsmacht untersuchen. Dazu werden zunächst die wesentlichen Eigenarten von Intermediationskonstellationen skizziert (B.) und es wird die grundlegende Anwendbarkeit des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB bejaht (C.). Dem folgt eine Analyse der Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes auf nicht vertikal integrierte (D.) und vertikal integrierte (E.) marktbeherrschende Intermediäre, wobei insbesondere Veränderungen und Vergewisserungen durch das Urteil des BGH in *Radio Cottbus* berücksichtigt werden. Trotz der Einführung des § 19a GWB bleibt dem Diskriminierungsverbot auch im Digitalbereich ein gewisser Anwendungsbereich (F.). Die Ergebnisse der Untersuchung werden zuletzt thesenartig zusammengefasst (G.).

B. Intermediationsmärkte

Intermediäre vermitteln Leistungen zwischen mehreren Marktseiten. Sie sind dabei zentraler Angelpunkt der verschiedenen Seiten in ihren Beziehungen zueinander. So wird Interaktion zwischen mehreren Nachfragern und Anbietern ermöglicht.⁵ Kunden fragen vertikal zum Intermediär die Vermittlungsleistung nach; die einzelnen

*Der Verf. studiert Rechtswissenschaft an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei einer Kanzlei im Kartellrecht. Dem Beitrag liegt eine häusliche Studienarbeit im Schwerpunktbereich Wettbewerb und Märkte bei Prof. Dr. Ruprecht Podszun, LL. M. (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf) aus dem Jahre 2022 zugrunde.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Kowol, Die Anwendung des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots auf marktbeherrschende Intermediäre, *FraLR* 2024 (01), S. 20-28. DOI: <https://doi.org/10.21248/gups.83618>

¹Fikentscher, *WuW* 1958, 257 (262).

²§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB enthält die zwei Verbotstatbestände der Behinderung und Diskriminierung. Eine Trennung ist ohne Weiteres nicht möglich und im Hinblick auf den Gleichlauf bei Interessenabwägung und Rechtsfolgen auch nicht vonnöten (siehe insoweit Wiedemann, Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 62 ff.). Diese Abhandlung legt einen Schwerpunkt auf Diskriminierungsaspekte.

³NZKart 2021, 175 = GRUR 2021, 631 – *Radio Cottbus*. Das Hanseatische OLG setzte die vom BGH getroffenen Vorgaben in seinem Urteil vom 12.1.2023 (15 U 29/21, GRUR-RS 2023, 164 – *Radio Cottbus II*) dann um.

⁴Körber, *ZUM* 2017, 93 (94).

⁵BKartA (2016), *Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*, S. 8, 13 f.; Hemelmann/Haucap, *ORDO* 2016, 269 (271); Podszun (2020), *Empfehlungen für eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen? – Gutachten für IV den 73. Deutschen Juristentag 2020 in Hamburg*, S. 5 f.; Tamke, *NZKart* 2018, 503 (504); siehe auch BKartA *WuW* 2018, 164 (Rn. 86) – CTS-Eventim

Vermittlungskunden wiederum stehen horizontal im Wettbewerb.⁶ Die Mehrseitigkeit der Märkte zeichnet sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher und interdependenter Leistungs- und Lieferbeziehungen aus.

Insbesondere in der Digitalwirtschaft spielen Plattformen eine gewichtige Rolle, deren Betreiber Leistungen zwischen ihren Nutzern vermitteln.⁷ Gerade hier fällt ihnen als Bindeglied und Anknüpfungspunkt der Marktseiten eine erhebliche Bedeutung für den Marktzugang zu.⁸ Sie sind auf ein gutes Listing bzw. Ranking angewiesen.⁹ Oftmals entsteht auf derartigen Märkten eine *bottleneck*-Situation¹⁰ für (mindestens) eine der Marktseiten: Dabei betreibt eine Seite im Wesentlichen *single homing* (Nutzung nur dieser Plattform) statt *multi homing* (Nutzung mehrerer Plattformen nebeneinander). Eine Parallelnutzung scheidet insbesondere bei geringer Wechselbereitschaft der Nutzer aus.¹¹ Der Plattformbetreiber erlangt dann eine monopolgleiche Marktposition bzgl. dieser Marktseite und wird zum *gatekeeper*.¹²

Leistungsanbieter rutschen mit zunehmender Kanalisierung der Nachfrage auf der Plattform immer unausweichlicher in ein Abhängigkeitsverhältnis zu ihr.¹³ Dieser Sogeffekt konzentriert sich auf wenige oder sogar nur einen Anbieter, während anfänglich noch konkurrierende Unternehmen rapide an Bedeutung einbüßen. Gemäß dem *winner-takes-it-all*-Prinzip treten so monopolhafte Gefahrmomente auf.¹⁴ Ursprung von Intermediationsmacht ist also die Möglichkeit des Intermediärs, durch seine Vermittlung den Zugang zur Marktgegenseite zu kontrollieren.¹⁵ Es droht eine Vermachtung auf diesen dann als „gekipp“ bezeichneten Märkten (*tipping*),¹⁶ die später kaum mehr aufzubrechen sein wird.

Eine klare Einordnung solcher Marktconstellationen im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist - insbesondere in Hinblick auf die Rolle des Intermediärs entlang der tradierten Denklogik in Lieferketten, Anbieter oder Nachfrager - kaum möglich.¹⁷ Das gilt insbesondere bei den unübersichtlichen Verhältnissen im Digitalbereich, wo zusätzlich einzelne Geschäftsbeziehungen durch Unentgeltlichkeit, die der Annahme eines Marktes bekanntlich nicht entgegensteht (§ 18 Abs. 2a GWB), geprägt sind.¹⁸ Da hier Qualitätsunterschiede nicht durch Preisunterbietungen kompensiert werden können, spielt auch der Innovationswettbewerb (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB) eine viel erheblichere Rolle.¹⁹ Die ökonomischen Besonderheiten und die damit einhergehenden Konzentrationstendenzen wie insbesondere das Markt-*tipping* bei internet- und datenbasierten Geschäften mit mehrseitigen Märkten mit Netzwerkeffekten wird mit dem klarstellend eingeführten § 18 Abs. 3a, 3b GWB bei der Ermittlung der Marktmacht erfasst.²⁰

C. Diskriminierungsverbot und Intermediation

Ausgangspunkt einer jeden Prüfung eines Diskriminierungsmissbrauchs ist der Vergleich zwischen dem vermeintlich diskriminierten Unternehmen und einem anderen Unternehmen, das Geschäftsbeziehungen zum Normadressaten unterhält.

Eine Ungleichbehandlung ist im Rahmen des § 19 GWB erst dann von Relevanz, wenn die betrachteten Unternehmen gleichartig sind.²¹ Sie müssen sich hierfür in vergleichbaren marktbezogenen Positionen im Wettbewerbsprozess befinden.²² Maßgebend ist folglich, ob sie im Sinne eines groben Maßstabes im Großen und Ganzen dieselbe wirtschaftliche Grundfunktion gegenüber der Marktgegenseite – sprich im Verhältnis zum Normadressaten – ausfüllen.²³

Allerdings untersagt das Diskriminierungsverbot nicht schon, Gleiches unterschiedlich zu behandeln. Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist grundsätzlich nicht gehindert, durch Ungleichbehandlung seine eigenen wirtschaftliche Interessen zu schützen. Die Differenzierung zwischen Geschäftspartnern wird nämlich erst durch Einsatz wettbewerbsfremder Mittel missbräuchlich.²⁴

⁶Küster/Schreiber, BB 2020, 2188 (2189).

⁷BKartA (2016), S. 8; Körber, ZUM 2017, 93 (93 f.); Tamke, NZKart 2018, 503 (504); siehe auch Wolf in MüKo WettbR, 4. Aufl. 2022, § 18 GWB Rn. 19.

⁸Paal, GRUR Int. 2015, 997 (999); Podszun (2018), Digitale Fairness durchsetzen! – Regeln für den B2P2C-Wettbewerb – Gutachten für die Finanzplatz München Initiative, S. 19; siehe auch Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 190 – Google Shopping (bestätigt durch EuG GRUR-RS 2021, 33726 – Google Shopping).

⁹Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 65b unter Verweis auf BGH NJW 2020, 64 – Werblocker III.

¹⁰Zu diesem competitive bottleneck: Armstrong, The RAND Journal of Economics 37 (2006), 668 (678); BKartA (2016), S. 63 ff., insb. 65 f.; Volmer, NZKart 2020, 170 (171 f.); siehe auch Europäische Kommission, 21.8.2007 – M.4523, Rn. 9 ff. – Travelport/Worldspan; Europäische Kommission, 18.2.2010 – COMP/M.5727, Rn. 102 f., 221 ff. – Microsoft/Yahoo! Search Business.

¹¹Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 55.

¹²Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 339; BKartA (2016), S. 65 f.; Podszun (2018), S. 8; ders./Bongartz, BB 2020, 2882 (2882).

¹³Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen – Gutachten des Dusseldorf Institute of Competition Economics im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, S. 57 f., 85 ff.

¹⁴Evans/Schmalensee, Competition Policy International 3(1) (2007), 151 (164).

¹⁵BKartA WuW 2016, 198 (Rn. 87 f.) – ASICS (bestätigt durch BGH WuW 2018, 139 – ASICS); BKartA WuW 2016, 142 (Rn. 263) – Booking.com; RegE zur 10. GWB-Novelle, BT-Drs. 19/23492, S. 70; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), S. 95 f.; Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 65b.

¹⁶Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), S. 21.

¹⁷Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 322; Körber, ZUM 2017, 93 (98 f.); Louven, RD 2021, 440 (443 f.); Nothdurft in Bunte KartR, 14. Aufl. 2021, § 19 GWB Rn. 486.

¹⁸Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (275); Louven, RD 2021, 440 (443); Topel, FS Wiedemann, 2020, 57 (57).

¹⁹BKartA (2016), S. 84 ff.; Körber, ZUM 2017, 93 (98 f.).

²⁰Topel, FS Wiedemann, 2020, 57 (57); Körber, ZUM 2017, 93 (99); Kumkar, RD 2022, 347 (347 f.); Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 44 ff., 65a ff. je mwN.

²¹Busche in Kölner Kommentar KartR, 2016, § 19 GWB Rn. 93.

²²Emmerich/Lange (2021), Kartellrecht, 15. Aufl., § 26 Rn. 57; Westermann in MüKo WettbR, § 19 GWB Rn. 45.

²³BGH WuW 2013, 977 (Rn. 20) – Rabattstaffel; BGH WuW 2012, 501 (Rn. 12) – Werbeanzeige; BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch GWB, 10. Aufl. 2021, § 19 Rn. 37.

²⁴Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, 4. Aufl. 2020, § 19 GWB Rn. 38; Weyer in

Ob ein missbräuchliches, also ein jeglicher sachlichen Rechtfertigung entbehrendes, Verhalten vorliegt, kann nur durch eine sorgfältige und umfassende Abwägung der Interessen der Betroffenen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB entschieden werden, wie es in der üblichen Formel der höchstrichterlichen Rechtsprechung heißt.²⁵

Abwägungslegitim ist dabei in erster Linie das Interesse zur freien unternehmerischen Betätigung.²⁶ Denn auch ein marktbeherrschendes Unternehmen darf frei nach seinem wirtschaftlichen Erfolg streben,²⁷ auf Marktverhältnisse reagieren und Marktchancen wahrnehmen. Durch § 19 Abs. 1, 2 GWB soll lediglich der Handlungsspielraum des Normadressaten begrenzt, dieser aber nicht dem Wettbewerb entzogen werden.²⁸ Besondere Relevanz für die Abwägung im Rahmen des Diskriminierungsverbotes kommt der Freiheit des Marktbeherrschers zu, seinen Geschäftsbetrieb und insbesondere sein Vertriebs- oder Bezugssystem nach eigenem Ermessen so gestalten zu dürfen, wie er dies für zweckmäßig, richtig und wirtschaftlich sinnvoll erachtet.²⁹ Ein Marktbeherrscher ist auch nicht dazu gezwungen, seine eigenen Interessen einem anderen Unternehmen unterzuordnen. Er hat folglich keine Pflicht, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern³⁰ oder gar für den Bestand seiner Konkurrenten zu sorgen.³¹

Für den Diskriminierten können sein Interesse an der Chancengleichheit im Wettbewerb mit anderen Unternehmen³² und vor allem sein Interesse am freien Marktzugang³³ geltend gemacht werden.³⁴

Das vom Wertungssystem des GWB verfolgte Hauptziel im Rahmen der Interessenabwägung, welches die Rechtsprechung auch mit ihrer oben genannten Formel forciert, ist die Offenhaltung der Märkte.³⁵ So liegt eine Gleichbehandlung zwar nicht in der Natur des Wettbewerbs; und die Freiheit, bzgl. der Marktgegenseite zu differenzieren, kann sogar Wettbewerbsimpuls sein.³⁶ Aber im Zuge der Interessenabwägung können die unternehmerische Freiheit zur Gestaltung des Geschäftsbetriebs oder der Grundsatz, wonach auch ein Normadressat keinen fremden Wettbewerb fördern muss, mitunter bis hin zum Kontrahierungszwang begrenzt werden.³⁷

Da Intermediäre gerade für den Marktzugang eine entscheidende Rolle spielen, ergibt es sich von selbst, dass das auf die Offenhaltung der Märkte gerichtete Diskriminierungsverbot in so gelagerten Konstellationen zumindest konzeptionell geeignet ist, Abhilfe zu schaffen.³⁸ Man könnte sagen, dass Plattformen eine Neigung zum Diskriminierungsmissbrauch gewissermaßen immanent ist, befinden sie sich doch aufgrund von *bottleneck*-Situationen regelmäßig in einer hinreichend starken Machtposition und bestehen bei vertikaler Integration oftmals sogar dahingehende Anreizstrukturen.³⁹

Freilich genügt für die wettbewerbsrechtliche Einordnung nicht bereits das Vorliegen von Marktmacht mit Netzwerkeffekten; vielmehr ist ihre konkrete Auswirkung auf die Marktverhältnisse – etwa in Form von Marktbarrieren⁴⁰ – entscheidend.⁴¹

Anknüpfungspunkte für eine Erfassung von mehrseitigen Märkten mit Intermediationskonstellationen finden sich

vielfach in den tradierten Grundsätzen des generalklauselartigen Diskriminierungsverbotes. An dessen Fallgruppen sind Anleihen zu nehmen, auch wenn eine exakte Übertragung nicht immer möglich ist. Vielmehr muss in jedem Einzelfall geklärt werden, ob die normativen

Frankfurter Kommentar KartR, 98. Lieferung 12/2020, § 19 GWB Rn. 380 f.

²⁵Seit BGH GRUR 1963 86 (98) – Grote-Revers; siehe auch BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 25) – Radio Cottbus; BGH WuW 2020, 478 (Rn. 102) – FRAND-Einwand; BGH WuW 2020, 327 (Rn. 37) – NetCologne II; BGH WuW 2016, 427 (Rn. 48) – NetCologne Einspeiseentgelte; BGH NZKart 2018, 191 (Rn. 35) – Jaguar-Vertragswerkstatt II; BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 59) – Porsche-Tuning; BGH GRUR 2003, 893 (895) – Schülertransporte; Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, 7. Aufl. 2024, § 19 GWB Rn. 106; Weyer in Frankfurter Kommentar KartR, § 19 GWB Rn. 396; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (987 ff.).

²⁶BGH GRUR 2003, 893 (895) – Schülertransporte; BGH NJW-RR 1991, 825 (862) – Zuckerrübenlieferungsrecht.

²⁷BGH NZKart 2018, 136 (Rn. 17) – Hochzeitsrabatte.

²⁸BGH GRUR 1999, 278 (280) – Schilderpräger im Landratsamt.

²⁹BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 26) – Radio Cottbus; BGH NZKart 2018, 136 (Rn. 93) – Hochzeitsrabatte; BGH NZKart 2016, 285 (Rn. 31 f.) – Jaguar-Vertragswerkstatt; BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 66, 100) – Porsche-Tuning; BGH WuW 2012, 501 (Rn. 29 f.) – Werbeanzeigen; Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 438; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (991).

³⁰BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 66, 100) – Porsche-Tuning; BGH NVWZ 2006, 962 (963) – Stadtwerke Dachau; BGH GRUR 1992, 199 (200) – Aktionsbeträge; BGH GRUR 1987, 829 (832) – Krankentransporte; Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 347, 352; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (992).

³¹Möschel, ORDO 1979, 295 (308 ff.).

³²BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; OLG Frankfurt GRUR 1973, 83 (86) – Kunststoffkästen.

³³BGH WuW 2012, 72 (Rn. 50) – Grossistenkündigung; von Ungern-Sternberg, FS Odersky, 1996, 987 (993).

³⁴Einen Bestandsschutz für wettbewerbsunfähige Unternehmen gewährt § 19 Abs. 1, 2 GWB dagegen nicht (BGH NZKart 2016, 285 (Rn. 31) – Jaguar-Vertragswerkstatt; Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, § 19 GWB Rn. 21).

³⁵BGH WuW 2012, 72 (Rn. 37) – Grossistenkündigung; BGH GRUR 1991, 868 (872) – Krankentransportunternehmen II; Busche (1999), Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 379; Emmerich/Lange (2021), § 26 Rn. 59, 61 ff.; Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 13.

³⁶Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch GWB, § 19 Rn. 34.

³⁷Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 118a. Ein aus der missbräuchlichen Verweigerung eines erstrebten Vertragsabschlusses sich ergebender Kontrahierungszwang als verschuldensunabhängiger Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch nach § 33a Abs. 1 GWB kommt immer erst dann in Betracht, wenn das kartellrechtswidrige Verhalten auf andere Weise nicht vermieden werden kann (siehe nur BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 52) – Radio Cottbus; BGH WuW 2015, 1011 (Rn. 42) – Einspeiseentgelt; Kersting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann KartR, § 33 GWB Rn. 42, 44 je mwN.).

³⁸Körber, ZUM 2017, 93 (95); Küster/Schreiber, BB 2020, 2188 (2190 ff.); Louven, RD 2021, 440 (441); Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 486; Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (73); Pohlmann/Lindhauer/Peter, NZKart 2021, 544 (548); ferner Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (293); Wolf in MüKo WettbR, § 19 GWB Rn. 35g.

³⁹Ähnlich Wolf in MüKo WettbR, § 19 GWB Rn. 35g; siehe auch Körber, ZUM 2017, 93 (100); ders., NZKart 2016, 303 (308).

⁴⁰BKartA BeckRS 2019, 4895 (Rn. 441 ff.) – Facebook.

⁴¹Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 53.

Wertungen hergebrachter Fallgruppen sich auf die individuelle Marktsituation übertragen lassen.⁴² Hier muss konkret gefragt werden, ob eine Ungleichbehandlung im Sinne eines normativ hinzunehmenden Interessenausgleiches noch als gerechtfertigt erscheint oder bereits ein Marktmachtmissbrauch vorliegt. Die Flexibilität der gesetzlich vorgezeichneten Interessenabwägung erlaubt es, auch den Besonderheiten mehrseitiger Intermediationsmärkte im Einzelfall gerecht zu werden.

Hierbei spielt die Unterscheidung in nicht vertikal integrierte und vertikal integrierte Intermediäre eine wichtige Rolle, da die ihnen zugrundeliegenden Marktgegebenheiten mitunter völlig unterschiedliche Konsequenzen nach sich ziehen können. Bei ersteren nehmen Unternehmen die Intermediationsleistungen in Anspruch, ohne dass sie als Kunden gleichzeitig Wettbewerber der Plattform wären. Vertikal integriert ist ein Intermediär, wenn er sowohl als Vermittlungsdienstleister als auch als Nachfrager der eigenen Intermediationsleistung auftritt und damit in Wettbewerb zu den eigenen Kunden tritt.

D. Nicht vertikal integrierte Intermediäre

Befindet sich ein nicht vertikal integrierter Intermediär in einer Normadressatenstellung, unterliegt er dem Diskriminierungsverbot. Er darf seine Vermittlungskunden folglich nicht ungerechtfertigt ungleichbehandeln. Oftmals wird der Zugang zur Vermittlungsdienstleistung aber von der Erfüllung bestimmter Kriterien abhängig gemacht. Diese können etwa die Inhalte des Vermittlungsgegenstandes in qualitativer Weise betreffen. So hatte der Intermediär in *Radio Cottbus* bestimmte Anforderungen (Aufnahmeantrag, Erreichen einer Mindesthörerzahl, Innehaben einer landesweiten Rundfunklizenz) an die Vermittlungspetenten gestellt.⁴³ In der Internetwirtschaft könnten so zum Beispiel Anforderungen an die zu verkaufende Ware und ihre Präsentation, die Erfüllung bestimmter Standards für die zu vermittelnde Leistung oder quantitative Mindestumsatzvorgaben gestellt werden.

Auch Normadressaten des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB steht es weiterhin frei, ihren Absatz nach eigenem Ermessen zu gestalten. Sie unterliegen insoweit aber dem Diskriminierungsverbot: Beliefern sie prinzipiell bestimmte Nachfrager, müssen sie auch gleichartige Unternehmen beliefern.⁴⁴ Für eine weitergehende Selektion ist daher eine besondere Rechtfertigung erforderlich.⁴⁵ Bei der Beurteilung der Zugangskriterien kommt es auf eine Interessenabwägung im Einzelfall an, die hier unter spezieller Berücksichtigung der Besonderheiten digitaler Märkte stattzufinden hat.

I. Ähnlichkeiten zum Selektivvertrieb und Veranstaltungszugang

Eine Lieferverweigerung gegenüber Abnehmern, die nicht die Anforderungen an die Aufnahme in ein selektives Vertriebssystem erfüllen, ist grundsätzlich sachlich gerechtfertigt.⁴⁶ Diese Kriterien allerdings müssen sachgerecht, angemessen sowie zumutbar sein und sind nach objektiven Kriterien festzulegen und diskriminierungsfrei zu handhaben.⁴⁷ Es ist sowohl qualitative als auch quantitative Selektion möglich, wobei im Wesentlichen auf die

üblichen Maßstäbe zur Bewertung selektiver Vertriebssysteme verwiesen werden kann.⁴⁸

Zu dieser Situation im Selektivvertrieb besteht eine starke Ähnlichkeit. In beiden Fällen soll über eine einzelne Transaktion hinweg die dauerhafte Teilhabe an einem System von bestimmten Zugangskriterien abhängig gemacht werden.⁴⁹ Der Zugang zu einem System – hier einer Plattform – ist durch die *bottleneck*-Situation besonders begehrt; es ergibt sich eine starke Verhandlungsmacht für den Betreiber, der vom *single homing* der Nutzer der einen Marktseite profitiert.⁵⁰ Der BGH hat diese grundsätzlich „ähnliche Interessenlage“ erkannt und in *Radio Cottbus* richtigerweise die Grenzen, die das Diskriminierungsverbot der unternehmerischen Vertriebsfreiheit im Rahmen selektiver Systeme setzt, auf Intermediäre übertragen.⁵¹ Auch sie dürfen sachlich angemessene Anforderungen an die Aufnahme in die Vermittlungsstruktur aufstellen, sofern sie diese einheitlich und diskriminierungsfrei anwenden.⁵²

Auch zur Fallgruppe des Zugangs zu Märkten, Messen und Ausstellungen, deren Veranstalter Marktbeherrscher ist,⁵³ besteht eine Parallele.⁵⁴ Hier werden aus dem Inbegriff der konkreten Veranstaltungen Anforderungen an die Teilnahmezulassung gestellt. Auch hier ist ein Ausschluss lediglich dann möglich, wenn objektive und nachvollziehbare Zulassungskriterien, die nicht willkürlich angewendet werden, bestehen.⁵⁵ Der grundsätzliche Freiraum für die Gestaltung und Zulassung wird durch die marktlichen Entfaltungsmöglichkeiten des Petenten beschränkt.⁵⁶ Hierbei spielt der Grad der Bedeutung dieser Veranstaltungen für den Petenten und insbesondere dessen Marktzugang bei der Abwägung eine wesentliche

⁴²Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 486.

⁴³BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 34 ff.) – Radio Cottbus; und dem folgend OLG Hamburg GRUR-RS 2023, 164 (Rn. 48 ff.) – Radio Cottbus II.

⁴⁴BGH WuW 2003, 395 (397) – Vorleistungspflicht.

⁴⁵Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 130a.

⁴⁶BGH NZKart 2018, 191 (Rn. 36) – Jaguar-Vertragswerkstatt II; BGH NZKart 2016, 285 (Rn. 33) – Jaguar-Vertragswerkstatt; Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch GWB, § 19 Rn. 24.

⁴⁷BGH GRUR 1976, 711 (713 f.) – Asbach-Fachgroßhändler; BGH GRUR 1987, 459 (462) – Belieferungsunwürdige Verkaufsstellen II; Westermann in MuKo WettbR, § 19 GWB Rn. 54, 57; siehe auch Leitlinie der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen vom 30.6.2022, 2022/C 248/01, Rn. 149.

⁴⁸Siehe zu diesen Busche in Kölner Kommentar KartR, § 19 GWB Rn. 123; Lübbert/Schöner, Widemann, Handbuch des Kartellrechts, 2020, § 23 Rn. 97 ff.

⁴⁹Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 488.

⁵⁰Volmer, NZKart 2020, 170 (171).

⁵¹BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 28) – Radio Cottbus; OLG Hamburg GRUR-RS 2023, 164 (Rn. 48) – Radio Cottbus II; dazu Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 18 GWB Rn. 138a.

⁵²In diese Richtung bereits LG München I BeckRS 2021, 10613 (Rn. 73) – Amazon Kontosperrung I (insoweit nicht enthalten in NZKart 2021, 370).

⁵³Siehe etwa BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; ausführlich dazu Westermann in MuKo WettbR, § 19 GWB Rn. 61.

⁵⁴Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 488.

⁵⁵BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; OLG Düsseldorf WuW 2008, 1103 (1106); OLG Hamburg WuW 1998, 1209 (1210) – Dentalmesse; Lübbert/Schöner, Widemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 23 Rn. 123.

⁵⁶OLG Hamburg WuW 1998, 1209 (1210) – Dentalmesse.

Rolle.⁵⁷ Auf Plattformen übertragen hieße dies, dass sie aus ihrem Plattformdesign nachvollziehbar abzuleitende Eingrenzungsparameter aufstellen dürfen, um den Kreis ihrer Vermittlungskunden zu beschränken. So könnte ein Vermittler zwischen privaten An- und Verkäufern gewerbliche Nutzer ausschließen; eine Partnervermittlung könnte eine Altersobergrenze gemäß den angesteuerten Vermittlungskundenkreisen festlegen. Will ein marktbeherrschender Onlinevermittler von Nachrichten nur bestimmte Presseverlage in sein System aufnehmen, so muss er dies von klar definierten Auswahlkriterien abhängig machen, die die Auswahl nach besonderer Qualität verlegerischer Angebote ermöglichen.⁵⁸ Freilich müssen die Anforderungen diskriminierungsfrei angewendet werden. An die Rechtfertigung der Kriterien sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je wichtiger die Plattform für den Marktzugang des Vermittlungskunden ist.

II. Abweichungen gegenüber Selektivvertrieb und Veranstaltungszugang

Im Selektivvertrieb aber besteht typischerweise ein Interessengegensatz zwischen dem marktbeherrschenden Hersteller von Waren und dem Petenten darin, dass ersterer die Kontrolle über die Art und Weise der Distribution aus Sorge um das langfristige Produktimage behalten mag, während letzterer – etwa ein Discounter – mit dem Absatz von imageabhängigen Produkten eher kurzfristig Gewinne generieren will.⁵⁹ Die Ziele dieser beiden Absatzstrategien divergieren so sehr, dass der Marktbeherrscher typischerweise ein Interesse an der Lieferverweigerung hat und den Kreis der autorisierten Händler möglichst ausgewählt halten will.

Anders gelagert sind die Dinge bei Vermittlungsdienstleistungen: Hier liegt es regelmäßig in der Natur des Geschäftsmodells, möglichst vielen Kunden die Intermediationsdienstleistung zur Verfügung zu stellen. Die Vermittlung ist Wesenskern der Geschäftsbeziehung und Anknüpfungspunkt für Intermediationsgebühren. Das gilt, zumal der Intermediär noch von der Ausweitung des Vermittlungskundenkreises profitiert: Denn diese erweitert zugleich Umfang, Aktualität und Auswahl der Leistungsangebote und damit die Attraktivität für die andere Marktseite. Hierdurch steigert sich wiederum die Nützlichkeit für die Vermittlungskunden. Es bestehen zwischen den Nutzerseiten also starke positive Interdependenzen, sodass der Wert des Vermittlers bzw. der Plattform für sie stetig steigt (indirekte Netzwerkeffekte).⁶⁰ Bei digitalen Plattformen tritt noch hinzu, dass aufgrund einer algorithmisierbaren Sortierung und Präsentation ein Überangebot von der Gegenseite nicht negativ wahrgenommen wird.⁶¹ So kann durch Ranking die Qualität einzelner Angebote angemessene Berücksichtigung finden,⁶² auch ohne gleich den Zugang für vermeintlich unpässlichere Leistungsangebote verweigern zu müssen.

Ähnliche Begrenzungsinteressen können für den Veranstaltungszugang gelten, der zudem aus tatsächlichen Kapazitätsgründen begrenzt ist. In der Internetökonomie existieren solche natürlichen Grenzen nicht. Vielmehr bestehen oftmals geringe Grenzkosten für eine Steigerung der Nutzer- bzw. Kundenzahl sowie damit verbundene Skaleneffekte.⁶³ Die Ausweitung der Vermittlungsleistung auf neue Nutzer ist typischerweise sehr niedrigschwellig

hinsichtlich des benötigten Aufwands und der entstehenden Kosten; die Aufnahmekapazität und das Aufnahmeinteresse für die Vermittlungstätigkeit des Intermediärs hingegen ist potenziell sehr hoch.

III. Zulässigkeit von Zugangsvoraussetzungen unter strengeren Bedingungen

Berücksichtigt man diese Abweichungen der typisierten Interessenlage, sind große digitale Intermediäre bei der Ausgestaltung der Zugangsvoraussetzungen zu ihrer Intermediationstätigkeit in der Regel strengeren Maßstäben zu unterwerfen als in den oben genannten ähnlich gelagerten Fallgruppen.⁶⁴ Im Einzelfall können sich dabei freilich erhebliche Abweichungen von dieser Tendenz ergeben, wenn die behindernde Wirkung durch das diskriminierende Wettbewerbsverhalten wenig intensiv ist. Das kann sich etwa daraus ergeben, dass untypische Kostenstrukturen bestehen, eine Plattform eine sehr hohe Spezifität aufweist, wie sie im B2B-Bereich häufig anzutreffen ist,⁶⁵ oder die Nutzer bei bevorzugender Darstellung bestimmter Produkte hinreichend über die Verzerrung aufgeklärt wurden und es sich lediglich um eine Informationsfunktion handelt, sodass der Eigenerwerb der angepriesenen Waren erst durch einen weiteren eigenen Suchvorgang eingeleitet werden muss.⁶⁶

E. Vertikal integrierte Intermediäre

Konstellationen, in denen der Normadressat des § 19 GWB mit einem Belieferungspetenten zugleich horizontal im Wettbewerb steht, sind nicht völlig unbekannt und in manchen Branchen mitunter sogar typisch. Marktsituationen, in denen marktmächtige Intermediäre vertikal integriert sind, können indes häufig vorkommen.⁶⁷ Denn sie sind ausgehend von ihrer ursprünglichen Vermittlungstätigkeit mittels massiver Ressourcenüberlegenheit (vgl. § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB) in der Lage, ganze Märkte aufzurollen (*envelopment*) und so dort erstmals zu Wettbewerbern zu werden.⁶⁸ Gerade im digitalen

⁵⁷BGH GRUR 1969, 629 (631) – Sportartikelmesse II; OLG Hamburg WuW 1998, 1209 (1210) – Dentalmesse.

⁵⁸Siehe zu dieser Konstellation, die dem Fall Google Showcase (BKartA, Bericht vom 21.12.2022, NZKart 2023, 501 (501 ff.)) zugrunde liegt, Pohlmann/Lindhauer/Peter, NZKart 2021, 544 (548).

⁵⁹Dazu Schöner/Soltau, Bauer/Rahlmeyer/Schöner, Handbuch Vertriebskartellrecht, 2020, § 28 Rn. 1 f.

⁶⁰Siehe zu den (indirekten) Netzwerkeffekten BKartA (2016), S. 11 f., 14; Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 18 GWB Rn. 70; Haucap/Heimshoff, DICE Discussion Paper Nr. 83, 2013, S. 3 ff.; Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (271); Körber, ZUM 2017, 93 (94); Tamke, NZKart 2018, 503 (504 f.).

⁶¹Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 489.

⁶²Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 489.

⁶³Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (271 f.); Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (70).

⁶⁴In diese Richtung wohl bereits Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (76).

⁶⁵Siehe zu den Besonderheiten von B2B-Plattformen Küster/Schreiber, BB 2020, 2188 (2189).

⁶⁶Esser/Höft, Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 233, 277 (für § 19a GWB).

⁶⁷Siehe beispielsweise Europäische Kommission, 8.12.2017 – AT.40208, Rn. 173 – International Skating Union's Eligibility rules.

⁶⁸Grundlegend zum *envelopment* bei Plattformmärkten Eisenmann/Parker/Van Alstyne, Strategic Management Journal 32(12)

Bereich gelingt Plattformbetreibern wegen ihres Zugriffs auf (Markt-) Daten (§ 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB), die sie über lange Zeiträume erhoben haben und die mitunter über die individuelle Verhaltensweisen und Präferenzen einer Vielzahl von Verbrauchern Auskunft verleihen, und dem selbst gestellten Zugang zu Kunden eine vertikale Integration binnen kürzester Zeit.⁶⁹

Bei Sachverhalten mit solchen ökonomischen Rahmenbedingungen stellt sich im Hinblick auf die Anwendung des Diskriminierungsverbotes zunächst die Frage nach der Gleichartigkeit. Denn Dritt- und eigene Tochterunternehmen sind aufgrund des Konzernprivilegs grundsätzlich nicht als gleichartig anzusehen.⁷⁰ Konzerninterner Geschäftsverkehr ist keine marktübliche Individualbeziehung und taugt daher nicht zum Vergleichsmaßstab im Rahmen des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB.⁷¹ Eine wirtschaftliche Einheit bildende Unternehmen sind also nicht ohne Weiteres voneinander zu trennen.⁷² Das Gleichartigkeitskriterium ist in solchen Fällen dann nicht erfüllt.

Zudem ist Ausgangspunkt einer jeden Abwägung in solchen Fällen das legitime Interesse eines Marktbeherrschers, nicht verpflichtet zu sein, fremden Wettbewerb fördern zu müssen. Ein anerkennenswertes Bestreben ist es insbesondere, seine eigene wirtschaftliche Einheit gegenüber Konkurrenten zu bevorzugen.⁷³ Das Diskriminierungsverbot untersagt also nicht schon, Gleiches unterschiedlich zu behandeln, sodass die Gleich- oder gar Besserstellung des eigenen Unternehmens mit fremden Nutzern einer vertieften Analyse bedarf, bei der der Schwerpunkt der Prüfung häufig auf einer Untersuchung der resultierenden Auswirkungen liegt.⁷⁴

Eine Überwindung sowohl des Gleichartigkeitskriteriums als auch des Grundsatzes, wonach fremder Wettbewerb nicht gefördert werden muss, ist bislang nur in seltenen Konstellationen mit Ausnahmecharakter anerkannt worden. Das betrifft die Lieferverweigerung sowie die Konditionengestaltung in wettbewerblichen Gemengelagen, in denen die auf die Offenheit der Marktzugänge gerichtete Zielsetzung des GWB in besonderer Weise gefährdet ist.⁷⁵ So geschehen etwa in Fällen, bei denen regulierungsrechtliche Wertungen zu berücksichtigen sind⁷⁶ oder ein nachgelagerter Markt mit eigener Wertschöpfung in ein Monopol zu kippen droht.⁷⁷ Wichtig für die Beurteilung sind insbesondere die Marktmachtstellung des Normadressaten und der Grad der Abhängigkeit des Petenten: Sind diese stark, kommt auch eine Belieferungspflicht bzw. ein Kontrahierungszwang eher infrage *et vice versa*.⁷⁸

Ohne einer Würdigung von diskriminierenden Verhaltensweisen im Einzelfall vorgreifen zu können und zu wollen, sind bei einer typisierten Betrachtung vertikal integrierter marktbeherrschender Vermittlungsdienstleister insbesondere in der Internetwirtschaft einige Besonderheiten zu beobachten, die im Rahmen einer Abwägung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB aufgrund des dann bestehenden wettbewerblichen Gefahrenmoments geeignet scheinen, die Voraussetzung der Gleichartigkeit und den Grundsatz, wonach kein fremder Wettbewerb gefördert werden muss, zu überwinden. Solche Intermediäre müssten dann auch im Verhältnis zu sich selbst das Diskriminierungsverbot einhalten und unterlägen somit einem Selbstbevorzugungsverbot.

I. Besonderes wettbewerbliches Gefahrenpotenzial bei hybriden Intermediären

Aus der besonderen Interessenlage bei der Doppelstellung eines vertikal integrierten Vermittlers, bei dem die Marktzugangsschaffung für Vermittlungskunden und der eigene Marktzugang zusammenfallen, folgt ein besonders starker Missbrauchsanreiz: Hybride Plattformen profitieren von der Zugangsverweigerung bzw. -erschwerung (etwa durch Bevorteilung eigener Angebote) im Vertikalverhältnis gegenüber ihren Vermittlungskunden-Wettbewerbern im Wettbewerb mit diesen auf Horizontalebene.⁷⁹ Das gilt gerade für die Digitalwirtschaft, wo ein hohes technisches Differenzierungspotenzial besteht: So kann ein hybrider Intermediär bei entsprechender Marktposition etwa durch die Konfigurierung von Suchalgorithmen⁸⁰ oder die Veränderung von Rankings, Listings und Nutzeroberflächen den Marktzugang kontrollieren, eigene Produkte bevorzugen oder die Bekanntheit und Reputation von Konkurrenten steuern.⁸¹ Wettbewerber können sich hier nicht

2011, 1270 (passim); Condorelli/Padilla, *Journal of Competition Law Economics* 16(2) 2020, 143 (passim); und zu § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB: Esser/Hoft, Bien/Kaseberg/Klumpe/Korber/Ost, *Die 10. GWB-Novelle*, 2021, Kap. 1 Rn. 242 ff.; Polley/Kaub, *NZKart* 2020, 113 (117); Schweitzer in Immenga/Mestmacker *WettbR*, § 19a GWB Rn. 174 ff.

⁶⁹Bechtold/Bosch in Bechtold/Bosch *GWB*, § 19a Rn. 27.

⁷⁰Busche in *Kölner Kommentar KartR*, § 19 GWB Rn. 93; Fuchs in Immenga/Mestmacker *WettbR*, § 19 GWB Rn. 103.

⁷¹Emmerich, *NZKart* 2015, 114 (115); siehe auch BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 13 ff.) – Werbeanzeigen.

⁷²BGH *WuW* 2012, 72 (Rn. 31, 38) – Grossistenkündigung; BGH *GRUR* 1987, 393 (396) – Freundschaftswerbung. Es ist insoweit die gesetzgeberische Wertung des § 36 Abs. 2 GWB zu berücksichtigen, wonach die wirtschaftliche Einheit als ein einheitliches Unternehmen gilt (BGH *WuW* 2013, 627 (Rn. 41) – Gasversorgung Ahrensburg).

⁷³Siehe etwa BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 15) – Werbeanzeige; BGH *WuW* 2012, 72 (Rn. 31) – Grossistenkündigung; BGH *GRUR* 1987, 393 (396) – Freundschaftswerbung.

⁷⁴De Bronett, *WuW* 2009, 899 (903); Ostendorf/Grün, *WuW* 2008, 950 (952, 958 f.); Wolf in *MüKo-WettbR*, § 19a GWB Rn. 41.

⁷⁵BGH *NVwZ* 2006, 962 (963) – Stadtwerke Dachau; Nothdurft in *Bunte KartR*, § 19 GWB Rn. 12, 413; Weyer in *Frankfurter Kommentar KartR*, § 19 GWB Rn. 287; siehe auch BGH *GRUR* 1995, 618 (620) – Importarzneimittel.

⁷⁶Siehe etwa BGH *NZKart* 2021, 509 (Rn. 18 ff.) – Gasnetz Berlin und BGH *NZBau* 2014, 303 (Rn. 31) – Stromnetz Heiligenhafen (mit Rekurs auf §§ 46 f. *EnWG*); OLG Düsseldorf 19.3.2003, U (Kart) 20/02, juris Rn. 41 (insoweit nicht in *WuW* 2003, 1310 enthalten) – *Infra-Card-Tarif* (mit Rekurs auf § 9 Abs. 1 *AEG*, §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 8 *EIBV* sowie unionsrechtliche Grundlagen); Nothdurft in *Bunte KartR*, § 19 GWB Rn. 365 ff.; siehe auch Fuchs in Immenga/Mestmacker *WettbR*, § 19 GWB Rn. 103 mwN.

⁷⁷BGH *NZKart* 2015, 535 (Rn. 65 ff., 95, 101) – Porsche-Tuning; BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 14, 20, 31, 35) – Werbeanzeigen mwN.; siehe auch OLG Düsseldorf BB 2007, 738 (740 f.).

⁷⁸BGH *NZKart* 2016, 285 (Rn. 30) – Jaguar-Vertragswerkstatt; BGH *NZKart* 2015, 535 (Rn. 30) – Porsche-Tuning; BGH *WuW* 2012, 501 (Rn. 30) – Werbeanzeigen; Nothdurft in *Bunte KartR*, § 19 GWB Rn. 420 f.

⁷⁹Paal, *GRUR-Beil.* 2014, 69 (70); ders., *GRUR Int.* 2015, 997 (999); Podszun (2018), S. 19; ders. (2020), S. 38 ff.; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker (2018), S. 107 f.; Wolf in *MüKo WettbR*, § 18 GWB Rn. 65b.

⁸⁰Höppner, *K&R* 2020, 24 (31); Kühling/Gauß, *ZUM* 2007, 881 (885); Paal, *GRUR Int.* 2015, 997 (999).

⁸¹Paal, *GRUR-Beil.* 2014, 69 (74); ders., *GRUR Int.* 2015, 997 (999); Podszun (2018), S. 12, 22; siehe aus der Fallpraxis

mehr in einem Leistungswettbewerb um den Zugang zum Intermediationsdienst bzw. dessen besten (Listing- bzw. Ranking-) Plätzen gegen das vermittelnde Unternehmen behaupten.⁸² Die Macht auf dem Intermediationsmarkt wird unter Umgehung des Leistungswettbewerbs auf vor- und nachgelagerte Märkte übertragen (*leveraging*).⁸³

Paradigmatisch für diese Fallgruppe – vertikal integrierter marktbeherrschender Intermediär, der also zeitgleich Vermittler und Nutzer des eigenen Vermittlungsdienstes ist, fördert die eigene wirtschaftliche Entfaltung unter Umgehung des Leistungswettbewerbs durch Privilegierung der eigenen Leistungen bei der Vermittlung (*self preferencing*) – ist wohl die Kommissionentscheidung in der Sache *Google Shopping*.⁸⁴ Hier hatte die Europäische Kommission die Bevorzugungsstrategie einer privilegierten Darstellung des *Google*-Preisvergleichsdienstes in den Ergebnissen der *Google*-Suchmaschine als Missbrauch im Sinne des Art. 102 AEUV qualifiziert.⁸⁵ Die Bevorzugung der eigenen Angebote bei der Darstellung durch das vermittelnde Unternehmen verstärkte die Marktstellung des Vermittlers bei gleichzeitigem Entzug der Reichweite der Wettbewerber, was – ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung – einen Verstoß gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs darstelle.⁸⁶ Bei ihrer Würdigung hatte die Kommission die Eigenheiten digitaler Märkte besonders berücksichtigt. Dies war hier insbesondere die Wichtigkeit des Wettbewerbsfaktors der Auffindbarkeit und Sichtbarkeit von Leistungsangeboten, die mitunter nur durch die Nutzung einer bestimmten monopolhaft konsolidierten Plattform zu erreichen ist. Der integrierte Betreiber einer solchen Plattform kann zu seinen Gunsten dann nämlich Sichtbarkeitsvorteile ausspielen, die zur Verdrängung der Wettbewerber und endlich zu einer dann marktübergreifenden Verfestigung seiner eigenen Position führen. Die Marktmacht aus dem Betreiben einer Intermediationsplattform wird also auf andere Märkte übertragen, auf denen bislang noch keine Netzwerkeffekte oder Sogwirkungen zugunsten des Intermediärs bestanden haben.

Bei einer entsprechenden wettbewerblichen Ausgangslage bei digitalen marktbeherrschenden vertikal integrierten Intermediären besteht wegen der Kontrolle des Zugangs zu den Nutzern der Marktgegenseite über die spezifische Ausgestaltung der Plattform also ein hohes wettbewerbliches Gefährdungsrisiko.

II. Besonderheiten bei der Interessenlage hybrider Intermediäre

Bei mehrseitigen Märkten ist eine genau Analyse der Zusammenhänge einzelner Geschäftsbeziehungen⁸⁷ und der individuellen Interessenlagen unentbehrlich. Dabei ist auf die Verteilung der wirtschaftlichen Chancen und Risiken zu achten.⁸⁸

Zu berücksichtigen ist hier, dass es dem vertikal integrierten Anbieter von Intermediationsleistungen im Rahmen seiner Vertriebsgestaltungsfreiheit durchaus freisteht, ganz grundsätzlich lediglich die eigenen Leistungen an die Marktgegenseite zu vermitteln. Denn der Umstand, dass der Normadressat durch die Belieferung fremden Wettbewerb fördern würde, genügt an sich noch nicht

zur Rechtfertigung einer Liefersperr.⁸⁹ Aber die unternehmerische Grundentscheidung, mit gleichartigen Unternehmen gar keine Geschäftsbeziehungen einzugehen, ist an sich wettbewerbskonform.⁹⁰ Indem der Marktbeherrscher aber seine Intermediationstätigkeit auch für seine Wettbewerber öffnet, hat er sich gleichzeitig gegen den Grundsatz entschieden, wonach er fremden Wettbewerb nicht fördern muss. Er selbst hat autonom eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses vorgenommen. Aus seiner Grundsatzentscheidung folgt, dass der Schwerpunkt des Beziehungsgeflechts gegenüber seinen Vermittlungskunden-Wettbewerbern tendenziell eher im Vertikal- denn im Horizontalverhältnis zu suchen ist.⁹¹ Folgerichtig sollten daher auch die oben genannten Grundsätze für reine Vertikalverhältnisse Anwendung finden.⁹²

Weiterhin ist auf den oben ausgeführten Wesenskern von Intermediationstätigkeiten zu verweisen. Gerade in der Digitalwirtschaft ergeben sich aus ihrem Grundcharakter und damit einhergehenden Netzwerkeffekten regelmäßig sowohl ein starkes wirtschaftliches Interesse an möglichst vielen Vermittlungskunden als auch eine potenziell grenzenlose Aufnahmekapazität.⁹³ Das gilt bei vertikaler Integration umso mehr, als der hybride Intermediär von Netzwerkeffekten gleich doppelt profitiert: Nicht nur steigt der Wert der Plattform selbst, sondern auch der Wert der Intermediationsleistung, die dieser auch für sich selbst in Anspruch nimmt.⁹⁴

auch Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 190, 589 ff. – *Google Shopping* (Schlechtere Positionierung anderer Preisvergleichsanbieter); BKartA WuW 2016, 198 (Rn. 87 f.) – ASICS (Relevanz der *Google*-Suchmaschine für Aufspürbarkeit von Warenangebot); BKartA WuW 2016, 142 (Rn. 263) – *Booking.com* (Behinderung der Sichtbarkeit von Hotelangeboten).

⁸²Schweitzer/Schallbruch/Wambach (2019), Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft – Working Paper No. 7 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation, S. 53 f.

⁸³Paal, GRUR Int. 2015, 997 (999); siehe auch Nothhelfer (2006), Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht, passim; Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 589 ff. – *Google Shopping*.

⁸⁴Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740 (bestätigt durch EuG GRUR-RS 2021, 164 – *Google Shopping*) und dazu Höppner, CoRe 2017, 208 (208 ff.). Die Europäische Kommission führte vor ähnlichem Hintergrund etliche Verfahren, siehe neben *Google Shopping* insbesondere auch AT.40592 – *Google for Jobs* und AT.40585 – *Google Local Search*. Dieser Entscheidungspraxis nachgebildet ist auch der neue § 19a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GWB, mit dem vertikal oder konglomerat integrierten Unternehmen eine Selbstbevorzugung im Vergleich zu ihren Wettbewerbern untersagt werden kann.

⁸⁵Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 331 ff., 341 – *Google Shopping*.

⁸⁶Europäische Kommission, 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 653 ff. – *Google Shopping*; siehe auch Schweitzer/Schallbruch/Wambach (2019), S. 53.

⁸⁷Louven, RD 2021, 440 (443 f.).

⁸⁸Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 486; ferner Körber, ZUM 2017, 93 (98 f.).

⁸⁹BGH GRUR 1989, 220, (212 f.) – Lüsterbehangsteine.

⁹⁰Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 129.

⁹¹Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 493; ähnlich auch Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 65c.

⁹²Siehe oben unter III.

⁹³Siehe oben unter IV. 2.

⁹⁴Haucap/Heimshoff, DICE Discussion Paper Nr. 83, 2013, S. 3 ff.

Durch geringe Grenzkosten für die Aufnahme zusätzlicher Angebote bei gleichzeitig hohem Grenznutzen für den Betreiber in der Digitalökonomie ist die Größe der Plattform typischerweise skalierbar (*economies of scale*).⁹⁵ Regelmäßig sind im Sinne eines Skalenvorteils zudem jene (Plattform-) Anbieter Profiteure von Selbstverstärkungs- bzw. Sogeffekten, die zuerst eine kritische Masse an Nutzern erreichen⁹⁶ bzw. der großmaßstäbliche Marktführer (vgl. § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB) sind. Das eigene Nutzungsinteresse des hybriden Intermediärs an der Vermittlungsleistung wird durch die Inanspruchnahme rivalisierender Unternehmen auch nicht nachteilig tangiert.⁹⁷ Die konkurrierende Nutzung schließt den eigenen Nutzungserfolg somit nicht aus.

III. Berücksichtigung gesetzgeberischer Wertungen nach der 10. GWB-Novelle

Die Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbes gerichteten Zielsetzung des GWB als Maßstab der Beschränkung der Handlungsfreiheit der Normadressaten umfasst nicht nur den Schutzzweck des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB, sondern schließt alle freiheitssichernden und wettbewerbsöffnenden Vorschriften des GWB mit ein.⁹⁸ Bei der Interessenabwägung sind daher auch die Wertungen anderer dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit verpflichteten Regelungen des GWB zu berücksichtigen. So gilt es zu bedenken, dass der Gesetzgeber mit seiner 10. Novellierung im Jahr 2021 neue Sonderregeln für den Umgang mit Intermediationsmacht und die Einhegung marktstarker Plattformen und Intermediäre im GWB verankert hat.

In § 18 Abs. 3b GWB wurde für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens ausdrücklich geregelt, dass auch die Intermediationsmacht und die mit ihr einhergehende Bedeutung für den Marktzugang Dritter Berücksichtigung finden muss.⁹⁹ Nach § 20 Abs. 1 S. 2 GWB soll das Intermediationsmacht-Konzept gerade auch auf einseitige Verhaltensweisen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle ausgeweitet werden.¹⁰⁰ Das neuartige Regelungsinstrumentarium in § 19a GWB, das eine kartellbehördliche Intervention auch bereits unter der Marktbeherrschungsschwelle für sogenannte Unternehmen mit marktüberragender Bedeutung für den Wettbewerb ermöglicht,¹⁰¹ enthält zudem zwei Untersagungstatbestände für Vermittlungskonstellationen (§ 19a Abs. 2 Nrn. 1, 2 GWB). Zum einen wird sich auf die Selbstbevorzugung eigener Angebote bezogen;¹⁰² zum anderen geht es um die Behinderung von Marktzugängen.¹⁰³ Auch die Bedeutung von Plattformen für den Marktzugang (§ 18 Abs. 3b GWB) wurde herausgehoben. Bei Vermittlung eines (Markt-) Zugangs ist ein Unternehmen Intermediär im Sinne der §§ 18 Abs. 3b, 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 GWB.

Insgesamt lässt sich jedenfalls sagen, dass das Regelungs- werk für Intermediäre vor allem vor dem Hintergrund ihrer hohen Bedeutung für den Marktzugang Dritter erheblich gestrafft wurde. Die so erfolgten gesetzgeberischen Wertungen müssen im Rahmen der Interessenabwägung im Sinne des § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB normativ berücksichtigt werden.¹⁰⁴

IV. Rechtsprechung des BGH

Auch in der BGH-Rechtsprechung noch vor der jüngsten Novellierung – für *Radio Cottbus* war die Rechtslage noch vor der 8. GWB-Novelle maßgebend¹⁰⁵ – finden sich dahingehende Tendenzen, mit dem Grundsatz, nach dem fremder Wettbewerb nicht gefördert werden muss, aufgrund der Interessenkonflikte bei hybriden Intermediären zu brechen.¹⁰⁶

In der Sache hatte der BGH geurteilt, dass ein Intermediär, der Leistungen an die andere Marktseite nicht nur vertreibt, sondern diese zuvor nach bestimmten Kriterien strukturiert und bündelt, bereits bei Auswahl und Anwendung dieser Kriterien auf ihre Sachgerechtigkeit, Angemessenheit und Diskriminierungsfreiheit zu achten habe. Darauf sei insbesondere dann zu achten, wenn der Intermediär oder sein Gesellschafter auch selbst als Leistungsanbieter tätig und daher hybrid ist.¹⁰⁷ Der BGH zeigt also eine Neigung dazu, die von einem Intermediär im Verhältnis zur Markgegenseite gesetzten Regelrahmen auch im Verhältnis zu sich selbst dem Diskriminierungsverbot zu unterwerfen.¹⁰⁸

Ganz ähnlich äußerte sich der BGH bereits 2012 in seiner Entscheidung *Werbeanzeigen*: Eine Spaltung der Konditionen zwischen der eigenen Tochter eines Normadressaten und einem Kunden-Wettbewerber verstoße gegen § 19 II Nr. 1 GWB, wenn dadurch eine nicht ausgleichende Verschlechterung der Marktposition dieses Unternehmens auf einem nachgelagerten Markt eintrete.¹⁰⁹ Auch hier wird für wettbewerbsmäßig besonders krasse Fälle und Gemengelage mit erheblicher Intermediationsmacht eines Marktbeherrschers eine Überwindbarkeit des Diktums, fremden Wettbewerb nicht fördern zu müssen, angenommen, um im Einzelfall einen leistungsgerechten Interessenausgleich besser sicherstellen zu können.

⁹⁵Hemelmann/Haucap, ORDO 2016, 269 (271 f.); Körber, ZUM 2017, 93 (94); Paal, GRUR-Beil. 2014, 69 (70).

⁹⁶Europäische Kommission, 3.10.2014 – COMP/M.7217, Rn. 119 – Facebook/WhatsApp.

⁹⁷Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 497.

⁹⁸BGH GRUR 1982, 60 (64) – Original-VW-Ersatzteile II; Fuchs in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19 GWB Rn. 2, 114; Weyer in Frankfurter Kommentar KartR, § 19 GWB Rn. 369.

⁹⁹Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 332 f.

¹⁰⁰Ackermann, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 334.

¹⁰¹Käseberg, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 188.

¹⁰²Esser/Höft, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 231; Schweitzer in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19a GWB Rn. 147 ff.; Wagner-von Papp in BeckOK KartR, § 19a GWB Rn. 51 ff.; Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 41 ff.

¹⁰³Esser/Höft, Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost, Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 236 ff.; Schweitzer in Immenga/Mestmäcker WettbR, § 19a GWB Rn. 161 ff.; Wagner-von Papp in BeckOK KartR, § 19a GWB Rn. 60 ff.

¹⁰⁴Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 496.

¹⁰⁵BGH GRUR 2021, 631 (Rn. 19) – Radio Cottbus (insoweit nicht abgedruckt in NZKart 2021, 175).

¹⁰⁶So auch Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 495.

¹⁰⁷BGH NZKart 2021, 175 (Rn. 28) – Radio Cottbus; OLG Hamburg GRUR-RS 2023, 164 (Rn. 48) – Radio Cottbus II).

¹⁰⁸So auch Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 495.

¹⁰⁹BGH WuW 2012, 501 (Rn. 35) – Werbeanzeige.

V. Selbstbevorzugungsverbot für marktbeherrschende Intermediäre

Damit lassen sich das Kriterium der Gleichartigkeit und der in der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, wonach kein Unternehmen verpflichtet ist, fremden Wettbewerb zum eigenen Schaden zu fördern, bei *self preferencing*-Praktiken marktbeherrschender Intermediäre jedenfalls im Einzelfall überwinden bzw. diese in ihrer Reichweite reduzieren.

Auch der konkrete Grad der Marktbeherrschung ist normativ bei der Bemessung des Handlungsspielraumes, den der Normadressat im Rahmen der Abwägung zugesprochen bekommt, von Bedeutung. Die Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung liegen höher und der Verhaltensspielraum ist geringer, je stärker die Marktaktivitäten den Wettbewerb beeinträchtigen und die Abhängigkeit vom Marktbeherrscher ist.¹¹⁰ Bei der konkreten Abwägung gilt es also im Sinne eines gleitenden Maßstabes insbesondere den Grad der Marktstärke und die damit verbundene Abhängigkeit vom Intermediär zu berücksichtigen: Je stärker eine Plattform ist (vgl. in diesem Zusammenhang auch § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB), desto eher kann eine Zugangsbeschränkung zur Marktabschottung führen¹¹¹ und desto eher ist eine Neutralitätspflicht auch gegenüber sich selbst anzunehmen.

Einem marktbeherrschenden Intermediär (insbesondere im Digitalbereich) kann wegen seiner allgemeinen Verantwortung, die er aufgrund seiner Marktstellung für die Wettbewerbsordnung trägt, dann ein Selbstbevorzugungsverbot auferlegt werden.¹¹² Die wettbewerbliche Gefahrenlage ist dann so groß, dass nur die Annahme eines Selbstbevorzugungsverbots noch einen leistungsge-rechten Interessenausgleich zu schaffen vermag.

F. Bleibende Relevanz der klassischen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB

Dass das tradierte kartellrechtliche Diskriminierungsverbot auch für den Digitalbereich mit wegweisenden Fällen wie *Google Shopping* nicht der Vergangenheit angehören muss, ergibt sich bereits daraus, dass das neuartige Regelungsinstrumentarium in § 19a GWB lediglich sogenannte Unternehmen mit marktüberragender Bedeutung für den Wettbewerb adressiert.¹¹³ Sachverhalte, die bereits diese Hürde nicht nehmen, können weiterhin über § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB gelöst werden.

Zu beachten ist überdies, dass sich das Selbstbevorzugungsverbot wie es der neue § 19a GWB konstituiert, lediglich auf das Vermitteln des Zugangs zu Bezugs- und Absatzmärkten beschränkt. Sonstige (Selbst-) Bevorteilungen durch eigene Dienste wie privilegierte Daten- und Technologiezugänge sowie Quersubventionierungspraktiken sind nicht erfasst, sodass jedenfalls keine vollständige Neutralität des Plattformbetreibers unter Aufhebung jeglichen Konzernprivilegs und des Grundsatzes, wonach fremder Wettbewerb nicht gefördert werden muss, verlangt ist.¹¹⁴ Dies ist dann die Lücke, in die das alte Diskriminierungsverbot des § 19 GWB neben den neuen § 19a GWB tritt. Ein Gebot ganzheitlicher Neutralität des Plattformbetreibers kann sich also aus der klassischen

Missbrauchsaufsicht ergeben¹¹⁵ und lässt sich einzelfallgerecht aus einer Ergänzung dieser mit unterschiedlichen Verboten des § 19a Abs. 2 GWB konstruieren. Eine derartige parallele Verfahrensführung nach §§ 19, 20, 19a GWB ist insoweit gewollt¹¹⁶ und wird auch entsprechend praktiziert.¹¹⁷

G. Zusammenfassung in Thesen

1. Mit seiner auf die Marktoffenheit gerichteten Zielsetzung bietet das Diskriminierungsrecht im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB einen konzeptionellen Anknüpfungspunkt für die wettbewerblichen Gefahrenkonzentrationsgeneigter mehrseitiger Märkte mit marktbeherrschenden Intermediären.
2. Auch der Zugang zu Vermittlungsleistungen kann von sachgerechten, angemessenen und diskriminierungsfrei gehandhabten Anforderungen abhängig gemacht werden (BGH in *Radio-Cottbus*). Bei der sachlichen Rechtfertigung sind dabei regelmäßig strenge Maßstäbe anzusetzen.
3. Vertikal integrierte Intermediäre sind – je nach Lage des Einzelfalls – nicht nur gegenüber ihren Kunden-Wettbewerbern, sondern auch im Verhältnis zu sich selbst dem Diskriminierungsverbot aus § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unterworfen. Sie unterliegen dann einem Selbstbevorzugungsverbot.
4. Ob eine hinreichende wettbewerbliche Gefahrenlage vorliegt, die dies zu begründen vermag, hängt dabei im Sinne eines gleitenden Maßstabes vor allem auch vom Grad der Marktstärke des Intermediärs ab.
5. Diese Spielart des klassischen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbotes bei Sachverhalten mit Bezug zur Digitalwirtschaft kann neben oder über die Anwendung des § 19a (Abs. 2) GWB hinaus Bedeutung behalten.

¹¹⁰BGH NZKart 2020, 473 (Rn. 121 f.) – Facebook; BGH NZKart 2018, 136 (Rn. 17) – Hochzeitsrabatte; BGH NZKart 2015, 535 (Rn. 59) – Porsche-Tuning; BGH GRUR 1996, 808 (810) – Pay-TV-Durchleitung.

¹¹¹Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 496; Podszun/Bongartz, BB 2020, 2882 (2889); Pohlmann/Lindhauer/Peter, NZKart 2021, 544 (548); Wolf in MüKo WettbR, § 18 GWB Rn. 53, 58.

¹¹²So auch Nothdurft in Bunte KartR, § 19 GWB Rn. 333, 492ff.

¹¹³Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 14 ff.

¹¹⁴Höppner, K&R 2020, 24 (31).

¹¹⁵Wolf in MüKo WettbR, § 19a GWB Rn. 43.

¹¹⁶Wagner-von Papp in BeckOK KartR, § 19a GWB Rn. 12.

¹¹⁷So geschehen im Verfahren des BKartA gegen Facebook/Oculus (BKartA, Pressemitteilung vom 28.1.2021).