
Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen

55. FIW-Akademie

Dr. Andrea Pomana

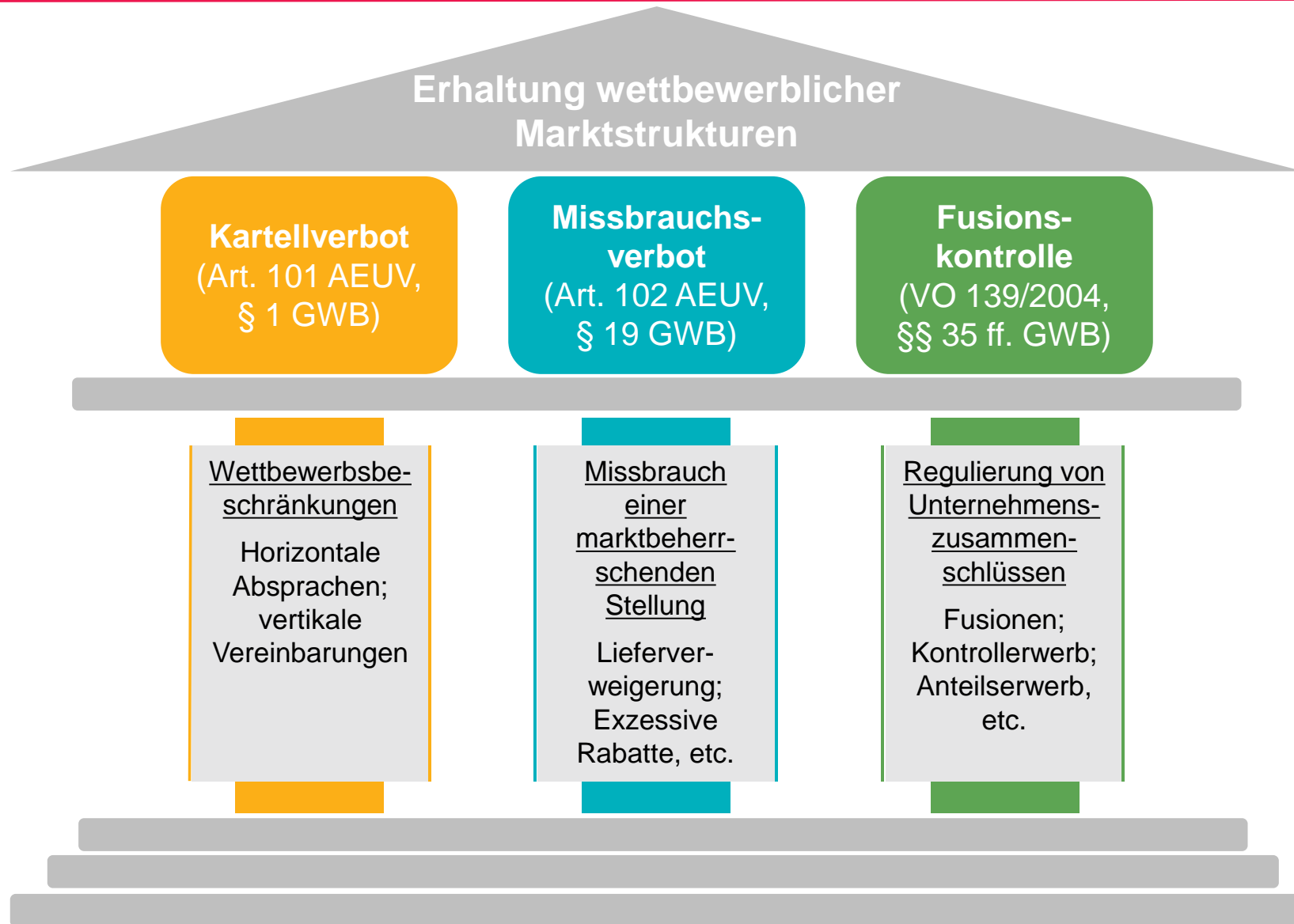
18. September 2019

**Debevoise
& Plimpton**

Überblick

- 1.** Einordnung und Schwerpunktsetzung
- 2.** Missbrauchskontrolle – Überblick
- 3.** Bestimmung von Marktmacht
- 4.** Missbräuchliches Verhalten
- 5.** Kausalität
- 6.** Wettbewerbsschädigung
- 7.** Ausblick

1. Einordnung in das kartellrechtliche Gefüge



1. Market dominance is „in“

Handelsblatt

SOZIALES NETZWERK

07.02.2019

Kartellamt geht gegen Facebook vor: Netzwerk muss das Datensammeln einschränken

Das soziale Netzwerk darf in den Nutzungsbedingungen nicht mehr vorschreiben, dass Mitglieder sich auf die Sammlung von Daten einlassen müssen.

BUNDESKARTELLAMT

Amazon im Visier der Marktwächter

Frankfurter Allgemeine

VON JONAS JANSSEN - AKTUALISIERT AM 17.07.2019 - 18:41



Nach Kritik an dem Umgang des Online-Riesens Amazon mit Händlern auf seiner Marktplatz-Plattform, hat das Bundeskartellamt das Unternehmen nun dazu gebracht, seine Geschäftsbedingungen umfassend zu ändern.

4,3 MILLIARDEN EURO

EU-Kommission verhängt
Rekordgeldbuße gegen Google

Frankfurter Allgemeine

AKTUALISIERT AM 18.07.2018 - 11:30



Europäische Kommission - Pressemitteilung

Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße von 4,34 Milliarden Euro gegen Google wegen illegaler Praktiken bei Android-Mobilgeräten zur Stärkung der beherrschenden Stellung der Google-Suchmaschine

Brüssel, 18. Juli 2018

Die Europäische Kommission hat Google für einen Verstoß gegen das EU-Kartellrecht eine Geldbuße in Höhe von 4,34 Milliarden Euro auferlegt. Google hatte Herstellern von Android-Geräten und Betreibern von Mobilfunknetzen seit 2011 rechtswidrige Einschränkungen auferlegt, um seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Internet-Suchdienste zu festigen.



Der amerikanische Tech-Konzern hat nach Ansicht der Brüsseler Wettbewerbsbehörden seine Marktmacht mit dem Betriebssystem Android missbraucht. Google wehrt sich.

Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen Amazon



Meldung vom: 29.11.2018

Das Bundeskartellamt hat heute ein Missbrauchsverfahren gegen Amazon eingeleitet, um die Geschäftsbedingungen und Verhaltensweisen von Amazon gegenüber den Händlern auf dem deutschen Marktplatz *amazon.de* zu überprüfen.

Apple braces for EU investigation after Spotify complaint

Streaming service accuses iPhone maker of abusing its dominance of its App Store



▲ Spotify claims Apple favour its own Apple Music service in its App Store. Photograph: ImageBrokers/Alamy

1. Schwerpunkte: GAFA & Digitale Märkte



Trump on Vestager: “She hates the US more than any person I’ve ever met”

She’s suing all our companies, complains US president

And then he conceded she is probably right! “We should be suing Google and Facebook and all that, which perhaps we will,” he added.

CPHPostOnline, 27. Juni 2019

2. Missbrauchskontrolle – Ein Überblick



Art. 102 AEUV

„Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt [...], soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“



§§ 19-20 GWB

„Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.“ (§ 19 Abs. 1 GWB)

Generalklausel

- **Nicht** verboten: Marktbeherrschende Stellung inne zu haben oder zu erlangen.
- **Aber:** Marktbeherrschende Unternehmen tragen eine *besondere Verantwortung*, dass sie einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht beeinträchtigen.
- **Verboten:** Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.



Verhaltensweisen können verboten sein, die anderen Wettbewerbern erlaubt sind (z.B. Erhöhung von Preisen, Rabattsysteme, etc.).

2. Missbrauchskontrolle – Why bother?

Rechtsfolgen des Missbrauchs

- Missbrauch ist *per se* verboten
- Abstellungsverfügung der Kartellbehörde
- Bußgelder
- Zivilrechtliche Nichtigkeit der Verträge
- Zivilrechtlicher Schadensersatz

Verfahrenszahlen der Missbrauchsaufsicht 2018



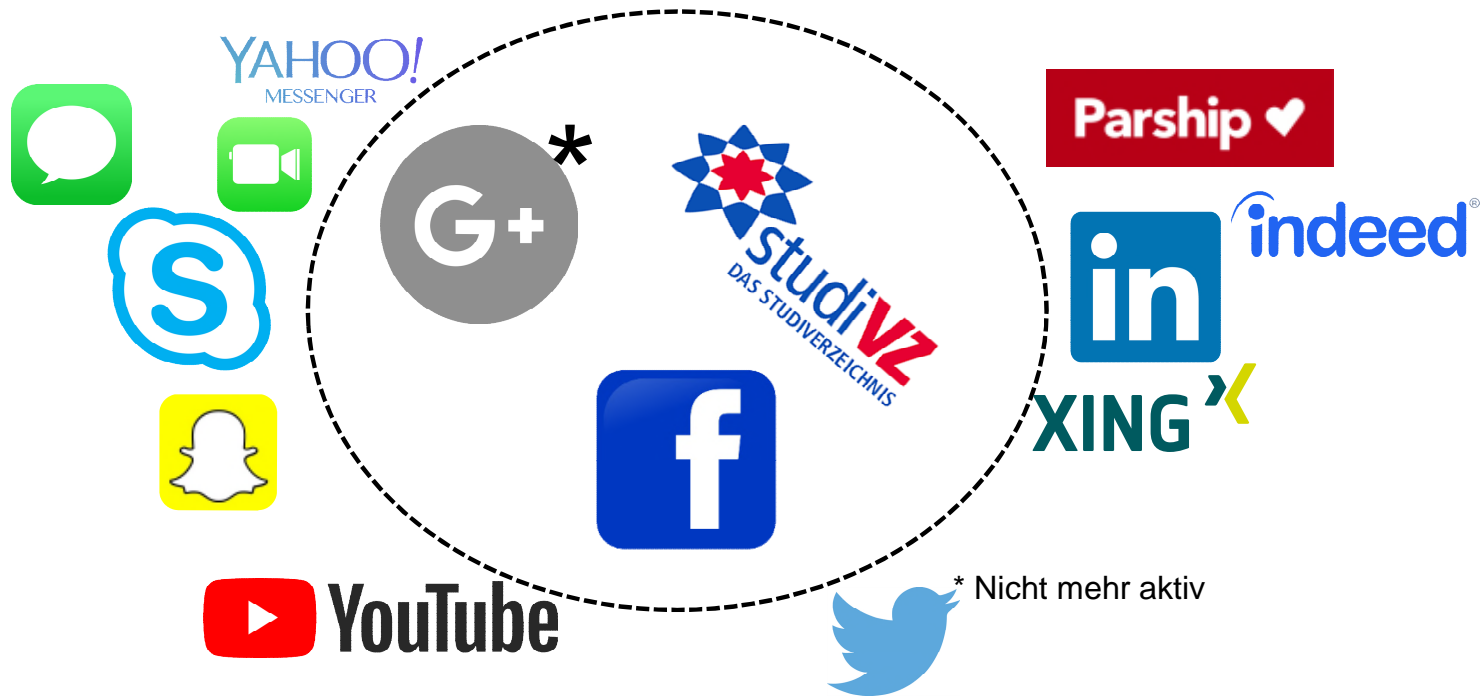
2. Missbrauchskontrolle – Prüfungsschritte



3. Bestimmung von Marktmacht

Relevanter Markt am Beispiel von Facebook

In sachlicher Hinsicht:



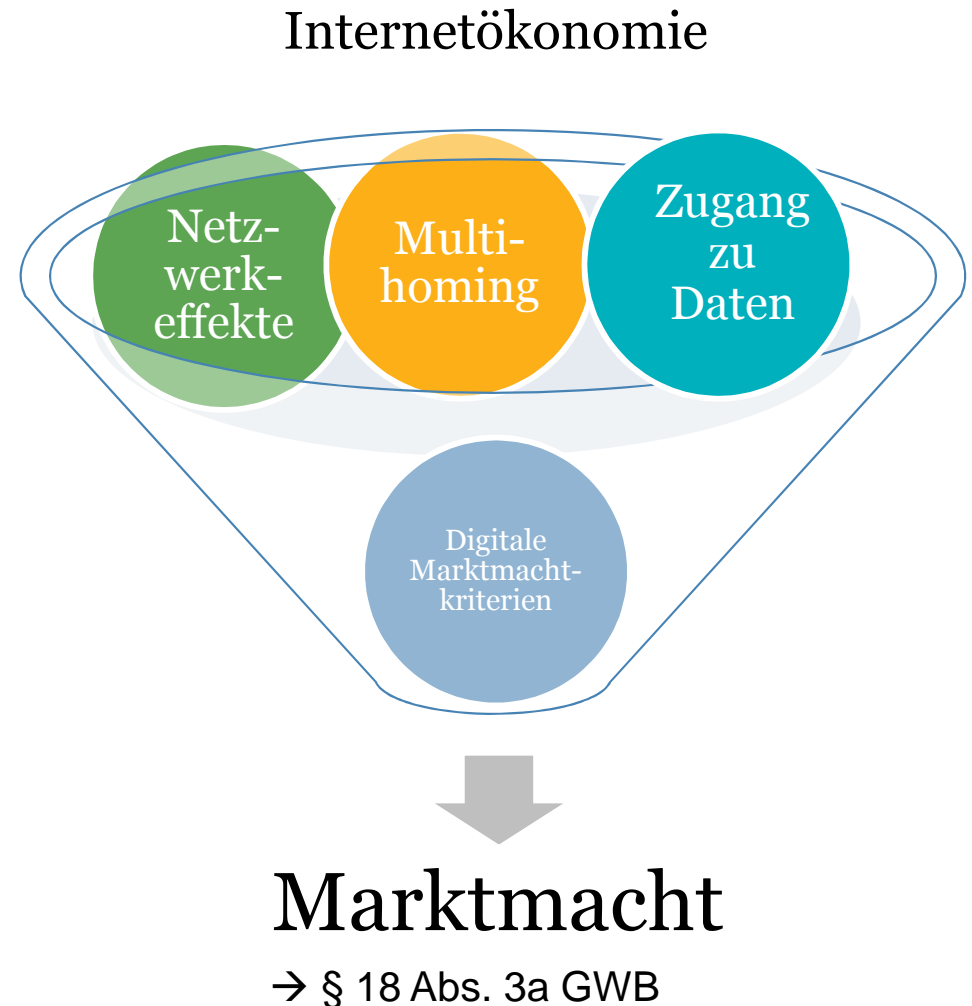
In räumlicher Hinsicht:



3. Bestimmung von Marktmacht

Marktbeherrschende Stellung (§ 18 Abs. 1 GWB)

- Monopol oder Fehlen wesentlichen Wettbewerbs
- Marktbeherrschung durch überragende Marktstellung
 - Marktanteile
 - Marktzugang und Marktzutrittsschranken
 - Marktgegenmacht
 - Finanzkraft
 - Vertikale Integration



3. Bestimmung von Marktmacht – Internetökonomie

1. Netzwerkeffekte: Der Wert eines Produkts oder einer Dienstleistung steigt mit der Anzahl der Nutzer.

Direkte Netzwerkeffekte:

Je mehr Mitglieder einer Gruppe in einem Netzwerk vertreten sind, desto attraktiver ist das Netzwerk für diese Nutzergruppe. Es entsteht ein Sog zum marktstärksten Anbieter.


Viele Facebook-Nutzer → Noch mehr Facebook-Nutzer 


Indirekte Netzwerkeffekte:

Je mehr Nutzer ein soziales Netzwerk aufweist, desto höher ist der Anreiz für andere Nutzergruppen, ebenfalls beizutreten.


Viele Facebook-Nutzer → Viele Werbekunden 


Facebook ist das größte soziale Netzwerk

32 Mio. Nutzer pro Monat in Deutschland 

23 Mio. davon nutzen Facebook täglich 

Stand: Ende 2018

Weltweiter Umsatz von Facebook im Jahr 2018: ca. 55 Mrd. US-Dollar. 

98 Prozent des Umsatzes werden durch Werbung erwirtschaftet 

Marktanteil in Deutschland:
ca. 95% (*daily active users*);
ca. 80% (*monthly active users*)

3. Bestimmung von Marktmacht – Internetökonomie

2. Lock-in-Effekte und Multi-Homing



- Verfestigen die Bindung der Nutzer an die Plattform („*Lock-in*“)
- Wechselaufwand der Nutzer
- Abgeschwächt, wenn der Nutzer parallel andere Dienste nutzen kann („*Multi-Homing*“)

	Lock-in-Effekte	Multi-Homing
Soziales Netzwerk 	+	-
Immobilienplattformen	-	+
Online-Dating-Plattformen	-	+

3. Bestimmung von Marktmacht – Internetökonomie

3. Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten



Datenquellen



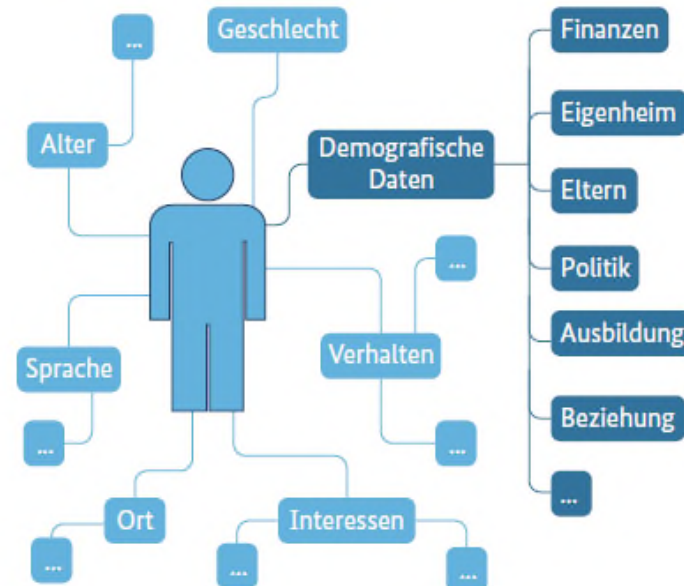
Wettbewerbsrelevanz



Datenvorsprung


➔ **Marktmacht**

Facebook vermisst die Nutzer bis ins Detail



4. Missbräuchliches Verhalten

Typische Formen in &

- Ausbeutungsmisbrauch
 - Unangemessene Preise
 - Unangemessene Konditionen/ Geschäftsbedingungen, etc. → 
- Behinderungsmisbrauch
 - Kampfpreise
 - Alleinbezugsbindungen
 - Rabattsysteme
 - Exklusivität
 - Kopplung & Bündelung
 - Lieferverweigerung, etc.
- Zugangsansprüche, etc.

4. Missbräuchliches Verhalten

Regelbeispiele (§19 Abs. 2 GWB):

Ein Missbrauch liegt *insbesondere* vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen...

Nr. 2: „Entgelte oder sonstige **Geschäftsbedingungen** fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf **vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb** zu berücksichtigen.“ (Hervorh. d. Verf.)

➔ Ausbeutungsmissbrauch in Form eines Konditionenmissbrauchs



Vergleichsmarkt vorhanden?

4. Missbräuchliches Verhalten

Vorwurf an Facebook (im Wesentlichen):

- Unbegrenztes Sammeln und Verwerten von Nutzer- und gerätebezogenen Daten, die auf anderen Facebook-Diensten generiert werden (WhatsApp, Instagram, etc.)
- Verknüpfung und Verwendung sozialer Plugins (Like- und Share-Button, Facebook-Login) bei der Nutzung von Webseiten und Apps *dritter* Anbieter
- Facebook führt die so erhobenen Daten („Mehrdaten“) mit dem Facebook-Konto des Nutzers zusammen

➔ **Keine freiwillige Einwilligung – Verstoß gegen Datenschutzrecht**

Datenschutz ein wettbewerbsrechtliches Thema?

Ja!, wenn Konditionen als Ausfluss von Marktmacht gegen die Wertungen des Datenschutzrechts verstoßen (BKartA).

Internetgeschäftsmodelle
→ wettbewerbsrechtlich hochrelevantes unternehmerisches Verhalten

4. Missbräuchliches Verhalten

BGH-Rechtsprechung: Konditionenmissbrauch

- **VBL-Gegenwert I:** Die Verwendung unzulässiger AGB durch marktbeherrschende Unternehmen stellt grundsätzlich einen Missbrauch nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB dar. Insbesondere dann, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel „Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist“.
- **VBL-Gegenwert II:** Nicht jede Verwendung einer unwirksamen Geschäftsbedingung stellt einen Missbrauch der Marktmacht dar. Ein Missbrauch liegt aber insbesondere dann vor, wenn die Bedingung „Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Marktüberlegenheit des Verwenders ist“.
- **Pechstein:** Bei jeder Form des Konditionenmissbrauchs ist stets eine umfassende Interessenabwägung erforderlich, bei der auch grundrechtliche Positionen zu berücksichtigen sind. § 19 GWB ist hiernach zur Sicherung des Grundrechtsschutzes heranzuziehen, wenn einer der Vertragspartner ein so starkes Übergewicht hat, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, und so für den anderen Teil eine Fremdbestimmung bewirkt.

Grundrechtliche Wertungen sind in die kartellrechtliche Interessensabwägung einzustellen. (BKartA)



Informationelle Selbstbestimmung der Nutzer *versus* allgemeine Handlungsfreiheit von Facebook

5. Kausalität

... zwischen Marktbeherrschung und Verhalten

Bundeskartellamt

- „Normative“ Kausalität reicht aus
- D.h.: Es reicht aus, wenn sich das Verhalten aufgrund der Marktbeherrschung im Ergebnis als wettbewerbsschädlich erweist (*Ergebniskausalität*)
- Verstoß gegen Datenschutzrecht ist „Ausfluss“ der Marktmacht

OLG Düsseldorf

- Strenge Kausalität ist erforderlich
- D.h.: Nachweisen, dass die Datenverarbeitungskonditionen gerade und allein wegen der Marktmacht so ausgestaltet werden konnten (*Verhaltenskausalität*)
- Beim Ausbeutungsmissbrauch zwingend erforderlich (aber nicht beim Behinderungsmissbrauch)

„Als-ob-
Wettbewerb“?

Hochzeitsra-
batté (BGH)?

6. Wettbewerbsschädigung

Nachweis negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb?

➔ Nach dem Wortlaut des § 19 GWB nicht erforderlich

Bundeskartellamt

- Kontrollverlust → Verletzung der informationellen Selbstbestimmung
- Zwangslage
- Zulasten der Wettbewerber für soziale Netzwerke
- Übertragung von Marktmacht auf den Markt für Online-Werbung

OLG Düsseldorf

- Zustimmung, Apathie der Nutzer, aber keine Ausbeutung, kein Zwang
- *Bilaterale* Asymmetrie, aber keine strukturelle Schwächung der Wettbewerbsstruktur
- Kein Wettbewerbsschaden für Nutzer (→ kein *Ausbeutungsmissbrauch*)
- Kein Wettbewerbsschaden für Wettbewerber (→ kein *Behinderungsmissbrauch*, aber doch „enormer Vorsprung“?)
- Kein Marktmachttransfer

Ausbeutungs- vs.
Behinderungsmiss-
brauch?

7. Ausblick

- OLG Düsseldorf und die Internetökonomie
 - Verbraucherschutz?
 - „*Consumer harm is sufficient in digital markets*“ (Thomas Kramler, EU-Kommission, IBA Florenz 2019)
- Daten als Preisparameter? Sind sie auch Wettbewerbsparameter?
 - „*How do you measure the effect if people don't care about their data?*“ (Thomas Kramler)
- Regulierung von GAFA?
- Mehr Interimsmaßnahmen?
- Bericht Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 → EU-Wettbewerbsrecht

Quo vadis?

7. Ausblick

OLG Düsseldorf: Angekommen im Digitalzeitalter?

- „Die streitbefangenen Daten sind – *anders als ein entrichtetes Entgelt* – ohne Weiteres duplizierbar, weshalb ihre Hingabe an Facebook den Verbraucher wirtschaftlich nicht schwächt.“ (S. 8-9, Hervorh. d. Verf.)
- „Die Netzwerkinteressenten fragen bei Facebook auch keine für die Deckung des allgemeinen Lebensbedarfes notwendigen Güter nach.“ (S. 28)
- „Schon die Tatsache, dass 50 Mio. Einwohner des Bundesgebiets das Facebook-Netzwerk nicht nutzen, zeigt, dass es weder um die Befriedigung eines Grundbedürfnisses noch um die einzige Möglichkeit einer Kommunikation mit anderen geht.“ (S. 29)

Kontakt Daten



Dr. Andrea Pomana

RECHTSANWÄLTIN

T: +49 69 2097 5251

E: apomana@debevoise.com

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!