

JULIUS CONRAD VOCKE

Der kartellrechtliche  
Marktbegriff und  
unentgeltliche Leistungen

*Beiträge zum Kartellrecht*

11

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zum Kartellrecht

herausgegeben von

Michael Kling und Stefan Thomas

11





Julius Conrad Vocke

# Der kartellrechtliche Marktbegriff und unentgeltliche Leistungen

Mohr Siebeck

*Julius Conrad Vocke*, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen; Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart; Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Europäisches Privatrecht sowie Internationales Privat- und Verfahrensrecht an der Universität Tübingen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei Gleiss Lutz; seit 2017 Referent im Bundeskartellamt; 2020 Promotion.

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.

D21

ISBN 978-3-16-159990-3 / eISBN 978-3-16-160140-8

DOI 10.1628/978-3-16-160140-8

ISSN 2626-773X / eISSN 2626-7748 (Beiträge zum Kartellrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen hat diese Arbeit im Sommersemester 2020 als Dissertation angenommen. Die Disputation fand im August 2020 statt.

Besonderer Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater Professor Dr. Stefan Thomas, der mir diese Dissertation ermöglicht und mich bei der Verwirklichung dieses Vorhabens über die Jahre betreut und unterstützt hat. Bei ihm und Professor Dr. Michael Kling bedanke ich mich zudem für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Beiträge zum Kartellrecht“. Danken möchte ich auch dem Zweitgutachter meiner Arbeit, Professor Dr. Dr. h.c. Georg Sandberger, sowie dem Vorsitzenden der Prüfungskommission der Disputation, Professor Dr. Bernd Heinrich. Ferner möchte ich mich herzlich bedanken bei Professor Dr. Christoph Thole, an dessen Lehrstuhl ich viele Jahre mit großer Freude gearbeitet und den Grundstein für diese Arbeit gelegt habe.

Nicht nur für die Ermöglichung dieser Arbeit, sondern für alles dankbar bin ich meinen Eltern Thomas Vocke und Petra Hollekamp-Vocke, die mir so vieles im Leben und insbesondere auch die juristische Ausbildung ermöglicht haben. Ihnen widme ich diese Arbeit. Auch meinen Großeltern Egon und Elisabeth Hollekamp werde ich immer dankbar sein.

Von Herzen danke ich zudem Anette und meinen Geschwistern Kai und Pia Vocke, da sie immer für mich da sind. Bedanken möchte ich mich nicht zuletzt bei meinen Freunden André Preuschoff und Dr. Sebastian Kürth, die mir in den letzten Jahren mit Rat und Tat zur Seite standen. Ich kann mich glücklich schätzen, eine solche Familie und solche Freunde an meiner Seite zu wissen.

Zu danken habe ich außerdem allen weiteren Freunden und meinen Arbeitskollegen der letzten Jahre am Lehrstuhl, bei Gleiss Lutz und im Bundeskartellamt, die in der ein oder anderen Weise dazu beigetragen haben, dass ich diese Arbeit vollendet habe.

Bonn, im Januar 2021

Julius Conrad Vocke





# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
A. Einführung . . . . .	1
I. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit . . . . .	1
II. Begriffsbestimmung . . . . .	5
III. Der Gang der Untersuchung . . . . .	7
B. Untersuchung und Definition des kartellrechtlichen Marktbegriffs . . . . .	9
I. Einleitung . . . . .	9
II. Wortlautauslegung des kartellrechtlichen Markt­begriffs . . . . .	9
1. Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	9
2. Unabhängigkeit vom ökonomischen Markt­begriff . . . . .	9
3. Unabhängigkeit von weiteren Markt­begriffen . . . . .	16
4. Beschränkung der Untersuchung auf den sachlichen Markt . . . . .	17
5. Zwischenergebnis . . . . .	17
III. Historische Auslegung des kartellrechtlichen Markt­begriffs . . . . .	18
1. Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	18
2. Der frühe Markt­begriff des US-amerikanischen Kartellrechts . . . . .	18
3. Die Anknüpfung des deutschen und europäischen Markt­begriffs an das US-amerikanische Vorbild . . . . .	21
a) Die Einführung des Markt­begriffs im deutschen Kartellrecht . . . . .	21
b) Historische Ansätze zur Konkretisierung des Markt­begriffs des GWB . . . . .	23
c) Fallspezifische Markt­abgrenzung statt eines abstrakten Markt­begriffs . . . . .	26
d) Der Markt­begriff im frühen europäischen Kartellrecht . . . . .	27
4. Zwischenergebnis . . . . .	28

IV. Systematische Auslegung des kartellrechtlichen Marktbegriffs . . . .	30
1. Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	30
2. Das Kartellverbot . . . . .	31
a) Art. 101 AEUV . . . . .	31
aa) Anwendungsbereich des Marktbegriffs . . . . .	31
bb) Sinn und Zweck des Marktbegriffs bei Art. 101 AEUV . .	31
b) § 1 GWB . . . . .	33
3. Die Missbrauchstatbestände . . . . .	34
a) Art. 102 AEUV . . . . .	34
aa) Anwendungsbereich des Marktbegriffs . . . . .	34
bb) Sinn und Zweck des Marktbegriffs bei Art. 102 AEUV . .	34
b) §§ 18 ff. GWB . . . . .	36
aa) Anwendungsbereich des Marktbegriffs . . . . .	36
bb) Sinn und Zweck des Marktbegriffs bei §§ 18 ff. GWB . .	37
4. Die Fusionskontrolle . . . . .	38
a) Art. 2 FKVO . . . . .	38
aa) Anwendungsbereich des Marktbegriffs . . . . .	38
bb) Sinn und Zweck des Marktbegriffs bei Art. 2 FKVO . . .	39
b) §§ 35 ff. GWB . . . . .	42
5. Sonstige Anwendungsfälle des Marktbegriffs . . . . .	42
6. Zwischenergebnis . . . . .	43
V. Teleologische Auslegung des kartellrechtlichen Marktbegriffs . . . .	45
1. Entbehrlichkeit der Marktprüfung . . . . .	45
a) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	45
b) Die Kritik an der Marktabgrenzung . . . . .	46
aa) Unzureichende Erfassung des wettbewerblichen Geschehens	46
bb) Alternative Methoden zur Feststellung von Marktmacht	47
c) Notwendigkeit der Marktabgrenzung nach dem Wortlaut	
des Gesetzes . . . . .	48
d) Erfassung der wettbewerblichen Verhältnisse durch	
Marktabgrenzung . . . . .	49
e) Die Schwäche der ökonomischen Alternativmodelle . . . . .	51
f) Gewährleistung der Rechtssicherheit . . . . .	52
g) Zwischenergebnis . . . . .	54
2. Zweck des Wettbewerbsschutzes . . . . .	54
a) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	54
b) Die Bedeutung des Wettbewerbsschutzes für den Marktbe- griff . . . . .	54
c) Untersuchung des wirtschaftlichen Wettbewerbs als Grundlage für die Aufstellung einer Marktdefinition . . . . .	56
aa) Unmöglichkeit einer Wettbewerbsdefinition . . . . .	56

bb)	Untersuchung der Indikatoren wirtschaftlichen Wettbewerbs . . . . .	58
(1)	Herangehensweise an die Konkretisierung des Schutzziels Wettbewerb . . . . .	58
(2)	Anbieter und Nachfrager . . . . .	59
(3)	Die individuelle Wettbewerbsfreiheit der Unternehmen und die Wahlfreiheit der Verbraucher . . . . .	60
(4)	Wirtschaftliches Handeln . . . . .	62
(5)	Der Vertragsschluss . . . . .	64
(6)	Rivalität . . . . .	66
(7)	Die gegenseitige Einschränkung der Verhaltensspielräume . . . . .	67
(8)	Wettbewerbsparameter . . . . .	67
(9)	Merkmale potentiellen Wettbewerbs . . . . .	68
d)	Zwischenergebnis . . . . .	69
3.	Bedeutung der Rechtssicherheit für die Anwendung des Marktbegriffs . . . . .	69
4.	Zusammenfassung . . . . .	70
VI.	Die Definition des kartellrechtlichen Marktbegriffs . . . . .	71
1.	Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	71
2.	Die tatbestandsspezifische Marktdefinition . . . . .	71
3.	Die markttypenspezifische Marktdefinition . . . . .	72
4.	Der offene Marktbegriff . . . . .	73
5.	Der Markt als das Feld wettbewerblicher Beziehungen . . . . .	75
6.	Der Markt als die Umgebung des untersuchten Verhaltens . . . . .	76
7.	Anbieter und Nachfrager als Marktmerkmal . . . . .	80
8.	Der Preis größer Null als Marktmerkmal . . . . .	87
a)	Entscheidungspraxis, Literaturansichten und gesetzliche Regelung in § 18 Abs. 2a GWB . . . . .	87
b)	Zweckmäßigkeit für die Marktqualifikation . . . . .	92
aa)	Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	92
bb)	Wettbewerb in unentgeltlichen Leistungsbeziehungen . . . . .	93
cc)	Überwiegen der Konsumentenwohlfahrt . . . . .	95
c)	Gewährleistung der Rechtssicherheit . . . . .	97
d)	Zwischenergebnis . . . . .	97
9.	Beidseitige Leistungen als Marktmerkmal . . . . .	98
a)	Entscheidungspraxis und Literaturansichten . . . . .	98
aa)	Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	98
bb)	Schaffung eines Wertes für die Marktgegenseite . . . . .	99
cc)	Auftreten von Kosten . . . . .	103

dd) Beidseitige Leistungen . . . . .	104
ee) Synallagma der Leistungen . . . . .	108
ff) Zwischenergebnis . . . . .	109
b) Zweckmäßigkeit für die Marktqualifikation . . . . .	109
aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	109
bb) Wettbewerbsmerkmale in einseitigen Leistungsbeziehungen	109
cc) Wirtschaftliches Handeln bei unterschiedlichen Kategorien	
einseitiger Leistungsbeziehungen . . . . .	112
(1) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	112
(2) Privilegierung altruistisch erbrachter Leistungen durch	
Generalausnahme . . . . .	113
(3) Die differenzierende Beurteilung der Kategorien	
altruistischer Leistungsbeziehungen . . . . .	118
(4) Abgrenzungsmerkmale für tatsächlich altruistisches	
Verhalten . . . . .	122
dd) Zwischenergebnis . . . . .	124
c) Gewährleistung der Rechtssicherheit . . . . .	124
aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	124
bb) Vereinbarkeit mit § 18 Abs. 2a GWB . . . . .	125
cc) Vereinbarkeit mit dem Unternehmensbegriff im deutschen	
und europäischen Kartellrecht . . . . .	125
dd) Rechtssichere Anwendbarkeit des Kriteriums . . . . .	129
d) Zwischenergebnis . . . . .	129
10. Die Vertragsbeziehung als Marktmerkmal . . . . .	130
a) Entscheidungspraxis und Literaturansichten . . . . .	130
b) Zweckmäßigkeit für die Marktqualifikation . . . . .	132
aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	132
bb) Der Zusammenhang von Wettbewerbsfreiheit und	
Vertragsfreiheit . . . . .	132
cc) Wirtschaftlicher Wettbewerb ohne Vertragsschlüsse . . . .	134
c) Gewährleistung der Rechtssicherheit . . . . .	137
d) Zwischenergebnis . . . . .	137
11. Zusammenfassung . . . . .	137
C. Die Marktprüfung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen	139
I. Einleitung . . . . .	139
II. Unentgeltliche Leistungsbeziehungen . . . . .	139
1. Historie und Entwicklung . . . . .	139
2. Die psychologische Wirkung . . . . .	140

3. Geschäftsstrategien bei unentgeltlichen Angeboten . . . . .	142
III. Die Marktqualifikation bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen . .	144
1. Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	144
2. Anzeigenblätter . . . . .	144
a) Anbieter und Nachfrager . . . . .	144
b) Beidseitige Leistungen . . . . .	145
aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	145
bb) Leistung durch Aufmerksamkeit für die Werbung . . . . .	145
cc) Leistung durch faktisch ökonomischen Tausch . . . . .	150
dd) Leistung durch Zurechnung der Leistungen Dritter . . . . .	150
ee) Leistung durch Zahlung für beworbene Produkte . . . . .	151
ff) Leistung durch Erhöhung der Zahlungsansprüche gegen die Werbekunden . . . . .	151
c) Zwischenergebnis . . . . .	152
3. Unentgeltliche Radio- und Fernsehprogramme . . . . .	152
a) Anbieter und Nachfrager . . . . .	152
b) Beidseitige Leistungen . . . . .	154
aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	154
bb) Leistung durch Aufmerksamkeit für die Werbung . . . . .	155
cc) Leistung durch Zahlung für beworbene Produkte . . . . .	157
dd) Leistung durch Erhöhung der Zahlungsansprüche gegen die Werbekunden . . . . .	157
c) Zwischenergebnis . . . . .	160
4. Unentgeltliche digitale Dienstleistungen . . . . .	160
a) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	160
b) Anbieter und Nachfrager . . . . .	161
c) Beidseitige Leistungen . . . . .	161
aa) Leistung durch Aufmerksamkeit für die Werbung . . . . .	161
bb) Leistung durch Erhöhung der Zahlungsansprüche gegen die Werbekunden . . . . .	162
cc) Leistung durch Datenpreisgabe . . . . .	164
(1) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	164
(2) Datenpreisgabe als Leistungshandlung . . . . .	165
(a) Die wirtschaftliche Bedeutung von Daten . . . . .	165
(b) Datenpreisgabe als bewusste und zweckgerichtete Handlung . . . . .	168
(3) Einwilligung in die Datenverwertung als Leistungshandlung . . . . .	172
d) Zwischenergebnis . . . . .	174

5.	Krankenhausleistungen . . . . .	174
	a) Anbieter und Nachfrager . . . . .	174
	b) Beidseitige Leistungen . . . . .	175
	aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	175
	bb) Leistung durch Zurechnung der Zahlungen der Krankenkasse . . . . .	175
	cc) Leistung durch Begründung und Erhöhung der Zahlungsansprüche gegen die Krankenversicherung . . . . .	177
	c) Zwischenergebnis . . . . .	178
6.	Spenden . . . . .	178
	a) Anbieter und Nachfrager . . . . .	178
	b) Beidseitige Leistungen . . . . .	179
	aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	179
	bb) Leistung durch Ermöglichung der inneren Befriedigung, komplementäre Handlungen oder die Verwendung der Spende . . . . .	179
	cc) Leistung durch Zurechnung der Leistungen Dritter . . . . .	181
	c) Zwischenergebnis . . . . .	182
7.	Zusammenfassung . . . . .	183
IV.	Die Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen . . . . .	183
	1. Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	183
	2. Notwendigkeit der isolierten Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen . . . . .	184
	a) Theorie der zwei- oder mehrseitigen Märkte . . . . .	184
	b) Annahme eines einheitlichen Gesamtmarktes mit entgeltlicher und unentgeltlicher „Marktseite“ . . . . .	186
	aa) Ausgangspunkt der Untersuchung . . . . .	186
	bb) Komplementäre Leistungen . . . . .	186
	cc) Einheitliche Wettbewerbsbedingungen . . . . .	190
	dd) Enger wirtschaftlicher Zusammenhang . . . . .	193
	ee) Transaktionsmärkte und Nicht-Transaktionsmärkte . . . . .	196
	ff) Matching-Plattformen und Aufmerksamkeits-Plattformen . . . . .	199
	gg) Zwischenergebnis . . . . .	201
	c) Analyse nur des entgeltlichen Marktes . . . . .	201
	d) Abgrenzung getrennter Märkte, aber einheitliche Analyse . . . . .	203
	e) Zwischenergebnis . . . . .	205
	3. Methodik der Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen . . . . .	205
	a) Nichtanwendbarkeit des SSNIP-Tests . . . . .	205
	b) Probleme der Marktanteilsbestimmung . . . . .	208

c) Ungeeignetheit alternativer Marktabgrenzungskonzepte . . . . .	210
d) Das Bedarfsmarktkonzept als Ausgangspunkt . . . . .	210
aa) Das Bedarfsmarktkonzept als Standard der Marktabgrenzung . . . . .	210
bb) Die Kritik am Bedarfsmarktkonzept . . . . .	212
cc) Verhältnis des Bedarfsmarktkonzepts zur ökonomischen Methodik . . . . .	215
dd) Voraussetzungen für die Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts . . . . .	216
ee) Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts auf unentgeltliche Leistungsbeziehungen . . . . .	217
e) Die Erfassung und Analyse der Wettbewerbsparameter . . . . .	223
aa) Generelle Anwendbarkeit ökonomischer Methodik . . . . .	223
bb) Qualität . . . . .	224
(1) Qualitätseigenschaften . . . . .	224
(2) Messbarkeit von Qualität . . . . .	226
(3) Der SSNDQ-Test . . . . .	231
cc) Kosten . . . . .	235
(1) Der sog. SSNIC-Test . . . . .	235
(2) Test anhand erhöhter Datenabfrage . . . . .	236
f) Zwischenergebnis . . . . .	237
4. Zusammenfassung . . . . .	238
 D. Zusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	 239
 Literaturverzeichnis . . . . .	 253
Register . . . . .	275





## Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AtP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Antitrust Bull.	The Antitrust Bulletin
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Autorité	Autorité de la concurrence
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BWB	Bundeswettbewerbsbehörde
bzw.	beziehungsweise
B2C	Business-to-Consumer
CMA	Competition and Markets Authority
CoRe	European Competition and Regulatory Law Review
CR	Computer und Recht
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb

ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Einl.	Einleitung
Entsch.	Entscheidung
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Einzahl)
ff.	folgende (Mehrzahl)
FG	Festgabe
FIW	Forum Internationale Wissenschaft
FK	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
F&E	Forschung und Entwicklung
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs- Report
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs- sammlung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
I/S	I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society
InTeR	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
JbNSt	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JZ	Juristen-Zeitung
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien

Kommission	Europäische Kommission
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
K&R	Kommunikation & Recht
LG	Landgericht
Losebl.	Loseblatt
MMR	Multimedia und Recht
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo GWB	Münchener Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbs- beschränkungen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG Report
oN	ohne Namensangabe
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
Rn.	Randnummer
S.	Seite, Satz
s. o.	siehe oben
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannte, sogenannter
str.	streitig
u. a.	unter anderem, und andere
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO 1/2003	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002
VuR	Verbraucher und Recht
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

# A. Einführung

## I. Problemstellung und Zielsetzung der Arbeit

Der Wettbewerb als Schutzobjekt des Kartellrechts wird wegen seiner unüberschaubaren Komplexität und Dynamik im deutschen und europäischen Kartellrecht nicht positiv definiert. Vielmehr erfolgt zum einen eine negative Bestimmung, indem im Rahmen der kartellrechtlichen Tatbestände die Wettbewerbsbeschränkung den Maßstab dafür vorgibt, ob und inwieweit der Wettbewerb ausgeschlossen oder zu stark beeinträchtigt wird. Zum anderen enthalten die Vorschriften des deutschen und europäischen Kartellrechts aber an verschiedenen Stellen das Tatbestandsmerkmal Markt. Der Markt im kartellrechtlichen Sinne nimmt die Funktion ein, als Teilausschnitt des nicht vollumfänglich erfassbaren Wettbewerbs eine näherungsweise Betrachtung wettbewerblcher Vorgänge zu ermöglichen. Durch die Subsumtion unter den Marktbeffriff kann und soll ermittelt werden, ob und inwieweit tatsächliche Wirtschaftsbeziehungen als Ausschnitte eines bestimmten Bereiches des wirtschaftlichen Wettbewerbs anzusehen sind. Das Merkmal Markt ist bei der Prüfung aller drei Tatbestände des Kartellrechts – Kartellverbot, Missbrauchsverbot und Zusammenschlusskontrolle – von Bedeutung. Es ist gleichermaßen bei der privaten, behördlichen und gerichtlichen Kartellrechtsanwendung zu berücksichtigen. Die Prüfung des Merkmals Markt betrifft vor allem die Tatbestandsseite der Normen, kann aber auch auf der Rechtsfolgenseite, beispielsweise bei der Bußgeldbemessung, erforderlich sein. Der erste Präsident des Bundeskartellamts stellte folgerichtig zur Bedeutung des Merkmals Markt kurze Zeit nach Einführung des GWB fest: „Für alle einen nationalen oder supranationalen Wirtschaftsraum ordnende Rechtsnormen gibt es, soweit sie Einfluss auf den Wettbewerb nehmen wollen, das Problem des ‚Marktes‘“.<sup>1</sup>

Auch der Marktbeffriff wird im deutschen und europäischen Kartellrecht nicht legaldefiniert, was aufgrund seines Bezugsobjektes nicht überrascht. In der praktischen Anwendung wird zur Ermittlung des relevanten Marktes das sog. Bedarfsmarktkonzept herangezogen. Das Bedarfsmarktkonzept ist nicht als ge-

---

<sup>1</sup> Günther, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 3.

wohnheitsrechtliche Definition des kartellrechtlichen Marktes zu verstehen. Vielmehr wird durch dessen Anwendung ermittelt, welche Produkte und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite austauschbar sind und welche Anbieter folglich als Wettbewerber anzusehen sind. Im Ergebnis erhält der Anwender hierdurch eine Antwort auf die Frage, welche Unternehmen als Auswahloptionen der Anbieter oder Nachfrager überwiegend in Betracht gezogen werden und inwieweit hierdurch zwischen den Unternehmen eine Konkurrenzsituation besteht.

Die vorgelagerte Frage, ob wirtschaftliche Konkurrenz und damit Wettbewerb im Sinne des Kartellrechts vorliegt, kann und soll hingegen bei der Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts nicht beantwortet werden. Die Frage wird auch nicht durch die ökonomische Methodik beantwortet, welche zur Verfeinerung der Ergebnisse des Bedarfsmarktkonzepts angewandt wird. In der Kartellrechtsanwendung ist daher de lege lata eine Situation vorzufinden, in der die Subsumtion unter eines der zentralen Tatbestandsmerkmale des Kartellrechts regelmäßig ohne Definition erfolgt.

Zugleich haben Behörden und Gerichte in zahlreichen kartellrechtlichen Entscheidungen zumeist ohne Begründung wirtschaftliche Beziehungen zwischen verschiedenen Personenkreisen ausdrücklich oder zumindest implizit nicht als Markt anerkannt. Häufig war der Grund, dass in der untersuchten Wirtschaftsbeziehung auf beiden Seiten keine Zahlung erfolgte, so dass ein „fehlender Preis“ zu konstatieren war. Diese Entscheidungspraxis steht einerseits in der Tradition der Rechtsprechung des Reichsgerichts, dass bereits 1936 im lauterkeitsrechtlichen Fall „Diamantine“ formuliert hatte, dass die unentgeltliche, schenkungsweise Abgabe von Waren, welche bestimmungsgemäß entgeltlich abgegeben würden, „den allgemein gültigen Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung“ nicht entspreche und letztendlich den guten Sitten zuwiderlaufe.<sup>2</sup> Diese Vorstellung bringt der durch das gleichnamige Buch von *Milton Friedman* bekannt gewordene Ausspruch „There’s no such thing as a free lunch“<sup>3</sup> zum Ausdruck. Andererseits kann sich die Entscheidungspraxis auf einen Gedanken berufen, den *Raiser* zur zivilrechtlichen Beurteilung unentgeltlicher Leistungsbeziehungen äußerte: „Echte Unentgeltlichkeit liegt außerhalb des Wirtschaftslebens und kann nicht am Maßstab der Gerechtigkeit gemessen werden.“<sup>4</sup>

Der deutsche Gesetzgeber sah sich aufgrund dieser Konstellation dazu veranlasst, mit der 9. GWB-Novelle in § 18 Abs. 2a GWB zu erklären, dass es der

<sup>2</sup> RG, Urt. v. 27.3.1936, II 229/35, GRUR 1936, 810, 812f. – Diamantine; hierzu *Sachon*, WRP 1980, 659, 664.

<sup>3</sup> Der Ausspruch selbst stammt aus einem Zeitungsartikel, *El Paso Herald-Post*, 27. Juni 1938, S. 4; hierzu *Newman*, *The George Washington Law Review* 2018, 513, 515; *Shapiro*, *Quotes Uncovered*.

<sup>4</sup> *Raiser*, FS DJT, 101, 129.

Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird. Mit dieser Klarstellung ging allerdings weder eine Legaldefinition noch eine positive Konkretisierung der Voraussetzungen des kartellrechtlichen Marktes einher.

Die in dieser Arbeit behandelte Problemstellung folgt aus der Gemengelage des weder legaldefinierten noch in der Entscheidungspraxis mit abstrakten Kriterien näher bestimmten kartellrechtlichen Marktbegriffs einerseits und dem realen Phänomen der vom deutschen Gesetzgeber zwar anerkannten, aber nur deklaratorisch geregelten Konstellation, dass in einer Geschäftsbeziehung keine Zahlung oder gar keine Gegenleistung erfolgt. Praktisch relevant ist die Problemstellung nicht nur wegen der vor allem in der Digitalwirtschaft gebräuchlichen Geschäftsmodelle ohne monetäre Zahlungsströme, sondern auch in althergebrachten Wirtschaftszweigen wie der Verbreitung von Anzeigenblättern, der Ausstrahlung frei empfangbarer Fernseh- und Radiosender oder der Beziehung zwischen Spendenempfängern und Spendern. Es stellt sich in diesen und vergleichbaren Fällen ohne monetäre Gegenleistung die Frage, nach welchen abstrakten Kriterien zu bestimmen ist, ob ein Markt vorliegt. Bisher fehlen trotz der vermehrten Forschung zur Thematik in der jüngsten Vergangenheit<sup>5</sup> allgemeine Grundsätze und eine dogmatisch schlüssige Grundlage für die Anwendungspraxis, welche eine rechtssichere Behandlung der verschiedenartigen Konstellationen unentgeltlicher Leistungsbeziehungen ermöglichen würden. Wie noch näher darzustellen sein wird, ist die über Jahrzehnte vorherrschende Anwendungspraxis des Marktbegriffs, der von Beginn an keine abstrakte Definition zugrunde lag, so stark von der spezifisch auf Preismärkte zugeschnittenen Methodik abhängig, dass sie in diesem Zustand auf andersartige, bisher nicht bedachte ökonomische Situationen schlichtweg nicht bestimmungsgemäß angewandt werden kann.

Die uneingeschränkte Anwendung des Kartellrechts auf alle Konstellationen unentgeltlicher Leistungsbeziehungen hätte einen ausufernden Anwendungsbe- reich des Kartellrechts zur Folge, welcher über den Schutzzweck hinausreichen würde. Zwar könnten die Kartellbehörden im Rahmen des Aufgreifermessens bei Grenzfällen Zurückhaltung üben, wobei auch insoweit die Kriterien für die Ausübung des Aufgreifermessens unklar sind. Gerichten ist die Vermeidung der Rechtsfrage in Grenzfällen aber regelmäßig nicht ohne weiteres möglich. Nicht zuletzt erfordert die den Unternehmen inzwischen weitgehend auferlegte Selbst-

---

<sup>5</sup> Mit der Thematik beschäftigen sich u. a. die Dissertationen von *Brinkmann*, Marktmachtmissbrauch, S. 128 ff.; *Grothe*, Datenmacht, S. 78 ff.; *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerbsrecht, S. 98 ff.; *Mauelshagen*, Online-Inhalte, S. 90 ff.; *Oehm*, Fusionskontrolle auf Softwaremärkten, S. 117 ff.; *Volmar*, Digitale Marktmacht, S. 86 ff.; *Weber*, Zugang zu Softwarekomponenten, S. 195 ff.; *Zeidler*, Medienfusionen und zweiseitige Märkte, S. 169 ff.; *Zschoch*, Soziale Netzwerke im Kartellrecht, S. 57 ff.



veranlagung der Kartellrechtskonformität ihres Handelns eindeutige Kriterien, anhand derer die Unternehmen bestimmen können, ob und in welcher Hinsicht sie mit einer Tätigkeit auf einem kartellrechtlichen Markt agieren.

Die Auslegung und Anwendung des kartellrechtlichen Marktbegriffs durch Behörden und Gerichte auf unentgeltliche Leistungsbeziehungen muss ferner dem Gebot der Rechtssicherheit Genüge tun. Auch stellt sich bei einer uneinheitlichen Anwendung des Marktbegriffs auf wirtschaftlich vergleichbare Konstellationen ohne monetäre Zahlungsströme die Frage, ob es sich um eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung handelt.

Diesen Anforderungen kann die Anwendungspraxis nur gerecht werden, wenn sie an einheitlichen, eindeutig definierten Kriterien orientiert ist. Nur dann können Kartellrechtsanwender rechtssicher bestimmen, ob und welche unentgeltlichen Leistungsbeziehungen als Markt zu qualifizieren sind.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist deshalb zunächst zu klären, welche abstrakten Merkmale den kartellrechtlichen Markt kennzeichnen. Dabei muss anhand der juristischen Auslegungsmethodik ermittelt werden, welche Voraussetzungen insbesondere nach dem systematischen Zusammenhang und der Zweckrichtung des Marktbegriffs zwingend vorliegen müssen, um ein Marktgeschehen im Sinne des Kartellrechts zu bejahen. In systematischer Hinsicht ist vor allem zu berücksichtigen, dass ein abstrakter Marktbegriff mit dem Verständnis des allen kartellrechtlichen Tatbeständen immanenten kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs in Einklang stehen muss. Da der kartellrechtliche Markt zwangsläufig ein Teilausschnitt des Wettbewerbs ist, kommt die Prüfung zudem nicht umhin, für die Bestimmung einer abstrakten Marktdefinition die wesentlichen Elemente des Wettbewerbs näher zu untersuchen. Anschließend ist zu ermitteln, zu welchen Ergebnissen die Anwendung dieses Marktbegriffs in verschiedenen wirtschaftlichen Konstellationen gelangt.

Darüber hinaus ergibt sich bei der Anwendung des Marktbegriffs auf unentgeltliche Leistungsbeziehungen auch das Problem, dass die herkömmliche Marktabgrenzung anhand des Bedarfsmarktkonzepts und ökonomischer Hilfsmittel primär durch Untersuchung der Preise von Unternehmen vorgenommen wird. Ohne Zahlungen in den untersuchten Leistungsbeziehungen ist diese Vorgehensweise aussichtslos. Prüfungsgegenstand dieser Arbeit ist folglich auch die Praktikabilität der Anwendung herkömmlicher und neuerer Marktabgrenzungsmethodik auf unentgeltliche Leistungsbeziehungen in einer Konstellation, in der nicht auf den Parameter Preis zurückgegriffen werden kann.

## II. Begriffsbestimmung

Für die Untersuchung der preislosen Wirtschaftsbeziehungen ist die eindeutige, trennscharfe Verwendung der Begriffe Unentgeltlichkeit, nicht-monetäre Leistungen sowie einseitige Leistungsbeziehungen für das Verständnis und den Gehalt der Ausführungen essentiell.<sup>6</sup> Diese Arbeit fokussiert sich besonders auf die Auslegung von GWB und AEUV im Allgemeinen und des Marktbegriffs der Normwerke im Speziellen.

Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist dem deutschen Recht nicht fremd. Insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Begriff Bestandteil zahlreicher Normen des Abschnitts über die Schuldverhältnisse, so bei der Leihe (§ 598 BGB), dem Auftrag (§ 662 BGB), der Verwahrung (§ 690 BGB) und der Schenkung (§ 516 BGB). Daneben findet sich der Begriff auch verstreut in Normen verschiedener Rechtsbereiche wie u. a. §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822, 988 oder 2375 Abs. 1 BGB. Unentgeltlichkeit bedeutet in allen Vorschriften des BGB, dass keinerlei Gegenleistung, gleich welcher Form, geschuldet wird.<sup>7</sup> Dieses Verständnis von Unentgeltlichkeit entspricht der historischen Bedeutung des Begriffs, der sich selbst vom Begriff Entgelt ableitet. Der Begriff Entgelt ist historisch nicht auf monetäre Leistungen, also Geldleistungen beschränkt. Vielmehr kann ein Entgelt nach dem Ursprung des Begriffes in jeder Art von Leistung bestehen. Ein Entgelt wird als „Lohn, Belohnung; Bezahlung, Vergütung, Entschädigung, Ersatz (für Leistungen, Mühen)“<sup>8</sup> verstanden. Unentgeltlich wird entsprechend diesem Begriffsverständnis ausgelegt und soll „ohne Entgelt, ohne Bezahlung, umsonst“ bedeuten.<sup>9</sup> Wenngleich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches einen anderen Anwendungsbereich betreffen als diejenigen des Kartellrechts, sind ihre Inhalte dem Grundsatz nach für die Auslegung des Kartellrechts trotzdem von Bedeutung. Das deutsche, aber auch europäische Kartellrecht ist ein Teil der Rechtsordnung als Gesamtheit und muss daher mit Blick auf diese Gesamtheit ausgelegt werden.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Insbesondere ist der in § 18 Abs. 2a GWB verwendete Begriff „unentgeltlich“ auslegungsbedürftig, vgl. *Thomas*, NZKart 2017, 92, 93 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle.

<sup>7</sup> Vgl. zur Schenkung *Chiusi*, in: Staudinger, § 516 BGB Rn. 36 ff.; zur Leihe *Scheuch*, in: Schulze, § 598 BGB Rn. 11; zum Auftrag *Sprau*, in: Palandt, § 662 Rn. 8; zur Verwahrung *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, § 690 Rn. 1; zu §§ 816 und 822 BGB *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, § 816 Rn. 9, 22 und § 822 Rn. 7; zu § 988 BGB *Herrler*, in: Palandt, § 988 Rn. 3; zu § 2375 BGB *Weidlich*, in: Palandt, § 2375 Rn. 1; hierzu auch *Volmar*, WRP 2019, 582, 584.

<sup>8</sup> *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, S. 416.

<sup>9</sup> *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, S. 1298.

<sup>10</sup> Vgl. *Rittner*, in: Schwarze (Hrsg.), Recht und Ökonomie, 17 f.

Im deutschen und europäischen Kartellrecht hat der Begriff lange Zeit keine Rolle gespielt. Erst mit der Schaffung des § 18 Abs. 2a GWB im Rahmen der 9. GWB-Novelle, der stipuliert, dass es der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird, hat der Begriff in das deutsche Kartellrecht Eingang gefunden. Die Unentgeltlichkeit im kartellrechtlichen Sinne soll nach den Motiven des deutschen Gesetzgebers eine andere als die zuvor genannte sprachhistorische Bedeutung haben. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen unentgeltlich erbrachte Leistungen solche sein, die „ohne direkte monetäre Gegenleistung angeboten werden“.<sup>11</sup> Dies entspricht der Begriffsbedeutung, die heute im allgemeinen Sprachgebrauch weit verbreitet ist. Im Duden wird ein Entgelt nach aktuellem Gebrauch als eine „für eine Arbeit oder aufgewandte Mühe gezahlte Entschädigung“ oder synonym zu „Gehalt, Lohn“ genannt.<sup>12</sup> Entsprechend bedeutet unentgeltlich im modernen Sprachgebrauch „umsonst, ohne dass dafür bezahlt zu werden braucht“.<sup>13</sup> Es spricht angesichts der vom Gesetzgeber für das GWB intendierten Bedeutung von Unentgeltlichkeit viel dafür, diesem Verständnis zu folgen. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass die Wortlautauslegung von Rechtsnormen sich am besonderen Sprachgebrauch des jeweiligen Gesetzes orientiert.<sup>14</sup> Wenngleich diese Arbeit auch das europäische Kartellrecht behandelt und der Begriff der Unentgeltlichkeit oder seine ausländischen Entsprechungen wie „gratuitousness“ oder „gratuité“ auf dieser Rechtsebene nicht legislativ abschließend vorgegeben wurden, ist für eine eindeutige Abgrenzung verschiedener Fälle nicht-monetärer Leistungsbeziehungen das enge Verständnis der Unentgeltlichkeit zu bevorzugen.<sup>15</sup> Als unentgeltlich werden daher folgend Konstellationen bezeichnet, in denen eine Seite keine monetäre Leistung, aber möglicherweise eine andere Art von Leistung, nämlich eine nicht-monetäre Leistung, erbringt.

Eine unentgeltliche Leistung im genannten Sinne ist weder begrifflich noch inhaltlich gleichzusetzen mit einer kostenlosen Leistung. Zwar werden die Adjektive oftmals synonym verwendet. Kostenlos bedeutet aber „keine Kosten verursachend“.<sup>16</sup> Wenn eine Leistung ohne monetäre Gegenleistung erbracht wird, sind für die nicht zahlende Seite aber mit dem Geschäft verbundene Kosten nicht zwingend ausgeschlossen. Von kostenlosen Leistungen kann daher richtigerweise nur die Rede sein, wenn für eine Seite tatsächlich keine Kosten anfallen. Ein

---

<sup>11</sup> Begründung zum Regierungsentwurf der 9. GWB-Novelle, BT-Drucks. 18/10207, S. 47; hierzu *Volmar*, WRP 2019, 582, 584.

<sup>12</sup> Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 317.

<sup>13</sup> Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 937.

<sup>14</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 208.

<sup>15</sup> Vgl. mit Verweis auf die Gesetzesbegründung *Lorenz*, in: *Berg/Mäsch*, § 18 GWB Rn. 12.

<sup>16</sup> Duden, Bedeutungswörterbuch, S. 553.

unentgeltlicher Markt ist mithin bereits begrifflich nicht zwingend ein „Kostenlos-Markt“.

Abzugrenzen von den unentgeltlichen Leistungsbeziehungen sind ferner solche, in denen es an jedweder Gegenleistung fehlt. Diese werden daher folgend als einseitige Leistungsbeziehungen bezeichnet.

### III. Der Gang der Untersuchung

Zur Bestimmung eines kartellrechtlichen Marktbegriffs wird in Teil B zunächst anhand der juristischen Auslegungsmethodik grundlegend untersucht, welche Eigenschaften der kartellrechtliche Markt aufweist, um diese abschließend in einer Definition des kartellrechtlichen Marktbegriffs zusammenzuführen.

Die Wortlautauslegung in Teil B.I. dient der Abgrenzung des spezifisch kartellrechtlichen Marktbegriffs von anderen Markt Begriffen und der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands. Mittels der historischen Auslegung in Teil B.II. soll die Entwicklungsgeschichte und das sich mit der Zeit entwickelte Verständnis sowie die Anwendungspraxis des Markt begriffs im Kartellrecht nachgezeichnet werden. Daran anknüpfend wird im Wege der systematischen Auslegung des Markt begriffs in Teil B.III. erörtert, ob und inwieweit der Markt begriff in den Normen des Kartellrechts einheitlich oder differenziert auszulegen und anzuwenden ist. In Teil B.IV. erfolgt eine Auslegung des kartellrechtlichen Markt begriffs nach dessen Sinn und Zweck. Im Rahmen dieser Prüfung wird zuerst ermittelt, ob eine Bestimmung des Marktes nach dem telos des Kartellrechts überhaupt erforderlich ist. Anschließend wird der dem Markt begriff zugrundeliegende Zweck des Wettbewerbsschutzes durch Annäherung an die allgemeinen Eigenschaften wirtschaftlichen Wettbewerbs konkretisiert. Weiterhin wird die Bedeutung der Rechtssicherheit für die Anwendung des Markt begriffs dargestellt. Schließlich wird in Teil B.V. auf der Grundlage der zuvor im Wege der Auslegung ermittelten Ergebnisse eine Definition des kartellrechtlichen Markt begriffs aufgestellt.

In Teil C wird untersucht, zu welchen Ergebnissen die Anwendung des zuvor konkretisierten und definierten kartellrechtlichen Markt begriffs bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen führt. In einem ersten Schritt werden hierfür in Teil C.I. die Geschichte, die psychologischen Wirkungen und die verschiedenartigen Geschäftsstrategien erörtert, die unentgeltliche Leistungsbeziehungen kennzeichnen. Nachfolgend wird anhand des zuvor ermittelten zweistufigen Markt begriffs aufgezeigt, ob und inwieweit unentgeltliche Leistungsbeziehungen als Markt zu qualifizieren und abzugrenzen sind. Dafür wird die in dieser Arbeit aufgestellte Marktdefinition in Teil C.II. auf typische Anwendungsfälle

unentgeltlicher Leistungsbeziehungen angewendet. Im Anschluss beschäftigt sich Teil C.III. mit der Marktabgrenzung bei unentgeltlichen Leistungsbeziehungen. Es wird zum einen geprüft, ob bei Plattformmärkten eine isolierte Abgrenzung eines Marktes mit unentgeltlichen Leistungsbeziehungen erforderlich ist. Zum anderen wird begutachtet, inwieweit die bestehende kartellrechtliche Marktabgrenzungsmethodik geeignet ist, eine rechtssichere Marktabgrenzung bei Märkten mit unentgeltlichen Leistungsbeziehungen zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf das Problem der Marktabgrenzung anhand qualitativer statt quantitativer Kriterien eingegangen.

Die Ergebnisse der Arbeit werden abschließend in Teil D zusammengefasst.

## B. Untersuchung und Definition des kartellrechtlichen Marktbegriffs

### I. Einleitung

Anhand der Auslegung nach dem Wortlaut, der Systematik, der Historie sowie Sinn und Zweck soll der kartellrechtliche Marktbegriff untersucht und konkretisiert sowie auf der Grundlage der Auslegungsergebnisse eine Definition des Marktes im kartellrechtlichen Sinne aufgestellt werden.

### II. Wortlautauslegung des kartellrechtlichen Marktbegriffs

#### *1. Ausgangspunkt der Untersuchung*

Ausgangspunkt der Auslegung eines Gesetzestextes ist immer der Wortlaut.<sup>1</sup> Eine grundlegende Weichenstellung für die weiteren Ausführungen ist es, eine kartellrechtsautonome Wortlautauslegung für den Begriff „Markt“ vorzunehmen und ihn hinsichtlich anderer Marktbegriffe trotz wechselseitig vorhandener Bezüge abzugrenzen.

#### *2. Unabhängigkeit vom ökonomischen Marktbegriff*

Trotz vorhandener Einflüsse aus Ökonomie<sup>2</sup> und Soziologie ist der kartellrechtliche Marktbegriff ein Rechtsbegriff, der autonom rechtlich auszulegen ist und bei dem andere Marktbegriffe nur Einfluss haben, wenn sie durch die Rechtsanwendung rezipiert werden.<sup>3</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es erforderlich, dass sowohl die Behörden als auch die Unternehmen von gemeinsamen

---

<sup>1</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 208.

<sup>2</sup> Vgl. Hahne, Das Erfordernis der Marktabgrenzung, S. 46.

<sup>3</sup> Vgl. Früh, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, S. 38, 105 und 140; Nevo, Definition of the Relevant Market, S. 57; Sousa Ferro, Concurrences N° 1-2015, 1, 10, Rn. 83; allgemein zum Begriff des Marktes im Recht Martiny, FS Drobny, 389, 390ff.; ähnlich zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff Thomas, Unternehmensverantwortlichkeit und -umstrukturierung, S. 12 f.

Voraussetzungen des Marktbegriffs und einer spezifischen Methode der Markt-  
abgrenzung ausgehen können.<sup>4</sup>

Wegen der Bedeutung ökonomischer Modelle im Rahmen der rechtlichen Prüfung, ob und inwieweit ein Markt vorliegt, stellt sich die Frage, in welchem Range sich Rechtsanwendung und ökonomische Bewertung im Kartellrecht gegenüberstehen. Diese Frage stellte sich schon im Zusammenhang mit der Einführung des GWB.<sup>5</sup> Für die vorliegende Untersuchung ist dies von Bedeutung, da eine Anwendung des ökonomischen Markt-**g**egriffs denkbar ist. Der ökonomische Markt-**g**egriff, wonach ein Markt dadurch entsteht, dass Angebot und Nachfrage aufeinander treffen und damit die Menge und den Preis eines Gutes bestimmen<sup>6</sup>, könnte auch für das Kartellrecht maßgeblich sein. Die Kommission erklärt in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, „dass sich der Begriff des relevanten Marktes von Markt-**g**egriffen unterscheidet, wie sie oft in anderen Zusammenhängen gebraucht werden“.<sup>7</sup> Für die Auslegung der Begriffe des GWB gilt, dass sie nicht an die Bedeutung gebunden sind, die sie in anderen Teilen der Rechtsordnung haben.<sup>8</sup> Zugleich muss die zunehmend stärkere Bedeutung der Ökonomie im Kartellrecht<sup>9</sup> zur Kenntnis genommen werden. Zu betrachten ist daher zunächst allgemein das Verhältnis von Kartellrecht und Ökonomie, um anschließend speziell auf die Übertragbarkeit des ökonomischen Markt-**g**egriffs in das Kartellrecht einzugehen.

*Rittner* weist zurecht darauf hin, dass die Anwendung ökonomischer Modelle in der Rechtsanwendung mit Vorsicht erfolgen muss, da ökonomische Modelle oftmals als Mittel zur Wettbewerbspolitik dienen sollen und somit von vornherein nur eingeschränkt geeignet sind, die wirtschaftliche Realität abzubilden.<sup>10</sup> Beim Subsumtionsvorgang bedenkenlos angewandt werden können nur ökonomische Modelle, welche die Realität der Wirtschaftsstrukturen maximal ungefiltert abbilden.<sup>11</sup> Die Notwendigkeit der Übersetzung ökonomischer Wirklichkeit in Recht fußt auch auf einer Inkongruenz bei der Übertragbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsergebnisse in die Rechtsanwendung.<sup>12</sup> Ökonomische Modelle erschweren eher die Rechtsanwendung, als dass sie ihr nützen, da sie sich „zwi-

<sup>4</sup> *Sousa Ferro*, Concurrences N° 1-2015, 1, 10, Rn. 83.

<sup>5</sup> Vgl. *I. Schmidt*, WuW 1965, 453 m. w. N.

<sup>6</sup> *Mankiw/Taylor*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 59 ff.

<sup>7</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABl. 1997 C 372/03, Rn. 3.

<sup>8</sup> *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, Bd. 1, Einl. Rn. 124.

<sup>9</sup> *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law*, Rn. 1-002 f.

<sup>10</sup> *Rittner*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Recht und Ökonomie*, 17, 18 f.; *ders.*, AcP 188 (1988), 101, 110.

<sup>11</sup> Vgl. *Rittner*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Recht und Ökonomie*, 17, 18 und 26.

<sup>12</sup> Vgl. *Kling/Thomas*, *Kartellrecht*, § 16 Rn. 36 f.

# Register

- Abschlussfreiheit 133–134
- Adblocker 162
- Altruismus 96, 111, 113, 115–116, 122–123, 143, 178–182
- Anbieter, siehe Angebot und Nachfrage
- Angebot und Nachfrage 59–60, 66, 69, 71, 80–89, 93, 121–122, 128, 131, 137, 145, 152
- Angebotsmarkt 211
- Angebotsumstellungsflexibilität 44, 68, 123, 210–213, 219
- Anzeigenblätter 89, 142–150
- Aufmerksamkeit 145–149, 155–157, 159, 161–162, 208, 232
  - Aufmerksamkeitskosten 103, 146, 148, 235
  - Aufmerksamkeits-Plattform 188–190, 199–200
- Aufmerksamkeitskosten 103, 146, 148, 235
- Aufmerksamkeits-Plattform 188–190, 199–200
- Auslobung 109, 136
- Austauschbarkeit 19–20, 25–26, 32–33, 72, 116, 188, 190, 193, 195–198, 206–214, 232
- Austauschverhältnis 81, 89, 91–92, 98–110, 126, 130–133, 136, 139, 164, 167
  
- Bedarf 86, 198
  - komplementärer Bedarf 190–191
- Bedarf, komplementärer 190–191
- Bedarfsmarktkonzept 26–29, 32, 44, 86, 121–122, 191–193, 201, 204, 210–222
- Befriedigung, innere 179–181
- Behinderungsmissbrauch 135, 143
- Bewertung 224–227, 236–237
- Blutspendemarkt 181–182
- Bußgeldberechnung 42
  
- Clayton Act 19–20
  
- Daten 93, 165–166, 169–172, 208–209, 214–217, 223, 225, 236–238
  - Datenmacht 237
  - Datenpreis 237
  - Datenpreisgabe 165–173, 225, 236–237
  - Datenrecht 168, 173, 174
- Datenmacht 237
- Datenpreis 237
- Datenpreisgabe 165–173, 225, 236–237
- Datenrecht 168, 173, 174
- Datenschutz 218, 227
  - Datenschutz-Grundverordnung 170, 172, 174
- Datenschutz-Grundverordnung 170, 172, 174
- Dienstleistungen, digitale 160–162, 172–173
- Dienstleistungsmarkt 84–86
- Digitalwirtschaft 93–94, 140
- Direct evidence 47–53
  
- Effizienzgewinne 40–41
- Einwilligung in Datenverwertung 172–174
- Empirie 214–215, 229–231
- Entgelt 5, 89–91
  
- Forschung und Entwicklung 59–60, 67, 83–84, 93
- Free-TV 89, 152–160
- Fremdkosten 103–104
- Fusionskontrolle 38–42, 71–72, 86–87
  
- Gefälligkeitsverhältnis 134–135
- Generalausnahme 113–118
- Geschäftsstrategie 142–143
- Gewinnerzielungsabsicht 116, 118–119, 127–129



- Handeln, wirtschaftliches 105, 112–113, 116–128, 135–136, 153
- Handelsvertreter 197
- Information 168–170, 172–173
- Informationskosten 103
- Informationskosten 103
- Inhaltsfreiheit 133
- Innovation 59–60, 72–73, 84, 93, 207, 218–219, 223
- Innovationsmarkt 59–60, 84, 87
- Interaktion 101–104, 130, 184–187, 190, 196
- Intermediär, siehe Plattform
- Kartellverbot 31–33, 71
- Kondiktionsrecht 106–107
- Konkurrenz, vollständige 23–24, 65
- Konsumentenwohlfahrt 33–36, 44–45, 95–97, 111, 224
- Konzept der Wirtschaftspläne 26, 210
- Kosten 95, 103–104, 169, 235–236
- Fremdkosten 103–104
  - Informationskosten 103
  - Kostenerhöhung 235
  - Kostenlosigkeit 6, 127, 140–143
  - Transaktionskosten 103, 147
- Kostenerhöhung 235
- Kostenlos-Effekt, siehe Nullpreiseffekt
- Kostenlosigkeit 6, 127, 140–143
- Krankenhausleistungen 174–178
- Krankenversicherung 175–178
- Kreditkartensystem 185, 197
- Kreuzpreiselastizität 20, 206, 211, 223
- Kundengruppe 81–82, 121, 184–204, 208–209, 215
- Kundenkarten 82–83
- Leihvertrag 109, 114
- Leistung 6, 72, 105–108, 245
- altruistische Leistung 113, 115, 118
  - beidseitige Leistungen 98, 104, 108–109, 120–121, 125, 128–129, 137, 154, 244–246
  - komplementäre Leistung 82, 186–190
  - Krankenhausleistungen 174–178
  - Leistungsänderung 229, 235
  - Leistungszurechnung 150–151, 175–177, 181–182
  - Primärleistung 82
- Leistung, altruistische 113, 115, 118
- Leistung, komplementäre 82, 186–190
- Leistungen, beidseitige 98, 104, 108–109, 120–121, 125, 128–129, 137, 154, 244–246
- Leistungsänderung 229, 235
- Leistungsbeziehung 29–30, 60–62, 66, 82–83, 108–109, 114, 136, 154, 176–177, 192–195
- einseitige Leistungsbeziehung 7, 100, 105, 109–113, 116–120, 123, 125, 182
  - unentgeltliche Leistungsbeziehung 79, 88–96, 139–142, 184, 202, 217–223
  - zweiseitige Leistungsbeziehung 111, 120–121
- Leistungsbeziehung, einseitige 7, 100, 105, 109–113, 116–120, 123, 125, 182
- Leistungsbeziehung, unentgeltliche 79, 88–96, 139–142, 184, 202, 217–223
- Leistungsbeziehung, zweiseitige 111, 120–121
- Leistungszurechnung 150–151, 175–177, 181–182
- Lerner-Index 51
- Lizenzmarkt 84
- Mapping difficulty 141
- Markt 13–14
- Nachbarmarkt 69
  - Nachfragemarkt 211
  - Produktmarkt 60, 84–87
  - Programmsignalmarkt 85
  - räumlicher Markt 17, 32
  - Rezeptionsmarkt 161–162
  - sachlicher Markt 17, 32
  - Transaktionsmarkt 196–198
  - unentgeltlicher Markt 89, 92, 202–203, 218–220
  - zeitlicher Markt 17
  - zwei- oder mehrseitiger Markt 37, 117–121, 184–186, 221
- Markt, räumlicher 17, 32
- Markt, sachlicher 17, 32
- Markt, unentgeltlicher 89, 92, 202–203, 218–220

- Markt, zeitlicher 17  
 Markt, zwei- oder mehrseitiger 37,  
 117–121, 184–186, 221  
 Marktabgrenzung 13, 19, 25–26, 29–32,  
 36–37, 41–50, 53, 68–69, 74, 187–205,  
 217–223  
 – asymmetrische Marktabgrenzung 195  
 Marktabgrenzung, asymmetrische 195  
 Marktabschottung 112  
 Marktanalyse 30, 35–38, 41, 44, 49, 51, 53,  
 68, 71–75, 77, 86, 203, 219  
 Marktanteile 34, 37–38, 44–47, 50, 69,  
 202–204, 208–209, 217, 228  
 Marktbefragung 213, 216–217, 222, 227,  
 234  
 Marktbegriff 9–10, 16, 21–31, 34, 47–48,  
 53, 55, 78, 80  
 – funktionaler Marktbegriff 129  
 – offener Marktbegriff 73–74  
 Marktbegriff, funktionaler 129  
 Marktbegriff, offener 73–74  
 Marktbeherrschung 21–24, 28, 34–38,  
 41–42, 68, 77, 115, 202–205, 232  
 Marktdefinition 21–29, 45, 70, 73–77, 81,  
 83, 138, 243–247  
 Märkte, vor- und nachgelagerte 197  
 Marktfähigkeit 59–60  
 Marktformenlehre 75  
 Marktgegenseite 84, 86, 106, 110, 121, 210,  
 214, 221–222  
 Marktmacht 43–48, 50–51, 79, 123,  
 202–203, 206, 214  
 Marktprüfung 29–30, 36–39, 44, 48, 53, 69,  
 73–75, 82  
 Marktqualifikation 29–30, 37, 45, 55,  
 68–71, 79, 81–82  
 Marktseiten 100, 117, 121, 142, 194–195,  
 204, 211, 221  
 Marktstruktur 44, 53, 71  
 Marktstudien 215, 217  
 Markttypen 72  
 Marktwirtschaft 78  
 Marktzutrittsschranken 39, 41, 47, 72, 75  
 Matching-Plattform 187–191, 197–200  
 Missbrauchsverbot 27, 34–37, 71  
 – Behinderungsmisbrauch 135, 143  
 Modell hedonischer Preise 228  
 Monetarisierung 143, 147, 151–152, 166  
 Monopolisierung 115  
 More economic approach 51, 216, 230  
 More technological approach 72–73  
 Multi-homing 72, 190, 193  
 Nachbarmarkt 69  
 Nachfragemarkt 211  
 Nachfrager, siehe Angebot und Nachfrage  
 Nachfragergruppe 188, 192–193, 198–201,  
 220  
 Nachfragerpräferenzen 189, 192–195, 198,  
 201, 222, 226  
 Netzwerkeffekte 72–73, 102, 184–187, 190,  
 194–209  
 Non-Profit Organisation 118, 178  
 Nullpreis 52, 63, 87–90, 120, 140–141, 208,  
 218–220, 224, 228  
 – Nullpreiseffekt 140–141, 206–207,  
 220–222, 228, 231  
 – Nullpreisstrategie 63, 142  
 Nullpreiseffekt 140–141, 206–207,  
 220–222, 228, 231  
 Nullpreisstrategie 63, 142  
 Nutzeranteile 208–209, 232  
 Objektivierung 224–225, 237  
 Ökonomie 10–15, 50–52  
 Open Source 116–117, 178–179  
 Opportunitätskosten 103, 146, 148, 155,  
 171  
 Ordoliberalismus 54, 61  
 Pay-per-click-Modell 164  
 Pay-per-view-Modell 163  
 Pay-TV 153  
 Persönlichkeitsrecht, allgemeines 168  
 Plattform 142, 184–205, 203–209  
 – Matching-Plattform 187–191, 197–200  
 – Transaktions-Plattform 187, 196–199  
 Preis 19, 44, 52, 67, 72, 87–93, 218,  
 221–224, 228  
 – Preis größer Null 52, 72, 87–93  
 – Preisdifferenzierung 82  
 – Preiseinführung 206–207, 220, 232  
 – Preiserhöhung 206–207, 220  
 – Preismissbrauch 143  
 – Preissetzung 194  
 Preisdifferenzierung 82

- Preiseinführung 206–207, 220, 232  
 Preiserhöhung 206–207, 220  
 Preiskorrelationsanalyse 33  
 Preismissbrauch 143  
 Preissetzung 194  
 Preisvergleichsportal 200  
 Preiswettbewerb 93, 205–206, 219  
 Primärleistung 82  
 Privacy paradox 171  
 Privatautonomie 64, 66, 77, 80, 132–133  
 Privilegierung 113–118  
 Produktdifferenzierung 201  
 Produkteigenschaften 211, 219  
 Produktmarkt 60, 84–87  
 Prognose 41–42, 71–72, 86–87  
 Programmsignalmarkt 85
- Qualität 19, 52, 67, 93–94, 167, 207,  
 218–228, 233–236  
 – Qualitätseigenschaften 224–229, 236  
 – Qualitätsverringering 224, 231–235  
 – Qualitätswettbewerb 93, 175, 202, 219,  
 231  
 Qualitätseigenschaften 224–229, 236  
 Qualitätsverringering 224, 231–235  
 Qualitätswettbewerb 93, 175, 202, 219, 231  
 Quantifizierung 213, 227, 229, 233  
 Quick look-Analyse 48–49
- Radio 89, 152–160  
 Reaktionsverbundenheit 99–100  
 Rechtsbindungswille 135  
 Rechtssicherheit 16, 33, 36, 38, 41, 44,  
 50–52, 69–70, 72–73, 75–77, 79, 81, 102,  
 124, 209  
 Rezeptionsmarkt 161–162  
 Rivalität 66–67, 75–76, 93  
 Rückkopplungseffekt 194  
 Rule of Reason 49, 114  
 Rundfunk, öffentlichrechtlicher 153
- Schadensersatz 42–43  
 Schenkung 114  
 Schock-Analyse 223  
 Selbständigkeitspostulat 60–61  
 Sherman Act 18–19  
 SIEC-Test 38, 40  
 Single-homing 190
- Spenden 178–182  
 SSNDQ-Test 231–235, 250  
 SSNIC-Test 235, 250  
 SSNIP-Test 15, 86, 195, 205–207, 215–216,  
 219, 227, 232  
 – modifizierter SSNIP-Test 207, 221  
 SSNIP-Test, modifizierter 207, 221  
 Subjektivität 212–213, 216, 224, 227, 229,  
 235–236  
 Substitutionswettbewerb 68  
 Suchmaschinen 209  
 Synallagma 108, 159
- Tausch 78, 130–131, 139, 148, 150, 166  
 Teilmärkte 192–193, 205  
 Transaktion 78, 83, 105, 184  
 Transaktionskosten 103, 147  
 Transaktionsmarkt 196–198  
 Transaktions-Plattform 187, 196–199
- Unentgeltlichkeit 5–6, 52, 82, 88–90, 125,  
 208  
 Unternehmensbegriff 63, 125–129  
 Upward Pricing Pressure Index 48, 51
- Verbraucherbefragung 213–215, 222–223,  
 227–230, 237  
 Verbraucherpräferenzen 211–216, 222  
 Vergleichsmarktanalyse 48, 51  
 Verhaltensökonomik 140, 229–230  
 Verhaltensspielraum 67–68, 93  
 Verhaltensweise, abgestimmte 135  
 Vermittlungstätigkeit 189, 201  
 Vermögensvermehrung 147, 149, 152, 155,  
 160, 163, 172–174, 177  
 Vertragsfreiheit 64–66, 130–135, 148  
 – Abschlussfreiheit 133–134  
 – Inhaltsfreiheit 133  
 Vertragsgerechtigkeit 133  
 Vertragsschluss 64–66, 81, 88, 130–137,  
 163  
 Vorprodukt 191
- Wahlfreiheit 61, 64, 69, 93, 171, 175–177,  
 226  
 Währung 237  
 Werbefinanzierung 144–150, 155–158,  
 160–164, 185, 199

- Werbung 67, 93, 169, 180, 225–228, 232, 235–236
- Wert, wirtschaftlicher 99–102, 107–108, 146–148, 155, 163–172, 181
- Wettbewerb 23, 32–39, 43, 46, 55–65, 69, 81, 132–133
- potentieller Wettbewerb 41, 49–50, 60, 68, 84, 93, 111, 123, 211, 220
  - Preiswettbewerb 93, 205–206, 219
  - publizistischer Wettbewerb 63
  - Substitutionswettbewerb 68
  - wirtschaftlicher Wettbewerb 62–63, 66, 113, 116, 134, 182
- Wettbewerb, potentieller 41, 49–50, 60, 68, 84, 93, 111, 123, 211, 220
- Wettbewerb, publizistischer 63
- Wettbewerb, wirtschaftlicher 62–63, 66, 113, 116, 134, 182
- Wettbewerbsbedingungen 190–193, 204
- Wettbewerbsbeschränkung 56, 61, 85, 89, 93, 112, 115, 135, 182
- Wettbewerbsdefinition 56–57, 77
- Wettbewerbsdruck 38, 55, 110–111, 115–118, 140, 190, 195, 202
- Wettbewerbsfreiheit 54–55, 61–62, 65–66, 132–136
- Wettbewerbsindikatoren 58–69
- Wettbewerbsparameter 20, 59, 66–69, 82, 84, 90, 93, 218–220, 223–226, 229, 236
- Wettbewerbsrelevanz 84
- Wettbewerbschutz 39–45, 51, 54–55, 65, 74, 76, 79, 81, 83, 86
- Wirtschaftspolitik 78
- Wohlfahrtsverlust 115
- Zahlung 88–92, 94
- Zahlungsansprüche 151–152, 160, 163, 177
- Zukunftsmarkt 83–87
- Zuschaueranteil 157–159
- Zuwendungsmacht 123