

# Amazon entflechten?

Dr. Kim Manuel Künstner



SCHULTERRECHTSANWÄLTE.

# Amazon entflechten?

Gutachten zur wettbewerblichen Zweckmäßigkeit und rechtlichen Umsetzbarkeit einer Entflechtung des Amazon-Konzerns.

Autor: Dr. Kim Manuel Künstner  
SCHULTE RECHTSANWÄLTE.  
Neue Mainzer Straße 28  
60311 Frankfurt am Main

im Auftrag von: LobbyControl -  
Initiative für Transparenz und Demokratie e. V.  
Am Justizzentrum 7  
50939 Köln

Zusammenfassung.....	1
Wesentliche Ergebnisse .....	3
1. Begriff und Formen der „Entflechtung“.....	6
1.1 Begriff der Entflechtung.....	6
1.2 Formen der Entflechtung.....	7
1.2.1 Unterscheidung nach betroffener Marktstufe.....	8
1.2.2 Unterscheidung nach Intensität bzw. sachlichem Gegenstand.....	9
1.3 Funktionsziele struktureller Entflechtungsmaßnahmen.....	10
1.3.1 Beseitigung von Interessenskonflikten.....	10
1.3.2 Verhinderung von Quersubventionierung der Expansion in weitere Märkte .....	10
1.3.3 Verhinderung von Marktmachtkonzentration .....	11
2. Amazons Entwicklung, aktuelle Struktur und Marktstellung .....	12
2.1 Amazons Entstehung und Strategie.....	12
2.1.1 Marktführerschaft statt Gewinne.....	12
2.1.2 Amazons Expansionsstrategie.....	13
2.1.3 Amazons Treuebindung .....	14
2.2 Amazons aktuelle Struktur .....	16
2.2.1 Online-Shops .....	16
2.2.2 Stationäre Shops .....	16
2.2.3 Dienstleistungen an Drittverkäufer / E-Commerce-Plattform.....	16
2.2.4 Sonstiges (Werbeeinnahmen).....	17
2.2.5 Abodienste (Prime, Audible, Kindle Unlimited) .....	18
2.2.6 Cloud Computing und Webservices (AWS) .....	18
2.3 Amazons aktuelles Geschäftsmodell und Gewinntreiber.....	18
2.4 Amazons Marktstellung und wettbewerbliche Bedenken .....	22
2.4.1 Amazons dominante Marktstellung.....	22
2.4.2 Wettbewerbliche Bedenken gegenüber Amazon .....	25
2.5 Zwischenergebnis.....	30
3. Hintergründe aktueller Entflechtungsdebatten.....	31
3.1 Steigende Marktkonzentration (im Online-Handel).....	31

3.2	Soziale und gesellschaftliche Nachteile der Machtkonzentration.....	32
3.2.1	Politische Macht.....	32
3.2.2	Arbeitsbedingungen und Verdrängung von Selbstständigkeit.....	32
3.2.3	Bedenken hinsichtlich des Datenschutzes.....	32
3.2.4	Steuervermeidung.....	33
3.2.5	Ermöglichung von Markenpiraterie.....	34
3.2.6	Klimaaspekte.....	34
3.3	Unzulänglichkeiten verhaltensbezogener Maßnahmen.....	35
3.4	Vorbehalte gegen Entflechtungsmaßnahmen.....	36
3.5	Amazon und die Konsumentenwohlfahrt.....	36
4.	Auswahl historischer Entflechtungsverfahren und ihre Bewertung.....	40
4.1	Entflechtungen in den USA.....	40
4.1.1	Monopolisierungsverbot als gesetzliche Grundlage.....	40
4.1.2	Entflechtung von Standard Oil in 34 Einzelunternehmen.....	41
4.1.3	Entflechtung von AT&T in mehrere Einzelunternehmen.....	41
4.1.4	Entflechtungsverfahren gegen Microsoft.....	41
4.1.5	Zwischenergebnis.....	42
4.2	Entflechtung im Vereinigten Königreich.....	42
4.2.1	Gesetzliche Grundlage für missbrauchsunabhängige Entflechtung.....	43
4.2.2	Entflechtung im Flughafensektor.....	44
4.2.3	Rückwirkende Entflechtung des Zusammenschlusses Facebook/GIPHY.....	44
4.2.4	Selbstentflechtung von ICI.....	45
4.3	Entflechtungen auf EU-Ebene.....	45
4.3.1	Eigentumsrechtliche Entflechtungen im Gas- und Stromsektor.....	45
4.3.2	Androhung eigentumsrechtlicher Entflechtung gegenüber Google.....	46
4.3.3	Strukturelle Maßnahmen in anderen Sektoren.....	47
4.3.4	Eigentumsrechtliche Entflechtungen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren.....	47
4.3.5	Entflechtungsmaßnahmen im Digitalsektor bzw. gegen Amazon.....	48
4.4	Entflechtungen in Deutschland.....	49
4.4.1	Dekartellierung von IG Farben.....	49
4.4.2	Entflechtung des Walzasphaltmarktes in Deutschland.....	49

4.5	Zwischenergebnis.....	50
5.	Rechtlicher Rahmen für Entflechtungen in der EU und Deutschland de lege lata.....	51
5.1	Entflechtungsnormen in der EU.....	51
5.1.1	Art. 18 Digital Markets Act.....	51
5.1.2	Entflechtungsmaßnahmen bei Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV (Art. 7 VO 1/2003).....	52
5.1.3	„Freiwillige“ Entflechtungen im Rahmen von EU-Kartellverfahren wegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV (Art. 9 VO 1/2003).....	52
5.1.4	Entflechtungen in EU-Fusionskontrollverfahren.....	53
5.1.5	De lege ferenda: New Competition Tool.....	55
5.2	Entflechtungsnormen in Deutschland.....	57
5.2.1	Entflechtungsanordnung im Nachgang zu einer Sektoruntersuchung.....	57
5.2.2	Entflechtungsmaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen (§ 32 Abs. 2 GWB). .....	61
5.2.3	§ 19a GWB bei überragender marktübergreifender Bedeutung.....	62
5.2.4	Energiewirtschaftsgesetz.....	63
5.2.5	Entflechtungen in nationalen Fusionskontrollverfahren.....	63
6.	Ansätze der Entflechtung von Amazon.....	65
6.1	Zweckmäßigkeit verschiedener Entflechtungsszenarien.....	65
6.1.1	Horizontale Entflechtung der Amazon E-Commerce-Plattform.....	65
6.1.2	Informationelle Entflechtung.....	66
6.1.3	Strukturelle Entflechtung zwischen Amazons Online-Handel und E- Commerce-Plattform.....	67
6.1.4	Entflechtung entlang Amazons Geschäftsbereiche.....	68
6.1.5	Zwischenergebnis.....	70
6.2	Potentielle Gegenargumente gegen zweckmäßige Entflechtung.....	70
6.2.1	Hohe Kosten.....	71
6.2.2	Langwierigkeit der Verfahren.....	72
6.2.3	Staatliches Marktdesign / Staat als unternehmerischer Entscheider.....	73
6.2.4	Lediglich eingeschränkte Wirkung nationaler Entscheidungen.....	74
6.2.5	Fehlende Nachweisbarkeit von Effizienzgewinnen durch Entflechtungen.....	74
6.2.6	Rechtliche Unsicherheit für Unternehmen.....	76



6.2.7	Grundrechtliche Bedenken gegen Entflechtung.....	76
6.3	Rechtliche Umsetzbarkeit .....	77
6.4	Zwischenergebnis.....	78
7.	Abschließende Bewertung und Empfehlung.....	80
7.1	Strukturelle Entflechtung entlang Geschäftsbereiche möglich und zweckmäßig.....	80
7.2	Einführung eines Monopolisierungstatbestands ins deutsche Recht.....	80

## Zusammenfassung

Amazon setzt auf ein Geschäftsmodell, das Waren und Dienstleistungen (Video- und Musikstreaming) sehr günstig und ohne kurz- bis mittelfristige Gewinnerwartung anbietet, so dass um dieses zur Infrastruktur ausgebaute Angebot herum komplementäre Leistungen mit hohen Gewinnmargen vertrieben werden können. In Verbindung mit der konzerninternen Skalierung und Selbstbevorzugung bringt sich Amazon gezielt in Stellung, um seine geschäftlichen Aktivitäten in andere Bereiche wie Logistik, Fulfillment, Webservices, etc. zu expandieren. Diese zusätzlichen Services haben gegenüber den jeweils bereits am Markt aktiven Anbietern einen eingebauten Vorteil, da sie mit Amazon bereits den mit Abstand größten Online-Händler der Welt und das fünftgrößte Unternehmen der Welt (nach Marktkapitalisierung) „zum Kunden“ haben, um den sie nicht mit anderen Anbietern konkurrieren müssen. Diese Struktur ermöglicht und incentiviert Amazon zu unfairen Handelspraktiken wie Kampfpreisen unter Kostendeckung, übermäßiges Abgreifen strategischer Wettbewerbsdaten, Umleitung von Nachfrage auf eigene Produkte und hohen Zugangsgebühren (z. B. für *Buy Box* und besseres Ranking in Suchergebnissen auf der Amazon-Webseite/-Marketplace).

Das strategische, strukturelle und systematische Konstrukt führt zu weitreichenden wettbewerblichen Bedenken „*by Design*“ und inhärenten Interessenskonflikten. Diesen kann mit punktuellen Verhaltenskontrollen nicht effizient beigegeben werden. Dem allgemeinen im Wettbewerbsrecht gelebten Gedanken folgend, dass die Abhilfemaßnahme das wettbewerbsschädliche Verhalten spiegeln muss, ist es bei einem bezweckt wettbewerbsschädlichen Geschäftsmodell wie im Falle Amazons naheliegend und notwendig, diesem insgesamt Abhilfe zu leisten. Sollen daher möglichst viele der wettbewerblichen Bedenken gegenüber Amazons aktuellem Geschäftsmodell beseitigt werden, ist eine Entflechtung entlang der Geschäftsbereiche Einzelhandel, Dienstleistungen gegenüber Drittverkäufern (Marketplace), AWS, Smart Home Devices (Echo & Alexa) und Logistik zweckmäßig.

Als rechtliche Eingriffsnorm hierfür kommt insbesondere der neu eingeführte Entflechtungstatbestand im Nachgang zu einer Sektoruntersuchung nach § 32f Abs. 3, 4 GWB nF in Betracht.

Häufig werden zwar gegen solche strukturellen Maßnahmen erhebliche Bedenken vorgetragen, z. B. im Hinblick auf die Langwierigkeit von Entflechtungsmaßnahmen und die damit verbundenen hohen Kosten oder die Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen. Bei Lichte betrachtet ist die Kritik insbesondere in ihrer Vehemenz oder Pauschalität nur dann nachvollziehbar, wenn die Alternative zur Entflechtungsmaßnahme ein völliges Nichteinschreiten der Behörden wäre. Ist das kontrafaktische Szenario behördliche Untätigkeit, so ist jede strukturelle Maßnahme naturgemäß langwieriger, kostspieliger und invasiver.



Dies spiegelt aber nicht die Realität wieder, die gekennzeichnet ist von immer neuen Verfahren und Gesetzesinitiativen. Zieht man daher verhaltensbezogene Maßnahmen als kontrafaktisches Szenario zu strukturellen Maßnahmen wie Entflechtungen in Betracht, wird augenfällig, dass Design, Durchsetzung, Überwachung und Kontrolle verhaltensbezogener häufig deutlich aufwendiger gegenüber strukturellen Entflechtungsmaßnahmen ausfallen. Strukturelle Entflechtungsmaßnahmen werden häufig genau damit begründet, dass Wettbewerbsbehörden von der Durchführung verhaltensbezogener Abhilfemaßnahmen überfordert wären.



### Wesentliche Ergebnisse

- Amazon hat bewusst und strategisch gesteuert mit seinem Online-Shop, der zugleich als Plattform dient („Marketplace“), eine in vielen geographischen Regionen faktisch unvermeidbare Infrastruktur erschaffen. Amazons Marktposition ist insbesondere aufgrund der folgenden Umstände jedenfalls bis zu einem möglichen Medienbruch (z. B. vom Internet ins Metaverse) kaum angreifbar:
  - Stark ausgeprägte positive indirekte Netzwerkeffekte (hierzu unter 2.4.2.1),
  - Privilegierter Zugriff auf Daten (hierzu unter 2.4.2.2),
  - Mehrstufige vertikale Integration (hierzu unter 2.4.2.3),
  - Ausgeprägte Größen- und Skalenvorteile (hierzu unter 2.4.2.4),
  - Hohe Marktkapitalisierung („tiefe Taschen“; hierzu unter 2.4.2.5),
  - Gezielte Kampfpreise durch Quersubventionierung (hierzu unter 2.4.2.6),
  - Strukturelle Incentivierung zur Selbstbevorzugung (hierzu unter 2.4.2.7).
- Um die zentrale, infrastrukturelle Position des Amazon Webshops bzw. der Handelsplattform herum hat Amazon ein Ökosystem von Dienstleistungen und Gütern aufgebaut, das der Arrondierung der Marktposition dient (z. B. Prime-Mitgliedschaft mit Video- und Musik-Streamingdienst), das Anbieten von (häufig systematisch bevorzugten) Dienstleistungen gegenüber Händlern auf dem Marketplace ermöglicht (z. B. Fulfillment-Dienstleistungen, Logistik, Webpace) und ausgehend von den Skaleneffekten dieser Aktivitäten einen Angriff auf andere Märkte ermöglicht (z. B. Web- und Cloudservice über AWS, Dienstleistungen gegenüber Händlern). Mit diesen Leistungen generiert der Amazon-Konzern seine Einnahmen.
- Die gemeinsame Konzernzugehörigkeit des Online-Einzelhandelsgeschäfts Amazons inklusive Prime und der gewinnträchtigen Dienstleistungen und Waren aus dem um den Verbraucher- und Händler-Lock-In errichteten Ökosystem (insbesondere AWS und Händlergebühren über den Marketplace) führen zu einer Quersubventionierung zugunsten der zentralen Plattform und damit zu einer Verstärkung ihrer unangreifbaren Marktposition bei gleichzeitig notwendiger Bevorzugung der Angebote aus dem Ökosystem zur Erreichung von Skaleneffekten. Dies wirkt sich im Ergebnis wettbewerbshemmend in den Marktsegmenten aus, in denen Amazon andernfalls für die Dienstleistungen und Waren aus dem

Ökosystem auf konkurrierende Drittanbieter zurückgreifen und diese in ein Wettbewerbsverhältnis eintreten lassen müsste.

- Amazons aktuelles Geschäftsmodell ist ein strategisches, strukturelles und systematisches Konstrukt, das zu weitreichenden wettbewerblichen Bedenken „by Design“ führt. Es kann mit punktuellen Verhaltenskontrollen nicht effizient wettbewerbskonform eingehegt werden, solange der strukturell vermittelte Interessenskonflikt der Selbstbevorzugung nicht beseitigt wird.
- Amazon ist in eine Phase eingetreten, in der es die 1997 angekündigten Früchte der gefestigten und ausgebauten Marktführerschaft erntet. Die nicht-kostendeckenden Kampfpreise bei Prime und Amazons Einzelhandelsgeschäft sind die Mittel zur Erhaltung der Marktbeherrschung, während die steigenden Gebühren der Dritthändler und Gewinne des Marketplace das Ergebnis dieser Marktbeherrschung darstellen. Anders gewendet, ist es aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht gelungen, die Entstehung eines öffentlich angekündigten Monopols mit angekündigter Monopolrente zu verhindern.
- Sollen möglichst viele der wettbewerblichen Bedenken gegenüber Amazons aktuellem Geschäftsmodell beseitigt werden, ist eine mehrfache Entflechtung entlang der Geschäftsbereiche Einzelhandel, Dienstleistungen gegenüber Drittverkäufern (Marketplace), AWS, Smart Home Devices (Echo & Alexa) und Logistik zweckmäßig (hierzu unter 6.1.4).
- Pauschale Einwände gegen (eigentumsrechtliche) Entflechtungen verfangen nicht und beruhen häufig auf einem fehlerhaften Vergleich zwischen der Durchführung einer Entflechtung und völliger behördlicher Inaktivität. Tatsächlich ist das heranzuziehende kontrafaktische Szenario die Einleitung einer Vielzahl an Verfahren der Wettbewerbsbehörden mit dem Ziel, Amazon Wettbewerbsverstöße nachzuweisen und verhaltensbezogene Maßnahmen zu verhängen. Letztere stellen sich bei geringerer Effektivität häufig als mindestens ebenso aufwändig, langwierig, kostspielig und rechtsunsicher dar wie strukturelle Maßnahmen (hierzu 3.3, 3.4 und 6.2).
- Die Prävalenz struktureller Abhilfemaßnahmen insbesondere der eigentumsrechtlichen Veräußerung in der Fusionskontrolle zur Beseitigung von Bedenken der Wettbewerbsbehörden und zum Zwecke der Aufrechterhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen belegt, dass die Rechtsordnung tiefgreifende strukturelle Maßnahmen auch ohne Anknüpfung an vorwerfbares kartellrechtliches Verhalten billigt. Die pauschale Behauptung der grundsätzlichen Unverhältnismäßigkeit struktureller Maßnahmen gegenüber verhaltensbezogenen Maßnahmen verfängt daher insbesondere dann nicht, wenn Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung wettbewerblicher Marktstrukturen im Fokus stehen

(hierzu unter 5.1.4.1). Grundsätzlich ist eine entsprechende Entflechtungsnorm auch außerhalb der Fusionskontrolle denkbar wie auch die Existenz der eigentumsrechtlichen Entflechtung nach § 8 EnWG in der Energiewirtschaft belegt (hierzu unter 5.2.4).

- De lege ferenda bietet der vorgesehene Entflechtungstatbestand des § 32f Abs. 3, 4 GWB nF (Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz) eine geeignete gesetzliche Grundlage für eine Entflechtung Amazons. Die Norm hat die Wiederherstellung wettbewerblicher Marktstrukturen zum Ziel und rechtfertigt daher bei Beachtung der Verhältnismäßigkeit auch im Einzelfall weitreichende eigentumsrechtliche Veräußerungen. Gleichwohl werden strenge Voraussetzungen an die eigentumsrechtliche Entflechtung geknüpft (hierzu unter 7.1).
- Daneben sollte über die Einführung eines Monopolisierungsverbotes nach Vorbild des US-Kartellrechts nachgedacht werden, um auch auf Tatbestandsebene ein strukturelles Element einzuführen, welches entsprechend der Fusionskontrolle ebenfalls vornehmlich strukturelle Folgemaßnahmen begründen kann (hierzu unter 7.2).

## 1. Begriff und Formen der „Entflechtung“

Eingangs soll zunächst der Begriff der „Entflechtung“ auch im Hinblick auf teilweise synonym verwendete Begriffe näher bestimmt werden (hierzu unter 1.1). Anschließend werden unterschiedliche Formen und Kategorien von Entflechtungen (hierzu unter 1.2) und die Funktionsziele von (strukturellen) Entflechtungen (hierzu unter 1.3) dargestellt.

### 1.1 Begriff der Entflechtung

In gesellschaftlichen Debatten werden zum Teil unterschiedliche Begriffe verwendet, die zumindest scheinbar dasselbe meinen, z. B. „Aufspaltung“, „Zerschlagung“ oder „Entflechtung“.

Soweit das EU- und deutsche Kartellrecht auf Rechtsfolgenseite entsprechende Maßnahmen vorsehen (z. B. Art. 18 DMA, Art. 7 VO 1/2003, § 32 Abs. 2 GWB) wird in der Regel allgemein der Begriff der „strukturellen Maßnahmen“ verwendet. Die EU-Kommission spricht in der deutschen Sprachfassung ihres Vorschlags für den Digital Markets Act von rechtlicher, funktioneller oder struktureller Trennung.<sup>1</sup> Die Gesetzesbegründung<sup>2</sup> zum Regierungsentwurf des deutschen Wettbewerbsdurchsetzungsgesetzes verwendet dagegen den Begriff der (eigentumsrechtlichen) Entflechtung, auch wenn der vorgeschlagene Gesetzestext zu § 32 f GWB von einer Veräußerung von Unternehmensteilen oder von Vermögen spricht. Das Bundeskartellamt verwendet im Rahmen der Verfahren zur Auflösung von Gemeinschaftsunternehmen im Walzasphaltsektor ebenfalls den Begriff „Entflechtung“.<sup>3</sup>

Sprachlich deutlich sind auch die EU-Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie<sup>4</sup> sowie die EU-Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie<sup>5</sup> bzw. deren Umsetzungen im 2. Teil des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung („Energiewirtschaftsgesetz – EnWG“), der bereits mit „Entflechtung“ betitelt ist und abgestufte Formen der Entflechtung vorsieht. Diese Normen umfassen z. B. die rechtliche (§ 7 EnWG), die operationelle (§ 7a EnWG) und die eigentumsrechtliche Entflechtung (§ 8 EnWG). Der Begriff der Entflechtung findet sich auch in der amtlichen Überschrift

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) vom 15. Dezember 2020, Erwägungsgrund 64, COM(2020) 842 final; abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>.

<sup>2</sup> BRRegE, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze vom 5. April 2023 („GWB-E“), abrufbar unter: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6).

<sup>3</sup> BKartA, Sektoruntersuchung Walzasphalt, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, September 2012, Rn. 250 f.; abrufbar unter: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Walzasphalt%20-%20Abschlussbericht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Walzasphalt%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>4</sup> Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG; ABl. L 2009 211/94.

<sup>5</sup> Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABl. L 2019 158/125.

des § 41 GWB, der sich jedoch nur mit der Rückabwicklung bereits vollzogener Zusammenschlüsse befasst.<sup>6</sup>

Fachterminologisch scheint daher „Entflechtung“ die ordnungsrechtlich zutreffende Bezeichnung zu sein. Auch wenn in den gesellschaftlichen Debatten meistens zugespitzt auf die eigentumsrechtliche Entflechtung Bezug genommen wird, das Konzept der Entflechtung aber mehr als nur die eigentumsrechtliche Entflechtung meint und in Grenzbereichen häufig erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten zu verhaltensbedingten Abhilfemaßnahmen bestehen, bleibt „Entflechtung“ der zu bevorzugende Ausdruck. Denn bei dem teilweise synonym verwendeten Begriff der „Aufspaltung“ handelt es sich um einen *terminus technicus* aus dem Gesellschaftsrecht, der einen spezifischen Unterfall der eigentumsrechtlichen Entflechtung erfasst (siehe § 123 Abs. 1 UmwG). Der Begriff der Zerschlagung wiederum wird in Insolvenzverfahren synonym zur Liquidation von Unternehmen verwendet. Dies indiziert bereits die Auflösung von Unternehmen und verleiht dem Begriff in gesellschaftlichen Debatten einen martialischen Anstrich, der ordnungspolitisch zu vermeiden ist.<sup>7</sup>

**Zwischenergebnis:** Aus fachterminologischer Sicht wird der Begriff Entflechtung empfohlen und daher im Folgenden auch in diesem Gutachten verwendet.

## 1.2 Formen der Entflechtung

Wie die Diskussion um Begriffe (hierzu unter 1.1) zeigt, gibt es eine Vielzahl an Formen von Entflechtungen. Sofern in Debattenbeiträgen daher Entflechtungen (bestimmter Konzerne) gefordert oder abgelehnt werden, muss zunächst immer erst klargestellt werden, welche Form der Entflechtung angestrebt bzw. abgelehnt wird. Erst auf dieser Basis kann weiter erörtert werden, welches (gesellschaftliche) Problem mit der jeweils geforderten Entflechtungsform zweckmäßig gelöst werden kann bzw. welche Gründe gegen diese Annahme sprechen. Die verschiedenen potentiellen Formen bzw. Differenzierungskriterien werden im Folgenden dargestellt und es werden – vor dem Hintergrund des Gegenstandes dieser Begutachtung – Beispiele anhand des Amazon-Konzerns<sup>8</sup> gebildet, ohne dass damit an dieser Stelle bereits eine Empfehlung für oder gegen bestimmte Entflechtungsmaßnahmen gegeben wird (hierzu unter 6.1.4 und 7.).

Bezüglich der Einteilung der Entflechtungsformen kann einerseits hinsichtlich der betroffenen Marktstufen (hierzu unter 1.2.1.1) und andererseits hinsichtlich der Intensität bzw. des sachlichen Gegenstandes der Entflechtung (hierzu unter 1.2.2) unterschieden werden.

<sup>6</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 656.

<sup>7</sup> Vgl. aber die Verwendung des Begriffs „Zerschlagung von Bindungen“ unter Rn. 58, 61 der Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 267/01.

<sup>8</sup> Zur Struktur des Amazon-Konzerns siehe unter 2.2.

## 1.2.1 Unterscheidung nach betroffener Marktstufe

Hinsichtlich der von der Entflechtungsmaßnahme betroffenen Marktstufe kann zwischen horizontalen (hierzu unter 1.2.1) und vertikalen Entflechtungen (hierzu unter 1.2.2) unterschieden werden.<sup>9</sup> 9

### 1.2.1.1 Horizontale Entflechtung

Eine horizontale Entflechtung liegt vor, wenn die Entflechtung eines Unternehmens bzw. eines Konzerns auf derselben Marktstufe stattfindet.<sup>10</sup> Eine solche Entflechtung kann quantitativ erfolgen. 10

**Beispiel:** Der Amazon Marketplace wird in sechs voneinander unabhängige Online-Handelsplattformen aufgeteilt. 11

Neben der reinen Größe ist zu beachten, dass Amazon im Laufe der letzten Jahre seine Geschäftsbereiche stark erweitert und unterschiedliche Modelle horizontal in den Konzern integriert hat. Beispiele hierfür sind Erweiterungen (zumindest in den USA) um Amazon Pharmacy als Apothekenversand<sup>11</sup> oder Amazon Fresh als Online-Supermarkt<sup>12</sup> mit Lebensmitteln. Entlang dieser Linien ist auch eine qualitativ horizontale Entflechtung Amazons denkbar. 12

**Beispiel:** Der Amazon Marketplace wird in thematisch unterschiedliche Online-Handelsplattformen nach Kategorien wie Lebensmittel, Spielwaren, Modeartikel, Heimwerkerbedarf etc. aufgeteilt. 13

### 1.2.1.2 Vertikale Entflechtung

Eine vertikale Entflechtung liegt vor, wenn ein Unternehmen auf mehreren Marktstufen entlang der Wertschöpfungskette tätig ist und die Entflechtung zwischen diesen Marktstufen vorgenommen wird.<sup>13</sup> 14

**Beispiel:** Amazon handelt nicht nur mit Produkten, sondern stellt diese zunehmend auch selbst her, d. h. ist auf der dem Einzelhandel vorgelagerten Marktstufe der Produktion aktiv. Eine Trennung der Einzelhandelsstufe einerseits und der Herstellungsebene andererseits stellte daher eine vertikale Entflechtung dar. 15

<sup>9</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651.

<sup>10</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651.

<sup>11</sup> Shieber/Lunden, „Amazon launches Amazon Pharmacy, a delivery service for prescription medications“, techcrunch.com vom 17. November 2020, abrufbar unter: <https://techcrunch.com/2020/11/17/amazon-launches-amazon-pharmacy-its-delivery-service-for-prescription-medications/>.

<sup>12</sup> Jansen, „Amazon Fresh startet in Deutschland“, faz.net vom 4. Mai 2017, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/amazon-fresh-lebensmittelversand-startet-in-deutschland-14998939.html>.

<sup>13</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651 mwN.

## 1.2.2 Unterscheidung nach Intensität bzw. sachlichem Gegenstand

Des Weiteren können Entflechtungsmaßnahmen anhand ihrer Intensität bzw. ihres sachlichen Gegenstands unterschieden werden. Der Differenzierung der EU-Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie<sup>14</sup> sowie der EU- Elektrizitätsbinnenmarkt-Richtlinie<sup>15</sup> bzw. der nationalen Umsetzung in §§ 6 ff. EnWG folgend, kann zwischen informationeller, operationeller und eigentumsrechtlicher Entflechtung differenziert werden.

### 1.2.2.1 Informationelle Entflechtung

Die informationelle Entflechtung besteht darin, dass dem Unternehmen aufgegeben wird, eine Informationssperre zwischen unterschiedlichen Geschäftsbereichen einzurichten, die teilweise als „Chinese wall“ oder „fire wall“ bezeichnet wird. Dadurch soll die Weitergabe von Informationen verhindert werden, die andernfalls zu einer Bevorzugung integrierter Unternehmen führen kann.<sup>16</sup>

**Beispiel:** Amazon wird untersagt, Daten der Dritthändler auf dem Marketplace für das eigene Einzelhandels- und Handelsmarkengeschäft zu verwenden.<sup>17</sup>

### 1.2.2.2 Operationelle Entflechtung

Eine operationelle Entflechtung führt nicht zu einer Änderung der zivilrechtlichen Eigentumslage.<sup>18</sup> Zumindest die ultimative Konzernmutter bleibt Eigentümerin des von der Entflechtungsmaßnahme unmittelbar betroffenen Unternehmensteils. Voraussetzung einer operationellen Entflechtung ist aber die Übertragung der faktischen betrieblichen Leitung auf eine unabhängige Instanz. Diese Unabhängigkeit bedingt, dass die wirtschaftliche Eigentümerin auch mittelbar keine Kontrolle über diese Instanz ausüben kann. In der Praxis bedeutet dies, dass die wirtschaftliche Eigentümerin faktisch nicht die Zusammensetzung der Geschäftsführung bzw. des Vorstands bestimmen oder verhindern kann.

### 1.2.2.3 Eigentumsrechtliche Entflechtung

Mit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung geht zwingend eine Veräußerung konkreter Unternehmensteile oder Vermögensgegenstände einher.<sup>19</sup> Dabei kann es sich auch um die Veräußerung von Minderheitsbeteiligungen zur Vermeidung wettbewerbsrechtlicher Interessenskonflikte handeln.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG; ABl. L 2009 211/94.

<sup>15</sup> Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU, ABl. L 2019 158/125

<sup>16</sup> Vgl. *Heinlein/Büsch*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 117. EL (Juli 2022), § 6a EnWG, Rn. 2; *Bernardt/Voges*, WuW 2022, 651, 656.

<sup>17</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>18</sup> Siehe zum Ganzen: *Heinlein/Büsch*, in: Theobald/Kühling, 117. EL (Juli 2022), § 6 EnWG, Rn. 12.

<sup>19</sup> *Bernardt/Voges*, WuW 2022, 651, 652.

<sup>20</sup> Siehe die Sektoruntersuchung Walzasphalt des Bundeskartellamtes (hierzu unter 4.4.2); *Khan*, Columbia Law Review, Vol. 119 (2019), 973, 977.

### 1.3 Funktionsziele struktureller Entflechtungsmaßnahmen

Strukturellen Entflechtungsmaßnahmen als Teil des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums werden insbesondere die folgenden Funktionen zugesprochen<sup>21</sup>: 21

#### 1.3.1 Beseitigung von Interessenskonflikten

Strukturelle Entflechtungen sind geeignet, strukturbedingte Interessenskonflikte zu beseitigen.<sup>22</sup> So stützt die EU-Kommission ihre Androhung der eigentumsrechtlichen Entflechtung Googles im Bereich des Online-Werbemarktes auf die Notwendigkeit der Beseitigung eines „*inhärenten Interessenskonflikts*“ (hierzu unter 4.3.2).<sup>23</sup> 22

Auch das Bundeskartellamt begründete beispielsweise die sektorweite Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt mit der Beseitigung von Interessenskonflikten, soweit Anbieter von Walzasphalt mit ihren Wettbewerbern über Minderheitsbeteiligungen an Gemeinschaftsunternehmen beteiligt waren. Konkret äußerte sich der Präsident des Bundeskartellamts wie folgt: „*Ein solches flächendeckendes Netzwerk kann zu Interessenkonflikten sowie gegenseitigen Abhängigkeiten und Rücksichtnahmen führen und so wettbewerbshemmende Wirkungen entfalten*“.<sup>24</sup> 23

Vergleichbare Interessenskonflikte gelten für Unternehmen, die eine wesentliche Infrastruktur gegenüber denjenigen Unternehmen verwalten, mit denen sie zugleich im Wettbewerb stehen, wie dies bei Amazon zwischen dem eigenen Einzelhandelsgeschäft und der Bereitstellung des Marketplace der Fall ist.<sup>25</sup> 24

#### 1.3.2 Verhinderung von Quersubventionierung der Expansion in weitere Märkte

Strukturelle Entflechtungen werden teilweise auch dazu eingesetzt, um zu verhindern, dass Profite aus einem Bereich genutzt werden, um den Eintritt in andere, wettbewerbliche Märkte zu finanzieren und hierdurch auf diesem Markt einen unfairen Vorteil zu erhalten.<sup>26</sup> *Lina Khan* legt dar, wie insbesondere die Trennungsregeln der Regulierung des Banken- und Telekommunikationssektors in den USA und dem Vereinigten Königreich hiermit begründet wurden.<sup>27</sup> 25

<sup>21</sup> Instruktiv: *Khan* (Fn. 20), 973, 1052 ff.

<sup>22</sup> *Khan* (Fn. 20), 973, 1052 f.

<sup>23</sup> Komm., Pressebericht vom 14. Juni 2023, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_3207](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207)

<sup>24</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 1. Oktober 2012, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/01\\_10\\_2012\\_SU\\_Walzasphalt.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2012/01_10_2012_SU_Walzasphalt.html).

<sup>25</sup> *Khan* (Fn. 20), 973, 1052 f.

<sup>26</sup> *Khan* (Fn. 20), 973, 1055 f.

<sup>27</sup> *Khan* (Fn. 20), 973, 1055 f.



### 1.3.3 Verhinderung von Marktmachtkonzentration

Schließlich zielen Entflechtungen offensichtlich auf die Auflösung von als problematisch identifizierten Marktmachtkonzentrationen ab.<sup>28</sup> Dieses Ziel greift in der Regel kein missbilligtes Verhalten der Unternehmen auf und betrachtet die Entflechtung daher nicht als „Strafe“ für ein bestimmtes Verhalten. Es ist keine strukturelle Lösung für ein verhaltensbedingtes Problem, sondern eine strukturelle Lösung für ein strukturelles Problem. Dieser strukturelle Ansatz bildet die Grundlage der missbrauchsunabhängigen Entflechtung.<sup>29</sup> 26

---

<sup>28</sup> Khan (Fn. 20), 973, 1061 f.

<sup>29</sup> Kühling, „Missbrauchsunabhängige Entflechtung – verfassungswidriger Kartellrechtspopulismus oder sinnvolle Ultima Ratio?“, VerfBlog, 2022/6/24, <https://verfassungsblog.de/missbrauchsunabhängige-entflechtung/>, DOI: 10.17176/20220624-162219-0; Wegner, BB 2022, Heft 44, Umschlagteil, I.

## 2. Amazons Entwicklung, aktuelle Struktur und Marktstellung

Die Analyse der Zweckmäßigkeit irgendwie gearteter Entflechtungsmaßnahmen gegenüber Amazon setzt eine Analyse der Entstehung, des Geschäftsmodells, der aktuellen Struktur sowie der Marktstellung Amazons und damit verbundener wettbewerblicher Bedenken voraus. 27

### 2.1 Amazons Entstehung und Strategie

Amazon startete 1994 in den USA als Online-Einzelhandelsunternehmen für Bücher.<sup>30</sup> Amazons heutige Rolle ist kein Zufallsprodukt, sondern wurde vom Gründer Jeff Bezos wie am Reißbrett geplant. Amazon begann als Online-Buchhändler in den USA. Zuvor analysierte Bezos ca. 15 verschiedene Kandidatenmärkte, um einen Online-Handel zu starten, darunter etwa Software, Videospiele, Elektrokleingeräte etc. 28

Entgegen dem häufig bemühten Idealbild des zugewandten Einzelhändlers, ging es bei Amazons Gründung daher nicht um die Identifikation mit dem Produkt und dem Wunsch, mit dem Handeln dieser Produkte den eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten. Amazons Geschäft war von Anfang an darauf angelegt, eine so große und zentrale Rolle zu spielen, dass es ein unvermeidbarer Player im Handel werden würde.<sup>31</sup> Es ging und geht weiterhin um den Aufbau einer möglichst breiten Nutzerbasis, der dann weitere artverwandte Waren und Dienstleistungen angeboten werden können. Um dieses Ziel zu erreichen, muss Amazon eine solche Nutzerbasis durch möglichst niedrige Preise bei möglichst komfortablem Service und einem möglichst breiten Produktportfolio aufbauen und durch Treueprogramme dauerhaft an sich binden. 29

#### 2.1.1 Marktführerschaft statt Gewinne

Um das Ziel des Aufbaus und Erhalts einer möglichst breiten Nutzerbasis zu erreichen, verzichtete Amazon über Jahrzehnte auf einen operativen Gewinn.<sup>32</sup> Amazon ging 1997 an die Börse, konnte aber erst 2003 erstmals einen Jahresgewinn ausweisen.<sup>33</sup> Da Amazon bereit ist, mit jedem verkauften Produkt einen Verlust hinzunehmen, stiegen Amazons Verluste in 2000 auf USD 1,4 Mrd., während es zugleich USD 2,7 Mrd. umsetzte.<sup>34</sup> Amazon schafft es jedoch durch das Versprechen auf Skalierung des Geschäftsmodells, stets ausreichend viele Investoren anzuziehen, um seinen Kapitalbedarf fortlaufend mehr als nur zu 30

<sup>30</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 207; *Snyder/Canaday/Hughes*, George J. Stigler Center for the Study of the Economy & the State Working Paper No. 319, S. 3; abrufbar unter: [https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4162112](https://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4162112).

<sup>31</sup> *Khan*, *The Yale Law Journal*, 126 (2017), 710, 747 f.

<sup>32</sup> *Khan* (Fn. 31), 755.

<sup>33</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 207.

<sup>34</sup> *Snyder/Canaday/Hughes* (Fn. 30), S. 5.

decken.<sup>35</sup> Dies gelingt, obwohl Amazon keine Dividenden an Aktionäre ausschüttet und sehr hohe Kurs-Gewinn-<sup>36</sup> sowie Kurs-Buchwert-Verhältnisse<sup>37</sup> ausweist, d. h. eigentlich fortwährend „überbewertet“ ist.<sup>38</sup> Von Anfang an und bereits mit seinem ersten Brief an die Investoren, teilte Amazons Gründer und früherer CEO *Jeff Bezos* 1997 mit, dass es bei Amazon nicht um kurzfristige Gewinne, sondern langfristigen Unternehmenswert gehe und dieser Unternehmenswert unmittelbar aus der Fähigkeit Amazons resultiere, seine Marktführerschaft abzusichern und zu expandieren.<sup>39</sup> Denn je stärker die Marktführerschaft, desto robuster das ökonomische Modell, da Marktführerschaft direkt in höhere Umsätze, Profitabilität und Kapitalrendite umgesetzt werde.<sup>40</sup> *Lina Khan* weist darauf hin, dass in dem kurzen Brief *Bezos* ‘ sechs Mal der Begriff „Marktführerschaft“ vorkommt.<sup>41</sup> Sie bezeichnet die Strategie treffend als „Bereitschaft, auf Gewinne zu verzichten, um eine Vormachtstellung zu erlangen“.<sup>42</sup> *Bezos* hat die Verfolgung dieser Strategie auch in den Jahrzehnten danach im Rahmen einer Anhörung des US-Repräsentantenhaus bestätigt.<sup>43</sup>

### 2.1.2 Amazons Expansionsstrategie

Zugleich verfolgte Amazon eine fortdauernde Strategie der dreifachen Expansion: 31  
 Horizontale Erweiterung des angebotenen Produktportfolios<sup>44</sup>, vertikale Expansion in vor- und nachgelagerte Märkte und geographische Expansion, z. B. nach Kanada, Vereinigtes Königreich, Deutschland, Frankreich, Spanien, Italien, Niederlande, Polen und China.<sup>45</sup> Die horizontale Erweiterung und räumliche Expansion erfolgte insbesondere durch Unternehmensübernahmen.<sup>46</sup>

Beispielsweise erwarb Amazon andere Online-Händler, die zwar spezialisiert 32  
 waren, aber innerhalb dieser Spezialisierung ein breites Produktportfolio anboten. So beteiligte sich Amazon 1999 am Online-Supermarkt HomeGrocer,<sup>47</sup> 2005 am

<sup>35</sup> *Streitfeld*, „As Competition Wanes, Amazon Cuts Back Discounts“, nytimes.com vom 4. July 2013, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2013/07/05/business/as-competition-wanes-amazon-cuts-back-its-discounts.html>.

<sup>36</sup> *Gottschalck*, „Amazon hängt Apple ab“, manager-magazin.de vom 6. November 2015, abrufbar unter: <https://www.manager-magazin.de/lifestyle/artikel/amazon-warum-alle-die-aktie-lieben-a-1061534.html>.

<sup>37</sup> *Toller*, „Amazon übertrumpft Wal-Mart - aber nur an der Börse“, wiwo.de vom 24. Juli 2015, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/finanzen/boerse/hoehere-bewertung-amazon-uebertrumpft-wal-mart-aber-nur-an-der-boerse/12101304.html>.

<sup>38</sup> *Streitfeld* (Fn. 35).

<sup>39</sup> *Bezos*, Letter to Shareholders 1997, abrufbar unter: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312513151836/d511111dex991.htm>

<sup>40</sup> *Bezos* (Fn. 39).

<sup>41</sup> *Khan* (Fn. 31), 750.

<sup>42</sup> *Khan* (Fn. 31), 747.

<sup>43</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 207 (dort Fn. 1514).

<sup>44</sup> *Snyder/Canaday/Hughes* (Fn. 30), S. 4.

<sup>45</sup> Übersicht bei: *Snyder/Canaday/Hughes* (Fn. 30), S. 9 ff.; Amazon hat laut EU-Kommission (Case AT.40462, Rn. 9 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.) lokalisierte E-Commerce-Websites in Nord- und Südamerika (Vereinigte Staaten, Kanada, Mexiko, Brasilien), Asien (China, Indien, Japan, Singapur, Türkei, Vereinigte Arabische Emirate), Australien und acht E-Commerce-Websites in Europa: amazon.co.uk, amazon.de, amazon.fr, amazon.it, amazon.es, amazon.nl, amazon.se und amazon.pl.

<sup>46</sup> *Parker et al.*, 30 *Industrial and Corporate Change* (2021), 1307, 1312 f.

<sup>47</sup> *Snyder/Canaday/Hughes* (Fn. 30), S. 4; *Zimmermann*, *Supermarket News Online*; <https://www.supermarketnews.com/archive/amazoncom-takes-stake-homegrocer> (zuletzt abgerufen am 29. November 2022).

Eisenwarenhersteller und -onlinehändler Small Parts<sup>48</sup> und 2006 am Online-Geschäft für Mode und Accessoires Shopbob<sup>49</sup>. Hierdurch konnte Amazon die Funktionalitäten und Kundendaten der erworbenen Unternehmen nutzen, um die eigenen Services zu verbessern.<sup>50</sup> Bessere Kundendaten und Profile konnte Amazon auch durch Zukäufe von Kamera- (Blink 2017)<sup>51</sup>, Türsicherheits- (Ring 2018)<sup>52</sup> und Saugroboterherstellern (iRobot 2022)<sup>53</sup> erzielen, teilweise durch technischen Transfer auf bzw. in Kombination mit Amazons Smart-Home-Devices (Echo- & Alexa-Geräte).

Die vertikale Expansion erfolgte in erster Linie weniger über Akquisitionen als über den Ausbau von konzerninternen Services und Kapazitäten, die dann später in Form bereits hochskalierter interner Dienstleistungen gegenüber Drittkunden geöffnet wurden. So expandierte Amazon schon relativ früh von einem reinen Online-Händler zu einem E-Commerce-Plattform-Betreiber, auf dessen Plattform sowohl die Einzelhandelsabteilung Amazons als auch unabhängige Drittanbieter Produkte zum Verkauf an Verbraucher anbieten können.<sup>54</sup> Später öffnete Amazon gegenüber Geschäftskunden Dienstleistungen in den Bereichen Webservices, Logistik, Payment etc. Aber auch für diese Leistungen, wie Cloud-Computing und Webservices über AWS, tätigte Amazon strategisch wichtige Akquisitionen, z. B. den Erwerb des israelischen Unternehmens EC2, welches über eine effiziente Datenspeicherungstechnologie verfügte, was AWS einen großen Vorteil verschaffte.<sup>55</sup>

Im Falle der vertikalen Integration Amazons durch eigene Herstellung und Vertrieb von Produkten unter Handelsmarken wie AmazonBasics erfolgte dagegen keine Öffnung intern aufgebauter Leistungen gegenüber Dritten. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine für den Einzelhandel klassische Umleitung von Nachfrage weg von Herstellermarken hin zu Handelsmarken, um die eigene Wertschöpfung zu steigern.

### 2.1.3 Amazons Treuebindung

Neben dem Aufbau einer breiten Kunden- und Nutzerbasis ist es wesentlich für Amazons Geschäftsmodelle, diese Kunden und Nutzer auch dauerhaft zu binden. Zentrales Element hierfür ist Amazons Prime-Mitgliedschaft. Diese ist kostenpflichtig und kostet derzeit beispielsweise in Deutschland EUR 89,90 im

<sup>48</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 4.

<sup>49</sup> Siehe Übersichten bei Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), *passim*; Geradin/Smith, Spinning Amazon's Flywheel: How Amazon's business model harms competition A view from Europe, S. 5 ff., abrufbar unter: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4398725](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4398725).

<sup>50</sup> Parker et al., 30 Industrial and Corporate Change (2021), 1307, 1312.

<sup>51</sup> Dastin, Why Amazon Bought Camera Maker Blink for \$90 Million, BusinessInsider.com vom 12. Februar 2018, abrufbar unter: <https://www.businessinsider.com/amazon-blink-camera-maker-acquisition-2018-2>.

<sup>52</sup> Kim, Amazon buys smart doorbell maker Ring for a reported \$1 billion, CNBC.com vom 27. Februar 2018, abrufbar unter: <https://www.cnbc.com/2018/02/27/amazon-buys-ring-the-smart-door-bell-maker-it-backed-through-alexa-fund.html>.

<sup>53</sup> Dieses Vorhaben ist Gegenstand laufender fusionskontrollrechtlicher Prüfung der EU-Kommission: Espinoza/Lee, EU set to investigate Amazon's \$1.7bn purchase of Roomba-maker, ft.com vom 15. Februar 2023, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/b05a1260-ec5a-4ac8-9a34-31c8b8104cfl>.

<sup>54</sup> Komm., Case AT.40462, Rn. 9 – Amazon Marketplace und Case AT.40703 – Amazon Buy Box.

<sup>55</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 13.

Jahr. Im Gegenzug erhalten Nutzer bzw. „Prime-Mitglieder“ derzeit folgende Vorteile:<sup>56</sup>

- Kostenloser Premiumversand; 36
- kostenlose Same-Day-Lieferungen in verfügbaren Regionen auf qualifizierte Bestellungen ab 20,00 Euro; 37
- Zugang zu Prime Video mit zahlreichen kostenlosen und kostenpflichtigen Inhalten, Amazon Originals und ausgewählten UEFA-Champions-League-Topspielen, 38
- Zugang zu Amazon Music Prime mit zwei Millionen kostenlosen Songs, Podcasts und Hörspielen, 39
- Zugang zu Prime Reading über die Kindle-App mit hunderten von E-Books, E-Magazinen, Comics und Kindle Singles, 40
- Zugang zu Prime Gaming (ehemals Twitch Prime) mit monatlich neuen kostenlosen Gaming-Inhalten und kostenlosem Twitch-Kanalabonnement, 41
- Zugang zu Prime Photos mit unbegrenztem Speicherplatz für Fotos. 42

Die Prime-Mitgliedschaft ist für sich betrachtet nicht kostendeckend (hierzu unter 2.3).<sup>57</sup> 43

Auch im Kontext von Amazon Prime erfolgten wichtige strategische Unternehmenskäufe, die der Erweiterung der Vorteile der Prime-Mitgliedschaft dienten, um Kunden zu binden bzw. neue anzuwerben und indirekte Netzwerkeffekte aufzubauen bzw. zu erhalten. In diese Kategorie fällt u. a. der Erwerb von Audible 2008, dem damals bereits führenden Anbieter von Hörbüchern,<sup>58</sup> der Erwerb der MGM Studios im Jahre 2021 für Prime-Video<sup>59</sup> sowie der Erwerb von Twitch, der größten Videospiele-Gaming-Plattform der Welt mit monatlich ca. 140 Millionen aktiven Nutzern.<sup>60</sup> 44

**Zwischenergebnis:** Amazon verfolgte von Anfang an durch „Loss-Leading“ eine Strategie des Wachstums zulasten kurzfristiger Profite, um so Marktführerschaft aufzubauen und expandieren zu können. Mit diesem Versprechen der Marktführerschaft wurden und werden den Investoren höhere Kapitalrenditen versprochen. Mit dem durch Investoren zur Verfügung gestellten Kapital verfolgt Amazon eine aggressive Expansionsstrategie insbesondere im Wege strategischer Unternehmensübernahmen. Diese führen insbesondere im Rahmen des 45

<sup>56</sup> Auflistung nach *Kastenhuber*, „Amazon Prime: Für wen sich der Service noch lohnt“, *businessinsider.de* vom 18. Januar 2023, abrufbar unter: <https://www.businessinsider.de/insider-picks/technik/amazon-prime-lohnt-sich-das-2023/>.

<sup>57</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 207 (dort Fn. 1514).

<sup>58</sup> *Stone*, „Amazon to Buy Audiobook Seller for \$300 Million“, *nytimes.com* vom 1. August 2008, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2008/02/01/technology/01amazon.html>.

<sup>59</sup> Komm., PM vom 15. März 2022, Commission approves acquisition of MGM by Amazon, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_1762](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1762).

<sup>60</sup> *Geradin/Smith* (Fn. 49), S. 19.

Treubindungsprogramms „Prime“ zu einem (teils quersubventioniertem) Leistungsbündel, welches von anderen Wettbewerbern nicht mehr angegriffen werden kann.

## 2.2 Amazons aktuelle Struktur

Die aktuell von Amazon abgedeckten Geschäftsbereiche können entsprechend der vierteljährlichen Finanzberichte in den USA wie folgt eingeteilt werden:<sup>61</sup> 46

### 2.2.1 Online-Shops

Amazon ist weiterhin im großen Stil als Einzelhändler im Online-Vertrieb aktiv. Der Konzern stellt unter seinen ca. 50 Handelsmarken, wie AmazonBasics, mittlerweile über 240.000 Produkte selbst her und vertreibt diese über seine E-Commerce-Plattform.<sup>62</sup> Bei der Auswahl der Produkte, die Amazon selbst herstellt und vertreibt, bedient sich Amazon der Daten der Drittverkäufer auf seiner E-Commerce-Plattform.<sup>63</sup> Die Herstellung dieser Produkte ist dem Verkauf über die E-Commerce-Plattform vorgelagert und es besteht insoweit eine vertikale Verflechtung zwischen Amazons Handelsmarken, seiner Einzelhandelsaktivitäten und seiner E-Commerce-Plattform. 47

### 2.2.2 Stationäre Shops

Amazon verfügt mittlerweile über eine ganze Reihe stationärer Geschäfte. Hierzu zählen insbesondere ein Kleinflächenkonzept für Lebensmittelbedarf (Amazon Go), Lebensmitteleinzelhandel (Amazon Fresh) und Modeeinzelhandel (Amazon Style). Die Aktivitäten konzentrieren sich bislang hauptsächlich auf die USA. Bislang ist es Amazon nicht gelungen, sein Geschäftsmodell erfolgreich auf den stationären Handel zu übertragen. So musste Amazon im vergangenen Jahr seine ca. 68 stationären Buchhandlungen in den USA schließen.<sup>64</sup> 48

### 2.2.3 Dienstleistungen an Drittverkäufer / E-Commerce-Plattform

In den Ländern, in denen Amazon die Marketplace-Plattform anbietet, nutzt es eine spezifische Website sowohl für die eigenen Einzelhandelsaktivitäten als auch für die Verkäufe von Drittanbietern. Aufgrund dieser Doppelfunktion ist Amazon als 49

<sup>61</sup> Abrufbar unter: <https://ir.aboutamazon.com/quarterly-results/default.aspx>; Mitchell, Amazons Mautstraße (Deutsche Übersetzung), S. 16, abrufbar unter: [https://cdn.ilsr.org/wp-content/uploads/2021/12/ILSR-AmazonTollRoad-Final-German.pdf?\\_gl=1\\*1lyq4my\\*\\_ga\\*MzYyMzM1NjQ0LjE2ODAwMTY3MzM.\\*\\_ga\\_M3134750WM\\*MTY4MDAxNjc4wLjEuMTY4MDAxNjc4wLjAuMA..&\\_ga=2.41072994.1159792838.1680016733-362335644.1680016733](https://cdn.ilsr.org/wp-content/uploads/2021/12/ILSR-AmazonTollRoad-Final-German.pdf?_gl=1*1lyq4my*_ga*MzYyMzM1NjQ0LjE2ODAwMTY3MzM.*_ga_M3134750WM*MTY4MDAxNjc4wLjEuMTY4MDAxNjc4wLjAuMA..&_ga=2.41072994.1159792838.1680016733-362335644.1680016733); siehe auch Darstellungen bei: Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), *passim*; Geradin/Smith (Fn. 49), S. 5 ff.

<sup>62</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 8.

<sup>63</sup> Komm., Case AT.40462, Rn. 9 – Amazon Marketplace und Case AT.40703 – Amazon Buy Box.

<sup>64</sup> Dastin, „Amazon to shut its bookstores and other shops as its grocery chain expands“, reuters.com, abrufbar unter: <https://www.reuters.com/business/retail-consumer/exclusive-amazon-close-all-its-physical-bookstores-4-star-shops-2022-03-02/>.

Einzelhändler und Anbieter der Plattform für Drittverkäufer in vielen Produktkategorien Wettbewerber dieser Drittverkäufer auf den Amazon-Websites.<sup>65</sup>

Für die Nutzung der Plattform zahlen Drittverkäufer eine Gebühr für den Verkaufstarif an Amazon. Zusätzlich ist für jeden verkauften Artikel eine Verkaufsgebühr in Form eines Prozentsatzes des Gesamtpreises (d. h. Artikelpreis nebst Versand- und Geschenkverpackungskosten; 8-15 %) bzw. eines Mindestbetrages an Amazon zu zahlen.<sup>66</sup> 50

Neben der entgeltlichen Nutzung der Plattform bietet Amazon den Drittverkäufern eine Reihe von optionalen (entgeltlichen) Services an. Zu den Standarddienstleistungen, die allen Drittverkäufern zur Verfügung gestellt werden, zählt die Bereitstellung der Zahlungsdienste. Darüber hinaus können Drittverkäufer gegen eine zusätzliche Zahlung weitere Dienste, wie die Bearbeitung von Beschwerden und Werbemaßnahmen, in Anspruch nehmen. Zudem bietet Amazon Fulfillment-Leistungen (Fulfillment by Amazon; „FBA“) an, so dass Drittverkäufer gegen Gebühr die Logistikzentren und Dienstleistungen von Amazon nutzen können, um ihre Produkte zu lagern, zu verpacken und an Endkunden zu versenden. Zu diesem Zweck betreibt Amazon über 110 Warenlager und verfügt über mehr als 100.000 Transportfahrzeug.<sup>67</sup> Zwar ist die kostenpflichtige Inanspruchnahme von FBA grundsätzlich optional für Drittverkäufer. FBA gewinnt aber insofern an Relevanz für Drittverkäufer, als dass hierdurch das Produkt Teil des Prime-Programms wird, für die Buy Box ausgewählt werden oder am sog. Prime Day teilnehmen dürfen.<sup>68</sup> 51

#### 2.2.4 Sonstiges (Werbeeinnahmen)

Unter der Kategorie „Sonstiges“ der Amazon-Finanzberichte verbergen sich Online-Werbeeinnahmen Amazons. Händler bzw. Werbekunden können verschiedene Werbeformate auf den Amazon-Webseiten buchen und zahlen hierfür eine Gebühr an Amazon.<sup>69</sup> Die Preisstruktur der Werbeformate in Form des Keyword Biddings ist dabei undurchsichtig.<sup>70</sup> Aufgrund einer immer stärkeren Verknüpfung mit Sichtbarkeit gewinnen Werbeformate an Relevanz für Händler. Denn die Anzeigeergebnisse auf Amazon bewegen sich weg von organischen Ergebnissen (Rangfolge nach Qualität, Relevanz, Preis) hin zu einer Rangfolge nach gesponserten Inhalten.<sup>71</sup> 52

<sup>65</sup> BKartA, Fallbericht vom 17. Juli 2019, B2-88/18, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

<sup>66</sup> Preisgestaltung, amazon.de vom 18. Juli 2023, abrufbar unter: <https://sell.amazon.de/preisgestaltung>.

<sup>67</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 9.

<sup>68</sup> Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO), Amazon's European chokehold, [somo.nl](https://www.somo.nl/amazons-european-chokehold/) vom 14. Juli 2023, abrufbar unter: <https://www.somo.nl/amazons-european-chokehold/>, S. 4 und 11 f.

<sup>69</sup> Siehe Angebotsübersicht: <https://advertising.amazon.com/library/guides/basics-of-success-understanding-amazon-advertising>.

<sup>70</sup> Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO), (Fn. 68), S. 4.

<sup>71</sup> Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO), (Fn. 68), S. 4 und 11 f.

### 2.2.5 Abodienste (Prime, Audible, Kindle Unlimited)

Weltweit sind über 200 Millionen Menschen bei Prime registriert; Amazon erzielte mit Prime im Jahre 2022 einen Umsatz von USD 35,22 Mrd.<sup>72</sup> Alleine in den USA waren im Januar 2020 ca. 112 Millionen Mitglieder bei Prime registriert, was einem Anteil von 44 % der erwachsenen Bevölkerung entspricht.<sup>73</sup> Auffällig ist auch das rasante Wachstum, da es 2015 noch ca. 50 Millionen Mitglieder waren.<sup>74</sup> Daneben betreibt Amazon insbesondere Abodienste für Hörbücher (Audible) sowie für eBooks, eMagazine und Hörbücher (Kindle Unlimited).

### 2.2.6 Cloud Computing und Webservices (AWS)

Zum Amazon-Konzern gehört auch Amazon Web Services („AWS“). Über AWS bietet Amazon Cloud-Computing- und Webservices an, d. h. insbesondere auch Serverkapazitäten, den Aufbau und Betrieb von Websites und Online-Shops, Datenverwaltung, etc. AWS wurde offiziell im Juli 2002 gestartet.<sup>75</sup> AWS' erster und größter Kunde war Amazon selbst, so dass AWS auf den großen Skaleneffekten von Amazons E-Commerce-Geschäft aufbauen und den hohen Bedarf an Datentransfer, -verwaltung und -speicherung bedienen konnte.<sup>76</sup>

Um 2006 herum vermarktete AWS sein Angebot insbesondere gegenüber Geschäftskunden offensiver und bot beispielsweise die Nutzung von 20 GB für jährlich USD 20 an.<sup>77</sup> Zu AWS' ersten externen Kunden zählten die US-Supermarktkette Target (Aufbau und Bereitstellung eines Online-Shops) und Netflix.<sup>78</sup>

In 2010 betrug AWS' Umsatz USD 500 Mio. mit einer Gewinnmarge von ca. 20 %. 2022 betrug der Umsatz USD 80 Mrd. bei einer Gewinnmarge von 29 %.<sup>79</sup>

## 2.3 Amazons aktuelles Geschäftsmodell und Gewinntreiber

Im Gegensatz zu den ersten Jahrzehnten nach seiner Gründung kann Amazon mittlerweile regelmäßig einen Gewinn ausweisen. Meistens wird dieser insbesondere auf die Cloud-Computing-Dienstleistungen von AWS zurückgeführt.<sup>80</sup> Dieser Eindruck beruht insbesondere darauf, dass Amazon zwar

<sup>72</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 19.

<sup>73</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 70.

<sup>74</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 70.

<sup>75</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 11.

<sup>76</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 12.

<sup>77</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 12.

<sup>78</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 12.

<sup>79</sup> Miglani, „Amazon Sales And Profit Analysis For 2022: Top 10 Insights“, forrester.com vom 21. Februar 2023, abrufbar unter: <https://www.forrester.com/blogs/amazon-sales-and-profit-analysis-for-2022-top-10-insights/#:~:text=AWS%20is%20the%20fastest%20growing%20and%20most%20profitable%20segment.&text=Additionally%2C%20its%20share%20of%20total.the%20company's%20most%20profitable%20segment>.

<sup>80</sup> Novet, „Amazon's cloud division reports 32% revenue growth“, cnbc.com vom 29. April 2021, abrufbar unter: <https://www.cnbc.com/2021/04/29/aws-earnings-q1-2021.html>; Herrera, „Amazon Reports Record Sales in



in seinen Finanzberichten seine Nettoumsätze in die Kategorien Online-Shops, Stationäre-Shops, Dienstleistungen an Drittverkäufer, Abodienste, AWS und Sonstiges (Werbeeinnahmen) aufteilt, den Betriebsgewinn (Operating Income) aber unter den Kategorien „North America“, „International“ und „AWS“ aggregiert. Diese Darstellung führt dazu, dass AWS beispielsweise für 2020 einen Betriebsgewinn von USD 13,5 Mrd. ausweist, während alle anderen Geschäftsbereiche Amazons in Nordamerika und International zusammen „nur“ einen Gewinn von USD 9 Mrd. erzielen. Bei dieser Betrachtung steht AWS für 60 % des Gewinns von Amazon, während der Anteil von AWS am Gesamtnettoumsatz lediglich 11,8 % beträgt.<sup>81</sup> Aus dieser Betrachtung lässt sich leicht die Schlussfolgerung ziehen, dass AWS der große Profitbringer Amazons ist.

Dem wird aber zunehmend entgegengehalten, dass das Segment der Dienstleistungen an Drittverkäufer ähnlich profitabel ist und die eigentliche Cashcow Amazons Marketplace-Gebühren sind, die gegenüber den Drittverkäufern erhoben werden.<sup>82</sup> Amazon soll mittels der Gebühren für Dienstleistungen im Durchschnitt 50 Prozent der Einnahmen der Drittverkäufer behalten.<sup>83</sup> Dieser Gesamtbetrag setzt sich aus den Verkaufsgebühren (ca. 8-15 %) sowie den (optionalen) Gebühren für Fulfillment (ca. 20-35 %) und Werbung (ca. bis zu 15 %) zusammen.<sup>84</sup> Der Umsatz von Amazon mit Gebühren für Drittverkäufer-Dienstleistungen (ohne Werbung) hat sich in Europa von EUR 7,6 Mrd. im Jahr 2017 auf EUR 23,5 Mrd. im Jahr 2022 verdreifacht.<sup>85</sup> Auch der Umsatz mit Werbeformaten ist in Europa von EUR 0,3 Mrd. im Jahr 2017 auf EUR 5,4 Mrd. im Jahr 2021 sprunghaft gestiegen.<sup>86</sup> Alleine in Deutschland soll der Umsatz von Amazon mit Werbeformaten im Jahr 2021 EUR 2,1 Mrd. betragen haben.<sup>87</sup> Amazon ist bereits hinter Google und Meta (Facebook) das drittgrößte Online-Werbeunternehmen in den USA mit einem Marktanteil von 7,3 %.<sup>88</sup> Insoweit wird am Beispiel des ausgewiesenen und aggregierten Betriebsgewinns in Höhe von USD 9 Mrd. für 2020 für die Bereiche eigenes Handelsgeschäft, Prime und Marketplace versucht, letzteres von den ersten beiden Geschäftsbereichen zu trennen. *Mitchell* kommt dabei zu dem Ergebnis, dass Amazon 2020 vermutlich mit den Gebühren, welche die Dritthändler an Amazon für die Nutzung des Marketplace zahlen mussten, einen Betriebsgewinn von ca. USD 24 Mrd. erzielt

58

Holiday Quarter“, *wsj.com* vom 2. Februar 2021, abrufbar unter: <https://www.wsj.com/articles/amazon-amzn-4q-earnings-report-2020-11612221803>; kritisch: *Mitchell* (Fn. 61), S. 16 f.

<sup>81</sup> Auch im Jahr 2019 trug das Cloud-Geschäft von Amazon über 60 Prozent zum gesamten Betriebsergebnis von Amazon bei, obwohl es nur 12,5 Prozent des Gesamtumsatzes ausmacht, siehe Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 207.

<sup>82</sup> Grundlegend: *Mitchell* (Fn. 61), S. 16 f.; *Danziger*, „Amazon’s Third-Party Marketplace Is Its Cash Cow, Not AWS“, *forbes.com* vom 5. Februar 2021, abrufbar unter:

<https://www.forbes.com/sites/pamdanziger/2021/02/05/amazons-third-party-marketplace-is-its-cash-cow-not-aws/>.  
<sup>83</sup> *Kaziukėnas*, „Amazon Takes a 50% Cut of Sellers’ Revenue“, *marketplacepulse.com* vom 18. Juli 2023, abrufbar unter: <https://www.marketplacepulse.com/articles/amazon-takes-a-50-cut-of-sellers-revenue>.

<sup>84</sup> *Kaziukėnas*, (Fn. 83).

<sup>85</sup> *Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO)*, (Fn. 7168), S. 9 f.

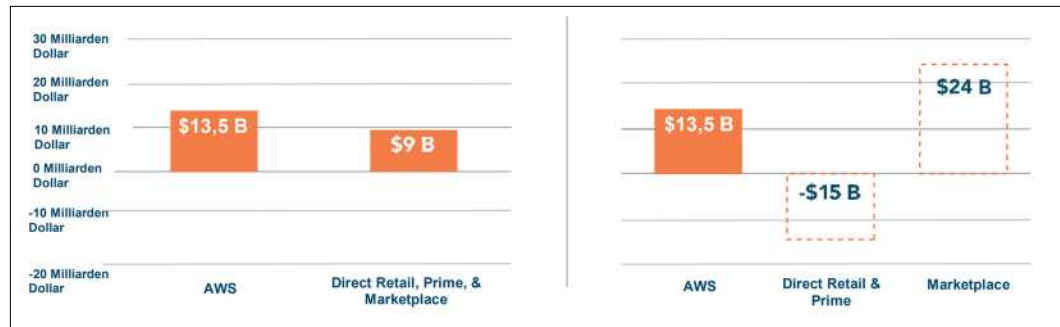
<sup>86</sup> *Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO)*, (Fn. 68), S. 11 f.

<sup>87</sup> *Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO)*, (Fn. 68), S. 12.

<sup>88</sup> *Vanian*, „Amazon’s advertising business grew 19%, while Google and Meta both deal with slowdowns“, *cncb.com* vom 2. Februar 2023, abrufbar unter: <https://www.cncb.com/2023/02/02/amazons-advertising-business-grew-19percent-unlike-google-meta.html>.

hat. Spiegelbildlich bedeutet dies für das Ergebnis von Amazons eigenem Handelsgeschäft und Prime einen Verlust für 2020 in Höhe von ca. USD 15 Mrd.<sup>89</sup>

Abbildung 1: GuV-Analyse von Amazons E-Commerce-Plattform nach Mitchell<sup>90</sup>



Diese Betrachtung ist nachvollziehbar, wenn man Folgendes bedenkt: 2020 deckten Prime-Beiträge nur knapp ein Fünftel von Amazons Kosten für Transport und Fulfillment.<sup>91</sup> Laut Amazon stiegen diese Kosten in 2022 auf USD 168 Mrd.<sup>92</sup> Schätzung gehen daher aktuell von einem jährlichen Gesamtumsatz von USD 35,22 Mrd. mit Prime-Mitgliedschaften im Jahre 2022 aus, denen Kosten für Prime in Höhe von über USD 150 Mrd. gegenüberstehen.<sup>93</sup>

Auch wenn nicht klar ist, ob und in welcher Höhe die Transport- und Fulfillmentkosten alleine Prime bzw. dem Einzelhandelsgeschäft Amazons zuzuordnen sind, bleibt offenkundig, dass diese beiden Bereiche die durch sie verursachten Kosten nicht vollständig decken können, insbesondere da weitere Kosten wie beispielsweise von Amazon an Dritte zu zahlende Lizenzgebühren für Prime-Video-Inhalte in Höhe von USD 16,6 Mrd. hinzukommen.<sup>94</sup> Es ist jedoch nach eigenem Bekunden auch nicht Amazons Ziel, Prime kostendeckend zu betreiben. Vielmehr geht es um Treuebindung und Erhöhung der Verkäufe über verschiedene Kategorien hinweg.<sup>95</sup> Amazon selbst betont, dass der Gegenwert der Prime-Mitgliedschaft so hoch sein soll, dass es unverantwortlich wäre, nicht Mitglied zu sein.<sup>96</sup> Tatsächlich wird der Gegenwert einer Prime-Mitgliedschaft auf jährlich USD 1.100 geschätzt.<sup>97</sup>

Problematisch ist aber zugleich, dass für Dritte nicht ersichtlich ist, wie hoch eventuell die Verluste Amazons für sein eigenes Handelsgeschäft nebst Prime gegenüber dem Betriebsgewinn des Marketplace sind. Diese Verschleierung ist kein Zufall, sondern bewusst von Amazon so gewählt, um gesellschaftliche

<sup>89</sup> Mitchell (Fn. 61), S. 17.

<sup>90</sup> Übernommen von Mitchell (Fn. 61), S. 17.

<sup>91</sup> Mitchell (Fn. 61), S. 18; Geradin/Smith (Fn. 49), S. 21.

<sup>92</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 21

<sup>93</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 19.

<sup>94</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 21.

<sup>95</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 207 (dort Fn. 1514).

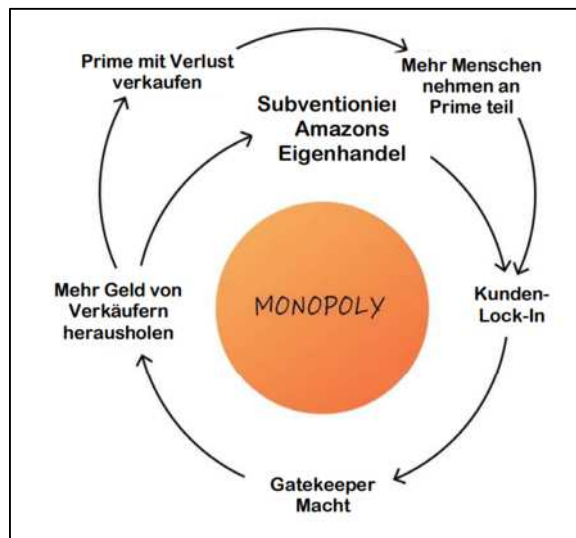
<sup>96</sup> Bezos, Letter to the Shareholders 2015: „We want Prime to be such a good value, you'd be irresponsible not to be a member.“, abrufbar unter: [https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc\\_financials/annual/2015-Letter-to-Shareholders.PDF](https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc_financials/annual/2015-Letter-to-Shareholders.PDF).

<sup>97</sup> Ribeiro, „This is why JP Morgan is bullish on Amazon stock“, thestreet.com vom 17. Oktober 2022, abrufbar unter: <https://www.thestreet.com/amazon/news/this-is-why-jp-morgan-is-bullish-on-amazon-stock>.

Diskussionen der naheliegenden Quersubventionierung des eigenen Geschäfts zu vermeiden. Amazon weigerte sich auch gegenüber dem US-Repräsentantenhaus eine entsprechende Aufschlüsselung zur Verfügung zu stellen.<sup>98</sup> Die Tatsache, dass Amazon den Betriebsgewinn von AWS einzeln ausweist, dürfte darin begründet liegen, dass Amazon offener über sein AWS-Geschäft sprechen muss, da viele große Unternehmen AWS als kritische Infrastruktur an die US-Finanzaufsicht melden.<sup>99</sup> Forderungen nach verpflichtenden Angaben entlang der Geschäftsbereiche werden daher zunehmend lauter.<sup>100</sup>

Von der plausiblen Prämisse der Quersubventionierung ausgehend,<sup>101</sup> hat Mitchell in Anlehnung an „Amazons Schwungrad“ (hierzu unter 2.4.2.1) das Konzept der Quersubventionierung als Amazons Monopolrad illustriert:

Abbildung 2: Amazons Monopolrad nach Mitchell<sup>102</sup>



**Zwischenergebnis:** Amazon ist mittlerweile in eine Phase eingetreten, in der es die 1997 angekündigten Früchte der gefestigten und ausgebauten Marktführerschaft erntet. Die nicht-kostendeckenden Kampfpriese bei Prime und Amazons Einzelhandelsgeschäft sind die Mittel zur Erhaltung der Marktbeherrschung, während die steigenden Gebühren der Dritthändler und Gewinne des Marketplace das Ergebnis dieser Marktbeherrschung darstellen.<sup>103</sup> Anders gewendet, ist es aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht gelungen, ein öffentlich angekündigtes Monopol mit angekündigter Monopolrente zu verhindern.

<sup>98</sup> Mitchell (Fn. 61), S. 17.

<sup>99</sup> Danziger (Fn. 82).

<sup>100</sup> Kwoka/Valetti, Industrial and Corporate Change 30 (2021), 1286, 1301; Danziger (Fn. 82).

<sup>101</sup> Zustimmung: Geradin/Smith (Fn. 49), S. 21.

<sup>102</sup> Übernommen von: Mitchell (Fn. 61), S. 18.

<sup>103</sup> Mitchell (Fn. 61), S. 7.

## 2.4 Amazons Marktstellung und wettbewerbliche Bedenken

Eine Reihe von Wettbewerbsbehörden<sup>104</sup> und Autoren<sup>105</sup> haben sich die letzten Jahre mit Amazons Marktstellung auf verschiedenen kartellrechtlich relevanten Märkten beschäftigt (hierzu unter 2.4.1) und wettbewerbliche Bedenken geäußert (hierzu unter 2.4.2). 68

### 2.4.1 Amazons dominante Marktstellung

Amazon weist auf vielen Märkten einen hohen Marktanteil aus, der jeweils eine marktbeherrschende Stellung indiziert. 69

#### 2.4.1.1 Marktbeherrschung im E-Commerce-Sektor

Soweit es um das Angebot Amazons an Drittverkäufer über die E-Commerce-Plattform geht, nimmt die EU-Kommission relevante Märkte für Marktplatzdienste an, mit denen Einzelhändler die Endkonsumenten in den einzelnen Mitgliedstaaten erreichen.<sup>106</sup> Auf diesen Märkten geht die EU-Kommission von einem Marktanteil Amazons zwischen 60 % bis 70 % aus.<sup>107</sup> In Verbindung mit den im Folgenden dargestellten weiteren Faktoren wie Netzwerkeffekten nimmt die EU-Kommission jedenfalls eine marktbeherrschenden Stellung Amazons für E-Commerce-Plattformen zumindest in Deutschland, Frankreich und Spanien an.<sup>108</sup> Die italienische Wettbewerbsbehörde hat eine beherrschende Stellung Amazons auf dem italienischen Markt für Vermittlungsdienste auf Marktplätzen angenommen.<sup>109</sup> 70

#### 2.4.1.2 Marktbeherrschung in einzelnen Produktkategorien

Mehrere Autoren gehen davon aus, dass Amazon auch hinsichtlich einzelner Produktkategorien marktbeherrschend ist.<sup>110</sup> 71

Laut dem britischen Verband der Buchhändler liegt der Marktanteil Amazons beim Verkauf gedruckter Bücher im Vereinigten Königreich von Großbritannien bei ca. 50 %.<sup>111</sup> Demnach finden 70-80 % aller Online-Verkäufe von gedruckten Büchern im Vereinigten Königreich über Amazon statt.<sup>112</sup> Der Online-Vertrieb von Büchern 72

<sup>104</sup> Zum Beispiel: **EU-Kommission:** Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*; **Deutschland:** BKartA, Beschl. v. 5. Juli 2022, B 5-55/21 (Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB); PM v. 9. Dezember 2013, B 6-46/12 (Aufgabe der Preisparitätsklausel); PM v. 17. Juli 2019, B 2-88/18 (Änderung der AGB gegenüber Drittverkäufern auf Marketplace); **Italien:** AGCM, PM v. 9. Dezember 2021 ([Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung Amazons](#)); **Frankreich:** Paris Commercial Court, Urt. v. 2. September 2019; **Vereinigtes Königreich:** CMA, PM v. 6. Juli 2022 ([Einleitung von Untersuchung wegen Datenverwertung der Drittverkäufer, Buy Box Auswahl und Auswahl für Prime-Programm](#)); **Indien:** [Why Competition Commission Of India Is Investigating Amazon](#).

<sup>105</sup> Khan (Fn. 20), 973, 988.

<sup>106</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703, Rn. 80 – *Amazon Buy Box*.

<sup>107</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703, Rn. 86 – *Amazon Buy Box*.

<sup>108</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703, Rn. 95 – *Amazon Buy Box*.

<sup>109</sup> AGCM, PM v. 9. Dezember 2021 ([Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung Amazons](#)).

<sup>110</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 15 f.; Gresenhues, "Amazon Owns More Than 90% Market Share Across 5 Different Product Categories", Martech.org vom 31. Mai 2018, abrufbar unter: <https://martech.org/amazon-owns-more-than-90-market-share-across-5-different-product-categories-report/>.

<sup>111</sup> Darstellung nach: Geradin/Smith (Fn. 49), S. 15.

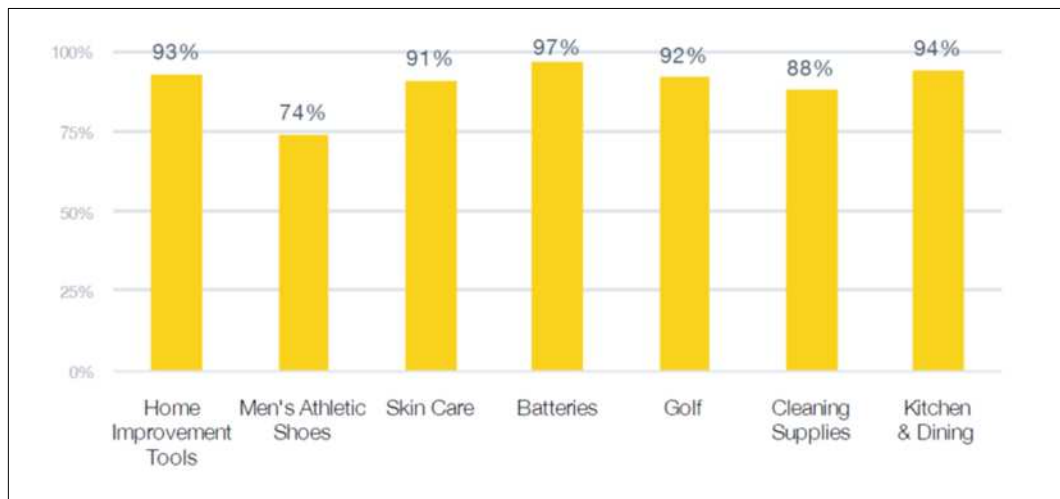
<sup>112</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 16.

mache ca. zwei Drittel des Gesamtmarktes im Vereinigten Königreich aus. Bei eBooks soll Amazons Marktanteil 90 % betragen.<sup>113</sup> Es wird von einer vergleichbaren Situation in den USA ausgegangen.<sup>114</sup>

In den USA wird für das Jahr 2019 ein Marktanteil von Amazons Home-Smart-Speaker-Systemen unter der Bezeichnung „Echo“ von 61,1 % angenommen.<sup>115</sup> Im Rahmen einer repräsentativen Umfrage in Deutschland 2022 gaben 78 % der befragten Konsumenten Amazons Echo-System an, wenn sie nach den beliebtesten Smart-Speaker-Marken befragt wurden.<sup>116</sup> Obwohl Mehrfachnennungen möglich waren, kam Apple als zweiplatzierte Marke nur auf 13 %.<sup>117</sup>

Daneben geht ein Report für den US-Markt im ersten Quartal 2018 von folgenden Marktanteilen Amazons für den jeweiligen Online-Vertrieb aus:

Abbildung 3: Amazons Marktanteile für den Online-Handel in Q1 2018 in den USA<sup>118</sup>



In der Tendenz bestätigt, wird dies durch den Kartellrechts-Unterausschusses im US-Repräsentantenhaus, der in einem Report aus Oktober 2020 von einer Marktstellung Amazons von deutlich über 50 % für den Online-Handel von Produkten aus den Kategorien Grundbedarf für den Haushalt, Sport, Fitness und Outdoor ausgeht.<sup>119</sup>

### 2.4.1.3 Logistik

<sup>113</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 15.

<sup>114</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 16.

<sup>115</sup> Report des für Kartellrecht zuständigen Subcommittee des Repräsentantenhauses der USA vom Oktober 2020, Investigation of Competition in Digital Markets (Part I), S. 102, abrufbar unter: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-117HPRT47832/pdf/CPRT-117HPRT47832.pdf>.

<sup>116</sup> Quelle: <https://de.statista.com/prognosen/999790/deutschland-beliebteste-smart-speaker-marken>.

<sup>117</sup> Quelle: <https://de.statista.com/prognosen/999790/deutschland-beliebteste-smart-speaker-marken>.

<sup>118</sup> Quelle: Gresenhues (Fn. 110) mwN.

<sup>119</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 213.

Laut einiger Autoren ist davon auszugehen, dass Amazons Logistikgeschäftsbereich bereits der größte Paketzusteller in den USA<sup>120</sup> mit einem Unternehmenswert von ca. USD 310 Mrd ist.<sup>121</sup>

Für den Paketmarkt in Deutschland zeichnet der derzeit aktuelle Paketmarktbericht der Bundesnetzagentur vom Mai 2022 folgendes Bild:<sup>122</sup> 79

**Abbildung 4: Marktanteile Paketdienstleister in Deutschland nach Sendungsvolumen 2020<sup>123</sup>** 80



Amazons Marktanteil ist in Deutschland daher noch verhältnismäßig gering, insbesondere im Vergleich zu DHL, das aus dem früheren Staatsmonopolisten Deutsche Post hervorging. Gleichwohl weist die Bundesnetzagentur auf Folgendes hin: 82

*„Sollte der Anteil an Paketsendungen, die über das von Amazon selbst betriebene Zustellnetz befördert werden, weiter mit der Geschwindigkeit der letzten Jahre wachsen, könnte die DP DHL ihre führende Marktposition einbüßen. Ob und inwieweit dies der Fall sein wird, dürfte entscheidend davon abhängen, wie groß die Sendungsmengen sein werden die Amazon als Kunde der DP DHL zukünftig über deren Zustellnetz abwickelt. Es ist davon auszugehen, dass Amazon in dem Maße, in dem die eigenen Zustellnetze ausgebaut werden, auch Sendungsmengen von anderen etablierten Paketdienstleistern abziehen wird. Inwieweit es dabei zu deutlichen Marktanteilsverlusten bei den etablierten Paketdiensten kommen* 83

<sup>120</sup> Palmer, „Amazon poised to pass UPS and FedEx to become largest U.S. delivery service by early 2022, exec says“, cnbc.com vom 29. November 2021, abrufbar unter: <https://www.cnbc.com/2021/11/29/amazon-on-track-to-be-largest-us-delivery-service-by-2022-exec-says.html>.

<sup>121</sup> Simons, „Amazon Logistics Will Be A Trillion-Dollar Business“, seekingalpha.com vom 21. September 2021, abrufbar unter: <https://seekingalpha.com/article/4455770-amazon-logistics-will-be-a-trillion-dollar-business-amzn>.

<sup>122</sup> BNetzA, Paketmarktbericht 2021 vom 31. Mai 2022, S. 13, abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2022/Paketmarktbericht2021.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Mediathek/Berichte/2022/Paketmarktbericht2021.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

<sup>123</sup> Quelle: BNetzA (Fn. 122), S. 13 (dort Abbildung 7).

*wird, hängt unter anderem auch von der allgemeinen Marktentwicklung in den kommenden Jahren ab.“<sup>124</sup>*

Auch wenn in Deutschland von Amazon Logistik derzeit noch Wettbewerbsdruck auf den Marktführer DHL ausgeht, muss daher perspektivisch beobachtet werden, inwieweit Wettbewerb durch die vertikale Verstrickung Amazons künftig in einer Form eingeschränkt werden kann wie es anderen Marktteilnehmern bislang selbst bei hohen Marktanteilen nicht möglich war. 84

Die italienische Wettbewerbsbehörde legte Amazon bereits Verhaltensmaßregeln auf, da dieser seine beherrschende Stellung auf dem italienischen Markt für Vermittlungsdienste auf Marktplätzen ausnutzte, um die Annahme seines eigenen Logistikdienstes durch die auf Amazon.it tätigen Verkäufer zum Nachteil der von konkurrierenden Anbietern angebotenen Logistikdienste zu begünstigen und seine eigene beherrschende Stellung zu stärken.<sup>125</sup> 85

#### 2.4.1.4 Amazon Web Services (AWS)

Amazon Web Services ist der Anbieter mit der größten globalen Infrastruktur mit derzeit über 200 Datenzentren.<sup>126</sup> Der globale Marktanteil von AWS wird auf 33 % geschätzt.<sup>127</sup> Allerdings unterscheiden sich Marktstruktur und Marktcharakteristiken im Bereich Webservices deutlich von anderen Märkten, auf denen Amazon aktiv ist. Zunächst sieht sich AWS Konkurrenz durch Unternehmen mit ähnlichen Größenvorteilen und „tiefen Taschen“ ausgesetzt, namentlich durch Microsoft (Azure), Google, IBM, Alibaba und andere.<sup>128</sup> Daneben besteht bei den Webservices ein hohes Maß an Produktdifferenzierung.<sup>129</sup> Schließlich greifen Kunden auf Multi-Sourcing zurück, d. h. sie nehmen nicht nur Webservices von einem Anbieter in Anspruch, sondern verteilen ihre Nachfrage nach Bedarf auf unterschiedliche Anbieter, so dass es grundsätzlich nicht zu „Lock-In“-Effekten kommt.<sup>130</sup> Eine Ausnahme hiervon kann bestehen, soweit Amazon AWS gezielt bei Kunden und Nutzern der E-Commerce-Plattform einsetzt, z. B. damit diese ein besseres Ranking bei Suchanfragen oder in der Buy Box erhalten, wenn sie Dienstleistungen von AWS in Anspruch nehmen. 86

#### 2.4.2 Wettbewerbliche Bedenken gegenüber Amazon

Neben der reinen Marktstellung (hierzu unter 2.4.1) werden wettbewerbliche Bedenken wegen struktureller und verhaltensbedingter Maßnahmen Amazons geäußert. Diese werden im Folgenden skizziert. 87

<sup>124</sup> BNetzA (Fn. 122), S. 16.

<sup>125</sup> AGCM, PM v. 9. Dezember 2021 ([Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung Amazons](#)).

<sup>126</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 1, 13.

<sup>127</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 13.

<sup>128</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 13.

<sup>129</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 14.

<sup>130</sup> Snyder/Canaday/Hughes (Fn. 30), S. 14.

## 2.4.2.1 Amazons (indirekte) Netzwerkeffekte

Die Marktposition insbesondere im Bereich E-Commerce ist aus mehreren Gründen für Dritte effektiv nicht angreifbar: in erster Linie profitiert Amazon von starken indirekten Netzwerkeffekten zwischen der hohen und steigenden Anzahl der Käufer einerseits und der Drittverkäufer andererseits.<sup>131</sup> Die breite Kundenbasis zieht mehr Drittverkäufer an und je mehr Drittverkäufer Amazons E-Commerce-Plattform nutzen, desto größer wird die Produktauswahl dort, was wiederum weitere Kunden anzieht.<sup>132</sup> Dieser Effekt wird durch die Prime-Mitgliedschaft und die damit verbundene Treuebindung der Kunden noch verstärkt. Sowohl Amazon selbst<sup>133</sup> als auch Analysten bezeichnen das Prime-Programm als Burggraben, der die dominante Position Amazons absichert und selbst für die größten Konkurrenten im E-Commerce-Sektor (wie z. B. Walmart in den USA) quasi unbestreitbar macht („**Problem der positiven indirekten Netzwerkeffekte**“).<sup>134</sup> 88

Für diese These spricht auch das Konzept von „Amazon’s Flywheel“, d. h. Amazons Schwungrad.<sup>135</sup> Amazon und *Bezos* selbst nehmen darauf Bezug.<sup>136</sup> Dieses Schwungrad wird anhand einer Illustration dargestellt, deren Urheberschaft teilweise *Bezos* selbst zugesprochen wird. 89

**Abbildung 5: Eigendarstellung von Amazons Schwungrad**<sup>137</sup> 90

91

<sup>131</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703, Rn. 90 – *Amazon Buy Box*.

<sup>132</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 70.

<sup>133</sup> Report des US-Repräsentantenhaus (Fn. 115), S. 71.

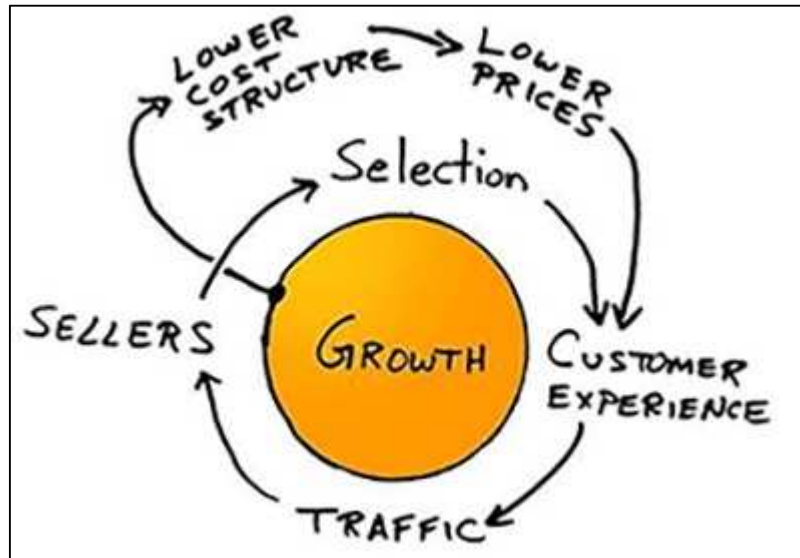
<sup>134</sup> Ramsey, “Walmart’s talks with an insurance giant could be part of an assault on Amazon Prime”, *businessinsider.in* vom 3. April 2018: “As the battle over consumer spending between Amazon and Walmart intensifies, we are concerned Amazon’s Prime membership program is fortifying an impenetrable moat around its customers.”; abrufbar unter: <https://www.businessinsider.in/walmarts-talks-with-an-insurance-giant-could-be-part-of-an-assault-on-amazon-prime/articleshow/63596019.cms>; Geradin/Smith (Fn. 49), S. 21; Del Rey, “Prime Day is more than a gimmick, it’s the single biggest event to expand Amazon’s defensive moat”, *vox.com* vom 16. Juli 2018; abrufbar unter: <https://www.vox.com/2018/7/16/17574986/prime-day-2018-amazon-member-signups-defensive-moat>.

<sup>135</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 18 unter Verweis auf das von John Collins eingeführte Bild vom unternehmerischen Schwungrad in dessen Buch: „*Good to Great: Why Some Companies Make the Leap...and Others Don't*“ (Harper Business 2001).

<sup>136</sup> *Bezos*, Letter to the Shareholders 2015: “With FBA, that flywheel spins faster because sellers’ inventory becomes Prime-eligible – Prime becomes more valuable for members, and sellers sell more.”; abrufbar unter: [https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc\\_financials/annual/2015-Letter-to-Shareholders.PDF](https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc_financials/annual/2015-Letter-to-Shareholders.PDF).

<sup>137</sup> Quelle: [https://www.amazon.jobs/de/landing\\_pages/about-amazon](https://www.amazon.jobs/de/landing_pages/about-amazon).





Des Weiteren wurde festgestellt, dass eine beträchtliche Anzahl von Verbrauchern ihren Einkauf direkt auf dem Amazon-Marktplatz beginnt und daher über andere Vertriebskanäle viel schwerer zu erreichen ist.<sup>138</sup> Schließlich kann Amazon Verluste besser verkraften als andere E-Commerce-Plattformen, da es zu den fünf größten Unternehmen der Welt in Bezug auf die Marktkapitalisierung (d. h. dem Gesamtwert der Aktien der Unternehmen) zählt und bei weitem der am höchsten bewertete Anbieter von Marktplatzdiensten ist.<sup>139</sup>

92

#### 2.4.2.2 Amazons Zugriff auf Daten

Amazons Einzelhandelsgeschäft basiert auf der Auswertung großer Datensätzen. Laut einer aktuellen Untersuchung der EU-Kommission erfolgen die Arbeitsabläufe und internen Entscheidungsmechanismen des Einzelhandelsgeschäfts von Amazon weitgehend automatisiert. Entscheidungen werden weitgehend nicht mehr von einzelnen Mitarbeitern getroffen, sondern von speziellen algorithmischen Tools, z. B. über die Festlegung von Preisen, die Verwaltung von Lagerbeständen, die Identifizierung von Sortimentslücken, die Entscheidung, in bestimmte Produktmärkte ein- oder auszusteigen sowie die Identifizierung potenzieller Lieferanten für Amazons Einzelhandelsgeschäft.<sup>140</sup>

93

Den notwendigen Dateninput für diese Automatisierung müssen die Drittverkäufer aufgrund vertraglicher Bindungen mit Amazon teilen. Drittverkäufer, die ihre Produkte auf den E-Commerce-Plattformen von Amazon in der EU anbieten möchten, müssen ein „Business Solutions Agreement“ abschließen. Darin ist bislang geregelt, dass Drittverkäufer Amazon unentgeltlich Daten zur Verfügung stellen. Hinsichtlich der auf der E-Commerce-Plattform generierten Transaktions-

94

<sup>138</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703, Rn. 91 – *Amazon Buy Box*; in den USA starten 53 % der Produktsuchen direkt auf Amazon und „nur“ 23 % auf Suchmaschinen wie Google: *Danziger* (Fn. 82).

<sup>139</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703, Rn. 92 – *Amazon Buy Box*.

<sup>140</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703, Rn. 98 – *Amazon Buy Box*.

daten räumt sich Amazon ausschließliche Eigentumsrechte ein und darf die Daten zu beliebigen Zwecken kommerziell nutzen. Den Drittverkäufern stehen lediglich begrenzte Nutzungsrechte zu („**Problem des Zugangs zu Daten**“).<sup>141</sup>

#### 2.4.2.3 Amazons vertikale Integrationen

Des Weiteren muss sich Amazon mit seinem komplementären Leistungsangebot im Verhältnis zu seinem „konzerninternen Großkunden“ Amazon Online-Einzelhandel bzw. Amazon E-Commerce-Plattform keinem Wettbewerb aussetzen. Anderen Anbietern entsprechender Leistungen (Logistik, Webservices, etc.) wird Amazon als zentraler Großkunde daher von vorneherein entzogen („**Problem der vertikalen Integrationen**“). 95

#### 2.4.2.4 Amazons Größenvorteile und Skaleneffekte

Zudem kann Amazon seine komplementären Services auf Grundlage des „konzerneigenen Großkundengeschäfts“ stark skalieren und diese Größenvorteile auf den Expansionsmärkten nutzen („**Problem der Größenvorteile**“). Klassischerweise entstehen solche Größenvorteile erst mit zunehmendem Markterfolg und der Ausweitung von Produktions- oder Servicekapazitäten auf Grundlage der Mengen, die ein Unternehmen tatsächlich oder realistisch absetzen kann. Im Falle von Amazon wird die Skalierung jedoch durch „Selbstbelieferung“ vorgenommen bzw. abgesichert, um diese Größenvorteile dann im Wettbewerb auf den jeweiligen Servicemärkten zum eigenen Vorteil zu nutzen. 96

#### 2.4.2.5 Amazons „tiefe Taschen“

Amazon kann aufgrund seiner auf Monopolisierung und langfristige Monopolgewinne ausgerichteten Geschäftsstrategie auf eine erhebliche Marktkapitalisierung und entsprechende Geldreserven zurückgreifen („**Problem der tiefen Taschen**“). Dieses Kapital kann Amazon für weitere Expansion, Marketing, Übernahmen, Forschung & Entwicklung, etc. einsetzen, um seinen Vorsprung weiter auszubauen. 97

#### 2.4.2.6 Amazons Kampfpreis-Quersubventionierung

Amazon betreibt eine Quersubventionierung seiner Kampfpreise für das eigene Handelsgeschäfts und insbesondere für Amazon Prime. Es wurde bereits dargelegt, dass Prime selbst nicht kostendeckend agieren kann und auch nicht soll. Das heißt aber nicht, dass Amazons E-Commerce-Geschäft insgesamt nicht profitabel sein kann. Amazon weist Gewinne und Verluste nicht im Einzelne nach Segmenten aus. Gleichwohl erscheint es plausibel, dass Amazon seinen Online-Einzelhandel inklusive Kundenbindung über Prime als zentrale Kernplattform über Einnahmen aus dem AWS-Geschäft und den Gebühren der Dritthändler quersubventioniert (hierzu bereits unter 2.3). 98

<sup>141</sup> Komm., Case AT.40462 – Amazon Marketplace und Case AT.40703, Rn. 99 – Amazon Buy Box.

#### 2.4.2.7 Amazons Incentivierung zur Selbstbevorzugung

Die strukturellen Probleme, die mit Amazons Marktstellung und Geschäftsstrategie einhergehen, incentivieren Amazon zudem zu einer Reihe von Verhaltensweisen, die als wettbewerblich problematisch eingestuft werden und Gegenstand umfangreicher und aufwändiger Verfahren sind („**Problem der systematischen Selbstbevorzugung**“):

Zunächst bevorzugt sich Amazon selbst durch Auswertung von Daten der Drittverkäufer zugunsten des eigenen Online-Einzelhandelsgeschäfts. Dieses Verhalten war Gegenstand des kartellrechtlichen Verfahrens wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV im Fall „*Marketplace*“.<sup>142</sup> Dieses Verhalten hofft die EU-Kommission nunmehr mit verhaltensbedingten Abhilfemaßnahmen abstellen zu können (hierzu unter 4.3.5).

Des Weiteren bevorzugt Amazon seine komplementären Dienstleistungen im Hinblick auf die Vergabe der für den Verkaufserfolg imminent wichtigen „Buy Box“ auf der E-Commerce-Plattform. Amazon kann so Händler incentivieren, mehr von Amazons komplementären Dienstleistungen Gebrauch zu machen, um so zulasten der Wettbewerber in den jeweiligen Dienstleistungssektoren (Fulfillment, Logistik, etc.) seine Marktstellung auszubauen. Dieses Verhalten war Gegenstand des kartellrechtlichen Verfahrens wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV im Fall „*Buy Box*“.<sup>143</sup> Auch dieses Verhalten hofft die EU-Kommission mit verhaltensbedingten Abhilfemaßnahmen abstellen zu können (hierzu unter 4.3.5).

Daneben gibt es eine Vielzahl von Berichten, wonach Amazon die Suchergebnisse auf der E-Commerce-Plattform zu seinen eigenen Vorteilen manipuliert.<sup>144</sup> Diese Berichte betreffen insbesondere die sog. Amazon Fair Pricing Policy, wonach Amazon die Produktpreise überwachen und hierbei Produkte zurückstufen oder sperren soll, wenn sie anderswo preiswerter verfügbar sind.<sup>145</sup> Des Weiteren soll Amazon erfolgreiche Produkte von Drittverkäufern kopieren, selbst herstellen und über das eigene Online-Einzelhandelsgeschäft vertreiben.<sup>146</sup> Schließlich soll Amazon seine Entscheidung darüber, bei welchen Marken es gegen Produktfälschung vorgeht, davon abhängig machen, dass die Markeninhaber vollumfänglich mit Amazon als Vertriebspartner zusammenarbeiten.<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>143</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>144</sup> *Angwin/Mattu*, „Amazon Says It Puts Customers First. But Its Pricing Algorithm Doesn’t“ [propublica.org](https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesn-t) vom 20. September 2016, abrufbar unter: <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesn-t>; *Khan* (Fn. 20), 973, 988; *Kirkwood*, *Florida Law Review* Vol. 74 (January 2022), 63, 79 ff.

<sup>145</sup> *Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO)*, (Fn. 68), S. 5.

<sup>146</sup> *Kirkwood* (Fn. 144), 63, 81 ff. mwN.

<sup>147</sup> *Stevens/Germano*, „Nike Thought It Didn’t Need Amazon—Then the Ground Shifted“, *wsj.com* vom 28. Juni 2017, abrufbar <https://www.wsj.com/articles/how-nike-resisted-amazons-dominance-for-years-and-finally-capitulated-1498662435?mod=searchresults&page=1&pos=4>; *Levy*, „Birkenstock quits Amazon in US after counterfeit surge“, *cncb.com* vom 20. Juli 2016, abrufbar unter: <https://www.cncb.com/2016/07/20/birkenstock-quits-amazon-in-us-after-counterfeit-surge.html>; *Khan* (Fn. 20), 973, 990 f.

## 2.5 Zwischenergebnis

Mit Amazons Marktstellung und Geschäftsstrategie gehen eine Reihe von strukturellen und systematisch verhaltensbedingten wettbewerblichen Problemen einher. Die wettbewerblichen Bedenken beruhen nicht auf punktuellen Übertritten Amazons wie sie bei „klassischen“ Marktbeherrschern im Sinne des Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 ff. GWB im Einzelfall vorkommen können, beispielsweise, wenn ein Nachfrager von einem marktbeherrschenden Lieferanten nicht beliefert wird oder ein marktbeherrschendes Unternehmen Kunden über Treuerabatte so an sich bindet, dass hierdurch der Markt für andere Anbieter verschlossen wird. Die Ursache für die wettbewerblichen Bedenken gegenüber Amazon liegen in dessen Struktur und Strategie und sind daher systematischer Natur. Kampfpreise, Diskriminierung und Selbstbevorzugung, Marktverschließungen, Marktarrondierung durch strategische Zukäufe, etc. sind Teil der Strategie. 103

Die Zweckmäßigkeit von Entflechtungsmaßnahmen muss sich an ihrem jeweiligen Beitrag zur Lösung eines oder mehrerer dieser Probleme messen lassen (hierzu unter 6.1). 104

### 3. Hintergründe aktueller Entflechtungsdebatten

Diskussionen über die Notwendigkeit und Möglichkeit der (kartellrechtlichen) Entflechtung entzündeten sich in den letzten Jahren insbesondere am Beispiel der großen Digitalkonzerne im Allgemeinen und an Amazon im Speziellen.<sup>148</sup> Vergleichbare Diskussionen in Bezug auf die großen Ölmagnaten in den USA führten zur Geburtsstunde des modernen Kartellrechts mit dem Sherman Antitrust Act vom 2. Juli 1890<sup>149</sup>.

Die aktuellen Entflechtungsdebatten beruhen insbesondere auf folgenden Gründen: Steigende Konzentrationsraten auf vielen Märkten inklusive digitaler Märkte und die damit verbundenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken (hierzu unter 3.1); soziale und gesellschaftliche Nachteile der Machtkonzentration digitaler Konzerne (hierzu unter 3.2) und Unzulänglichkeiten der bisherigen Abhilfeversuche anhand verhaltensbezogener Maßnahmen (hierzu unter 3.3).

#### 3.1 Steigende Marktkonzentration (im Online-Handel)

Studien belegen die steigenden Konzentrationsraten auf vielen US-Produkt- und -Dienstleistungsmärkten.<sup>150</sup> Die Folgen sind steigende Unternehmensmargen und immer weniger Markteintritte neuer Unternehmen.<sup>151</sup>

Auch für die EU und Deutschland ist jedoch zu konstatieren, dass die Konzentration in bestimmten Sektoren nachweisbar und kontinuierlich zunimmt.<sup>152</sup> Dabei sind mögliche Effekte der Beteiligung institutioneller Anleger bei konkurrierenden Unternehmen nicht berücksichtigt.

Ist trotz eines inhomogenen Gesamtbilds tendenziell von einer unterschiedlich hohen Zunahme der Konzentration auf den untersuchten Märkten auszugehen, trifft die Feststellung einer hohen Konzentration im Bereich Online-Handel jedenfalls auf die Länder USA, Deutschland, Frankreich und Spanien zu. Namentlich werden jedenfalls diese Märkte von Amazon beherrscht.

Ein wichtiger Treiber der steigenden Marktkonzentrationen sind Unternehmensübernahmen. Zwischen 1988 und 2020 haben die großen Digitalkonzerne Amazon,

<sup>148</sup> Galloway, "Silicon Valley's Tax-Avoiding, Job-Killing, Soul-Sucking Machine", in: Esquire vom 8. Februar 2018, abrufbar unter: [https://www.esquire.com/news-politics/a15895746/bust-big-tech-silicon-valley/?src=nl&mag=esq&list=nl\\_enl\\_news&date=020818](https://www.esquire.com/news-politics/a15895746/bust-big-tech-silicon-valley/?src=nl&mag=esq&list=nl_enl_news&date=020818); Steinberg/Hoest/Käseberg, WuW 2021, 414, 415.

<sup>149</sup> <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>.

<sup>150</sup> Kwoka/Valetti (Fn. 100), 1286, 1288.

<sup>151</sup> Kwoka/Valetti (Fn. 100), 1286, 1288.

<sup>152</sup> Komm., Single Market Performance Report 2019, SWD(2019) 444 final, S. 25: „The trend involving higher concentration ratios and markups is also reflected in increased market power, especially among larger firms.“; abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15321-2019-ADD-1/en/pdf>; Komm., Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, 12. Juli 2021, SWD(2021) 199 final, S. 13, abrufbar unter: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-07/evaluation\\_market-definition-notice\\_en.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-07/evaluation_market-definition-notice_en.pdf).

Apple, Facebook, Google und Microsoft ca. 855 Unternehmen erworben.<sup>153</sup> Auf Amazon entfielen seit 1998 ca. 107 Übernahmen.<sup>154</sup>

### 3.2 Soziale und gesellschaftliche Nachteile der Machtkonzentration

Auch wenn soziale und gesellschaftliche Aspekte keine Rolle bei der wettbewerblichen Bewertung der Machtkonzentration (digitaler Konzerne) spielen, bilden sie gleichwohl die Grundlage der gesellschaftlichen Diskussionen und Forderungen nach Lösungen, die wiederum wettbewerbspolitische Diskussionen auch rund um Fragen der Entflechtung prägen. Daher werden diese Aspekte im Folgenden kurz skizziert. 111

#### 3.2.1 Politische Macht

Marktmacht übersetzt sich immer auch in Lobbymacht. Die politische Macht speist aus den finanziellen Mitteln und den damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten auf politische Prozesse durch Spenden, Kampagnen und Lobbyisten.<sup>155</sup> Der Erwerb der Washington Post durch *Jeff Bezos* ist Beleg für die Möglichkeit des Einflusses auf die allgemeine Willensbildung, die von wirtschaftlicher Macht ausgeht. 112

#### 3.2.2 Arbeitsbedingungen und Verdrängung von Selbstständigkeit

Aus politischer Sicht ist insbesondere Amazon als Arbeitgeber häufig (zunächst) willkommen, da große Waren- und Logistikzentren auf lokaler und regionaler Ebene eine hohe Anzahl an Arbeitsverhältnissen versprechen. Amazon wird dabei aber seit Jahrzehnten die Vorwürfe wegen schlechter Arbeitsbedingungen nicht los. Kritisiert wird auch in Deutschland u. a. ein „Klima der Angst“ durch eine fortlaufende Überwachung der Mitarbeitenden, die auch aus datenschutzrechtlichen Gründen Zweifel auslöst (hierzu unter 3.2.3).<sup>156</sup> 113

#### 3.2.3 Bedenken hinsichtlich des Datenschutzes

Die Verwertung von Kundendaten bildet häufig eine wichtige Grundlage für die Geschäftsmodelle der Digitalkonzerne, da es sie in die Lage versetzt, entweder zielgruppengerechte Werbung einzublenden oder den Nutzern Waren, Dienstleistungen oder Informationen zur Kenntnis zu bringen, die diese voraus- 114

<sup>153</sup> Parker et al., 30 Industrial and Corporate Change (2021), 1307, 1312.

<sup>154</sup> Parker et al., aaO.

<sup>155</sup> Diaz/Birnbaum, „Amazon Breaks Lobbying Record Amid Antitrust Fight“, Bloomberg.com vom 21. Juli 2022, abrufbar unter: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-07-21/amazon-breaks-lobbying-record-amid-antitrust-fight?leadSource=verify%20wall>; Oprysko, „Amazon adds another antitrust lobbyist“, politico.com vom 3. Februar 2023, abrufbar unter: <https://www.politico.com/newsletters/politico-influence/2023/02/03/amazon-adds-another-antitrust-lobbyist-00081172>.

<sup>156</sup> „Mitarbeiter kritisieren ‘Arbeitsklima der Angst‘“, T-Online vom 1. Februar 2023, abrufbar unter: [https://www.t-online.de/region/hamburg/id\\_100121898/arbeitsbedingungen-bei-amazon-mitarbeiter-kritisieren-arbeitsklima-der-angst-.html](https://www.t-online.de/region/hamburg/id_100121898/arbeitsbedingungen-bei-amazon-mitarbeiter-kritisieren-arbeitsklima-der-angst-.html)

sichtlich zu einer weiteren Interaktion (Kauf, Antwort auf einen Post, etc.) mit dem Digitalkonzern anstiftet. Auch Amazon speichert Bestellungen und Interaktionen der Kunden mit Amazon-Diensten teilweise über Jahrzehnte.<sup>157</sup> Hierdurch kann Amazon ein Kundenprofil erstellen, welches Gewohnheiten und Vorlieben u. a. in den Bereichen Bestellungen von Büchern und weiteren Konsumgütern, Essen, Musik und Videos erfasst. Über „smarte“ Geräte der Heimanwendung und dem Sprachassistenten Alexa kann zudem eine fortlaufende Aufzeichnung des gesprochenen Wortes in den Privaträumen der Nutzer erfolgen.<sup>158</sup> Digitalcourage e.V. hat Amazon hierfür 2015 den Big-Brother-Award verliehen, einen Negativpreis für Datenkraken.<sup>159</sup> Die hiervon ausgehende Gefahr des „gläsernen Bürgers“ steigt mit der Expansion Amazons, insbesondere in so sensiblen Bereichen wie dem Krankenversicherungssektor.<sup>160</sup>

Datenschutzrechtliche Bedenken löst auch die fortlaufende Überwachung der Mitarbeitenden durch Amazon (in Deutschland) aus, auch wenn das Verwaltungsgericht Hannover diese Dauerüberwachung zuletzt als datenschutzkonform bewertet und eine anderslautende Verfügung der Datenschutzbehörde Niedersachsen aufgehoben hat.<sup>161</sup> Insoweit bleiben Forderungen nach einem Beschäftigtendatenschutzgesetz laut.<sup>162</sup> 115

### 3.2.4 Steuervermeidung

Amazon wird fortlaufend wegen Steuervermeidungstaktiken kritisiert.<sup>163</sup> Bereits 116  
der Anfangserfolg als Online-Buchhändler in den USA beruhte auch auf dem Umstand, dass Amazon im Gegensatz zu den lokalen bzw. stationären Buchhandlungen keine Umsatzsteuer gezahlt hat und diesen Preisvorteil an die Kunden weitergeben konnte, um den Markt zu räumen.<sup>164</sup> Die (Mindest-) Besteuerung von großen multinationalen Unternehmen aus der Digitalwirtschaft, insbesondere die Besteuerung von Gewinnen aus Nutzerdaten, wird auf internationaler Ebene derzeit (noch fruchtlos) diskutiert.<sup>165</sup> In Reaktion auf die

<sup>157</sup> Heinrich, „Amazon: Was der Datenkrake alles über uns weiß - ein Selbstversuch“, Merkur.de vom 29. März 2022, abrufbar unter: <https://www.merkur.de/wirtschaft/amazon-daten-selbstversuch-datenschutz-auskunft-anfordern-kunden-loeschen-zr-91442626.html>

<sup>158</sup> Iqbal et al., „Your Echos are Heard: Tracking, Profiling, and Ad Targeting in the Amazon Smart Speaker Ecosystem“, abrufbar unter: [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/PrivacyCon-2022-Iqbal-Bahrami-Trimananda-Cui-Garrido-Dubois-Choffnes-Markopoulou-Roesner-Shafq-Your-Echos-are-Heard.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/PrivacyCon-2022-Iqbal-Bahrami-Trimananda-Cui-Garrido-Dubois-Choffnes-Markopoulou-Roesner-Shafq-Your-Echos-are-Heard.pdf)

<sup>159</sup> Siehe <https://bigbrotherawards.de/2018/amazon-alexa>.

<sup>160</sup> Rosenblatt, „Amazon is becoming a health care company. What does that mean for you?“, The Seattle Times online vom 7. August 2022, abrufbar unter <https://www.seattletimes.com/business/amazon-is-becoming-a-health-care-company-what-does-that-mean-for-you/>

<sup>161</sup> VG Hannover, Urteil vom 9. Februar 2023 – 10 A 6199/20.

<sup>162</sup> Z. B. Datenschutzkonferenz, „Die Zeit für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz ist „Jetzt!““, Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 29. April 2022 abrufbar unter: [https://datenschutzkonferenz-online.de/media/en/Entschliessung\\_Forderungen\\_zum\\_Beschaeftigtendatenschutz.pdf](https://datenschutzkonferenz-online.de/media/en/Entschliessung_Forderungen_zum_Beschaeftigtendatenschutz.pdf)

<sup>163</sup> Berthelot, „Amazon Europe Unit Paid No Taxes on \$55 Billion Sales in 2021“, Bloomberg.com vom 20. April 2022, abrufbar unter: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-04-20/amazon-europe-unit-paid-no-taxes-on-55-billion-sales-in-2021#xj4y7vzkg>.

<sup>164</sup> Tehrani, The Tax Lawyer, Vol. 67, No. 4 (summer 2014), 875 ff.

<sup>165</sup> Vgl. OECD/G20, Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy vom 11. Juli 2023, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/tax/beps/outcome-statement-on-the-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2023.htm>; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von

geringe Besteuerung der Digitalwirtschaft in Europa wurde in Frankreich und im Vereinigten Königreich national eine sog. Digital Services Tax eingeführt.<sup>166</sup> Daneben wird über die Möglichkeit der Steuerhinterziehung durch Händler auf dem Amazon Marketplace berichtet.<sup>167</sup>

### 3.2.5 Ermöglichung von Markenpiraterie

Online-Handelsplattformen wie Amazon oder eBay erleichtern den Vertrieb von gefälschter Markenware. Teilweise hat dies sicherheitsrelevante Aspekte, z. B. wenn für den Verbraucher unerkant gefälschte (und minderwertige) Kfz-Ersatzteile erworben und eingebaut werden.<sup>168</sup> 117

Daneben gibt es Berichte darüber, wie Amazon die Entscheidung über eine wirksame Verfolgung von Markenpiraterie auf dem Marketplace davon abhängig macht, ob der Markeninhaber seine Produkte selbst auch über Amazon vertreibt oder nicht.<sup>169</sup> 118

### 3.2.6 Klimaaspekte

Neben dem immensen Energiebedarf der Rechenzentren zum Betrieb der Geschäftsmodelle der Digitalkonzerne werden immer wieder Vorwürfe gegen die Massen an Rücksendungen im Falle von Amazon erhoben. Nach Recherchen von Greenpeace werden alleine im Logistikzentrum Winsen wöchentlich rund 20 Kubikmeter Neuware in die Verschrottung gegeben.<sup>170</sup> In einem Warenlager im Vereinigten Königreich wurden binnen einer Woche über 120.000 neue bzw. neuwertige Artikel zerstört, darunter hochpreisige Unterhaltungs- und Haushaltselektronik.<sup>171</sup> 119

---

Vorschriften für die Unternehmensbesteuerung einer signifikanten digitalen Präsenz vom 21. März 2018, COM(2018) 147 final.

<sup>166</sup> Frankreich: LOI n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, JORF n° 0171 du 25 juillet 2019; Vereinigtes Königreich: Digital Services Tax, 2020 c. 14, abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/14/part/2/enacted>.

<sup>167</sup> Böcking/Hecking, „Die Amazon-Oase“, in Spiegel-Online vom 21. Oktober 2017, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/umsatzsteuer-wie-amazon-zur-hinterziehung-genutzt-wird-a-1171381.html>.

<sup>168</sup> <https://www.swrfernsehen.de/marktcheck/amazon-marketplace-plagiate-faelschungen-100.html>

<sup>169</sup> Khan (Fn. 20), 973, 990 f.; Stevens/Germano, „Nike Thought It Didn't Need Amazon—Then the Ground Shifted“, wsj.com vom 28. Juni 2017, abrufbar <https://www.wsj.com/articles/how-nike-resisted-amazons-dominance-for-years-and-finally-capitulated-1498662435?mod=searchresults&page=1&pos=4>; Levy, „Birkenstock quits Amazon in US after counterfeit surge“, cnbc.com vom 20. Juli 2016, abrufbar unter: <https://www.cnbc.com/2016/07/20/birkenstock-quits-amazon-in-us-after-counterfeit-surge.html>

<sup>170</sup> Greenpeace, „Neue Bilder aus Amazon-Lager in Winsen belegen Zerstörung von Neuware“, Nachricht vom 12. Februar 2020, abrufbar unter: <https://www.greenpeace.de/engagieren/nachhaltiger-leben/werk-abfall>.

<sup>171</sup> Pallot, „Amazon destroying millions of items of unsold stock in one of its UK warehouses every year, ITV News investigation finds“, itv.com vom 22. Juni 2021, abrufbar unter: <https://www.itv.com/news/2021-06-21/amazon-destroying-millions-of-items-of-unsold-stock-in-one-of-its-uk-warehouses-every-year-itv-news-investigation-finds>.



### 3.3 Unzulänglichkeiten verhaltensbezogener Maßnahmen

Die Forderungen nach Entflechtungen der Digitalkonzerne müssen auch vor dem Hintergrund der häufig als unzureichend empfundenen Versuche gesehen werden, unliebsamen Folgen der Verhaltensweisen der Digitalkonzerne durch verhaltensbezogene Maßnahmen Herr zu werden. Jüngstes Beispiel ist die Verpflichtung Amazons gegenüber der EU-Kommission, sicherzustellen, dass Informationen über Drittverkäufer auf der E-Commerce-Plattform nicht für das eigene Handelsgeschäft genutzt werden (hierzu unter 4.3.5).<sup>172</sup> Insoweit ist zu konstatieren, dass es an (kartellrechtlichen) Verfahren gegenüber Amazon nicht mangelt,<sup>173</sup> ohne es dass es bisher gelungen wäre, die (wettbewerblichen) Probleme in Verbindung mit Amazon effektiv zu adressieren.

Auch die gegenwärtige Praxis der Behandlung von nicht-horizontalen Zusammenschlussvorhaben unter Beteiligung marktmächtiger (Digital-)Konzerne beschränkt sich im Wesentlichen auf verhaltensbezogene Maßnahmen.<sup>174</sup>

Die Effizienz verhaltensbezogener Maßnahmen wird unter Verweis auf deren Unzulänglichkeiten allerdings in Zweifel gezogen.<sup>175</sup> Zunächst ist es äußerst komplex, das unerwünschte Verhalten hinreichend konkret zu bezeichnen. Daher fällt die Formulierung verhaltensbezogener Maßnahmen sehr schwer. Verhaltensbezogene Maßnahmen sind häufig sehr statisch und können von technologischen Anpassungen und Marktdynamiken überholt werden.<sup>176</sup> Weiterhin ist das Monitoring (auch für die Unternehmen) sehr aufwändig und die Feststellung von Verstößen anspruchsvoll. Schließlich verbleiben den Unternehmen vielschichtige Möglichkeiten, die verhaltensbezogenen Maßnahmen zu umgehen.

Selbst wenn sie aber gegen verhaltensbezogene Auflagen verstoßen, droht Unternehmen in der Regel lediglich ein Bußgeld, welches sie angesichts der bisweilen immensen Transaktionswerte der Zusammenschlüsse als lediglich verhältnismäßig geringe Transaktionskosten verbuchen können. Ein Beispiel hierfür bietet der freigegebene Zusammenschluss zwischen Facebook und WhatsApp.<sup>177</sup> Die Kommission stellte im Laufe des Jahres 2016 fest, dass Facebook bei der Anmeldung 2014 irreführend angab, nicht in der Lage zu sein, einen zuverlässigen automatisierten Abgleich zwischen den Konten von Facebook-Nutzern und WhatsApp-Nutzern durchzuführen.<sup>178</sup> Aufgrund der irreführenden Angaben verhängte die EU-Kommission ein Bußgeld in Höhe von EUR 110 Mio. Auf einen theoretisch denkbaren Widerruf der Freigabe des Zusammenschlusses verzichtete die EU-Kommission dagegen (hierzu unter 5.1.4.2).

<sup>172</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>173</sup> Siehe Nachweise unter Fn. 104.

<sup>174</sup> *Kwoka/Valetti* (Fn. 100), 1286, 1289.

<sup>175</sup> *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, 651, 655; *Kwoka/Valetti* (Fn. 100), 1286, 1289; *Loertscher/Maier-Rigaud*, in: Gerard/Komnios, *Remedies in EU Competition Law*, 2020, S 53, 61.

<sup>176</sup> *Kwoka/Valetti* (Fn. 100), 1286, 1289.

<sup>177</sup> Komm., Case M.7217 – *Facebook/Whatsapp*.

<sup>178</sup> Komm., Pressemitteilung vom 18. Mai 2017, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_17\\_1369](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1369).

Strukturelle Entflechtungsmaßnahmen bieten gegenüber verhaltensbezogenen Maßnahmen bestimmte Vorteile. Insbesondere können klarere Grenzen zwischen den aus wettbewerblichen Gründen zu trennenden Geschäftsbereichen gezogen werden, so dass Interessenskonflikte beseitigt und wirtschaftlichen Anreizen zu Selbstbevorzug, Diskriminierung und Zugangsbehinderung, etc. der Boden entzogen wird.<sup>179</sup> Verhaltensbezogene Maßnahmen sind demgegenüber häufig nicht geeignet, das zugrundeliegende Problem zu adressieren und überfordern gleichzeitig die Kapazitäten der Wettbewerbsbehörden, die Einhaltung der verhaltensbezogenen Maßnahmen effizient und effektiv zu überwachen.<sup>180</sup>

### 3.4 Vorbehalte gegen Entflechtungsmaßnahmen

Trotz der Unzulänglichkeiten verhaltensbezogener Maßnahmen (hierzu unter 3.3) stoßen Forderungen nach Entflechtungen auch in Fachkreisen auf große Skepsis. Sie werden nicht zuletzt in den USA als „radikale“ Lösung bezeichnet.<sup>181</sup> Im Unterschied zu verhaltensbezogenen Maßnahmen beziehen sich Entflechtungsmaßnahmen nicht unmittelbar auf ein bestimmtes kartellrechtswidriges Verhalten, sondern versuchen, diesem Verhalten den strukturellen Boden zu entziehen.<sup>182</sup> Teilweise wird gegen Entflechtungsmaßnahmen auch ins Feld geführt, dass diese aufwendig, kostenintensiv und ihr wettbewerblicher Nutzen ungewiss sei (hierzu im Detail unter 6.2). Letztlich kann diese Kritik in ihrer Pauschalheit jedoch in gleichem Maße auf verhaltensbezogene Maßnahmen angewandt werden.

### 3.5 Amazon und die Konsumentenwohlfahrt

In entsprechenden Debatten wird Amazon gegen Entflechtungsforderungen häufig mit dem Argument verteidigt, dass es sich um ein äußerst serviceorientiertes und kundenfreundliches Unternehmen handle, das für ein niedriges Preisniveau Sorge und damit wettbewerblich agiere.<sup>183</sup> Eine mittlerweile im Kontext der Diskussionen um Amazon zum Bonmot gewordene Äußerung des Kolumnisten *Matthew Yglesias* fasst das Verhältnis von Serviceorientierung und Verzicht auf kurzfristige Gewinne so zusammen, dass es sich bei Amazon um eine gemeinnützige Organisation handle, die von Teilen der Investmentbranche zum Nutzen der Verbraucher betrieben werde.<sup>184</sup>

<sup>179</sup> Khan (Fn. 20), 973, 980.

<sup>180</sup> Khan (Fn. 20), 973, 981.

<sup>181</sup> Van Loo, Cornell Law Review Vol. 105, 1955, 1957; Khan (Fn. 20), 973, 1063 mwN.

<sup>182</sup> Komm., Entsch. v. 20. September 2016, Rn. 140 Case AT.39759 – *ARA Foreclosure*: “The divestiture of the part of the household collection infrastructure which ARA owns is necessary to ensure that the infringement will not be repeated”.

<sup>183</sup> Geradin/Smith (Fn. 49), S. 3.

<sup>184</sup> Yglesias, “Amazon Profits Fall 45 Percent, Still the Most Amazing Company in the World”, Slate .com vom 29. Januar 2013), abrufbar unter: [http://www.slate.com/blogs/moneybox/2013/01/29/amazon\\_q4\\_profits\\_fall\\_45\\_percent.html](http://www.slate.com/blogs/moneybox/2013/01/29/amazon_q4_profits_fall_45_percent.html).

Das wirft die Frage auf, ob Amazons Geschäftsmodell unter meritokratischen und (mittelbar) rechtlichen Gesichtspunkten auch angesichts einer unterstellten partiellen Verbraucherfreundlichkeit legitim bzw. gerechtfertigt erscheint. Denn diese „Legitimität“ ist gerade bei vermeintlich gerechtigkeitsgetriebenen Diskussionen um Entflechtungen von wesentlicher Bedeutung. Auch wenn der Schwerpunkt der Entflechtungsdebatten eigentlich auf der Bewertung der Zweckmäßigkeit vor dem Hintergrund der auf Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Ziele der Wettbewerbsvorschriften liegen sollte, kann nicht geleugnet werden, dass sowohl die öffentliche Meinung als auch die meisten fachkundigen Analysten sich von einer solchen meritokratischen Verbrämung nicht zu lösen im Stande sehen. Ein Ausdruck hiervon ist die künstliche Unterscheidung bei der Eingriffsschwelle der Entflechtungen danach, ob die als problematisch empfundene Struktur auf externem Wachstum durch Erwerbe anderer Unternehmen oder auf internem Wachstum beruht. Dies ist nur nachvollziehbar, wenn man mit der Entflechtung zugleich einen „Schuldvorwurf“ verbinden will bzw. muss und der Schutz der Institution Wettbewerb als Begründung für eine solchen Eingriff nicht ausreichen soll.

Letztlich kann die Frage nach der Legitimität aber dahinstehen, sofern Amazons Verbraucherfreundlichkeit ohnehin keine hinreichende Grundlage hierfür bietet. Daran bestehen insbesondere deshalb erhebliche Zweifel, da mit den Vorteilen für Amazons Endkunden erhebliche Nachteile für andere Verbrauchergruppen einhergehen. Zu Recht wird der vermeintlichen Verbraucherfreundlichkeit Amazons mit dem Argument entgegengetreten, dass viele Konsumenten auch Inhaber kleiner und mittlerer Unternehmen oder Beschäftigte bei Amazons Wettbewerbern sind, denen die Strategie Amazons vermutlich kaum nützt.<sup>185</sup> Das Konzept einer rechtlichen Rechtfertigung von Wettbewerbsbedenken durch Ausgleich aufgrund der angemessenen Beteiligung von Verbrauchern kennt das Kartellrecht im Rahmen der Freistellung vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Kartellverbot) nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB. Dort wird die angemessene Verbraucherbeteiligung grundsätzlich nur dann als Rechtfertigung anerkannt, wenn denjenigen Verbrauchern, die die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung zu gegenwärtigen haben auch zumindest gleichwertige Vorteile zufließen. Sprechen sich beispielsweise die Hersteller von Waschmaschinen darüber ab, künftig einen Sozialausgleichsaufschlag von den Kunden zu erheben, der an Mitarbeiter ausgezahlt wird, fehlt es an der notwendigen Verbraucherbeteiligung, selbst wenn diese Verbraucher einen solchen Aufschlag begrüßen sollten. Anders kann die Bewertung ausfallen, wenn sich die Hersteller von Waschmaschinen darauf verständigen, nur noch Maschinen mit einem Mindestmaß an Stromsparsamkeit zu vertreiben, die jedoch etwas teurer sind. Wenn die höheren Anschaffungskosten der Verbraucher geringeren Betriebskosten

<sup>185</sup> Greenfield, „Amazon: Still A Charity For Consumers Funded By Investors?“, Forbes.com vom 30. Januar 2014, abrufbar unter: <https://www.forbes.com/sites/jeremygreenfield/2014/01/30/amazon-a-charity-for-consumers-funded-by-investors/>; siehe auch Geradin/Smith (Fn. 49), S. 19 „[Amazon Prime] is in many ways an excellent deal for consumers in the short term. [...] But, Prime’s success also produces harmful effects for competition and therefore for consumers in the longer term, especially when seen in the context of the other issues discussed in this paper.“

gegenüberstehen und zu erwarten ist, dass diese die Anschaffungskosten zumindest ausgleichen, dürfte eine Verbraucherbeteiligung zu bejahen sein. Ausgehend von diesem wettbewerblichen Legitimitätsmaß der Beeinträchtigung von Wettbewerb aus Gründen der Verbraucherfreundlichkeit, fehlt es bei Amazons Verbraucherfreundlichkeit offensichtlich am hinreichenden Konnex bzw. der Identität der Verbrauchergruppen, die einerseits die Kosten der Wettbewerbsstörung zu tragen haben und andererseits die Vorteile hierfür empfangen.

Hinsichtlich der „Legitimitätsdebatte“ darf zudem nicht ausgeblendet werden, dass die Verbraucherfreundlichkeit nie Amazons Ziel war, sondern nur Mittel zum eigentlich Zweck der Marktführerschaft ist. Dies wird eindrücklich belegt durch *Jeff Bezos’* Brief an die Aktionäre von 1997.<sup>186</sup> Amazons Ziele sind Erhalt und Expansion der Marktführerschaft. Diese Marktführerschaft soll die Aktionäre zu höheren Kapitalrenditen führen. Um die Marktführerschaft zu erhalten und auszubauen, muss die Kundenbasis gehalten und ausgebaut werden. Wenn überhaupt ist Amazon daher ein Planspiel für ein marktbeherrschendes Unternehmen, welches von Investoren aufgrund des Versprechens suprakompetitiver Kapitalrenditen vorfinanziert wird und zu diesem Zwecke bestimmte Verbrauchergruppen zu Lasten anderer Verbrauchergruppen gezielt mit Niedrigpreisen anlockt. Es ist zwar zutreffend, dass es auch insoweit keine Rolle für die wettbewerbliche Perspektive spielen sollte, ob Amazon von Anfang an eine solche Strategie verfolgte oder sie heute nur ein Nebeneffekt ist.<sup>187</sup> Insoweit muss aber ein Level-Playing-Field der Legitimitätsargumente geschaffen werden, welches nicht selektiv ist und der Verbesserung alleine der eigenen Position vorgeht.

Ungeachtet der Legitimitätsdebatte liegt der Schwerpunkt jedenfalls des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts auf dem institutionellen Schutz wirksamen Wettbewerbs und nicht auf der gezielten Steigerung der Wohlfahrt einzelner Verbrauchergruppen.<sup>188</sup>

**Zwischenergebnis:** Die Legitimitätsargumentation entlang vermeintlich meritokratischer Verdienste um Verbraucherwohlfahrt ist im Rahmen der Entflechtungsdebatten fehl am Platz, weil es hier zentral um Erhalt oder Wiederherstellung der Wettbewerbsstrukturen geht und ob eine Entflechtung hierzu zweckmäßig und verhältnismäßig beitragen kann. Selbst wenn man diese Diskussion so führt, kommt Amazons Verbraucherfreundlichkeit nur einer bestimmten Verbrauchergruppe zu, während andere Verbrauchergruppen unter Amazons Geschäftsmodell Nachteile zu gegenwärtigen haben. Ein Vergleich mit

<sup>186</sup> *Bezos*, Letter to Shareholders 1997, abrufbar unter:

<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312513151836/d511111dex991.htm>

<sup>187</sup> *Geradin/Smith* (Fn. 49), S. 19: “From a competition point of view, it is less relevant at this stage whether the strategy was intentionally predatory from the start than what effects it is now having.”

<sup>188</sup> *Geradin/Smith* (Fn. 49), S. 4 unter Verweis auf die Entscheidungspraxis des EuGH in: Case C-6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company v Commission* [1973] ECR-215, paragraph 26; Case C-95/04 *British Airways v Commission* [2007] ECR I-02331, paragraph 106; Cases C-501/06P etc *GlaxoSmithKline Services v Commission* [2009] ECR I-09291, paragraph 63.



den Anforderungen der Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB belegt, dass die Wettbewerbsvorschriften Störungen des Wettbewerbs zugunsten von Verbrauchervorteilen nur dann zulassen, sofern sich Nachteile und ausgleichende Vorteile der Wettbewerbsstörung bei derselben Verbrauchergruppe materialisieren. Die Belastung einer Verbrauchergruppe zugunsten einer anderen Verbrauchergruppe wird nicht akzeptiert. Warum dies in der Legitimitätsdebatte um Amazon anders sein soll, drängt sich nicht auf. Zudem steht im EU- und deutschen Kartellrecht die Verbraucherwohlfahrt ohnehin nicht im Vordergrund, sondern der Erhalt des Wettbewerbs als Institution.

## 4. Auswahl historischer Entflechtungsverfahren und ihre Bewertung

Die Entflechtung ist ein kartellrechtliches Instrument, welches seit Jahrzehnten im Rahmen der Wettbewerbspolitik genutzt wird, wenn bisweilen auch sehr zurückhaltend. Die Vorreiterrolle hält die USA inne, die dieses Instrument bereits 1911 einsetzte, um einen Mineralölkonzern zu entflechten (hierzu unter 4.1). Auch das Vereinigte Königreich hat in den letzten Jahren Unternehmensentflechtungen vorgenommen, die erfolgreich waren (hierzu unter 4.2). Des Weiteren werden Beispiele der EU-Kommission dargestellt (hierzu unter 4.3). Schließlich gibt es Beispiele in Deutschland, bei denen Entflechtungen z. B. im Rahmen von Sektoruntersuchungen vorgenommen wurden (hierzu unter 4.4). 132

### 4.1 Entflechtungen in den USA

#### 4.1.1 Monopolisierungsverbot als gesetzliche Grundlage

Entflechtungen in den USA werden insbesondere als Abhilfemaßnahmen nach Feststellung eines Verstoßes gegen das allgemeine Verbot der Monopolisierung bzw. des Versuchs der Monopolisierung („*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize...*“) nach Sec. 2 Sherman Act<sup>189</sup> angeordnet. 133

Dieser Ansatz unterscheidet das amerikanische Recht deutlich vom EU- und deutschen Recht aktueller Prägung. Durch das generelle Verbot der Monopolisierung bedarf es im US-amerikanischen Recht keines weiteren Verstoßes gegen Verhaltensvorschriften. 134

Voraussetzung eines verbotenen Versuchs der Monopolisierung nach Sec. 2 Sherman Act ist in objektiver Hinsicht eine unbillige Behinderungs- oder Verdrängungsstrategie, die von einem Monopolisierungsvorsatz getragen wird und eine erhebliche Erfolgswahrscheinlichkeit aufweist.<sup>190</sup> Für letztere sind insbesondere die bereits vorliegenden Marktanteile des betroffenen Unternehmens maßgeblich, wobei ein Marktanteil von 50 % oder mehr indikativ für die Erfolgswahrscheinlichkeit sein soll. 135

Neben Entflechtungen auf Grundlage von Sec. 2 Sherman Act gibt es auch in den USA im Rahmen von Zusammenschlusskontrollen regelmäßig Forderungen der Wettbewerbsbehörden, Teile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vorab zu veräußern. Diese Praxis unterscheidet sich im Detail, nicht aber im Grundsatz von der Fusionskontrollpraxis in der EU (hierzu unter 5.1.4) und Deutschland (hierzu unter 5.2.5), so dass auf eine eigene Darstellung für die USA an dieser Stelle verzichtet wird. 136

<sup>189</sup> 15 U.S. Code § 2, abrufbar unter: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/2>

<sup>190</sup> Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen Endbericht Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), S. 43; abrufbar unter: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=12); Böni, Sic! 2/2012, 71, 72.

Im Folgenden werden einige der wesentlichen Entflechtungen auf Grundlage von Sec. 2 Sherman Act angediskutiert. Auffällig ist insoweit, dass die letzte behördlich bzw. gerichtlich durchgesetzte strukturelle Entflechtung 1982 im Falle AT&T stattfand (hierzu 4.1.3). 137

#### 4.1.2 Entflechtung von Standard Oil in 34 Einzelunternehmen

In *United States v. Standard Oil Company of New Jersey* traf der US-Supreme Court 1911 die Entscheidung, den Mineralölkonzern auf Grundlage eines Verstoßes gegen das Monopolisierungsverbot nach Sec. 2 Sherman Act zu entflechten. Das Gericht entschied in dem vorliegenden Fall, dass Standard Oil wettbewerbswidrig systematisch Wettbewerber aufkaufte, um seine Marktmacht zu stärken. Daraufhin wurde die Standard Oil Company in 34 Einzelunternehmen aufgeteilt.<sup>191</sup> 138

Das Beispiel zeigt, dass eine Entflechtung erfolgreich auf ein Monopolisierungsverbot gestützt werden kann. Der Mineralölmarkt war als Folge der Entflechtung kompetitiver und die entflochtenen Unternehmen waren weiterhin äußerst profitabel.<sup>192</sup> 139

#### 4.1.3 Entflechtung von AT&T in mehrere Einzelunternehmen

Die Entflechtung von AT&T ist wohl einer der prominentesten Fälle von vertikaler Entflechtung in den USA. Im Jahr 1982 wurde das Unternehmen in sieben eigenständige Bell Operating Companies aufgeteilt.<sup>193</sup> AT&T war zum Zeitpunkt der Entscheidung als Telefondienstleister und zusätzlich auch als Hersteller tätig.<sup>194</sup> Ausgangspunkt dieser Entscheidung war, dass AT&T durch den Zukauf von lokalen Telefonanbietern ein Quasi-Monopol innehielt.<sup>195</sup> Erneut wurde auf der Grundlage des Sec 2 Sherman Acts die Entflechtung angeordnet. 140

Die Entflechtung wird heute als Erfolg gewertet, da unter anderem eine Studie zeigt, dass signifikante, langfristige Kostensenkungen um 20 % sowie Effizienzsteigerungen zu verzeichnen waren.<sup>196</sup> 141

#### 4.1.4 Entflechtungsverfahren gegen Microsoft

In den 1990ern und frühen 2000ern wurde in den USA ein Entflechtungsverfahren gegen Microsoft geführt. Die Wettbewerbsbehörde hatte festgestellt, dass Microsoft seine dominante Marktposition einsetzte, um Nutzer von Windows zu zwingen, auch andere Anwendungen von Microsoft zu nutzen, z. B. den Internet Explorer als Webbrowser. 142

<sup>191</sup> Kwoka/Valetti (Fn. 100), 1286, 1296.

<sup>192</sup> Kwoka/Valetti (Fn. 100), 1286, 1296.

<sup>193</sup> Bernhard/Voges, WuW 2023, 651, 654.

<sup>194</sup> Grabel, „This Month in Business History: The Breakup of the Bell System“, historyfactory.com vom 24. Januar 2022, abrufbar unter: <https://www.historyfactory.com/insights/this-month-in-business-history-bell-system/>.

<sup>195</sup> Grabel (Fn. 194).

<sup>196</sup> Krouse et al, 42 J. Law Econ (1999), 61, 83.

Zur Abhilfe des kartellrechtswidrigen Zustands beantragte die Wettbewerbsbehörde eine eigentumsrechtliche Entflechtung Microsofts in ein Unternehmen für das PC-Betriebssystem Windows und ein anderes Unternehmen für die weiteren PC-Anwendungen wie den Internetexplorer. War die Wettbewerbsbehörde erstinstanzlich hiermit noch erfolgreich, verlor sie in der Berufungsinstanz. Das Berufungsgericht befand, dass die Entflechtung nicht angemessen sei, da Microsoft die Marktstellung nicht durch Unternehmensübernahmen sondern Unternehmenswachstum erlangt habe. 143

#### 4.1.5 Zwischenergebnis

Die USA blickt auf eine traditionsreiche Praxis von Entflechtungsverfahren auch ohne vorhergehende Zusammenschlüsse zurück. Die Praxis der USA widerlegt zunächst die zuletzt auch in Deutschland geäußerte Furcht vor unkontrollierten und übereifrigen Entflechtungen durch Wettbewerbsbehörden, sobald die rechtlichen Grundlagen für eine erleichterte Entflechtung geschaffen wird. Denn obwohl solche Verfahren in den USA deutlich einfacher einzuleiten sind als in der EU- und Deutschland, gibt es nur wenige durchgeführte Verfahren. Gleichzeitig belegt der Umstand, dass das letzte erfolgreiche Entflechtungsverfahren (AT&T 1982) solange zurückliegt die Schwierigkeit der Anwendung einer solchen Vorschrift im Angesicht einer zurückhaltenden Verwaltungs- und Entscheidungspraxis. 144

Die aktuell auch in den USA aufflammenden Diskussionen um eine Reaktivierung der Entflechtungsverfahren auch und gerade gegenüber den großen Digitalkonzernen lässt zumindest erwarten, dass der die US-Kartellrechtspraxis in den letzten Jahrzehnten prägende neoliberale Zeitgeist der *Chicago school* durch Forderungen der Vertreter der *New Brand school* zumindest ein Gegengewicht erhält.<sup>197</sup> 145

## 4.2 Entflechtung im Vereinigten Königreich

Das Vereinigte Königreich weist im Hinblick auf missbrauchsunabhängige Entflechtungen (hierzu 4.2.1 f.) und die Zusammenschlusskontrolle (hierzu 4.2.3) Besonderheiten auf, die deutlich vom kontinentaleuropäischen System abweichen. Diese Abweichungen und die darauf basierende Entscheidungspraxis sind nicht zuletzt deshalb von besonderem Interesse, weil die vom deutschen Gesetzgeber jüngst verabschiedete GWB-Novelle in § 32f Abs.3 GWB nF einen Entflechtungstatbestand enthält, der ausweislich der Gesetzesbegründungen auf die Praxis des Vereinigten Königreichs verweist.<sup>198</sup> 146

<sup>197</sup> Siehe z. B. *Khan*, Rede anlässlich der Konferenz des International Competition Networks in Berlin, 6. Mai 2022, abrufbar unter [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/Remarks](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/Remarks); *Kanter*, Rede bei der 49. Konferenz des Fordham Competition Law Institutes in New York am 16. September 2022, abrufbar unter :

<https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-jonathan-kanter-antitrust-division-delivers-keynote-fordham>; *Wu*, *The Curse of Bigness* (New York, 2018), *passim*.

<sup>198</sup> *Wagner-von Papp*, *WuW* 2022, 642 ff.



#### 4.2.1 Gesetzliche Grundlage für missbrauchsunabhängige Entflechtung

Die britische Kartellbehörde (Competition and Markets Authority; „CMA“) hat Befugnisse zur Entflechtung von Unternehmen auch ohne Nachweis einer konkreten Zuwiderhandlung gegen kartellrechtliche Vorschriften. Rechtsgrundlage hierfür ist Kapitel 4 des Enterprise Acts 2002<sup>199</sup>. Im Rahmen einer Marktuntersuchung kann die CMA Marktstrukturen darauf untersuchen, ob der Wettbewerb hierdurch beeinträchtigt ist („*adverse effect on competition*“). Maßgebliche Faktoren zur Feststellung des Vorliegens eines solchen *adverse effect on competition* sind in erster Linie strukturelle Marktelemente wie sie auch in der Fusionskontrolle geprüft werden (vgl. die in § 18 Abs. 3, 3a GWB aufgeführten Kriterien).<sup>200</sup> 147

Auch wenn dies nicht aus dem Gesetz folgt, hat sich die CMA durch Verwaltungsleitlinien selbst dazu verpflichtet, Kapitel 4 des Enterprise Acts 2002 nur subsidiär gegenüber Verfahren wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzuwenden.<sup>201</sup> 148

Sofern ein *adverse effect on competition* festgestellt wird, kommen auch (eigentumsrechtliche) Entflechtungen zur Beseitigung in Betracht.<sup>202</sup> Hierzu führen die maßgeblichen Leitlinien der CMA aus (eigene Übersetzung).<sup>203</sup> 149

*„Das Ziel von Veräußerungen im Rahmen von Marktuntersuchungen besteht im Allgemeinen darin, Wettbewerbsprobleme zu lösen, die sich aus strukturellen Merkmalen eines Marktes ergeben. Dies kann entweder durch die Schaffung einer neuen Wettbewerbsquelle durch die Veräußerung eines Geschäfts oder von Vermögenswerten an einen neuen Marktteilnehmer oder durch die Stärkung einer bestehenden Wettbewerbsquelle durch die Veräußerung eines Geschäfts oder von Vermögenswerten an einen bestehenden, von der veräußernden Partei (oder den Parteien) unabhängigen Marktteilnehmer geschehen.“* 150

*Eine erfolgreiche Veräußerung wird den Mangel an Wettbewerb, der sich aus den strukturellen Merkmalen eines Marktes ergibt, an der Quelle beheben. Abhilfemaßnahmen im Rahmen von Veräußerungen erfordern in der Regel keine detaillierte fortlaufende Überwachung über den Abschluss der Veräußerung des betreffenden Geschäfts oder der betreffenden Vermögenswerte hinaus, obwohl in einigen Fällen eine wirksame Veräußerung zusätzliche Verhaltensmaßnahmen für* 151

<sup>199</sup> Abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/part/4>.

<sup>200</sup> Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 644.

<sup>201</sup> Hierzu Wagner-von Papp, WuW 2022, 642, 644 mwN.

<sup>202</sup> Wish, New Competition Tool: Comparative study of existing competition tools aimed at addressing structural competition problems, Rn. 2.5; abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020\\_new\\_comp\\_tool/kd0420573enn.pdf](https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/kd0420573enn.pdf).

<sup>203</sup> Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies (CC3), Rn. 372 f., abrufbar unter: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284390/cc3\\_revised.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf).

*einen Übergangszeitraum erfordern kann (z. B. zur Sicherstellung der Lieferung eines wesentlichen Inputs oder einer wesentlichen Dienstleistung durch die veräußernde Partei an das veräußerte Geschäft).“*

Es handelt sich dementsprechend um eine objektive Entflechtung, die in die Zukunft gerichtet ist und nicht um eine Strafe für vergangenes Verhalten.<sup>204</sup> 152

#### 4.2.2 Entflechtung im Flughafensektor

Im Jahr 2009 nahm die britische Kartellbehörde eine Entflechtung von Flughäfen vor. Entflochten wurde der Verbund British Airports Authority, indem 3 Flughäfen (Edinburgh, Gatwick, Stansted) verkauft wurden. Zuvor legte die CMA erhebliche Wettbewerbsmängel dar, da das Unternehmen 60% der Passagiere im Vereinigten Königreich und 90 % der Start- und Landebahnkapazitäten kontrollierte.<sup>205</sup> 153

Evaluationen der Entflechtung kommen zu dem Schluss, dass das Vorhaben erfolgreich war und in steigenden Fluggastzahlen, höherer Effizienz, verbesserter Serviceleistung und kürzeren Check-in Zeiten resultierte.<sup>206</sup> 154

#### 4.2.3 Rückwirkende Entflechtung des Zusammenschlusses Facebook/GIPHY

Facebook ist mit Abstand der größte Anbieter von sozialen Medien und Messaging-Diensten im Vereinigten Königreich, während GIPHY die führende Online-Datenbank und Suchmaschine ist, mit der Benutzer animierte GIF-Dateien suchen und teilen können. Am 15. Mai 2020 schloss Facebook die Übernahme von GIPHY ab. Die britische Wettbewerbsbehörde CMA prüfte das Zusammenschlussvorhaben und kam zum Ergebnis, dass von diesem eine erhebliche Verringerung des Wettbewerbs ausgehe. Zudem kam die CMA zum Schluss, dass alleine die vollständige Veräußerung GIPHYs an einen passenden Käufer geeignet ist, die wettbewerblichen Bedenken zu beseitigen.<sup>207</sup> 155

<sup>204</sup> Wish (Fn. 202), Rn. 2.6.

<sup>205</sup> CMA, BAA airports market investigation, Final report, 19. März 2009, abrufbar unter: [https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402170726mp/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep\\_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf](https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402170726mp/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf); CMA, BAA airports: Evaluation of the Competition Commission's 2009 market investigation remedies, 16. Mai 2016, abrufbar unter: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation\\_of\\_baa\\_market\\_investigation\\_remedies.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation_of_baa_market_investigation_remedies.pdf).

<sup>206</sup> CMA, BAA airports: Evaluation of the Competition Commission's 2009 market investigation remedies, 16. Mai 2016, abrufbar unter: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation\\_of\\_baa\\_market\\_investigation\\_remedies.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57399d43ed915d152d00000b/evaluation_of_baa_market_investigation_remedies.pdf); Oxera, Evaluation of the Competition Commission's BAA airports market investigation, 25. Januar 2016, abrufbar unter: <https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/07/gal-final-oxera-report-1.pdf>; Kühling/Engelbracht/Welsch, „Verstoßunabhängige Maßnahmen zur Verbesserung des Wettbewerbs nach einer Sektoruntersuchung – der geplante § 32f GWB als Störung des Wettbewerbsrechts?“ WUW1434620, 31. März 2023, abrufbar unter: <https://research.owlit.de/document/004bbe1e-2a8a-3260-a696-00ba5a8d0a0f>.

<sup>207</sup> Siehe zum Ganzen: CMA, Facebook/GIPHY, Final Report vom 18. Oktober 2022; abrufbar unter: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/635017428fa8f53463dcb9f2/Final\\_Report\\_Meta.GIPHY.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/635017428fa8f53463dcb9f2/Final_Report_Meta.GIPHY.pdf).

Der Vorgang belegt zunächst den steigenden Druck auf die Wettbewerbsbehörden, Akquisitionen digitaler Plattformen stärker zu prüfen. Des Weiteren zeigt der Vorgang, dass bei geeigneten „Sollbruchstellen“ auch nachträglich noch Entflechtungen angeordnet und durchgeführt werden können. Schließlich ist dem Vorgang zu entnehmen, dass strukturell vermittelten Wettbewerbsbedenken in erster Linie mit strukturellen Maßnahmen zu begegnen ist. 156

#### 4.2.4 Selbstentflechtung von ICI

Ein besonderer Fall im Kontext der Entflechtungen ist die Selbstentflechtung des britischen Konzerns ICI (Britain’s Imperial Chemical Industries) im Jahr 1993. Solche Selbstentflechtungen können wichtige Einblicke für die Umsetzung und Zweckmäßigkeit regulatorischer Entflechtungen bieten.<sup>208</sup> Das Unternehmen hat selbst entschieden, eine Entflechtung vorzunehmen und sich in zwei Unternehmen – ICI und Zeneca – aufzuspalten.<sup>209</sup> Grund hierfür war, dass ICI diverse unterschiedliche Geschäftsbereiche integriert hatte, die gemeinsam nur mit Schwierigkeiten zu managen waren. Da einzelne höherbewertete Geschäftsbereiche in dem Konglomerat untergingen, spiegelte der Aktienwert nicht den Wert dieser Geschäftsbereiche wieder und ICI sah sich mit der Gefahr einer feindlichen Übernahme konfrontiert.<sup>210</sup> 157

Der Vorgang belegt zweierlei: Entflechtungen sind nicht per se wirtschaftlich schädlich (auch nicht für die betroffenen Unternehmen) und sie können selbst dann effizient durchgeführt werden, wenn bereits eine starke Verflechtungen innerhalb eines Konzerns stattgefunden hat. 158

### 4.3 Entflechtungen auf EU-Ebene

#### 4.3.1 Eigentumsrechtliche Entflechtungen im Gas- und Stromsektor

Entflechtungen auf EU-Ebene fanden insbesondere im Gas- und Stromsektor infolge kartellrechtlicher Untersuchungen sowie anschließender Zusagen der betroffenen Unternehmen im Rahmen von Art. 9 VO 1/2003 statt (hierzu unter 5.1.3). 159

Hintergrund dieser Verfahren sind Marktabschottungsvorwürfe der EU-Kommission gegenüber großen Energiekonzernen, wonach die marktbeherrschenden Unternehmen den Import- bzw. Transportmarkt sowie die nachfolgenden Stufen systematisch durch langfristige Kapazitätsbuchungen zugunsten eigener Unternehmen abriegelten, die Teil des vertikal integrierten Konzerns waren 160

<sup>208</sup> Van Loo, Cornell Law Review Vol. 105, 1955, 1959.

<sup>209</sup> Owen/Harrison, „Why ICI chose to demerge“, in: Harvard Business Review March-April 1995, abrufbar unter: <https://hbr.org/1995/03/why-ici-chose-to-demerge#:~:text=The%20managerial%20case%20for%20a,old%20ICI%20and%20better%20organized.>

<sup>210</sup> Owen/Harrison (Fn. 209), „Why ICI chose to demerge“, in: Harvard Business Review March-April 1995.

(Verstoß gegen Art. 102 AEUV).<sup>211</sup> Es handelt sich mithin um vertikale Entflechtungen entlang unterschiedlicher Marktstufen.

Teilweise erfolgten echte eigentumsrechtliche Entflechtungen, in deren Rahmen Energiekonzerne die Netze an andere Unternehmen veräußern mussten.<sup>212</sup> In anderen Fällen erfolgte lediglich die Verpflichtung, Langzeitkapazitäten Dritten zu überlassen.<sup>213</sup> 161

Die „freiwilligen“ Entflechtungen zur Beendigung von Kartellrechtsverfahren durch Zusagenverpflichtungen nach Art. 9 VO 1/2003 werden kritisiert, da die EU-Kommission hierdurch vermeintlich ohne substantielle Beweise für einen Kartellrechtsverstoß unverhältnismäßig in den Markt eingreife und Marktdesign betreibe.<sup>214</sup> Dem kann aber entgegengehalten werden, dass es Unternehmen freisteht und im Zweifel auch zuzumuten ist, sich im Falle unsubstanziierter Vorwürfe eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsvorschriften gegen das behördliche Verfahren zu Wehr zu setzen, notfalls gerichtlich. Umgekehrt belegt die Praxis der Wettbewerbsbehörden, dass diese davor zurückschrecken, Fälle vor die Gerichte zu bringen, bei denen ein erhöhtes Risiko des Unterliegens besteht, da dies als schwere behördenpolitische Niederlage innerhalb und außerhalb der Behörde bewertet wird. 162

#### 4.3.2 Androhung eigentumsrechtlicher Entflechtung gegenüber Google

Die EU-Kommission ist im Rahmen des eingeleiteten förmlichen Kartellverfahrens gegen Google und Alphabet vorläufig der Ansicht, dass nur die obligatorische Veräußerung eines Teils der Google-Dienste („Abspaltung“) die wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausräumen würde.<sup>215</sup> Verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen seien wahrscheinlich unwirksam, um das Risiko zu verhindern, dass Google selbstbezogenen Verhaltensweisen fortsetzt oder neue an den Tag legt. Denn Google sei auf fast allen Ebenen der Wertschöpfungskette für Online-Display-Werbung vertreten und unterliege so inhärenten Interessenkonflikten. Insbesondere mit seinem Adserver für Verlage einerseits und seinen Ad-Buying-Tools andererseits sei Google auf beiden Seiten des Marktes tätig und habe hierbei auf beiden Seiten eine beherrschende Stellung inne. 163

Die Untersuchung soll klären, ob Google seine eigenen Online-Display-Werbetechnologiedienste in der sog. „Ad-Tech“-Lieferkette zum Nachteil konkurrierender Anbieter von Werbetechnologiediensten, Werbetreibender und Online-Publisher begünstigt hat. Insbesondere eine Beschränkung des Zugangs 164

<sup>211</sup> Wiedemann, in: HdB Kartellrecht, 4. Aufl. (2020), § 34 Energiewirtschaft, Rn. 36.

<sup>212</sup> Komm., Case COMP/39.402 – RWE Gas Marktabschottung; COMP/39.315 – ENI.

<sup>213</sup> Komm., Case COMP/39.317 – E.ON Gas; COMP/39.316 – Gaz de France.

<sup>214</sup> Wiedemann, in: HdB Kartellrecht, 4. Aufl. (2020), § 34 Energiewirtschaft, Rn. 39 mwN.

<sup>215</sup> Komm., Pressebericht vom 14. Juni 2023, abrufbar unter:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_3207](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207).

Dritter auf Nutzerdaten für Werbezwecke auf Websites und in Apps – bei gleichzeitiger Nutzung durch Google – wird geprüft.

### 4.3.3 Strukturelle Maßnahmen in anderen Sektoren

Abgesehen vom Gas- und Stromsektor (hierzu unter 4.3.1) sowie von angedrohten Entflechtungsmaßnahmen gegen Google im Markt für Publisher-Adserver und für programmatische Ad-Buying-Tools für das Open Web (hierzu unter 4.3.2) und durchgeführten Entflechtungsmaßnahmen im Kontext der Fusionskontrolle (hierzu unter 4.3.4), hat die EU-Kommission nur vereinzelte weitere Entflechtungsmaßnahmen zur Beseitigung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung angeordnet bzw. als Abhilfemaßnahme akzeptiert.<sup>216</sup> 165

Beispielsweise ordnete die EU-Kommission gegenüber dem marktbeherrschenden Entsorgungsunternehmen den Verkauf der Infrastruktur zur Sammlung von Hausmüll an.<sup>217</sup> Die Wettbewerbsbehörde begründet diesen Schritt mit der Notwendigkeit, künftig gleichartige Rechtsverstöße in Form der Zugangsverweigerung des Marktbeherrschers zur Infrastruktur abzustellen.<sup>218</sup> Die Entscheidung belegt daher die punktuelle Notwendigkeit struktureller Maßnahmen zur Prävention weiterer verhaltensbedingter Verstöße. 166

Strukturelle Maßnahmen, die die EU-Kommission bis jetzt angeordnet hat, beziehen sich insbesondere auf Zugangsanordnungen, wie z. B. der Zugang zu einer bestimmten Technologie<sup>219</sup>, zu einem Flughafen<sup>220</sup> oder zu einem Telekommunikationsversorgungsnetz<sup>221</sup>. 167

### 4.3.4 Eigentumsrechtliche Entflechtungen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren

Sofern die EU-Kommission wettbewerbliche Bedenken gegen ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben erhebt, verlangt sie in den allermeisten Fällen strukturelle Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung der Bedenken, d. h. insbesondere den Verkauf von Vermögensgegenständen, Geschäftsbereichen oder Unternehmensteilen der am Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen an Dritte. *Loertscher* und *Maier-Rigaud* haben für die Phase zwischen November 2004 bis Dezember 2018 ermittelt, dass die EU-Kommission von den Freigaben unter Auflagen über 80 % mit strukturellen Abhilfemaßnahmen verbunden haben.<sup>222</sup> Eigentumsrechtliche Entflechtungsmaßnahmen sind in der fusionskontroll- 168

<sup>216</sup> Siehe Übersicht bei: *Loertscher/Maier-Rigaud* (Fn. 175), S. 53, 67 ff.

<sup>217</sup> Komm., Entsch. v. 20. September 2016, Case AT.39759 – *ARA Foreclosure*.

<sup>218</sup> Komm., Entsch. v. 20. September 2016, Rn. 140 Case AT.39759 – *ARA Foreclosure*: “The divestiture of the part of the household collection infrastructure which ARA owns is necessary to ensure that the infringement will not be repeated”.

<sup>219</sup> Vgl. Komm. 21.12.1987, ABl. 1989, L 78/43 „Magill“

<sup>220</sup> Komm. 14.1.1998, ABl. 1998, L 72/30 „Frankfurter Flughafen“.

<sup>221</sup> Komm. 13.10.1999, M.1439 „Telia/Telenor“.

<sup>222</sup> *Loertscher/Maier-Rigaud* (Fn. 175), S. 53, 65 ff.

rechtlichen Praxis der EU-Kommission mithin die Regel, üblich und begegnen auch keinen grundsätzlichen Vorbehalten.

#### 4.3.5 Entflechtungsmaßnahmen im Digitalsektor bzw. gegen Amazon

Ebenfalls im Rahmen von Zusagenverpflichtungen nach Art. 9 VO 1/2003 hat die EU-Kommission erst kürzlich zwei Verfahren gegen Amazon wegen Verstoßes gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) in Bezug auf den *Marketplace* und die *Buy Box* eingestellt.<sup>223</sup> 169

Im Fall „Marketplace“ ging es um die Verwendung der Daten, die Amazon über Drittverkäufe erhebt (z. B. verkaufte Artikel, Preise, etc.) und auch für die Strategie der eigenen Einzelhandelsaktivitäten nutzt.<sup>224</sup> Zutreffend erkennt die EU-Kommission, dass Ursprung des kartellrechtswidrigen Verhaltens Amazons die Doppelrolle als Online-Einzelhändler und Anbieter der E-Commerce-Plattform zur Ermöglichung von Online-Einzelhandel durch Drittverkäufer ist. Anders als in den Entflechtungsfällen im Energiesektor (hierzu unter 4.3.1) nimmt die EU-Kommission dies nicht zum Anlass, eine substantielle strukturelle Trennung herbeizuführen. Vielmehr gibt sich die EU-Kommission mit dem Versprechen der technischen und organisatorischen Trennung der strategischen Informationen innerhalb des Amazon-Konzerns zufrieden. 170

Im Fall „Buy Box“ ging es um die Vergabe des Angebots für ein vom Kunden gesuchtes Produkt in der sog. Buy Box. Untersuchungen der EU-Kommission haben gezeigt, dass es wesentlich für den Verkaufserfolg eines Drittverkäufers auf der E-Commerce-Plattform Amazons ist, das eigene Angebot in der Buy Box zu platzieren.<sup>225</sup> Die Ermittlungen der EU-Kommission haben auch aufgeklärt, wie Amazons Algorithmus die Plätze der Buy Box vergibt und eine Bevorzugung von Angeboten solcher Verkäufer festgestellt, die zusätzliche Dienstleistungen von Amazon beziehen. 171

**Zwischenergebnis:** Die EU-Kommission nutzt bereits heute die Möglichkeiten der Verpflichtung von Digitalkonzernen wie Amazon zur Entflechtung von Geschäftsbereichen. Anders als bei Google und dessen strukturellen Interessenskonflikt im Online-Werbemarkt, geht die EU-Kommission bei Amazon aber bislang nicht so weit, eine echte eigentumsrechtliche Entflechtungen zur verlangen. 172

<sup>223</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>224</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>225</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

## 4.4 Entflechtungen in Deutschland

### 4.4.1 Dekartellierung von IG Farben

IG Farben war ein innovationsstarkes Unternehmen, welches im Jahr 1952 von den Alliierten in mehrere Unternehmen (BASF, Hoechst, Bayer, etc.) aufgeteilt wurde. Hintergrund der Entflechtung waren auch stark rechtspolitisch getriebene Motive, da IG Farben im Rahmen der Kriegsmaschinerie Nazi-Deutschlands eine wesentliche Rolle spielte.<sup>226</sup> Deutschland sollte durch die Dekartellierung die Möglichkeit genommen werden, je wieder Krieg zu führen.<sup>227</sup> 173

Folglich sind Hintergrund und Zweck der Entflechtung von IG Farben in keiner Weise vergleichbar mit der Konstellation bei Amazon. Gleichwohl kann der Dekartellierung von IG Farben aufgrund einer aktuellen Studie entnommen werden, dass die eigentumsrechtliche Verflechtung zu erheblichem Innovationswettbewerb geführt hat und die daraus entstanden Unternehmen äußerst erfolgreich am Markt und im Wettbewerb agieren konnten.<sup>228</sup> Das Beispiel widerlegt damit pauschale Argumente gegen Entflechtungen, die darauf abzielen, dass diese zu schwierig, zu langwierig, zu kostenintensiv oder zu sehr staatliches Marktdesign seien (hierzu unter 6.2). 174

### 4.4.2 Entflechtung des Walzasphaltmarktes in Deutschland

Das Bundeskartellamt hat im Jahr 2012 nach einer Sektoruntersuchung festgestellt, dass dem Markt für Walzasphalt eine Vielzahl von Gemeinschaftsunternehmen bestehen, an denen häufig dieselben vier großen Unternehmen beteiligt waren. 175

Andreas Mundt, der Präsident des Bundeskartellamts, legt dar, dass *„ein solches flächendeckendes Netzwerk zu Interessenkonflikten sowie gegenseitigen Abhängigkeiten und Rücksichtnahmen führen [kann] und so wettbewerbshemmende Wirkungen entfalten.“*<sup>229</sup> Problematisch war insbesondere, dass in ca. 60% der Fälle, zwei Gesellschafter und das Gemeinschaftsunternehmen auf einem sachlich und räumlichen Markt tätig waren.<sup>230</sup> Das Bundeskartellamt ordnete daher an, dass die Unternehmen sich selbst entflechten sollen und im Jahr 2015 waren 96 der 104 Entflechtungsverfahren abgeschlossen.<sup>231</sup> Die Entflechtung erfolgte in drei Stufen. In der ersten Stufe sollten die Unternehmen eine sog. Selbstveranlagung durchführen, um gegenüber dem Bundeskartellamt zu erklären, ob sie bereit sind, 176

<sup>226</sup> Poege, Competition and Innovation: The Break-up of IG Farben, IZA DP No.15517, S.1, 6.

<sup>227</sup> Möschel, NZKart 2014, 42, 43.

<sup>228</sup> Poege (Fn. 226), *passim*.

<sup>229</sup> Andreas Mundt, Pressemitteilung des BKartA vom 1. Oktober 2012, abrufbar unter: [Bundeskartellamt - Homepage - Unternehmensverflechtungen auf dem Prüfstand – Bundeskartellamt veröffentlicht Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Walzasphalt](#)

<sup>230</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 01.10.2012, abrufbar unter: [Bundeskartellamt - Homepage Unternehmensverflechtungen auf dem Prüfstand – Bundeskartellamt veröffentlicht Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Walzasphalt](#)

<sup>231</sup> BKartA, Pressemitteilung 17.07.2015, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/17\\_07\\_2015\\_Walzasphalt.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/17_07_2015_Walzasphalt.html)

die kartellrechtlichen Bedenken vollständig abzustellen. Im Rahmen der zweiten Stufe legte das Unternehmen dann einen Entflechtungsplan vor und in der dritten Stufe wurde die Entflechtung vollzogen.<sup>232</sup>

Die Besonderheit dieses Entflechtungsverfahrens war, dass es einen gesamten Sektor betroffen hat. Die Marktstruktur wies eine hohe Marktkonzentration auf, die durch die hohe Anzahl an Gemeinschaftsunternehmen verstärkt wurde. Das Verfahren belegt, dass das Bundeskartellamt grundsätzlich die eigentumsrechtliche Entflechtung als geeignetes Mittel ansieht, strukturell vermittelte Interessenskonflikte und Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen. Das Verfahren zeigt zugleich, dass das Bundeskartellamt sich genötigt sah, die bisherige Anwendungspraxis des Kartellverbots nach § 1 GWB auf Gemeinschaftsunternehmen deutlich über die höchstrichterliche Entscheidungspraxis hinaus auszudehnen, um das gewünschte Ergebnis einer eigentumsrechtlichen Entflechtung herbeizuführen. 177

#### 4.5 Zwischenergebnis

Staatlich und privatwirtschaftlich veranlasste Entflechtungen in den USA, UK, auf EU-Ebene und in Deutschland belegen, dass es einige Konstellationen gibt, die eine eigentumsrechtliche Entflechtung als vorteilhaft erscheinen lassen. Generelle Vorbehalte gegen eigentumsrechtliche Entflechtungen sprechen in ihrer Pauschalität daher weder gegen Instrumente der verschuldensunabhängigen Entflechtung noch gegen die Anwendung solcher Instrumente auf Amazon. 178

---

<sup>232</sup> *Bischke/Brack*, NZG 2015, 1150, 1151.



## 5. Rechtlicher Rahmen für Entflechtungen in der EU und Deutschland de lege lata

Bereits heute gibt es im europäischen und deutschen Recht einige Normen, die eine Entflechtung als strukturelle Maßnahme erlauben. Im Folgenden werden die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen und ihre Fallpraxis auf EU-Ebene (hierzu 5.1) und deutscher Ebene (hierzu 5.2) dargestellt und erörtert. 179

### 5.1 Entflechtungsnormen in der EU

Auf EU-Ebene kommen nach derzeit geltendem Recht als Anknüpfungspunkte für Entflechtungsmaßnahmen insbesondere Art. 18 des Digital Markets Act (hierzu 5.1.1), behördliche Abhilfemaßnahmen im Rahmen von Kartellverfahren (hierzu 5.1.2), „freiwillige“ Entflechtungen im Rahmen von Kartellverfahren (hierzu 5.1.3) sowie Entflechtungen im Rahmen von Fusionskontrollverfahren (hierzu 5.1.4) in Betracht. Diese werden in der Folge dargestellt. 180

#### 5.1.1 Art. 18 Digital Markets Act

Die EU-Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte) wurde am 12. Oktober 2022 im Amtsblatt veröffentlicht<sup>233</sup> und gilt seit dem 2. Mai 2023. Obgleich schlagwortartig als Digital Markets Act („DMA“) gelabelt, d. h. als „Gesetz über digitale Märkte“, handelt es sich um eine gewöhnliche EU-Verordnung, die, wie stets, in den Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwenden ist. Der DMA richtet sich an große Onlineplattformen, die aufgrund bestimmter Kriterien wie Umsatzschwellen als sogenannte „Gatekeeper“ einzustufen sind. Diesen wird im Hinblick auf besonders relevante Kernplattformdienste, zu denen Online-Intermediäre, Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Video-Sharing-Plattformen, bestimmte Kommunikationsdienste und Cloud-Dienste zählen, besondere Pflichten auferlegt. 181

Nach Art. 18 DMA kann die EU-Kommission eine Marktuntersuchung durchführen, um festzustellen, ob ein „Gatekeeper“ seine Verpflichtungen systematisch nicht einhält. Sollte im Rahmen der Untersuchung festgestellt werden, dass der „Gatekeeper“ eine Verpflichtung systematisch nicht einhält und seine „Gatekeeper“-Position beibehalten, gestärkt oder ausgeweitet hat, so kann die EU-Kommission strukturelle Maßnahmen, d. h. auch Entflechtungen, anordnen. 182

Der DMA sieht jedoch hohe Hürden für die Annahme einer systematischen Nichteinhaltung von Verpflichtungen vor. Es besteht eine Regelvermutung für eine Nichteinhaltung, wenn die Kommission in einem Zeitraum von acht Jahren mindestens drei Nichteinhaltungsbeschlüsse gegen das Unternehmen erlassen hat. Zudem ist der Anwendungsbereich auf „Gatekeeper“ beschränkt. Diese Einstufung 183

<sup>233</sup> ABl. 2022 L 265/1 ff.

erfolgt nach Art. 3 DMA durch die EU-Kommission. Es wird jedoch erwartet, dass Amazon als ein solches Unternehmen von der EU-Kommission benannt wird.<sup>234</sup>

### 5.1.2 Entflechtungsmaßnahmen bei Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV (Art. 7 VO 1/2003)

Eine andere Möglichkeit der Anordnung struktureller Maßnahmen besteht gem. Art. 7 VO 1/2003. In diesem Fall kann die EU-Kommission nach der Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV strukturelle Abhilfemaßnahmen anordnen. Grundsätzlich untersteht die Maßnahme der Kommission dem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt. Dementsprechend muss die Entscheidungsbefugnis auf die wirksamste und den Umständen des Einzelfalls am ehesten angemessenen Weise ausgeübt werden.<sup>235</sup> 184

Strukturelle Maßnahmen sollen jedoch nur angeordnet werden, wenn entweder verhaltensbezogene Maßnahmen nicht gleich effektiv wären oder strukturelle Maßnahmen das Unternehmen weniger belasten würden (Art.7 Abs. 1 S. 3 VO 1/2003). In den Erwägungsgründen der VO 1/2003 wird erläutert, dass eine strukturelle Maßnahme, die darin bestünde die Unternehmensstruktur auf den Stand vor dem Verstoß zu bringen, nur verhältnismäßig ist, wenn ein erhebliches Risiko der erneuten Zuwiderhandlung aufgrund der Unternehmensstruktur besteht.<sup>236</sup> 185

Auch wenn dies daher rein rechtlich möglich wäre, hat die EU-Kommission eine Entflechtung von Unternehmensstrukturen auf Grundlage des Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 bis heute nicht vorgenommen. Allerdings hat die EU-Kommission im Rahmen des eingeleiteten förmlichen Kartellverfahrens gegen Google und Alphabet erstmals eigentumsrechtliche Entflechtungen in Form der obligatorischen Veräußerung eines Teils der Google-Dienste angedroht.<sup>237</sup> 186

### 5.1.3 „Freiwillige“ Entflechtungen im Rahmen von EU-Kartellverfahren wegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV (Art. 9 VO 1/2003)

Während im Rahmen des Art. 7 VO 1/2003 die EU-Kommission betroffenen Unternehmen (strukturelle) Maßnahmen zur Abstellung eines aus Sicht der Behörde festgestellten Verstoßes gegen Art. 101, 102 AEUV aufgeben kann, bietet im Rahmen des Art. 9 VO 1/2003 ein von einer Kartelluntersuchung betroffenes Unternehmen solche (strukturellen) Maßnahmen an, um das laufende Verfahren ohne endgültige Entscheidung über die Kartellrechtswidrigkeit des Verhaltens quasi „einvernehmlich“ und ohne Anerkenntnis einer rechtswidrigen Handlung abzuschließen. 187

<sup>234</sup> Podszun/Bongartz/Kirk, NJW 2022, 3249, 3250.

<sup>235</sup> Anweiler, in LMRKM, 4. Aufl. 2020, Art. 7 VerfVO, Rn. 48.

<sup>236</sup> Erwägungsgrund 12, VO 1/2003.

<sup>237</sup> Komm., Pressebericht vom 14. Juni 2023, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_3207](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207).

Grundsätzlich gelten für die (strukturellen) Maßnahmen nach Art. 9 VO 1/2003 dieselben Grundsätze wie im Rahmen des Art. 7 VO 1/2003. Folglich gilt auch insoweit der Vorrang verhaltensorientierter gegenüber strukturellen Maßnahmen. Zudem bleibt es bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Rein faktisch verschieben sich jedoch die Koordinaten der Zusagen aufgrund des kooperativen Grundgedankens des Art. 9 VO 1/2003 gegenüber Art. 7 VO 1/2003. Dementsprechend weist die Entscheidungspraxis zu Art. 9 VO 1/2003 anders als zu Art. 7 VO 1/2003 auch zumindest vereinzelt Entflechtungsmaßnahmen auf, wie bereits unter 4.3.1 dargelegt. 188

#### 5.1.4 Entflechtungen in EU-Fusionskontrollverfahren

Entflechtungen können im Rahmen der EU-Fusionskontrolle bei Abhilfemaßnahmen (hierzu unter 5.1.4.1) oder einem Widerruf der Freigabe (hierzu unter 5.1.4.2) eine Rolle spielen. 189

##### 5.1.4.1 Abhilfemaßnahmen im Rahmen der EU Fusionskontrollverfahren

Um Bedenken der EU-Kommission gegen die Freigabe eines angemeldeten Zusammenschlusses zu begegnen, können die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Vorverfahren (Art. 6 Abs. 2 FKVO) oder im Hauptprüfverfahren (Art. 8 Abs. 2 FKVO) verpflichtende Abhilfemaßnahmen vorschlagen. Die EU-Kommission prüft anschließend, ob diese ausreichen, um die fusionskontrollrechtlichen Bedenken zu beseitigen. 190

Weitere Details über zulässige Abhilfemaßnahmen enthält eine entsprechende Mitteilung der EU-Kommission.<sup>238</sup> Dabei handelt es sich lediglich um Verwaltungsleitlinien, die allenfalls die EU-Kommission selbst, nicht aber die Gerichte binden können. Diese Mitteilung differenziert zwischen Veräußerungen, anderen strukturellen Abhilfemaßnahmen und verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen.<sup>239</sup> Als strukturelle Maßnahmen neben den Veräußerungen werden insbesondere die Gewährung des Zugangs zu wichtiger Infrastruktur oder wichtigen Vorleistungen zu diskriminierungsfreien Bedingungen genannt.<sup>240</sup> 191

Hinsichtlich der Geeignetheit der Art der Abhilfemaßnahmen lässt die Mitteilung keinerlei Zweifel daran, dass Maßstab die Gewährleistung wettbewerbsfähiger Marktstrukturen ist.<sup>241</sup> Dementsprechend genießen strukturelle Maßnahmen und insbesondere Veräußerungsverpflichtungen grundsätzlich den Vorzug gegenüber verhaltensbezogenen Maßnahmen. Veräußerungsverpflichtungen sind folglich am besten geeignet, um wettbewerbsrechtliche Bedenken zu beseitigen, die auf horizontalen Überschneidungen beruhen, können aber auch das beste Mittel zur Lösung von Problemen sein, die sich aus vertikalen oder konglomeraten Effekten 192

<sup>238</sup> Komm., Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. 2008 C 267/01.

<sup>239</sup> Komm., (Fn. 238), Rn. 15 ff.

<sup>240</sup> Komm., (Fn. 238), Rn. 17.

<sup>241</sup> Komm., (Fn. 238), Rn. 15.

ergeben.<sup>242</sup> Verhaltensbezogene Maßnahmen werden insbesondere auch deshalb nicht als geeignet bewertet, da sie eine ständige Überwachung der Unternehmen notwendig machen können.

Die EU-Kommission macht dementsprechend regelmäßig von Veräußerungszusagen Gebrauch, beispielsweise im Hinblick auf die Veräußerung von Speichereinrichtungen.<sup>243</sup> 193

**Zwischenergebnis:** Die Prüfung der Geeignetheit von Abhilfemaßnahmen im Kontext der Fusionskontrolle belegt den Vorrang struktureller Abhilfemaßnahmen im Allgemeinen und von Veräußerungen im Besonderen, wenn der Schwerpunkt auf der Aufrechterhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen liegt. Im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen im Kontext von Kartellverfahren kehrt sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen strukturellen und verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen um. 194

Dies stellt zunächst die häufig gegen Entflechtungen ins Feld geführte Prämisse in Frage, dass strukturelle Maßnahmen insbesondere in Abwesenheit eines vorwerfbaren Verhaltens regelmäßig unverhältnismäßig wären. Die Fusionskontrolle widerlegt dies, da dort nicht nur strukturelle Maßnahmen die Regel darstellen, sondern deren Forderung und Durchsetzung nicht an schuldhaftem Verhalten der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen anknüpft. Vielmehr wird das Primat der Veräußerungen und strukturellen Maßnahmen im Kontext der Fusionskontrolle auf dessen Zweck des Schutzes einer wettbewerblichen Marktstruktur gestützt. Davon ausgehend scheint es gerade nicht zwingend, dass eine solche Marktstrukturkontrolle nur im Rahmen der Fusionskontrolle unionsrechtlicher und deutscher Prägung verhältnismäßig sein soll und nicht auch in anderen Konstellationen und anhand gegenüber der Fusionskontrolle abweichender Aufgreif- und Eingreifschwelen zur Geltung kommen kann. 195

#### 5.1.4.2 Widerruf nach Art. 8 Abs. 6 FKVO

Nach Art. 8 Abs. 6 FKVO kann die EU-Kommission die Freigabe eines Zusammenschlusses im Nachhinein widerrufen, sofern die Entscheidung auf unrichtigen Angaben beruht oder gegen eine Auflage verstoßen wird. Soweit ersichtlich, hat die EU-Kommission von dieser Möglichkeit noch nie Gebrauch gemacht.<sup>244</sup> 196

Beim freigegebenen Zusammenschluss zwischen Facebook und WhatsApp<sup>245</sup> verzichtete die Kommission auf einen Widerruf, obwohl die Kommission feststellte, dass Facebook bei der Anmeldung 2014 irreführende Angaben gemacht 197

<sup>242</sup> Komm., (Fn. 238), Rn. 17

<sup>243</sup> Komm., Entscheidung in der Sache COMP/M.3868, Rn. 170 ff. — *DONG/Elsam/Energi E2*.

<sup>244</sup> Komm., (Fn. 238), Rn. 17.

<sup>245</sup> Komm., Case M.7217 – *Facebook/Whatsapp*.

hatte.<sup>246</sup> Denn damals gab Facebook sowohl im Anmeldeformular als auch in einer Antwort auf ein Auskunftersuchen der Kommission an, dass es nicht in der Lage sein würde, einen zuverlässigen automatisierten Abgleich zwischen den Konten von Facebook-Nutzern und WhatsApp-Nutzern herzustellen. Im August 2016 kündigte WhatsApp jedoch Aktualisierungen seiner Nutzungsbedingungen August und Datenschutzrichtlinien an, einschließlich der Möglichkeit, die Telefonnummern der WhatsApp-Nutzer mit den Profilen der Facebook-Nutzer zu verknüpfen. Nach Untersuchungen der EU-Kommission bestand diese technische Möglichkeit bereits 2014. Statt eines Widerrufs nach Art. 8 Abs. 6 FKVO sprach die EU-Kommission aufgrund der irreführenden Angaben lediglich ein Bußgeld nach Art. 14 Abs. 1 FKVO in Höhe von EUR 110 Mio. aus. Die Kommission begründete dies u. a. damit, dass die Entscheidung vom Oktober 2014, Facebook/WhatsApp freizugeben, auf einer Vielzahl von Faktoren beruhte, die über die Möglichkeit des Abgleichs von Nutzerkonten hinausginge und die irreführenden Angaben über den Kontenabgleich keine Auswirkungen auf die Freigabeentscheidung habe, die daher weiterhin gültig bleibe.<sup>247</sup>

**Zwischenergebnis:** Mit dem Widerruf der Freigabe eines Zusammenschlusses liegt theoretisch ein weiteres Instrument zur Kontrolle der Marktstruktur vor. Allerdings knüpft dieses wiederum ausschließlich an Fehlverhalten der beteiligten Unternehmen an, namentlich der Zurechnung unrichtiger oder bewusst irreführender Angaben oder der Nichteinhaltung von Bedingungen oder Auflagen. 198

### 5.1.5 De lege ferenda: New Competition Tool

Im Sommer 2020 veröffentlichte die EU-Kommission ein Konzeptpapier zur Einführung eines „New Competition Tool“ („NCT“)<sup>248</sup> und bat um Rückmeldungen im Rahmen einer öffentlichen Konsultation.<sup>249</sup> Laut der Kommissionspräsidentin von der Leyen sollte es politisch insbesondere um die Stärkung des Wettbewerbs in allen Sektoren gehen. Das New Competition Tool sollte Lücken in den derzeitigen EU-Wettbewerbsregeln schließen und ein rechtzeitiges und wirksames Eingreifen gegen strukturelle Wettbewerbsprobleme auf allen Märkten ermöglichen. Insoweit wurden Bedenken geäußert, dass das aktuelle Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um die wettbewerbliche Struktur der Märkte zu erhalten. 199

Die EU-Kommission identifizierte strukturelle Kernprobleme wie Monopolisierungsstrategien nicht marktbeherrschender Unternehmen mit Marktmacht oder parallele Hebelstrategien von marktbeherrschenden Unternehmen 200

<sup>246</sup> Komm., Pressemitteilung vom 18. Mai 2017, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_17\\_1369](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1369).

<sup>247</sup> Komm., Pressemitteilung vom 18. Mai 2017, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_17\\_1369](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1369).

<sup>248</sup> Komm., Inception Impact Assessment on New Competition Tool, 4. Juni 2020, Ref. Ares(2020)2877634, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=PI\\_COM%3AAres\(2020\)2877634](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=PI_COM%3AAres(2020)2877634).

<sup>249</sup> Komm., Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en).

auf mehreren benachbarten Märkten und wollte diese mit dem NCT gezielt adressieren, um die Schwächen der gegenwärtigen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts bei strukturellen Problemen zu beseitigen. Insoweit sollte das NCT insbesondere zwei Risikofelder abdecken: erstens strukturelle Risiken für den Wettbewerb auf Märkten mit bestimmten Charakteristiken wie Netzwerk-, Skalen- und Lock-In-Effekten, die einzelne Unternehmen nutzen können, um ein „Kippen“ des Marktes herbeizuführen. Zweitens strukturelles Fehlen von Wettbewerb auf Märkten, das nicht auf das Verhalten einzelner Wettbewerber zurückzuführen ist, sondern insbesondere auf oligopolistischen Marktstrukturen beruht.

Um Wettbewerb auf solchen Märkten zu erhalten bzw. wiederherzustellen, schlug die EU-Kommission vier Optionen vor: 201

- **Option 1 – marktmachtbasiertes Wettbewerbsinstrument mit horizontalem Anwendungsbereich:** Diese Option sah die verschuldensunabhängige Feststellung eines wettbewerbsschädlichen einseitigen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens vor. Um zu verhindern, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Konkurrenten erfolgreich ausschließt oder deren Kosten erhöht, sollte das Instrument der Kommission ermöglichen, verhaltensbezogene und gegebenenfalls strukturelle Abhilfemaßnahmen aufzuerlegen. Anders als bei einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV hätte die Kommission jedoch keinen schuldhaften Verstoß gegen Art. 102 AEUV festgestellt und keine Geldbußen verhängt, so dass es auch nicht zu nachlaufenden Schadensersatzansprüchen Dritter gekommen wäre. 202
- **Option 2 – Ein marktmachtbasiertes Wettbewerbsinstrument mit begrenztem Anwendungsbereich:** Option 2 ist wie Option 1 zu verstehen, allerdings von vorneherein auf bestimmte Industriesektoren beschränkt. 203
- **Option 3 – Ein marktstrukturbasiertes Wettbewerbsinstrument mit horizontalem Anwendungsbereich:** Option 3 entspricht im Wesentlichen Option 1 mit dem maßgeblichen Unterschied, dass die Anwendung des Instruments nicht auf Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung begrenzt gewesen wäre. 204
- **Option 4 – Ein marktstrukturbasiertes Wettbewerbsinstrument mit begrenztem Anwendungsbereich:** Wie Option 3, allerdings von vorneherein auf bestimmte Industriesektoren beschränkt, wobei die Kommission von vorneherein die Digitalmärkte als Kandidaten nennt. Diese Option mündete in den Digital Markets Act ein. 205

Das NCT hätte daher das Potential gehabt, eine missbrauchsunabhängige Entflechtung auf EU-Ebene einzuführen. Wie diese konkret ausgestaltet gewesen wäre und welche Anforderungen an die Ergreifung eigentumsrechtlicher Entflechtungen gestellt worden wäre, blieb unerörtert. Das Beispiel der Entflechtungsbefugnis nach Art. 18 DMA (hierzu unter 5.1.1) belegt, dass auch bei der Schaffung spezieller Regulierung mit komplementärer Funktion zu den 206

Wettbewerbsvorschriften die Hürden sehr hoch sind, um eine eigentumsrechtliche Entflechtung zu rechtfertigen. Ob die EU-Kommission den Gedanken eines sektorübergreifenden NCT nochmals aufnehmen wird, ist derzeit ungewiss.

## 5.2 Entflechtungsnormen in Deutschland

Auch in Deutschland bestehen für die Anordnung einer Entflechtung die gesetzlichen Möglichkeiten, nicht zuletzt durch den neu eingeführten Entflechtungstatbestand nach einer Sektoruntersuchung (hierzu unter 5.2.1). Schon zuvor konnte kann das Bundeskartellamt weiterhin in unterschiedlichen Situationen strukturelle Maßnahmen bis hin zu Entflechtungen anordnen. Dies gilt insbesondere für Abhilfemaßnahmen zur Beseitigung von Kartellrechtsverstößen (hierzu unter 5.2.2), bei bestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (hierzu unter 5.2.3), im Rahmen des Energiewirtschaftsgesetzes (hierzu unter 5.2.4) oder im Rahmen der Fusionskontrolle (hierzu unter 5.2.5). 207

### 5.2.1 Entflechtungsanordnung im Nachgang zu einer Sektoruntersuchung

Die vom deutschen Bundestag am 6. Juli 2023 im Kabinett verabschiedete 11. GWB-Novelle (GWB-Durchsetzungsgesetz) enthält in § 32f Abs. 4 GWB nF eine Befugnisnorm des Bundeskartellamtes für eine eigentumsrechtliche Entflechtung gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne des § 18 GWB bzw. gegenüber Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB im Nachgang zu einer Sektoruntersuchung.<sup>250</sup> Die Vorschrift wird es dem Bundeskartellamt erstmals ermöglichen, eine Entflechtung anzuordnen, obwohl kein Kartellrechtsverstoß festzustellen war. Die Anordnung beruht damit nicht auf einem vorwerfbaren, schuldhaften Verhalten, sondern strukturellen Marktproblemen. 208

#### 5.2.1.1 Mit Entflechtungstatbestand verfolgte Ziele

Die Begründung des Regierungsentwurfes macht deutlich, dass das Ziel der Einführung des missbrauchsunabhängigen Entflechtungstatbestandes die Beseitigung derzeitiger Lücken bei Wettbewerbsstörungen ist, die strukturelle Ursachen haben.<sup>251</sup> Anlass für den Vorschlag war die Verknappung von Rohstoffen über den Sommer, insbesondere auf dem Mineralölmarkt.<sup>252</sup> Das Bundeskartellamt untersuchte die Preissetzung auf dem Tankstellenmarkt zwar, gab aber an, dass aufgrund der Marktcharakteristika ein Kartellverstoß nicht nachweisbar sei. Der Markt weist zum einen oligopolistische Strukturen auf und zum anderen sind die 209

<sup>250</sup> BRegE (Fn. 2), S. 7.

<sup>251</sup> Bundeswirtschaftsministerium, Entwurf Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, S. 12.

<sup>252</sup> Bartsch/Käseberg/Weber, WuW 2023, 245.

Preise sehr transparent, was ein Parallelverhalten der Mineralölkonzerne ermöglicht.<sup>253</sup>

#### 5.2.1.2 Voraussetzungen der Anordnung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung

Die Entflechtungsbefugnis nach § 32f Abs. 4 GWB nF ist eine besondere Abhilfemaßnahme der Eingriffsbefugnis des Bundeskartellamtes nach § 32f Abs. 3 GWB nF, so dass zunächst die Voraussetzungen des § 32f Abs. 3 GWB nF vorliegen müssen. Diese Eingriffsbefugnis kommt zunächst nur als Maßnahme nach Durchführung einer Sektoruntersuchung im Sinne des § 32e Abs. 1 GWB nF in Betracht. 210

Des Weiteren muss eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs auf einem mindestens bundesweiten Markt, mehreren einzelnen Märkten oder marktübergreifend vorliegen. 211

Eine Störung des Wettbewerbs kann nach § 32f Abs. 5 S. 1 GWB nF insbesondere in folgenden Fällen vorliegen: 212

- 1. unilaterale Angebots- oder Nachfragemacht, 213
- 2. Beschränkungen des Marktzutritts, des Marktaustritts oder der Kapazitäten von Unternehmen oder des Wechsels zu einem anderen Anbieter oder Nachfrager, 214
- 3. gleichförmiges oder koordiniertes Verhalten, oder 215
- 4. Abschottung von Einsatzfaktoren oder Kunden durch vertikale Beziehungen. 216

Als Kriterien zur Feststellung des Vorliegens einer Störung des Wettbewerbs benennt § 32f Abs. 5 S. 2 GWB nF: 217

- 1. Anzahl, Größe, Finanzkraft und Umsätze der auf den betroffenen Märkten oder marktübergreifend tätigen Unternehmen, die Marktanteilsverhältnisse sowie der Grad der Unternehmenskonzentration, 218
- 2. Verflechtungen der Unternehmen auf den betroffenen, den vor- und nachgelagerten oder in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten, 219
- 3. Preise, Mengen, Auswahl und Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen auf den betroffenen Märkten, 220
- 4. Transparenz und Homogenität der Güter auf den betroffenen Märkten, 221

<sup>253</sup> Bundeswirtschaftsministerium, <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Energie/bundeswirtschaftsministerium-robot-habeck-plant-verschärfung-des-wettbewerbsrechts.html> .



- 5. Verträge und Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf den betroffenen Märkten, 222
- 6. Grad der Dynamik auf den betroffenen Märkten sowie 223
- 7. dargelegte Effizienzvorteile, insbesondere Kosteneinsparungen oder Innovationen, bei angemessener Beteiligung der Verbraucher. 224

Ob eine Störung des Wettbewerbs fortwährend ist, hängt nach § 32f Abs. 5 S. 3 GWB nF von einer rückwirkenden Betrachtung und einer Prognose ab: zum einen muss die Wettbewerbsstörung entweder über einen Zeitraum von drei Jahren dauerhaft vorgelegen haben oder wiederholt aufgetreten sein und zum anderen dürfen zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundeskartellamtes keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Störung innerhalb von zwei Jahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entfallen wird. 225

Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann das Bundeskartellamt zunächst durch eine Verfügung feststellen, dass eine erhebliche und fortwährende Störung des Wettbewerbs vorliegt. Dies gilt allerdings nur dann, wenn das Bundeskartellamt zum Ergebnis kommt, dass die anderen im GWB vorgesehenen Abhilfemaßnahmen voraussichtlich nicht ausreichen, um der festgestellten Störung des Wettbewerbs angemessen entgegenzuwirken. 226

Des Weiteren ist die Abhilfemaßnahme der eigentumsrechtlichen Entflechtung nach § 32f Abs. 4 GWB nF gegenüber den in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB nF genannten verhaltensbezogenen und strukturellen Abhilfemaßnahmen subsidiär, d. h. die in § 32f Abs. 3 S. 6 GWB nF genannten Abhilfemaßnahmen müssen entweder nicht möglich oder nicht von gleicher Wirksamkeit oder im Vergleich eigentumsrechtlicher Entflechtung mit einer größeren Belastung für das Unternehmen verbunden sein. Bei den vorrangigen Maßnahmen handelt es sich um: 227

- 1. die Gewährung des Zugangs zu Daten, Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen, 228
- 2. Vorgaben zu den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen auf den untersuchten Märkten und auf verschiedenen Marktstufen, 229
- 3. Verpflichtung zur Etablierung transparenter, diskriminierungsfreier und offener Normen und Standards durch Unternehmen, 230
- 4. Vorgaben zu bestimmten Vertragsformen oder Vertragsgestaltungen einschließlich vertraglicher Regelungen zur Informationsoffenlegung, 231
- 5. das Verbot der einseitigen Offenlegung von Informationen, die ein Parallelverhalten von Unternehmen begünstigen, 232
- 6. die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen. 233

Ein Unternehmen kann nur dazu verpflichtet werden, einen Vermögensteil zu veräußern, wenn der Erlös mindestens 50 % desjenigen Wertes beträgt, den ein vom Bundeskartellamt zu beauftragender Wirtschaftsprüfer festgestellt hat. Unterschreitet der tatsächliche Verkaufserlös den vom zu beauftragenden Wirtschaftsprüfer festgestellten Wert, erhält das veräußernde Unternehmen eine zusätzliche Zahlung in Höhe der Hälfte der Differenz zwischen dem festgestellten Wert und dem tatsächlichen Verkaufserlös. 234

Bei Vermögensteilen, deren Erwerb Gegenstand einer Freigabeentscheidung der EU-Kommission oder des Bundeskartellamtes bzw. der Ministererlaubnis waren, besteht ab Zustellung der fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidung ein Bestandsschutz von 10 Jahren, d. h. in diesem Zeitraum kann sich eine Entflechtungsentscheidung nicht auf entsprechende Vermögensteile beziehen (§ 32f Abs. 4 S. 10 GWB nF). 235

**Zwischenergebnis:** Mit der Umsetzung der 11. GWB-Novelle wird voraussichtlich erstmals eine sektor- und missbrauchsunabhängige Entflechtungsbefugnis geschaffen werden, die allerdings nur auf marktbeherrschende Unternehmen und solche mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb nach § 19a Abs. 1 GWB Anwendung findet und an sehr enge Voraussetzungen geknüpft ist. 236

### 5.2.1.3 Rezeption in der Wirtschaft und im Schrifttum

Der Regierungsentwurf (in seiner Form vor der Ressortabstimmung) mit dem Vorschlag für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung wurde in der Fachpresse zunächst kontrovers diskutiert und von Interessenvertretern der Unternehmen wenig überraschend größtenteils abgelehnt.<sup>254</sup> 237

Kritiker tragen vor, dass der Vorschlag schwierig umzusetzen sei und insbesondere auf dem Mineralölmarkt nicht zu dem angestrebten Ergebnis führe, da das Bundeskartellamt dann gegen alle führenden Unternehmen ein Entflechtungsverfahren einleiten müsste, die langwierige seien und viel Personal bänden.<sup>255</sup> Zudem fehlte es bei einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung an einer objektiven Rechtfertigung.<sup>256</sup> 238

Mehrere Wirtschaftsverbände kritisieren, dass das Bundeskartellamt durch § 32f Abs. 3, 4 GWB künftig die Möglichkeit hätte, unternehmerische Handlungsspielräume zu definieren wie beispielsweise die Verwendung bestimmter Vertragsgestaltungen bzw. AGB, Zwangslizenzen, Offenlegung von Know-how und Daten, Festsetzung konkreter Preise, Anordnung von Liefergebieten oder die Aufnahme von Lieferbeziehungen, organisatorische Maßnahmen in der 239

<sup>254</sup> Siehe Nachweise bei *Kühling/Engelbracht/Welsch*, WuW 2023, 250.

<sup>255</sup> *Suliak*, „Kartellrechtspopulismus“ und „Theaterdonner“, LTO.de vom 13. Juni 2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/habeck-tankrabatt-kartellrecht-verschaerfung-gwb-kartellamt-entflechtung-gewinnabschoepfung-uebergewinn/>

<sup>256</sup> *Suliak*, aaO.

Unternehmensgruppe, Zerschlagung von Unternehmen.<sup>257</sup> Wie gezeigt, verfügen aber sowohl EU-Kommission als auch Bundeskartellamt bereits heute über entsprechende Befugnisse auf Grundlage einer Generalklausel. Seit Jahrzehnten greifen die Behörden daher in die Handlungsspielräume der Unternehmen ein und setzen exakt auch die Dinge um, die von der deutschen Industrie hier genannt werden.

Weiterhin wird die fehlende Vorhersehbarkeit der Anordnungen des Bundeskartellamtes bis hin zu entschädigungslosen Entflechtungsmaßnahmen kritisiert.<sup>258</sup> Diese Kritik verwundert zum einen, da Maßnahmen nach § 32f Abs. 3, 4 GWB nF erst nach Durchführung einer Sektoruntersuchung ergehen dürfen, in deren Rahmen die betroffenen Unternehmen Auskunft geben müssen und damit in der Regel weit im Voraus bewerten können, ob bzw. welche Folgen auf sie zukommen können. Zum anderen dürften die Änderungen an der Novelle nach der Ressortabstimmungen die Restzweifel ausgeräumt haben, insbesondere aufgrund der vorgesehenen Entschädigung im Falle von Entflechtungen.

An anderer Stelle findet der Vorschlag jedoch auch Zustimmung und die geübte Kritik ist konstruktiver und punktueller Natur.<sup>259</sup> Die Monopolkommission hat in ihrem Hauptgutachten „Wettbewerb 2022: XXIV. Hauptgutachten“ die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung erneut als empfehlenswert bezeichnet<sup>260</sup>, wie sie dies bereits in ihrem 58. Sondergutachten hinsichtlich des nicht umgesetzten Entflechtungsentwurf der FDP aus 2010 („Brüderle-Entwurf“) getan hat.<sup>261</sup>

Am 6. Juli 2023 hat der deutsche Bundestag die GWB-Novelle verabschiedet. Kurz darauf drehte sich der öffentliche Ton und die praktische Bedeutung des Entflechtungstatbestandes wird auch von Unternehmensseite heruntergespielt.<sup>262</sup>

## 5.2.2 Entflechtungsmaßnahmen bei Kartellrechtsverstößen (§ 32 Abs. 2 GWB).

§ 32 Abs. 2 GWB verleiht dem Bundeskartellamt die Möglichkeit, verhaltensbezogene und strukturelle Maßnahmen zur Abstellung von Verstößen gegen Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV bzw. § 1 GWB und §§ 19 ff. GWB anzuordnen. Im Rahmen der 8. GWB-Novelle im Jahr 2013 wurde § 32 GWB an

<sup>257</sup> BDI et al., „Paradigmenwechsel im Wettbewerbsrecht“, Dezember 2022, S. 2, abrufbar unter: <https://bdi.eu/artikel/news/paradigmenwechsel-im-wettbewerbsrecht-innovationen-investitionen>.

<sup>258</sup> BDI et al. (Fn. 257), S. 2.

<sup>259</sup> Kühling/Engelbracht/Welsch, WuW 2023, 250 ff.; Wagner-von Papp, WuW 2022, 642 ff.

<sup>260</sup> Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Wettbewerb 2022, vom 5. Juli 2022, S. 197; abrufbar unter: [https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV\\_Gesamt.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/HG24/HGXXIV_Gesamt.pdf).

<sup>261</sup> Monopolkommission, Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, Sondergutachten 58 vom 27. April 2010, S. 42, abrufbar unter: <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/sondergutachten/sondergutachten-auf-eigene-initiative/107-sondergutachten-58.html>.

<sup>262</sup> Ott, „Eine harmlose Alien-Invasion“, LTO.de vom 12. Juli 2023, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/kartellrecht-reform-gwb-novelle-sektoruntersuchung/>.

Art. 7 VO 1/2003 angeglichen. Seitdem kann für die Auslegung der Norm auf die Praxis der EU-Kommission verwiesen werden (hierzu bereits unter 5.1.2).<sup>263</sup>

Die Entscheidung über konkrete Abhilfemaßnahmen steht auch insoweit unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Folglich sind stets Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu prüfen.<sup>264</sup> Die Bejahung der Erforderlichkeit setzt voraus, dass kein milderes, gleichwirksames Mittel zur Verfügung steht.<sup>265</sup> Strukturelle Maßnahmen scheitern in der Praxis regelmäßig an diesem Punkt, da verhaltensbedingte Maßnahmen als mildere Mittel zur Verfügung stehen. Dies erscheint bei Verstößen gegen das Kartellverbot (Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB) und das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 ff. GWB) konsequent, da diese ebenfalls verhaltensbezogen sind. Gleichzeitig springen die punktuellen Maßnahmen zu kurz, soweit die Wettbewerbsbeeinträchtigung auf strukturellen Marktproblemen beruhen.

### 5.2.3 § 19a GWB bei überragender marktübergreifender Bedeutung

Der seit Januar 2021 in Kraft getretene § 19a GWB ermöglicht eine erweiterte Missbrauchskontrolle von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung. § 19a Abs. 2 S. 4 GWB ermöglicht dem Bundeskartellamt über einen Verweis auf § 32 Abs. 2 GWB die volle Bandbreite an verhaltensbezogenen bzw. strukturellen Maßnahmen. Dementsprechend hat das Bundeskartellamt auch die Befugnis über diese Norm eine Entflechtung des Unternehmens als *ultima ratio* anzuordnen.<sup>266</sup> Der Vorteil des § 19a GWB ist jedoch, dass kein Verstoß gegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV festgestellt werden muss. Voraussetzung ist lediglich, dass es sich um ein Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung handelt und zusätzlich eine in § 19 a Abs. 2 GWB abschließend aufgezählte Verhaltensweise vorliegt.

Das Bundeskartellamt hat am 5. Juli 2022 entschieden, dass Amazon eine solche marktübergreifende Bedeutung habe.<sup>267</sup> Gegen die Entscheidung hat Amazon Beschwerde vor dem Bundesgerichtshof eingelegt, über die bis dato noch nicht entschieden wurde.<sup>268</sup> Auch die bereits vor Geltung des § 19a GWB gegen Amazon eingeleiteten Missbrauchsverfahren werden nun zusätzlich am Prüfungsmaßstab des § 19a GWB geprüft. Gegenstand des einen Verfahrens gegen Amazon ist die algorithmische Überprüfung der Preissetzung von Dritthändlern durch Amazon.<sup>269</sup> Das andere Verfahren untersucht eine mögliche Benachteiligung von

<sup>263</sup> Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 32 Rn. 31.

<sup>264</sup> Staebe, in: Schulte/Just, 2. Aufl. (2016), § 32 GWB, Rn. 15.

<sup>265</sup> Staebe, in: Schulte/Just, 2. Aufl. (2016), § 32 GWB, Rn. 16.

<sup>266</sup> Paal, in: BeckOK InfoMedienR, § 19a GWB, Rn. 35 ff.

<sup>267</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 6. Juli 2022, abrufbar unter: [B2-55-21.pdf \(bundeskartellamt.de\)](https://www.bundeskartellamt.de/Pressemitteilungen/2022/07/06/B2-55-21.pdf)

<sup>268</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 14. November 2022, abrufbar unter: [Bundeskartellamt - Homepage - Prüfung der laufenden Verfahren gegen Amazon auch nach § 19a GWB](https://www.bundeskartellamt.de/Pressemitteilungen/2022/11/14/Bundeskartellamt-Homepage-Pruefung-der-laufenden-Verfahren-gegen-Amazon-auch-nach-19a-GWB)

<sup>269</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 14. November 2022, aa.O.

Marktplatzhändlern durch Instrumente von Amazon, wie z. B. Vereinbarungen mit Herstellern, die den Verkauf betreffen.<sup>270</sup>

**Zwischenergebnis:** Theoretisch bietet § 32 Abs. 2 GWB eine hinreichende rechtliche Grundlage im Rahmen von § 19a GWB Entflechtungen von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung anzuordnen. Praktisch wird dies jedoch aufgrund des Vorrangs verhaltensbezogener Abhilfemaßnahmen nach § 32 Abs. 2 GWB erheblich erschwert und ist folglich keine naheliegende Folge.

247

#### 5.2.4 Energiewirtschaftsgesetz

Auch im Rahmen des Energierechts gibt es die Möglichkeit der Entflechtung. Das Energierecht sieht unterschiedliche Arten der Entflechtung mit unterschiedlich starker Eingriffsintensität vor. Zum einen besteht die Möglichkeit der buchhalterischen Entflechtung (§ 6b EnWG) und der informationelle Entflechtung (§ 6a EnWG) als verhaltensbezogene Maßnahmen mit geringer Intensität. Im Rahmen der informationellen Entflechtung wird dem Unternehmen aufgegeben, bestimmte Informationen voneinander zu trennen und keinen Informationsaustausch stattfinden zu lassen. Eingriffsintensiver ist dann die operationelle Entflechtung (§ 7a EnWG), die eine organisatorische Unabhängigkeit einzelner Unternehmensteile vorsieht. Bei einer rechtlichen Entflechtung gem. § 7 EnWG werden unterschiedliche Unternehmensteile zu rechtlich voneinander unabhängigen Einheiten aufgespalten.

248

Die unterschiedlichen Arten der Entflechtung nach EnWG bieten Anhaltspunkte für die mögliche Art und Weise, wie eine Entflechtung von Amazon vorgenommen werden könnte (hierzu unter 6.) auch wenn das Energierecht selbst nicht anwendbar ist.

249

#### 5.2.5 Entflechtungen in nationalen Fusionskontrollverfahren

Wie auf EU-Ebene kommen auch bei Fusionskontrollverfahren auf deutscher Ebene zwei Anknüpfungspunkte für Entflechtungen in Betracht: die „freiwillige“ Entflechtung zur Beseitigung wettbewerblicher Bedenken gegen ein Zusammenschlussvorhaben (hierzu 5.2.5.1) oder eine nachträgliche Entflechtung eines Zusammenschlussvorhabens, das gegen das Vollzugsverbot verstößt (hierzu 5.2.5.2).

250

##### 5.2.5.1 „Freiwillige“ Entflechtungen im Rahmen der Fusionskontrolle

Äußert das Bundeskartellamt wettbewerbliche Bedenken im Hinblick auf ein angemeldetes Zusammenschlussvorhaben, können die Zusammenschlussbeteiligten diese Bedenken auch durch den Vorschlag der teilweisen eigentumsrechtlichen Entflechtung begegnen, z. B. indem bestimmte

251

<sup>270</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 14. November 2022, aa.O.

Geschäftsbereiche oder Vermögensbestandteile zumindest eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an einen Dritten veräußert werden.<sup>271</sup>

Auch diese Form der „Entflechtung“ führt im Saldo regelmäßig nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsstruktur, da sie nur einen Teil der strukturellen Folgen abfedern kann, die infolge des Zusammenschlusses insgesamt eintreten können. 252

#### 5.2.5.2 Entflechtung vollzogener Zusammenschlüsse, § 41 Abs. 3, 4 GWB

§ 41 Abs. 3 GWB räumt dem Bundeskartellamt die Befugnis ein, bereits vollzogene Zusammenschlüsse aufzulösen. Voraussetzung ist jedoch, dass der Zusammenschluss gegen fusionskontrollrechtliche Normen verstößt, d. h. entweder vor Freigabe vollzogen wurde oder nach Vollzug untersagt wird, die Freigabe oder Ministererlaubnis nachträglich wegfällt oder durch gerichtliche Aufhebung, Widerruf oder Eintritt einer auflösenden Bedingung.<sup>272</sup> 253

Das Bundeskartellamt führt regelmäßig Verfahren nach § 41 Abs. 3 GWB, ohne dass hiermit in jüngerer Zeit die Anordnung von Entflechtungen verbunden gewesen wäre.<sup>273</sup> Hauptanwendungsfall der Verfahren nach § 41 Abs. 3 GWB sind Verstöße gegen das Vollzugsverbot, bei denen eine (rechtzeitige) Anmeldung beim Bundeskartellamt unterblieben ist. Selbst wenn es zu einer Entflechtungsentscheidung kommt, wird regelmäßig allenfalls die Restitution angeordnet werden können, d. h. die Rückgängigmachung des rechtswidrigen Zusammenschlusses.<sup>274</sup> Damit kann die Entflechtungsbefugnis nach § 41 Abs. 3 GWB allenfalls die strukturellen Nachteile wieder beseitigen, die durch den rechtswidrigen Zusammenschluss entstanden sind, nicht jedoch darüber hinaus zur Verbesserung der Marktstruktur beitragen. 254

<sup>271</sup> Siehe beispielsweise die Übersicht der Entscheidungen des BKartA zu Freigabeentscheidungen mit Nebenbestimmungen im Tätigkeitsbericht BT-Drs. 19/30775, S. 32 f.

<sup>272</sup> *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020, § 41 GWB, Rn. 103.

<sup>273</sup> Siehe beispielsweise Tätigkeitsbericht BT-Drs. 19/30775, S. 36.

<sup>274</sup> *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2020, § 41 GWB, Rn. 120.

## 6. Ansätze der Entflechtung von Amazon

Im Rahmen einer Entflechtung von Amazon sind zunächst die unterschiedlichen Möglichkeiten zu beleuchten und auf ihre wettbewerbspolitische Zweckmäßigkeit abzuklopfen (hierzu unter 6.1). Anschließend sind die zu erwartenden Gegenargumente zu erörtern (hierzu unter 6.2) und die rechtliche Umsetzbarkeit der Entflechtung zu prüfen (hierzu unter 6.3) 255

### 6.1 Zweckmäßigkeit verschiedener Entflechtungsszenarien

Im Folgenden werden unterschiedliche Entflechtungsansätze auf das Beispiel Amazons angewandt und auf ihre Zweckmäßigkeit hin untersucht, die sich in erster Linie daran orientiert, ob die festgestellten Wettbewerbsnachteile durch die Entflechtungsmaßnahme beseitigt werden können. 256

#### 6.1.1 Horizontale Entflechtung der Amazon E-Commerce-Plattform

Denkbare wäre zunächst eine Aufteilung von Amazons E-Commerce-Plattform in eine Mehrzahl von vergleichbar großen E-Commerce-Plattformen. Diese Plattformen müssten sodann in Wettbewerb zueinander um Endkunden aber auch um Drittverkäufer werben. Aufgrund dieses Wettbewerbs könnte sich zunächst keiner der konkurrierenden Plattformen erlauben, Bedingungen von den Drittverkäufern zu verlangen, mit denen diese nicht einverstanden sind. 257

Für eine solche Entflechtungsform spricht daher, dass es zunächst zu einem deutlichen Aufbrechen der verkrusteten Wettbewerbsstrukturen aus Sicht der Drittverkäufer und sonstiger Drittdienstleister rund um Fulfillment-Leistungen käme. 258

Gegen diese Entflechtungsform spricht aber, dass es wahrscheinlich im Laufe der Zeit erneut zu einem Tipping des Marktes kommen wird, d. h. das indirekte Netzwerkeffekte schnell zu einer Konzentration des Marktes auf wenige bzw. einen Anbieter führen werden.<sup>275</sup> Dies hängt mit der geringen Wertschöpfungstiefe des Handels und den fehlenden Differenzierungsmöglichkeiten jenseits günstigerer Preise zusammen. 259

Zudem fallen auf Plattformmärkten für zusätzliche Nutzer nur geringe Grenzkosten an, so dass erhebliche Skaleneffekte zu beobachten sind.<sup>276</sup> Die Netzwerkeffekte und Skaleneffekte verstärken sich je größer die Plattform und ihre Nutzerzahlen sind. Diese Marktcharakteristika führen zu einer starken Monopolisierungstendenz. Durch die Monopolisierungstendenz wäre bei einer horizontalen Entflechtung der Effekt voraussichtlich kurzfristiger Natur. Langfristig würden sich durch die Netzwerkeffekte wieder Monopole herausbilden. Eine Absicherung des Ergebnisses der Entflechtung erscheint bei dieser Marktstruktur nicht möglich. 260

<sup>275</sup> Kirkwood (Fn. 144), 63, 111; Kwoka/Valetti (Fn. 100), 1286, 1295.

<sup>276</sup> Paal/Kieß, ZfDR 2022, 1, 4.

Diese Annahme wird gestärkt dadurch, dass Nutzer sich nicht rational nutzenmaximierend verhalten, sondern bei ihnen bekannten Plattformen bleiben.<sup>277</sup>

Auch wenn daher zu Beginn Aufteilung des Marketplace in mehrere Handelsplattformen von einem scharfen Wettbewerb zwischen diesen Plattformen ausgegangen werden kann, ist zu erwarten, dass dieser binnen weniger Jahre durch Ausscheiden einiger Anbieter wieder von einer starken Marktkonzentration abgelöst wird. 261

**Zwischenergebnis:** Eine horizontale Entflechtung des Amazon Marketplace in Form einer Aufteilung in mehrere Marktplätze kann kurzfristig für erheblichen Wettbewerb sorgen, wird voraussichtlich aber mittelfristig erneut eine dominante Plattform hervorbringen. 262

### 6.1.2 Informationelle Entflechtung

Nach dem Zusagenangebot Amazons in den Verfahren *Marketplace* und *Buy Box* erhält die EU-Kommission die Möglichkeit, die Effizienz und Effektivität informationeller Entflechtungen zwischen Amazons Einzelhandelsgeschäft und Marketplace zu testen.<sup>278</sup> Die Kommission wird insbesondere nachweisen müssen, dass die strategischen Informationen der Dritthändler auf dem Marketplace nicht mehr für das Einzelhandelsgeschäft Amazons verwendet werden. 263

Der Nachteil dieser informationellen Entflechtung ist zum einen der hohe Überwachungsaufwand durch die Behörde. Theoretisch müsste die Informationssperre dauerhaft ressourcenintensiv überwacht werden, um die Nichtweitergabe von Informationen sicherzustellen. Die wirtschaftliche Anreizwirkung dagegen, die Informationen doch weiterzugeben, besteht unverändert fort.<sup>279</sup> Die Unternehmen sind wirtschaftlich weiter verbunden und profitieren von potentiell höheren Gewinnen der vertikal integrierten Geschäftsbereiche. Selbst wenn ein Verstoß aufgedeckt werden würde, wären die Kosten der Non-Compliance für Amazon in Form eines Bußgeldes gering, so dass Non-Compliance für Amazon eine Investitionsentscheidung ist.<sup>280</sup> 264

**Zwischenergebnis:** Eine informationelle Entflechtung ist im Fall der enormen Marktmacht von Amazon aufgrund des Fortbestands des strukturell vermittelten Interessenskonflikts offenkundig nicht ausreichend, sofern man die identifizierten wettbewerblichen Problemfelder effizient und effektiv adressieren will. 265

<sup>277</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 652.

<sup>278</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>279</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651.

<sup>280</sup> Vgl. Kirkwood (Fn. 144), 63, 111: “These twin sanctions would alter the tech giants’ financial calculus, raising the cost of exclusionary conduct substantially. Of course, the increased penalties might not stop them in every case. They might calculate that the cost of any sanction they would have to pay for suppressing rivals would be offset by the profits they gain by achieving greater dominance and higher barriers to entry”.



### 6.1.3 Strukturelle Entflechtung zwischen Amazons Online-Handel und E-Commerce-Plattform

Denkbar und nach den Feststellung der EU-Kommission in Sachen Amazon *Marketplace* nicht fernliegend, ist eine strukturelle Entflechtung zwischen Amazons eigenem Online-Handelsgeschäft und seiner Verbindungen mit den Drittverkäufen über den Marktplatz.<sup>281</sup> 266

Die wettbewerbsdämpfenden Wirkungen der engen Verwebungen zwischen Amazons Online-Geschäft und dem Angebot der Drittverkäufer auf der E-Commerce-Plattform hat die EU-Kommission bereits festgestellt.<sup>282</sup> Problematisch sind insbesondere die Erhebung und Verwertung strategischer Informationen der Drittverkäufer zugunsten von Amazons Online-Geschäft.<sup>283</sup> Soweit die EU-Kommission erst in jüngerer Zeit zum dem Ergebnis gekommen ist, dass diesen wettbewerblichen Bedenken durch informationelle Entflechtung hinreichend Rechnung getragen wird, ist die Kritik an verhaltensbezogenen Maßnahmen zu erneuern.<sup>284</sup> Es bestehen erhebliche Zweifel, wie die EU-Kommission die Einhaltung der technischen und verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen effektiv überwachen will. 267

Gleichzeitig ist eine solche Trennung des Online-Handels Amazons und der E-Commerce-Plattform nur dann sinnvoll, sofern diese beiden Angebote tatsächlich und effektiv getrennt werden, d. h. es sollte jedenfalls eine räumliche (unterschiedliche URLs) und persönliche Trennung (Namensänderung der E-Commerce-Plattform; gesellschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen) stattfinden, um die Verbindungen effizient zu beenden. 268

Der Zweckmäßigkeit dieser Trennung könnte entgegenstehen, dass der Marktplatz neben dem originären Amazon-Online-Handel kurzfristig nicht bestehen könnte. Amazon könnte über seinen eigenen Webshop weiterhin so günstige Angebote unterbreiten, die durch andere Geschäfte Amazons quersubventioniert werden, dass die Drittverkäufer im Preiswettbewerb gegenüber den Endkunden wenig Erfolgchancen haben. Die Drittverkäufer könnten sich dann genötigt sehen, sich Amazon als Lieferanten für dessen eigenen Online-Geschäfts anzudienen. 269

**Zwischenergebnis:** Eine Trennung von Amazons Online-Einzelhandelsgeschäft und der E-Commerce-Plattform dergestalt, dass diese nicht nur eigentumsrechtlich, sondern auch hinsichtlich des Namens und der Auffindbarkeit im Internet (Änderung der URL) getrennt werden, ist geeignet, wesentliche wettbewerbliche Bedenken aufgrund Interessenskonflikten und Quersubventionierungen zu beseitigen. Zudem könnte die Gefahr der willkürlichen Händlersperren verringert 270

<sup>281</sup> Je nach Schwerpunktlegung mag man dies als horizontale, vertikale oder konglomerate Entflechtung betrachten; siehe auch *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, 651, 652. Da die Verbindungen zwischen den Wettbewerbern Amazon Retail und Drittverkäufern aufgelöst werden oder als vertikal, da die Bereitstellung der E-Commerce-Plattform durch Amazon gegenüber den Drittverkäufern als vorgelagerte Marktstufe zu betrachten ist. Für die Zweckmäßigkeit der Entflechtungsmaßnahme spielt diese Unterscheidung jedoch keine Rolle.

<sup>282</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>283</sup> Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>284</sup> Hierzu bereits unter 3.3.

werden. Aufgrund der faktischen geographischen Trennung der E-Commerce-Plattformen (z. B. Deutschland, Frankreich, Spanien) könnte zudem erwogen werden, diese E-Commerce-Plattformen dementsprechend auch geographisch zu trennen, um geeignete Erwerber zu finden. Die Trennung müsste so vorgenommen werden, dass der entflochtene Marktplatz nicht anfällig für anfängliche KampfpPreisstrategien Amazons wäre.

#### 6.1.4 Entflechtung entlang Amazons Geschäftsbereiche

Insbesondere *Mitchell* befürwortet eine Entflechtung Amazons entlang der Geschäftsbereiche Einzelhandel, Dienstleistungen gegenüber Drittverkäufern (Marketplace), AWS, Smart Home Devices (Echo & Alexa) und Logistik.<sup>285</sup> Eine solche Entflechtung dient insbesondere folgenden Zwecken:

- Die **Quersubventionierung des Einzelhandelsgeschäfts** Amazons sowie des Prime-Programms durch gewinnträchtige Bereiche wie AWS und Marketplace wird unterbunden. Damit wird Amazons bisherige Preiskampfstrategie erschwert. Amazon muss sich dann als (Online-)Einzelhändler dem fairen Wettbewerb anderer (Online-)Einzelhändler stellen. 272
- Die Trennung von AWS und Amazon Logistik gegenüber dem Einzelhandelsgeschäft und dem Marketplace ist wichtig, um die jeweiligen **Markt- bzw. Kundenzugänge offenzuhalten**. Amazons Einzelhandelsgeschäft und der Marketplace repräsentieren in vielen Regionen einen erheblichen Teil des gesamten Online-Handels. Durch die vertikale Integration Amazons sind beide für andere Anbieter von Logistiklösungen und Webservices nicht frei im Wettbewerb zugänglich. 273
- Die Trennung von AWS und Amazon Logistik gegenüber dem Einzelhandelsgeschäft und dem Marketplace ist auch wichtig, um Amazons Webservices und Logistik nicht „von Haus aus“ einen solchen **Skalierungsvorteil** zu geben, dass andere Wettbewerber in diesen Bereichen kaum mithalten können, die über keinen vom Wettbewerb ausgenommenen internen Großkunden verfügen. 274
- Die Trennung von Amazons Einzelhandelsgeschäft vom Marketplace ist wesentlich, um das **übermäßige Abgreifen von Daten der Dritthändler** zugunsten von Amazons Eigengeschäft effektiv auszuschalten. Des Weiteren ist die Trennung notwendig, um die **willkürliche Selbstbevorzugung Amazons** (Schaltung von Werbung, Nachfrage von Fulfillmentleistungen bei Amazon für besseres Ranking, willkürliche Händlersperren, etc.) effektiv auszuschalten. 275
- Die Trennung von Amazons Smart Home Devices (Echo & Alexa) von Amazons Einzelhandelsgeschäft und vom Marketplace ist wesentlich, da Amazon in vielen Regionen der dominante Anbieter dieser Devices ist und 276

<sup>285</sup> *Mitchell* (Fn. 61), S. 21

diese damit eine **Bottleneck-Funktion** für diesen diesem Bestellweg darstellen, was wiederum eine „**Amazon-Steuer**“ und **willkürliche Selbstbevorzugung** befürchten lässt. Die Trennung von vertikal-integrierten Bottlenecks von der Kernplattform gilt als typischerweise geeignete Entflechtungsvariante.<sup>286</sup>

Dieser Ansatz der Entflechtung Amazons entspricht auch den Grundzügen des Tests für zweckmäßige Entflechtungen dominanter Konzerne, den der frühere Chefökonom der EU-Kommission *Tommaso Valletti* zusammen mit *John Kwoka* entwickelt hat.<sup>287</sup> Dieser Test umfasst insbesondere die folgenden drei Schritte:<sup>288</sup>

- (1) Da marktbeherrschende Unternehmen dazu neigen, andere Unternehmen in Serie zu erwerben, wäre der erste Schritt die Rückabwicklung von Übernahmen des Unternehmens zu erwägen, die sich als wettbewerbsrechtlich problematisch erwiesen haben. 278
- (2) Ist dies nicht angebracht oder durchführbar, wäre die nächste Alternative, nach Bruchlinien zu suchen, die wichtige abtrennbare Teile des Unternehmens abgrenzen, auch wenn sie nicht perfekt mit einem erworbenen Unternehmen übereinstimmen. 279
- (3) In diesem Zusammenhang könnten unterschiedliche Produkte und Dienstleistungen, die potenziell oder tatsächlich mit der Kernplattform konkurrieren oder sie ergänzen, die wichtigsten Kandidaten für eine Abtrennung darstellen. 280

Betrachtet man die Unternehmensübernahmen von Amazon, so handelt es sich hierbei in erster Linie um Expansionen der Kernplattform in sachlicher oder räumlicher Hinsicht. Schritt (1) des oben dargestellten Tests erscheint im Falle von Amazon daher nicht zweckmäßig. Wie unter 6.1.1 dargestellt ist eine solche horizontale Rückabwicklung wie z. B. der Übernahme des Schuh-Online-Händlers Zappo wenig sinnvoll und nicht geeignet, die ermittelten (wettbewerblichen) Problem seitens Amazon zu lösen. Die Schritte (2) und (3) dagegen stützen die hier vorgeschlagene Trennung der komplementären Dienstleistungen von der Kernplattform. 281

**Zwischenergebnis:** Soweit man den wettbewerblichen Bedenken gegenüber Amazons Geschäftsmodell ernsthaft begegnen möchte, ist dem Vorschlag *Mitchells* zur Entflechtung Amazons entlang seiner Geschäftsbereiche (Einzelhandel, Dienstleistungen gegenüber Drittverkäufern (Marketplace), AWS, Smart Home Devices (Echo & Alexa) und Logistik) grundsätzlich zuzustimmen. 282

<sup>286</sup> Khan (Fn. 20), 973; *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, 651, 655.

<sup>287</sup> *Kwoka/Valetti* (Fn. 100), 1286, 1301.

<sup>288</sup> *Kwoka/Valetti* (Fn. 100), 1286, 1301

### 6.1.5 Zwischenergebnis

Amazon setzt auf ein Geschäftsmodell, das Waren und Dienstleistungen (Video- und Musikstreaming) sehr günstig und ohne kurz- bis mittelfristige Gewinnerwartung anbietet, so dass um dieses zur Infrastruktur ausgebaute Angebot komplementäre Leistungen mit hohen Gewinnmargen angeboten werden können. In Verbindung mit der konzerninternen Skalierung (Grundauslastung von Webservices und Logistik durch quersubventioniertem Online-Handel) und Selbstbevorzugung<sup>289</sup> wird Amazon in die Lage versetzt, seine geschäftlichen Aktivitäten in andere Bereiche wie Logistik, Fulfillment, Webservices, etc. zu expandieren. Diese zusätzlichen Services haben gegenüber bereits am Markt aktiver Anbieter einen eingebauten Vorteil, da sie mit Amazon bereits den mit Abstand größten Online-Händler der Welt und das fünftgrößte Unternehmen der Welt (nach Marktkapitalisierung) „zum Kunden“ haben, um den sie nicht in Wettbewerb treten müssen. Diese Struktur ermöglicht und incentiviert Amazon zu unfairen Handelspraktiken wie Kampfpreisen unter Kostendeckung, übermäßiges Abgreifen strategischer Wettbewerbsdaten, Umleitung von Nachfrage auf eigene Produkte, hohe Zugangsgebühren (für *Buy Box* und besseres Ranking in Suchergebnissen auf der Amazon-Webseite/-Marketplace).

Dieses strategische, strukturelle und systematische Konstrukt führt zu weitreichenden wettbewerblichen Bedenken „*by Design*“ und kann mit punktuellen Verhaltenskontrollen nicht effizient beigegeben werden. Sofern man dem Gedanken zustimmt, dass die Abhilfemaßnahme das wettbewerbsschädliche Verhalten spiegeln muss,<sup>290</sup> ist es bei einem bezweckt wettbewerbsschädlichen Geschäftsmodell wie im Falle Amazons, naheliegend und notwendig, diesem insgesamt Abhilfe zu leisten.<sup>291</sup> Sollen möglichst viele der wettbewerblichen Bedenken gegenüber Amazons aktuellem Geschäftsmodell beseitigt werden, ist eine Entflechtung entlang der Geschäftsbereiche Einzelhandel, Dienstleistungen gegenüber Drittverkäufern (Marketplace), AWS, Smart Home Devices (Echo & Alexa) und Logistik zweckmäßig.

## 6.2 Potentielle Gegenargumente gegen zweckmäßige Entflechtung

Gegen strukturelle Entflechtungen im Allgemeinen und gegenüber Digitalplattformen im Speziellen werden eine Reihe von Gegenargumenten vorgetragen. Diese werden im Folgenden dargelegt und deren Auswirkungen auf die Zweckmäßigkeit des empfohlenen Entflechtungsszenarios (hierzu unter 6.1.4) diskutiert.

<sup>289</sup> Siehe z. B. Verhalten rund um Marketplace-Information der Drittverkäufer und Vergabe der Buy Box: Komm., Case AT.40462 – *Amazon Marketplace* und Case AT.40703 – *Amazon Buy Box*.

<sup>290</sup> Vgl. *Loertscher/Maier-Rigaud* (Fn. 175), S. 53, S. 60 f.: „*In antitrust cases, behavioural remedies are often designed to mirror the abuse: for example, a refusal to supply would be remedied with a commitment to supply or anticompetitive tying would be addressed with a commitment to untie.*“.

<sup>291</sup> Vgl. *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, 651, 656: „*Es spricht vieles dafür, eine Änderung der Struktur eines Unternehmens vorzunehmen, wenn eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise kausal auf dieselbe zurückzuführen ist.*“.

### 6.2.1 Hohe Kosten

Gegen strukturelle Entflechtungsmaßnahmen werden hohe Kosten ins Feld geführt.<sup>292</sup> Bisweilen ist bereits nicht präzise dargelegt, worauf sich diese Kosten beziehen. Zum einen soll es wohl um Rechtsdurchsetzungskosten gehen, d. h. den Aufwand, den Wettbewerbsbehörden und Gerichte betreiben müssen, um die Entflechtung durchzusetzen.<sup>293</sup> Zum anderen geht es um Effizienzen, die sich aus der vertikalen Integration dominanter Digital-Plattformen ergeben.<sup>294</sup> 286

Problematisch am pauschalen Verweis auf vermeintlich hohe Kosten der strukturellen Entflechtung ist die häufig fehlende Gegenüberstellung mit Opportunitätskosten der Nichtentflechtung bzw. mit Kosten anderer Abhilfemaßnahmen. Denn die Alternative zum Unterlassen struktureller Entflechtungen ist nicht zwingend das Unterlassen jeglicher Abhilfemaßnahmen oder Verfahren. Gerade die nicht-strukturellen Abhilfemaßnahmen in Verfahren wie Google-Shopping (hierzu unter 3.3) belegen, mit wie viel behördlichem und gerichtlichen Aufwand die Durchsetzung dieser Maßnahmen verbunden ist, wobei ein Großteil der Arbeit nicht der eigentlichen Durchsetzung klarer Abhilfemaßnahmen, sondern dem „Katz-und-Maus-Spiel“ zwischen EU-Kommission und Google hinsichtlich der Möglichkeiten und Grenzen der praktischen Umsetzung und deren fantasievoller Umgehung geschuldet ist. 287

Zudem erscheint es nicht angemessen, staatlichen Eingriffen die wirtschaftliche Effizienz abzusprechen, weil von Abhilfemaßnahmen betroffene Unternehmen viel Geld und Kreativität darauf verwenden, die Entscheidungen zu umgehen. Sofern das Problem in langwierigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren gesehen wird, sollte im Rahmen effizienter Justizgewährungsansprüche eher geprüft werden, ob diese effizienter gestaltet werden können. Ein Beispiel hierfür ist die „erstinstanzliche“ Zuständigkeit des BGH für Entscheidungen des Bundeskartellamtes nach §§ 19a, 73 Abs. 5 GWB. 288

Soweit die Einbuße wirtschaftlicher Effizienz behauptet wird, wurde bereits darauf hingewiesen, dass jedenfalls im Kontext des EU- und deutschen Wettbewerbsrecht der Verweis auf die Konsumentenwohlfahrt als Maßstab struktureller Maßnahmen axiomatisch ist (hierzu eingehend 3.5). Hinzu kommt, dass typische Effizienzvorteile der vertikalen Integration bei digitalen Plattformen gerade keine bedeutende Rolle spielen, wie beispielsweise das Problem der doppelten Marginalisierung.<sup>295</sup> Schließen sind andere Effizienzgewinne durch strukturelle Entflechtungen Amazons zu erwarten, beispielsweise eine höhere Bereitschaft zum Vertrieb von Produktinnovationen über den Marketplace und die Aufrechterhaltung des eigenen Angebots, wovon heute viele Drittverkäufer umgehend Abstand nehmen, sobald Amazon sich entschließt, selbst als Händler für die betroffenen Produkte aktiv zu werden. 289

<sup>292</sup> Kwoka/Valetti (Fn. 100), 1286, 1292.

<sup>293</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 653.

<sup>294</sup> Kirkwood (Fn. 144), 63, 68 f.; Khan (Fn. 20), 973, 1085.

<sup>295</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 654; Khan (Fn. 20), 973, 1085.

## 6.2.2 Langwierigkeit der Verfahren

Gegen (strukturelle) Entflechtungen wird eingewandt, dass sie langwierig sind. 290  
 Allerdings trifft das auch verhaltensbezogene Verfahren mindestens im gleichen Maße zu, ohne dass letztere in der Lage wären, eine vergleichbare Sicherheit zu liefern. Zudem dürften strukturelle Entflechtungen eine deutlich größere Vorfeldwirkung entfalten, denn bei verhaltensbezogenen Maßnahmen haben betroffene Unternehmen immer die Wahl zwischen einem frühen freiwilligen Umstellen des eigenen Verhaltens oder einem langen Abwarten bis sie über mehrere Instanzen hinweg eventuell zu eben diesem Verhalten gezwungen werden. Folglich haben die Unternehmen bei verhaltensbezogenen Maßnahmen „nichts zu verlieren“, außer eventuell monetäre Folgen, die bei den großen Digitalplattformen offensichtlich keine Rolle spielen und keine verhaltenslenkende Wirkung entfalten.

Die Langwierigkeit der Durchsetzung sowohl von Entflechtungs- als auch von 291  
 Verhaltensmaßnahmen beruht zudem teilweise auf Blockadeverhalten der betroffenen Unternehmen, die nicht durch effiziente Verhaltensregeln gesteuert werden. Ein Beispiel für dieses Verhalten beschreiben *Kwoka* und *Valletti*:

In den USA erging gegen Microsoft eine Verhaltensanordnung mit fünfjähriger 292  
 Laufzeit, Kommunikationsprotokolle für die Verbindung von Servern mit Desktop-Computern an Dritte zu lizenzieren. Microsoft sollte innerhalb der ersten drei Jahre die hierfür erforderlichen Unterlagen erstellen und vorlegen. Es wurde bald klar, dass Microsoft kaum Fortschritte bei der Erfüllung dieser Anforderung machte und als das Ende der 3-Jahres Frist näher rückte, teilte Microsoft dem Gericht mit, dass es weitere 2 Jahre benötige, um die Aufgabe zu erfüllen. Nach einem weiteren Jahr verhandelte das Justizministerium die Bedingungen seiner Anordnung neu und gewährte Microsoft eine weitere 2-jährige Verlängerung. Diese zusätzlichen 2 Jahre verstrichen ohne Fertigstellung der Dokumentation. An diesem Punkt gaben das Justizministerium und Drittparteien praktisch auf und einigten sich darauf, Microsofts Arbeit für „im Wesentlichen abgeschlossen“ zu erklären, obwohl es noch Hunderte ungelöster technischer Fragen gab. Der Prozess endete viereinhalb Jahre nach der ursprünglichen Frist der Einverständniserklärung und neuneinhalb Jahre nach dem Erlass der ursprünglichen Anordnung.<sup>296</sup>

Unabhängig vom Vorliegen einer (strukturellen) Entflechtungsmaßnahme oder von 293  
 Verhaltensmaßnahmen, müssen die Verfahren so strukturiert werden, dass eine effiziente und effektive Durchsetzung ermöglicht wird. Dies betrifft in erster Linie Verfahrensregeln wie Fristen, Abhilfen, Strafen bei Missachtung und Rechtsmittelverfahren sowie eine hinreichende personelle Ausstattung der Wettbewerbsbehörden und Gerichte.

<sup>296</sup> Übersetzt und zusammengefasst nach *Kwoka/Valetti* (Fn. 100), 1286, 1290.

### 6.2.3 Staatliches Marktdesign / Staat als unternehmerischer Entscheider

Teilweise wird recht pauschal behauptet, der Staat dürfe kein Marktdesign betreiben und sich nicht zum unternehmerischen Entscheider aufschwingen, der glaubt, wettbewerbliche Prozesse besser beurteilen zu können als Unternehmen.<sup>297</sup> 294

Zunächst kann der Vorwurf des staatlichen Marktdesigns nicht ohne die Frage nach der Alternative des privatwirtschaftlichen Marktdesigns gedacht werden. Inwiefern verbessert sich die Situation, wenn dominante Unternehmen das Marktdesign übernehmen? Anders als bei den Wettbewerbsbehörden, fehlt es diesen Unternehmen an einer demokratischen Kontrolle und Rückankopplung durch Wahlen. Daneben fehlt bei dominanten Unternehmen das marktwirtschaftliche Pendant zu demokratischen Wahlen in Form der Auswahlfreiheit der Geschäftspartner und Verbraucher. Außerdem haben diese Unternehmen ein Eigeninteresse an dem konkreten Design des Marktes, was bei staatlichen Behörden außerhalb von Korruption zumindest nicht offenkundig ist. Schließlich werden dominante Unternehmen in ihrem Zugriffsbereich zum faktischen Gesetzgeber im Markt.<sup>298</sup> Aus dieser Perspektive könnte umgekehrt ähnlich pauschal und polemisch gefragt werden, wer diese Unternehmen zum Ersatzgesetzgeber gewählt habe, ohne dass hiermit ein Mehrwert für die gesellschaftliche Debatte geschaffen wird. 295

Wettbewerb als wichtigstes Entmachtungsinstrument privatwirtschaftlicher Macht und als solches der zweieilige Zwilling der Demokratie im Verhältnis zur staatlichen Macht muss das Ziel des wettbewerbsbehördlichen Handelns sein und nicht Marktdesign. Gleichzeitig ist das pauschale Framen von Entflechtungsmaßnahmen, die sich an Erhaltung oder Wiederherstellung der Wettbewerbsprozesse orientieren, effekthascherisch, aber nicht zielführend. Zudem mag es zutreffen, dass der Staat keine besseren unternehmerischen Entscheidungen treffen kann als Unternehmen. Bei Entflechtungsmaßnahmen kann sich die Frage nach dem „besser“ aber immer nur auf Wiederherstellung oder Erhaltung von Wettbewerbsstrukturen beziehen. Der Staat soll und muss gerade nicht prognostizieren, ob durch die Entflechtungen die Konsumentenwohlfaht (welcher Konsumentengruppe?) oder Innovationskraft steigt. Er darf darauf vertrauen, dass sich dies durch den wieder angestoßenen Wettbewerb einstellt. Mit den Entflechtungen geht gerade kein staatlicher Zentralplan einher, sondern es wird ein privatwirtschaftlicher Zentralplan entflochten, damit sich die vielen dezentralen Pläne neu entfalten können und der Wettbewerb seine ihm zugesprochenen positiven Effekte wieder ausspielen kann. 296

<sup>297</sup> BDI et al. (Fn. 257), S. 2; vgl. Lübbig, WuW 2023, 193, 195.

<sup>298</sup> Khan (Fn. 20), 973, 976.

#### 6.2.4 Lediglich eingeschränkte Wirkung nationaler Entscheidungen

Teilweise wird gegen die Zweckmäßigkeit von Entflechtungen argumentiert, dass diese, sofern sie auf nationaler Ebene ausgesprochen werden, nur begrenzte Auswirkungen hätten. Am Ende wären nationale Unternehmen stärker bedroht und belastet als große, globale Unternehmen, die sich nationalen Entscheidungen entziehen könnten.<sup>299</sup> 297

Dass dies nicht zutreffend ist, belegt bereits die Entscheidung des Bundeskartellamtes in Sachen Händler-AGB des Amazon Marketplace. Dort führte das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen Amazon, weil sich Amazon gegenüber den Händlern mittels seiner AGB u. a. praktisch von jeder Haftung freigemacht hatte und sich ein unbeschränktes Recht zur sofortigen Kündigung und der sofortigen Sperrung von Konten der Händler ohne Angabe von Gründen einräumen ließ.<sup>300</sup> Der Präsident des Bundeskartellamtes betont insoweit ausdrücklich, dass Amazon seine Geschäftsbedingungen aufgrund des Verfahrens weltweit geändert habe: 298

*„Zur Beendigung unseres Verfahrens wird Amazon seine Geschäftsbedingungen für die auf dem Marketplace tätigen Händler für den deutschen Markt amazon.de, für alle europäischen Marktplätze (amazon.co.uk, amazon.fr, amazon.es, amazon.it) sowie weltweit für alle seine Online-Marktplätze einschließlich der amerikanischen und asiatischen Marktplätze anpassen.“<sup>301</sup>* 299

Des Weiteren belegt auch die nachträgliche Entflechtungsanordnung der britischen Wettbewerbsbehörde CMA in Sachen *Facebook/GIPHY* (hierzu bereits unter 4.2.3), dass nationale Kartellrechtsentscheidung mit Entflechtungsausspruch faktisch globale Wirkung entfalten können (hierzu unter 4.2.3). 300

**Zwischenergebnis:** Entscheidungen wie vom Bundeskartellamt in Sachen Amazon Händler-AGB und von der britischen Wettbewerbsbehörde CMA zur Entflechtung von *Facebook/GIPHY* belegen, dass auch nationale Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden global Wirkung zeigen. 301

#### 6.2.5 Fehlende Nachweisbarkeit von Effizienzgewinnen durch Entflechtungen

Gegen Entflechtungen wird auch vorgebracht, dass es – insbesondere im Anwendungsbereich digitaler Plattformen – am Nachweis von Effizienzsteigerungen durch Entflechtungen mangelt. So könne der Effekt, der von Entflechtungen auf Preise ausgehe, nicht isoliert werden.<sup>302</sup> Ebenso fehle es 302

<sup>299</sup> BDI et al. (Fn. 257), S. 2.

<sup>300</sup> BKartA (Fn. 65).

<sup>301</sup> BKartA, Pressemitteilung vom 17. Juli 2019, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17\\_07\\_2019\\_Amazon.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html).

<sup>302</sup> *Bernhardt/Voges*, WuW 2022, 651, 652 (Fn. 24).



vermeintlich an Analysen der Auswirkungen auf den technologischen Fortschritt und Innovationen.<sup>303</sup>

Diese Äußerungen gehen zunächst davon aus, dass eine Entflechtung nur dann wahlweise legitim, zweckmäßig oder legal sein könne, wenn sie ex-ante mit hinreichender Sicherheit Effizienzgewinne erwarten lassen kann. Insoweit wird verkannt, dass die Steigerung von Effizienzgewinnen bereits im Ausgangspunkt kein Ziel sein kann, welches eine Entflechtung rechtfertigt. Der Gesetzgeber hat unter keinem erkennbaren Gesichtspunkt einen verfassungsmäßigen Auftrag, in die Grundrechte der Unternehmen einzugreifen, um „Effizienzgewinne“ zu steigern. Entflechtungen können daher nur legitimes Mittel für verfassungskonforme und gesetzgeberische Ziele wie dem Schutz und Erhalt des Wettbewerbs als Institution sein. Folgerichtig stellen beispielsweise die Prognoseentscheidungen nach § 32f Abs. 3 S. 1, 4 Abs. 1 GWB nF<sup>304</sup> auf die Beseitigung der Wettbewerbsstörung ab.

Globaler betrachtet ist die axiomatische Forderung nach hinreichend belegbaren Effizienzgewinnen im Vorfeld einer Entflechtung Ausdruck einer Internalisierung des bis vor kurzem zeitgeistigen „*more economic approach*“ und dessen Verdichtung hin zu einem „Gesetz“. Verfassungsrechtliche und gesetzliche Grundlagen hierfür sucht man vergebens. Im Gegenteil sind solche Effizienzeinreden in der kartellrechtlichen Tradition und Gesetzgebung typischerweise die Voraussetzung dafür, dass Unternehmen ausnahmsweise Wettbewerb behindern dürfen.<sup>305</sup> Wieso sich dieses Erfordernisses spiegelbildlich auf staatliche Akteure übertragen lassen soll, erschließt sich nicht, zumal diese mit einer Maßnahme wie der Entflechtung gerade keine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Selbst bei einer eigentumsrechtlichen Entflechtung sieht Art. 14 GG einen „Effizienzausgleich“ nicht vor. In der Begründungspflicht sind daher diejenigen, die behaupten, eine Entflechtung wäre nur dann zweck- und rechtmäßig, wenn sie mit hinreichender Sicherheit (überschießende) Effizienzgewinne erwarten lasse. Maßstab der Zweckmäßigkeit von Entflechtungsmaßnahmen kann damit nur der Beitrag zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Wettbewerbsprozesse sein. Effizienzgewinne sind weder ein notwendiges noch ein hinreichendes Kriterium für eine zweckmäßige Entflechtung.

<sup>303</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 652; siehe aber Poege (Fn. 226), *passim*; Watzinger/Fackler/Nagler/Schnitzer, American Economic Journal: Economic Policy 2020, 12(4): 328 ff.; abrufbar unter: <https://doi.org/10.1257/pol.20190086>; Oxera (Fn. 206), S. 42 zu festgestellten Innovationen naheigentumsrechtlicher Entflechtung britischer Flughäfen: “*There are a number of examples of innovative approaches being introduced by GAL after the break-up. Many of these could have been implemented by BAA prior to the break-up, but it might not have had the incentive, as any such innovation would be likely just to transfer business away from other BAA airports while potentially creating financial and operational risk for the airport*”.

<sup>304</sup> RegE (Fn. 2), S. 7.

<sup>305</sup> Für das Kartellverbot siehe Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB („Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts“); für das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung siehe die Effizienzeinrede, z. B. bei EuGH, Urt. v. 15. März 2007, Slg. 2007, I-2331, Rn. 86 – *British Airways*; EuG Urt. v. 17. September 2007, Slg. 2007, II-3601, Rn. 1114 f. – *Microsoft*; EuGH Urt. v. 17. Februar 2011, Slg. 2011, I-527, Rn. 75 f. – *TeliaSonera Sverige*; für die Fusionskontrolle vergleiche die Abwägungsklausel nach § 36 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB.

Auch der Vorwurf der fehlenden Vorhersehbarkeit der Wirkung von Entflechtungen greift ins Leere, soweit diese der Erhaltung oder Wiederherstellung des Wettbewerbs dienen. Denn der Wettbewerb zieht seine Kraft der schöpferischen Zerstörung gerade aus der fehlenden Vorhersehbarkeit. 305

### 6.2.6 Rechtliche Unsicherheit für Unternehmen

Regelmäßig wird argumentiert, dass Entflechtungsverfahren mit hoher rechtlicher Unsicherheit bzw. fehlender Vorhersehbarkeit für die Unternehmen verbunden seien.<sup>306</sup> Soweit sich diese Unsicherheit auf die Entwicklung des Wettbewerbs nach Durchführung der Entflechtung bezieht, ist dies der Natur des Wettbewerbs geschuldet. Man kann insoweit auch argumentieren, dass die Entflechtungsmaßnahme dann besonders zweckmäßig ist, wenn die wettbewerbliche Unsicherheit möglichst groß ist. Sofern es jedoch alleine um Rechtssicherheit der Unternehmen geht, d. h. einem Vertrauensschutz gegenüber Staat und Gesellschaft, eine dauerhafte und strukturelle Wettbewerbsstörung nicht zu beseitigen, überzeugt dies nicht.<sup>307</sup> 306

Hinzu kommt, dass das kontrafaktische Szenario keines ist, in welchem die Unternehmen mit völliger rechtlicher Klarheit konfrontiert wären. Die Entflechtungsmaßnahmen der EU-Kommission im Rahmen von Art. 102 AEUV i. V. m. Art. 7, 9 VO 1/2003 (hierzu unter 4.3.1), die extensive Auslegung des Kartellverbots bei Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen der Sektoruntersuchung Walzasphalt des Bundeskartellamtes (hierzu unter 4.4.2) und die neuesten Ausweitungen der Fusionskontrolle etwa durch die erweiterte Verweisung nach Art. 22 FKVO<sup>308</sup> oder die Ex-Post-Kontrolle bereits vollzogener Zusammenschlüsse anhand der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle<sup>309</sup> belegen, dass die Behörden bei zu großem Verfolgungsdruck bereit und in der Lage sind, die vorhandenen Vorschriften aus- und zu überreizen. Teilweise geschieht dies, indem sie Kosten für betroffene Unternehmen im Falle eines gerichtlichen Unterliegens so hochschrauben, dass die Unternehmen eine einvernehmliche Lösung suchen bzw. akzeptieren. 307

### 6.2.7 Grundrechtliche Bedenken gegen Entflechtung

Gegen (eigentumsrechtliche) Entflechtungsmaßnahmen werden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben.<sup>310</sup> Zutreffend ist, dass es sich bei der Entflechtung zumindest um eine entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG handelt.<sup>311</sup> Notwendig ist daher eine Entschädigung 308

<sup>306</sup> *Wegner*, BB 2022, Heft 44, Umschlagteil, I; BDI et. al (Fn. 257), S. 2.

<sup>307</sup> *Bartsch/Käseberg/Weber*, WuW 2023, 245, 246.

<sup>308</sup> EuG, Urt. v. 13. Juli 2022, T-227/21 – *Illumina/ Kommission*.

<sup>309</sup> EuGH, Urt. v. 16. März 2023, C-449/21 – *Towercast*.

<sup>310</sup> Vgl. *Ackermann*, ZWeR 2023, 1, 18 f.; BDI et. al (Fn. 257), S. 2; Monopolkommission (Fn. 261), S. 31 ff. (Rn. 92 ff.); *Böni*, Sic! 2/2012, 71, 80 ff.

<sup>311</sup> *Kühling*, Missbrauchsunabhängige Entflechtung – verfassungswidriger Kartellrechtspopulismus oder sinnvolle Ultima Ratio?, Verfassungsblog 14.06.2022, abrufbar unter: [Missbrauchsunabhängige Entflechtung –](#)

i. S. d. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG, die auch durch die Käufer der entflochtenen Unternehmensteile gezahlt werden kann.<sup>312</sup> Insofern bestehen aber keine generellen verfassungsrechtlich durchschlagenden Bedenken gegen Entflechtungsmaßnahmen, sondern allenfalls Anforderungen an konkrete gesetzliche Eingriffsbefugnisse (bspw. § 32f Abs. 3, 4 GWB nF<sup>313</sup>) und behördliche Entscheidungen im Einzelfall.<sup>314</sup>

Der Schwerpunkt der Verfassungskonformität wird daher auf der Einzelfallprüfung 309 liegen und dort insbesondere auf der Verhältnismäßigkeit der einzelnen Maßnahme. Im Kontext der (eigentumsrechtlichen) Entflechtung wird häufig und eher reflexartig im Zusammenhang mit der von der „ultima ratio“ gesprochen, auch von den obersten Wettbewerbshütern wie Margarete Vestager oder dem deutschen Wirtschaftsministerium.<sup>315</sup> Dem Hinweis auf die „ultima ratio“ ist insoweit zuzustimmen, als dass er eine spezielle Ausdrucksform der notwendigen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist und grundrechtlich geschützte Positionen der betroffenen Unternehmen mit hinreichendem Gewicht in die Prüfung einzustellen sind. Gleichzeitig ist aber auch zu attestieren, dass eine eigentumsrechtliche Verflechtung nicht immer das einschneidendste Mittel für das betroffenen Unternehmen sein muss. Zwangslizenzerräumungen oder andere verhaltensbezogene Maßnahmen können ein Unternehmen im Ergebnis härter treffen als die Veräußerung eines Unternehmensteils. Folglich wird dies in Gesetzen bzw. Gesetzesentwürfen entsprechend berücksichtigt. Das „Ultima-Ratio-Argument“ ist daher aus sich heraus keines.

Im Übrigen wird die „ultima ratio“ auch in anderen Bereichen floskelhaft 310 eingebracht, ohne dass damit ein materielles Argument verbunden wäre. Besonders evident ist dies im Strafrecht, das allgemein und pauschal als „ultima ratio“ bezeichnet wird, aber beispielsweise in Deutschland die Nutzung des ÖPNV ohne Fahrschein oder das Entfernen vom Unfallort nach einer Sachbeschädigung (entgegen des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit) unter Strafe stellt.

### 6.3 Rechtliche Umsetzbarkeit

Die unter 6.1.5 empfohlene Entflechtung Amazons ist nach geltendem Recht 311 bestenfalls als schwer umsetzbar zu bezeichnen. Verfahren der EU-Kommission wie beispielsweise im Gas- und Stromsektor und jüngst gegen Google zeigen jedoch, dass entsprechende strukturelle Entflechtungen auch im Rahmen von Art. 102 AEUV i. V. m. Art. 7, 9 VO 1/2003 (hierzu unter 4.3.1 & 4.3.2) nicht ausgeschlossen sind. Allerdings hat sich die EU-Kommission in den Verfahren

---

[verfassungswidriger Kartellrechtspopulismus oder sinnvolle Ultima Ratio? – Verfassungsblog](#); Ackermann, ZWeR 2023, 1, 18.

<sup>312</sup> Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Rn. 377.

<sup>313</sup> RegE (Fn. 2), S. 7; dort ist mittlerweile eine Entschädigungsklausel ausdrücklich vorgesehen, § 32f Abs. 4 S. 8, 9 GWB-E.

<sup>314</sup> Monopolkommission (Fn. 261), S. 31 ff. (Rn. 92 ff.).

<sup>315</sup> Siehe *Zalan*, “Breaking up tech giants is last resort, Vestager tells MEPs”, euobserver.com vom 9. Oktober 2019, abrufbar unter: <https://euobserver.com/green-economy/146208>; RegE (Fn. 2), S. 2, 15 f., 26. f. und 28.

gegen Amazon aufgrund des *Marketplace* und der *Buy Box* gegen Entflechtungsmaßnahmen entschieden (hierzu unter 4.3.5).

Eine weitere Grundlage ist Art. 18 Digital Markets Act (hierzu unter 5.1.1).  
Aufgrund der starren Fristen- und Verstoßregelungen ist aus praktischer Sicht zweifelhaft, ob die Norm effektiv zur Anwendung kommt. Es dürfte für die Digitalplattformen jedenfalls relativ einfach sein, die Einleitung von Entflechtungsverfahren nach Art. 18 Digital Markets Act durch entsprechendes Blockadeverhalten zu verhindern. 312

Nach in der Entstehung befindlichem Recht ist insbesondere das  
Entflechtungsverfahren nach einer Sektoruntersuchung gemäß § 32f GWB-RegE eine geeignete gesetzliche Grundlage für die vorgeschlagene Entflechtung Amazons. Die vorgeschaltete Sektoruntersuchung des Online-Handels in Deutschland würde sicherstellen, dass die Vorwürfe und wettbewerblichen Bedenken anhand der behördlichen Auskunfts- und Untersuchungsbefugnissen hinreichend untersucht werden, bevor eine entsprechende Entscheidung getroffen wird. 313

Jedenfalls für einen gewissen Zeitraum müssen Entflechtungsmaßnahmen zudem mit begleitenden Maßnahmen abgesichert werden, beispielsweise durch eine verschärfte Kontrolle von Unternehmensübernahmen oder punktuelle Verhaltensmaßnahmen. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die vertikale Entflechtung abgesichert wird. Hierfür bietet sich eine sog. Line-of-Business-Restriktion an, die dem Unternehmen zumindest eine Wiederaufnahme der Tätigkeit in diesem Geschäftsbereich untersagt.<sup>316</sup> 314

#### 6.4 Zwischenergebnis

Viele der Kritiken an strukturellen Maßnahmen sind bei Lichte betrachtet nur dann nachvollziehbar, wenn die Alternative ein völliges Nichteinschreiten der Behörden wäre. Es ist somit häufig eine Aufforderung zum völligen Unterlassen von staatlichen Maßnahmen zugunsten dominanter Unternehmen bzw. trotz offenkundiger Wettbewerbsstörungen. Ist das kontrafaktische Szenario behördliche Untätigkeit, so ist jede strukturelle Maßnahme naturgemäß langwieriger, kostspieliger und invasiver. 315

Anders stellt sich dies jedoch dar, wenn verhaltensbedingte Maßnahmen als kontrafaktisches Szenario zu strukturellen Maßnahmen betrachtet werden. Design, Durchsetzung, Überwachung und Kontrolle sind insoweit häufig deutlich aufwendiger gegenüber strukturellen Entflechtungsmaßnahmen. Strukturelle Entflechtungsmaßnahmen werden häufig genau damit begründet, dass 316

<sup>316</sup> Bernhardt/Voges, WuW 2022, 651, 658.

Wettbewerbsbehörden von der Durchführung verhaltensbezogener Abhilfemaßnahmen überfordert wären.<sup>317</sup>

Zusammenfassend gibt es daher gute Gründe, die gegen strukturelle Maßnahmen und insbesondere die eigentumsrechtliche Entflechtung sprechen. Diese schließen es jedoch weder abstrakt noch konkret aus, dass bei festgestellten Wettbewerbsstörungen strukturelle Maßnahmen ergriffen werden, um strukturelle Probleme zu lösen. Folglich ist stets eine Prüfung des Einzelfalls notwendig, die jedoch ergebnisoffen auch bis hin zu eigentumsrechtlichen Entflechtungen führen können muss. 317

---

<sup>317</sup> *Khan* (Fn. 20), 973, 1063 mwN.

## 7. Abschließende Bewertung und Empfehlung

Aufbauend insbesondere auf den obenstehenden Feststellungen zu den Wettbewerbsbeschränkungen, die von Amazons langjährigem und aktuellem Geschäftsmodell ausgehen und zur Zweckmäßigkeit der untersuchten Entflechtungsmaßnahmen, werden abschließend folgende Bewertung und Empfehlung abgegeben. 318

### 7.1 Strukturelle Entflechtung entlang Geschäftsbereiche möglich und zweckmäßig

Wie dargestellt, erscheint zur Lösung der Mehrheit der mit Amazons Marktposition und Geschäftsstrategie verbundenen Probleme eine mehrfache strukturelle Entflechtung zwischen Amazons eigenem Online-Handel, der E-Commerce-Plattform und den komplementären Services (Webservice, Fulfillment, Logistik) als zweckmäßiges Mittel (hierzu unter 6.1.5). 319

Die Anwendung des § 32f Abs. 3, 4 GWB nF bietet eine hinreichende rechtliche Grundlage für die Untersuchung und Durchführung einer solchen Entflechtung. 320

### 7.2 Einführung eines Monopolisierungstatbestands ins deutsche Recht

Als Alternative oder komplementär zur missbrauchsunabhängigen Entflechtung nach § 32f Abs. 3, 4 GWB nF kann ist eine Erweiterung der Tatbestände kartellrechtlich missbilligter einseitiger Verhaltensweisen denkbar. Das deutsche Recht kennt insoweit im 2. Abschnitt des ersten Kapitels des GWB (§§ 18-21 GWB) neben dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch weitere Verbote wie den Missbrauch relativer (§ 20 Abs. 1 GWB) oder überlegener Marktmacht (§ 20 Abs. 3 GWB), die Verweigerung der Aufnahme in einen Berufs- oder Wirtschaftsverband (§ 20 Abs. 5 GWB) oder das kartellrechtliche Boykottverbot (§ 21 Abs. 1 GWB). 321

Insoweit wäre eine Erweiterung um ein Verbot der Monopolisierung auch EU-konform, da die Mitgliedstaaten im Bereich der kartellrechtlichen Regelung einseitigen Verhaltens strengeres nationales Recht erlassen und anwenden dürfen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003<sup>318</sup>). 322

Das Monopolisierungsverbot kann an Sec. 2 Sherman Act orientiert werden, ohne dass zwingender Weise die gesamte Rechtsdogmatik und Judikatur des Verbots aus den USA übernommen werden müsste.<sup>319</sup> Auf Rechtsfolgenseite blieb es bei der 323

<sup>318</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

<sup>319</sup> Kritisch gegenüber einer Übernahme insoweit: *Schweizer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 29. August 2018, S. 45, abrufbar unter: [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=12).

Generalklausel des § 32 Abs. 2 GWB, so dass alle auch strukturellen Abhilfemaßnahmen ergriffen werden könnten, sofern und soweit sie zur Beseitigung der Monopolisierung geeignet sind. Der Logik der „natürlichen Hierarchie“ zwischen verhaltens- und strukturbezogenen Abhilfemaßnahmen im Rahmen der Strukturkontrolle durch Fusionskontrolle folgend, wäre auch beim Monopolisierungsverbot von einem Vorrang der strukturellen vor den verhaltensbedingten Abhilfemaßnahmen auszugehen.

Faktisch sind die Nachweishürden, die heute in den USA an den Monopolisierungstatbestand geknüpft werden, so hoch, dass seine Durchsetzung kaum realistisch erscheint. Daher gibt es in den USA Reformvorschläge, den Sherman Act so zu erweitern, dass bestimmte Verhaltensweisen auch dann verboten sind, wenn sie nicht zu Monopolmacht führen.<sup>320</sup> Diese Vorschläge tendieren daher eher in eine Europäisierung der amerikanischen Regeln, wonach die Verhaltenskontrolle wie im Digital Markets Act oder nach Art. 102 AEUV gestärkt werden soll. 324

Die wechselseitige Suche nach einer Lösung auf der anderen Seite des „großen Teichs“ belegt nur, dass das von dominanten Digitalplattformen wie Amazon ausgehende Problem und das Verlangen nach einer kartellrechtlichen Antwort universell sind. In beiden Fällen fehlten jedoch bisher sowohl der klare Blick als auch der Mut, das Wettbewerbsrecht so aufzustellen, dass es effizient schützt, was es primär schützen soll: den Wettbewerb als entmachtenden Prozess voll schöpferischer Zerstörung. Nicht zuletzt aufgrund des neuen Entflechtungstatbestands im deutschen Kartellrecht ist vom Bundeskartellamt jedoch zu erwarten, diesen Mut nunmehr aufzubringen und zu beweisen, dass es diesen klaren Blick hat. 325

Frankfurt am Main, November 2023

Dr. Kim Manuel Künstner  
Rechtsanwalt

---

<sup>320</sup> Kirkwood (Fn. 144), 63., 110: “The Sherman Act should be amended to reach unilateral exclusion by the tech giants that reduces competition significantly—even if it is unlikely to create or maintain monopoly power. In addition, the Department of Justice and the FTC should be authorized to obtain civil penalties if they establish a violation of this new section”.