

# Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte (Sondergutachten 68)

Dr. Thomas Weck

Monopolkommission 

- Aufgaben der Monopolkommission
- Digitale Wirtschaft
- Fusionskontrolle
- Missbrauchskartellrecht
  - Materiell
    - Anwendungsbeispiel Google
    - Exkurs: Irreführung + Ausschlusswirkung als neuer Vorwurf?
  - Verfahren
- Diskussion

# Aufgaben der Monopolkommission

- **Monopolkommission (§ 44 GWB)**
  - Unabhängiges Gremium, das Bundesregierung und gesetzgebende Körperschaften berät zu:
    - Wettbewerbspolitik,
    - Wettbewerbsrecht und
    - Regulierung
  - 5 Kommissionsmitglieder, 15 Mitarbeiter
- **Aufgaben**
  - Hauptgutachten (alle 2 Jahre)
  - Sondergutachten (Ministererlaubnis, regulierte Bereiche, auf Auftrag, aus Ermessen)

# Aufgaben der Monopolkommission

- Die Monopolkommission hat sich kürzlich mit dem Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft beschäftigt:
  - Sondergutachten 68 (Juni 2015)
  - XX. Hauptgutachten, Kap. 1 (Juli 2014)
- Dieser Vortrag beruht auf den Gutachten, gibt aber allein die Ansichten des Vortragenden wieder

- Plattformdienste
- Teilungswirtschaft (*sharing economy*)
- Neue Medien (z.B. Streamingdienste)
- Prozessdigitalisierung in der Industrie („Industrie 4.0“)
- Intelligente Geräte („Internet der Dinge“)

# Neue vs. alte Geschäftsmodelle

## ■ Plattformdienste

- Plattformen für unterschiedliche Produkte: Suche (Google), soz. Kontakte (Facebook), Waren/Dienstleistungen (Amazon, eBay, HRS...)
- Plattform = Intermediär
- Wenn attraktiv für 1 Nutzergruppe, dann attraktiv für weitere Nutzer
  - ... auf demselben Markt (direkter Netzeffekt) oder
  - ... anderen Märkten (indirekter Netzeffekt)
- Je attraktiver für Endnutzer (Verbraucher), desto attraktiver für Vermarktung von Werbeflächen → „*User-first*“-Prinzip

# Fusionskontrolle

- Märkte mit Plattformdiensten können wegen Netzeffekten zur Ausbildung von Monopolen tendieren
- Bedingungen
  - Positive Netzeffekte bzw. Faktoren, die die Plattform für weitere Nutzer attraktiv machen
  - Skaleneffekte, die der Plattform selbst eine effizientere Leistungserbringung ermöglichen
  - Negative Netzeffekte bzw. Nutzungsbegrenzungen, z.B. wegen Ausrichtung der Plattform auf bestimmte Nutzerpräferenzen
  - Differenzierungsmöglichkeiten der Plattform (oder deren Fehlen), insbesondere wegen heterogener Nutzerpräferenzen
  - Möglichkeiten zur Parallelnutzung von Plattformen (*multihoming*) und/oder zum Anbieterwechsel
- Ausrichtung an Nutzerpräferenzen: Bedeutung von Daten!

- Auswirkungen - materiell
  - Vernetzung von Märkten → Berücksichtigung von Plattforminterdependenzen bei Marktabgrenzung
  - Konzentrationstendenzen → Unterscheidung zwischen inhärenten Tendenzen und Zusammenschlusswirkungen
  - Verknüpfung von Daten → Identifizierung und Besetzung neuer Märkte (Marktmachtproblem?)
- Auswirkungen - formell
  - Wenn Märkte mit Plattformen zur Konzentration tendieren, sind dann an vergangenen Umsätzen anknüpfende Anmeldekriterien aussagekräftig?
  - SG 68, Tz. 459 ff.: Monopolkommission für Ergänzung der Aufgreifschwellen und der Definition des Erwerbsgegenstands (≠ umsatzabhängig)

- Missbräuche bei Plattformen
  - Zugangsverweigerung (*essential facility?*)
  - Behinderung: Hebelung von Marktmacht
    - Bevorzugung eigener Dienste (z.B. durch Koppelung)
    - Ausbeutung fremder Inhalte und Daten zum Nachteil von Wettbewerbern
    - Behinderung eines Anbieterwechsels seitens der Kunden (Werbekunden/Nutzer)
  - Ausbeutung
    - Kapazitätsverknappung
    - „Preisüberhöhung“ durch Ausnutzung unzureichenden Rechtsschutzes (Urheberrecht, Verbraucher-/Datenschutzrechte)
    - Einsatz der o.g. Behinderungspraktiken

## Anwendungsbeispiel: EU-Kommission, 39.740 - Google

- Ursprüngliche Vorwürfe (Nov. 2010)
  - Bevorzugung eigener spezialisierter Suchdienste in Online-Suchergebnissen
  - Unautorisierte Verwendung von Inhalten Dritter in spezialisierten Suchdiensten (*scraping*)
  - Zwang gegenüber Webseitenbetreibern, Bedarf an Suchmaschinenwerbung über Google zu decken
  - Vertragliche Beschränkungen im Hinblick auf die Übertragbarkeit von Suchmaschinen-Werbekampagnen
- Beschuldigtenschreiben (April 2015)
  - Zunächst mit Priorität weiterverfolgt: Bevorzugung eigener spezialisierter Suchdienste
  - Neu: Kopplung hinsichtlich Mobilbetriebssystem Android

## Anwendungsbeispiel: EU-Kommission, 39.740 - Google

- Bevorzugung eigener spezialisierter Suchdienste - Missbrauch?
- Ansätze unter Art. 102 AEUV:
  - Koppelung (= Behinderung)
  - Irreführung (= Behinderung/Ausbeutung)
- Verfahren
  - Ziel: urspr. nicht Verbot (Art. 7), sondern Zusagen (Art. 9 VO 1/2003)
  - Verfahrensdauer: bisher 5 Jahre

## Anwendungsbeispiel: EU-Kommission, 39.740 - Google

- Koppelung - Voraussetzungen
  - Marktbeherrschung hinsichtlich bündelnden Produkts
  - Getrenntes gebündeltes Produkt (= keine bloße Produkterweiterung, EuG T-201/04 - Microsoft)
  - Ausschlusswirkung, nicht durch Effizienzen aufgewogen
- Irreführung - Voraussetzungen (neuer Vorwurf!?)
  - Marktbeherrschung
  - Vorwerfbare Irreführung einer Plattformseite (Verbraucher); vgl. IP/15/4780: „Interessenten künstlich von anderen Preisvergleichsdiensten umgelenkt“
  - Ausschlusswirkung, nicht durch Effizienzen aufgewogen; vgl. IP/15/4780: „Konkurrenzfähigkeit von Wettbewerbern auf dem Markt beeinträchtigt“

## Exkurs: Irreführung + Ausschlusswirkung als neuer Vorwurf?

- Abgrenzung nötig hinsichtlich des Elements „Irreführung“
  - Kartellrecht: schützt Quantität des Wettbewerbs (EU-Recht/nationales Recht)
  - Lauterkeitsrecht: schützt Qualität des Wettbewerbs („Schwesterrechtsgebiet“; v.a. nationales Recht)
- Problem der „künstlichen Umlenkung“
  - Missbrauch durch Rechtsbruch als anerkannte kartellrechtliche Fallgruppe
  - Bisherige Entscheidungspraxis
    - EuGH C-457/10 P - AstraZeneca: Irreführung, um eine „widerrechtliche Erteilung ausschließlicher Rechte“ herbeizuführen
    - BGH KZR 13/97 - Kartenlesegerät: „Unbilligkeit [i.S.v. § 20 GWB] ohne weiteres aus der unwahren Behauptung“; „nicht [...] in Erfüllung gesetzlicher und vertraglicher Verpflichtungen“
    - BGH KZR 36/85 - Taxizentrale Essen: i.R. von § 20 GWB „alle Belange zu berücksichtigen, soweit [...] nicht auf einen gesetzwidrigen Zweck gerichtet“
    - BGH KZR 43/85 - Handtuchspender: „Behinderung, die sich aus der rechtmäßigen Ausübung eines Warenzeichenrechts ergibt, ist grundsätzlich wettbewerbskonform“

## Exkurs: Irreführung + Ausschlusswirkung als neuer Vorwurf?

- Rechtsbruch: hier Verstoß gegen Lauterkeitsrecht?
  - Beeinträchtigung der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit der Verbraucher (§§ 3 Abs. 2, 4 Nr. 1 UWG)?
  - Verschleierung des Werbecharakters (§ 4 Nr. 2 UWG)?
  - Herabsetzung der Dienstleistungen eines Mitbewerbers durch nachteilige Darstellung bei Suchergebnissen (§ 4 Nr. 7 UWG)?
  - Nachahmung der Dienstleistungen eines Mitbewerbers (§ 4 Nr. 9 UWG)?
  - Gezielte Behinderung eines Mitbewerbers (§ 4 Nr. 10 UWG)?

## Exkurs: Irreführung + Ausschlusswirkung als neuer Vorwurf?

- Einwände: Einordnung in Rechtsbruchfallgruppe erforderlich?
  - EU-Kommission: keine Einordnung!
  - Aber: Einheit der Rechtsordnung (↔ Wertungswiderprüche KartR/UWG)
- Einwände: Voraussetzungen von Art. 102 AEUV erfüllt?
  - Voraussetzungen eines Missbrauchs i.S.v. Art. 102 AEUV grds. erfüllt (vgl. EuGH 85/76 - Hoffmann-La Roche)
  - Aber: Muss Rechtsbruch Wettbewerbsbezug aufweisen?
    - Bisher v.a. nationale Rechtsprechung zu Missbrauch durch Rechtsbruch (offen!)
    - Monopolkommission: Erforderlich ist nur von „normalem Marktverhalten abweichendes Verhalten“; kann hier letztlich offenbleiben
  - Aber: Muss Missbrauch kausal auf Marktbeherrschung zurückführbar sein?
    - BGH: Missbrauch als „Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Marktüberlegenheit“ (KZR 58/11 - VBL Gegenwert; zu § 19 GWB)
    - EuGH/Monopolkommission: keine Kausalität erforderlich

# Missbrauchskartellrecht

## Exkurs: Irreführung + Ausschlusswirkung als neuer Vorwurf?

- Einwände: Kompetenzverteilung
  - Rechtspolitische Entscheidung der EU-Kommission für Verfolgung
    - Alternative: Durchsetzung des UWG-Rechts im Wege der Zivilklage durch Marktteilnehmer (§§ 8 ff., 12 ff. UWG)
    - Aber: offenbar praktisch nicht erfolgreich (arg.: Beschwerde bei KOM)
  - Verfolgung von Rechtsbrüchen mit Ausschlusswirkung im Internet kann aber über die hier relevante Fallkonstellation hinaus relevant sein:
    - Unlauterer Wettbewerb (irreführende Suchergebnisanzeige)
    - Urheberrechte (*scraping*)
    - Datenschutz- und Verbraucherschutzrechte
  - Im Internet relevante Rechtsbrüche betreffen also (urspr.) national geregelte Bereiche
  - EU-Kartellrecht als passendes Instrument??
    - Kartellrecht hier angewendet, um zukünftige Rechtskonformität zu erzwingen
- Ende Exkurs

# Missbrauchskartellrecht

## Anwendungsbeispiel: EU-Kommission, 39.740 - Google

- Verfahren - mögliche Instrumente (vgl. VO 1/2003):
  - Untersagung/Bußten (Art. 7, 23),
  - Zusagen (Art. 9),
  - Einstweilige Maßnahmen (Art. 8)
- Zusageverfahren (Art. 9 VO 1/2003)
  - In komplexen Fällen, zur endg. Verfahrensbeendigung (Wiederaufnahme nur unter engen Voraussetzungen!)
  - Problematisch auf dynamischen Märkten (endg. Regelung kann hier falsch sein)
  - Endgültige Verfahrensbeendigung erfordert tragfähigen Missbrauchsvorwurf und umfassende Entscheidung
    - Berücksichtigung aller relevanten Interessen (auch Dritter)
    - Nicht nur bilateraler Deal zwischen der Behörde und dem unmittelbar betroffenen Unternehmen

# Missbrauchskartellrecht

- Monopolkommission
  - Allgemeine Stellungnahme (nicht speziell zu Google)
  - Unterscheide: Anwendung des Missbrauchskartellrechts auf Plattformbetreiber ↔ Schutz der Plattformgegenseite
  - Beachte: Dynamik des Internet
- Materielle Sicht: Regelungen ausreichend
  - Plattforminhärente Monopolisierungstendenzen sind kein Problem, anders Missbrauch
  - Bestehendes materielles Kartellrecht ist für Feststellung von Missbräuchen ausreichend (reicht sehr weit!)
  - Keine neue Regulierung nötig
- Verfahrensrechtliche Sicht: Maßnahmen erforderlich
  - Schneller Rechtsschutz nötig (einstw. behördliche Maßnahmen)
  - Umfassender Rechtsschutz nötig (Stärkung der Durchsetzung von Urheber-, Verbraucher-/Datenschutzrechten)

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Dr. Thomas Weck, LL.M.  
Monopolkommission  
Heilsbachstrasse 16, 53123 Bonn, Germany  
[www.monopolkommission.de](http://www.monopolkommission.de)  
[thomas.weck@monopolkommission.bund.de](mailto:thomas.weck@monopolkommission.bund.de)  
+49 228 33 88 2 44

## Vertriebskartellrecht

- **Mögliche Interessengegensätze**
  - Plattform
    - Gleiche Preise online/offline
    - *User first (only)*
  - Händler
    - Nutzerreichweite ohne Plattformkosten → unterschiedliche Preise online/offline
    - Identitäts-/Markenschutz

- Preisparität
  - Verhinderung von Trittbrettfahrer-Verhalten
  - Mittel: Ausschaltung des Preiswettbewerbs außerhalb der Plattform
  - Aber: Vorgabe durch Plattformbetreiber (Intermediär) statt Händler
    - Wettbewerbsbeschränkung auf Plattformebene sicher relevant, aber Benachteiligung der Nutzerseite durch Wegfall des Händler-Preiswettbewerbs unklar
    - BKartA: Beweislastentscheidung - Ausschluss des Preiswettbewerbs auf Händlerebene grds. bedenklich (vertretbar)
  - Problematisch: Händlerbetriebene Plattform (Horizontalkartell)

- **Drittplattformverbote**
  - Beschränkung für Zwischenhändler: nur Nutzung herstellergebundener Plattformen
    - Alternative: Doppelpreissysteme
  - Vorgabe durch Händler = klassische Wettbewerbsbeschränkung
  - Aber: Rolle des Markenschutzes
    - EuGH (*Pierre Fabre*): Einzelfallentscheidung nötig
    - EU KOM: Vertikalleitlinien für Rechtssicherheit
  - BKartA-Praxis problematisch, soweit abweichend von Vertikalleitlinien - mindert Rechtssicherheit!