

Die Monopolkommission: Themen der Wettbewerbspolitik im Digitalbereich

Dr. Thomas Weck

Studienvereinigung Kartellrecht im Rheinland

Bonn, 19. September 2018 (aktualisiert: 2. Oktober 2018)

Dieser Vortrag gibt allein die Ansichten
des Vortragenden wieder.

- XXII. HG: Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft
 - Merkmale der digitalen Wirtschaft
 - Aktuelle Fragen zu Plattformen
 - Verbot des Verkaufs auf Online-Marktplätzen
 - Marktmachtmissbrauch durch Datensammlung
 - Kollusion mit Hilfe von Preisalgorithmen

- Internet: Verringerung von Transaktions-/Informationskosten
- Plattformen als Informations-/Transaktionsintermediäre
- Nutzung großer Datenmengen („Big Data“)
- Algorithmen als Werkzeug zur Nutzung großer Datenmengen

- Rückblick: 9. GWB-Novelle benennt Kriterien für Prüfung der Marktbeherrschung auf Plattformmärkten (§ 18 Abs. 3a GWB)
 - Konzentrationstendenzen: 5 Kriterien von Evans/Schmalensee (z.T. in § 18 Abs. 3a GWB)
 - Marktmacht (statisch): z.B. exklusiver Zugang zu Daten
 - Marktmacht (dynamisch): Risiken für Innovationswettbewerb z.B. aufgrund der Verknüpfung von Daten und Identifizierung und Besetzung neuer Märkte
- Neuer Vorschlag: Intermediationsmacht von Plattformen als eigene Kategorie von Marktmacht (Schweitzer et al.)?
 - Vgl. Diskussion um Marktabgrenzung bei Transaktionsplattformen (vgl. BKartA Immonet/Immowelt; MK, XXII. HG, Tz. 618 ff., U.S. S.Ct. Ohio v. Amex)
 - Regulierungsbedarf, da Behinderung der Nutzer bei Parallelnutzung/Wechsel zu Monopolisierung von Plattformmärkten genutzt werden kann?
 - Regelung in GWB (= Vorgaben für Plattform) oder außerhalb GWB (= Schutz der Nutzer)?

- **EuGH C-230/16 – Coty**
 - Pflege eines bestimmten Markenimages kann Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems rechtfertigen
- **EuGH äußert sich nicht ausdrücklich zu Produkten außerhalb des Luxussegments – beachte aber Argumentation (a.a.O., Rz. 25):**
 - Luxuriöse Ausstrahlung als „wesentliches Element dafür [...], dass die Verbraucher sie von anderen ähnlichen Produkten unterscheiden können [...] Schädigung dieser Ausstrahlung [ist] geeignet [...], die Qualität der Waren selbst zu beeinträchtigen“
 - Vertrieb als Teil des Produktimages
 - Entscheidend: Unterscheidungskraft der Marke (als Qualitätssignal)
- **MK – Empfehlung: Offenheit für Anerkennung des Markenimages auch außerhalb des Luxussegments**

- **Wettbewerbsrelevanz von Datenschutzverstößen**
 - Behinderungsmissbrauch: Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch?
 - Ausbeutungsmissbrauch: Konditionenmissbrauch durch das Sammeln und Verwerten von Daten aus Drittquellen außerhalb der Facebook-Website?
 - Konditionenmissbrauch auch als eigene Fallgruppe (BKartA-Ansatz)?
- **Klassische Herangehensweise: Ausbeutung durch Vergleich mit wirksamem Wettbewerb (vgl. wie bei Preishöhenmissbrauch)**
 - **P:** Vergleich von Daten mit Geldforderung schwierig. „Wettbewerbspreis“ kaum ermittelbar. Daten können auch zur Produktverbesserung genutzt werden
- **Alternative Herangehensweise: Missbrauchsprüfung am Maßstab des Datenschutzrechts**
 - **P:** Bei paralleler Auslegung des Datenschutzrechts durch Kartell- und Datenschutzbehörden sind potenziell Widersprüche in den Auslegungen der Behörden denkbar
 - **MK:** Empfehlung – Kartellbehörden sollten dann tätig werden, wenn neben der Datenschutzverletzung auch ein klarer Zusammenhang zu einem Wettbewerbsproblem besteht

- Trenne Marktstruktur/-verhalten und -ergebnis
- Preisalgorithmen – ökonomische Funktion
 - Instrument, um Marktverhalten (Preissetzung) so zu steuern, dass kollusives Marktergebnis eintritt
 - Beispiel: Tankstellen, auch z.B. Onlinepreise?
- Verwirrung über rechtliche Bewertung und Konsequenzen:
 - Dennoch weitgehende Regulierungsvorschläge

Verwendung von Preisalgorithmen ist kein Problem des Kartellrechts...

- Test (ICI): „Ausschaltung der einem Parallelverhalten entgegenstehenden Wettbewerbsbedingungen“?
 - Test setzt wirtschaftliche Entscheidung voraus, durch die Faktoren, die einem Parallelverhalten entgegenstehen, beseitigt werden
- „Ausschaltung von Wettbewerbsbedingungen“
 - Explizit (Kartell): Preissetzung aufgrund eines gemeinsamen Willens nach Art. 101 AEUV verboten, wenn Verbrauchernachteile überwiegen
 - Implizit: Preissetzung aufgrund eines gleichgerichteten Willens nach Art. 102 AEUV verboten, wenn: (1) gemeinsame Marktbeherrschung und (2) Preis relativ (Vergleichsmarktprüfung) oder absolut unangemessen
- Wirtschaftliche Entscheidung liegt immer vor einem Parallelverhalten! Parallelverhalten (= kollusives Marktergebnis) ist hingegen selbst für Wettbewerbsverstoß nicht relevant

... sondern allein Problem der Rechtsanwendung

- Automatisierte Abstimmung unter Nutzung von Algorithmen kann Absprachen entbehrlich machen
- Wirtschaftliche Entscheidung u.U. weit vorverlagert (Standard-/selbstlernende Algorithmen)
- Häufigkeit der wirtschaftlichen Entscheidungen (Preisanpassungen)

→ Nachweis- und Durchsetzungsprobleme

→ MK – Empfehlungen:

- Sektoruntersuchungen zur Feststellung des Problemumfangs
- Evtl. Beweislastumkehr:
 - Überhöhter Preis = Verbraucherschaden
 - Verwender soll Verantwortung dafür tragen, dass er durch Verwendung des Algorithmus das Schadenspotenzial vergrößert

Haftung Dritter?

- Test (AC-Treuhand): Beteiligung am Wettbewerbsverstoß „aktiv und in voller Kenntnis der Sachlage“?
- Anwendung des Tests bei Plattformen unproblematisch
 - Plattform hat ggf. eigenes Interesse an aktiver Kartellbeteiligung
- Test bei IT-Dienstleistern (Programmierern usw.) schwieriger
 - IT-Dienstleister hat ggf. nur Interesse an Lieferung des Algorithmus, aber nicht an aktiver Kartellbeteiligung
- MK – Empfehlungen:
 - Problematik geht über Digitalwirtschaft hinaus (relevant auch z.B. bei Beratern)
 - Beobachten, ggf. grundlegende Überprüfung der Haftungsgrundsätze für Dritte

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Dr. Thomas Weck, LL.M.

Monopolkommission

Heilsbachstraße 16

53123 Bonn

Tel.: +49 (0)228-338882-44/49

Fax: +49 (0)228-338882-33

E-Mail: thomas.weck@monopolkommission.bund.de