



Modernisierung der Missbrauchsaufsicht

Bonn, 4. Oktober 2018

Justus Haucap, DICE, HHU Düsseldorf

(mit Heike Schweitzer, Wolfgang Kerber & Robert Welker)

Besonderheiten der digitalen Wirtschaft

- (a) Daten als kritische Inputressource in Produktions- und Distributionsprozessen,
- (b) die Rolle digitaler Plattformen auf teils sehr konzentrierten Märkten.

Frage: Ist das geltende Kartellrecht hinreichend gewappnet, neuartigen Wettbewerbsgefährdungen wirksam und rechtzeitig zu begegnen?

Konkret:

- Ist die Schwelle für ein Eingreifen der kartellrechtlichen Missbrauchs-aufsicht – allgemein oder auch nur in bestimmten Fallgruppen – zu hoch angesiedelt und verhindert ein rechtzeitiges Eingreifen?
- Können Wettbewerbsgefährdungen, wie sie mit zum Teil neuartigen unternehmerischen Strategien von marktmächtigen Unternehmen der Digitalwirtschaft einhergehen können, mit den geltenden Vorschriften der Missbrauchsaufsicht effektiv erfasst werden, ganz unabhängig vom Schwellenwert für ein Eingreifen?

Kleine Wettbewerbsökonomie von Plattformen

Indikator	Wirkung auf die Konzentration
Stärke der Netzwerkeffekte	+
Grad der Skaleneffekte	+
Kapazitätsbeschränkungen	-
Umfang der Plattformdifferenzierung	-
Multihoming-Möglichkeiten	-

¹¹ Evans, D.S. und R. Schmalensee (2008): Markets with Two-Sided Platforms, *Issues in Competition Law and Policy* 1, S. 667-693.

Stärkere Anreize zum Marktverschluss

- Anreize und Möglichkeiten, in wettbewerbswidriger Weise den Markt zu verschließen und Marktmacht auf benachbarte Märkte auszudehnen, sind tendenziell bei Online-Plattformen stärker ausgeprägt als auf „normalen“ Märkten.
- Bei steigenden Skalenerträgen (economies of scale) in Kombination mit Wechselkosten bzw. loyalen oder „gefangenen“ Kunden („captured customers“) kann ein etablierter Anbieter Markteintritt effektiv unterbinden, indem er einem Teil der Kunden (am besten den potenziell wechselwilligen) gezielt attraktive Angebote macht (und diese Angebote von den loyalen oder „gefangenen“ Kunden gewissermaßen „quersubventioniert“ werden).
- Eine solche Strategie verhindert, dass ein Neuling hinreichende Skalenerträge realisieren kann, ihm fehlt die kritische Masse, um effizient anbieten zu können.
- Der etablierte Anbieter kann damit den Markt effektiv verschließen, in dem er lediglich einem Teil der Kunden attraktive Angebote unterbreitet. (Segal und Winston 2000).
- Da steigende Skalenerträge auf digitalen Märkten die Regel sind, gilt diese Logik in besonderem Maße.
- Direkte und indirekte Netzeffekte, die ebenfalls typisch für Online-Plattformen sind, verstärken diesen Mechanismus noch einmal.

Stärkere Anreize zum Marktverschluss

- Diese Logik lässt sich auch auf angrenzende Märkte erweitern, sofern Verbundvorteile (economies of scope) eine Rolle spielen und/oder Netzeffekte auch über Produktgruppen hinweg eine Rolle spielen.
- Michael Katz (2015) : „Although the issues are particularly difficult, there are also reasons to believe that two-sided markets may be particularly fertile ground for exclusionary behaviour.“
- Amelio, Karlinger und Valletti (2015): “Traditional exclusionary practices carry over to platform competition and in some circumstances indirect network externalities accentuate the incentive to foreclose by incumbents.“
- Von bestimmten Bündeln kann eine Sogwirkung ausgehen, etwa wenn diese per Flatrate (Jahresabonnements) abgerechnet werden, sodass die Grenzkosten des Service aus Nutzersicht nach einmaliger Zahlung null sind. Dies kann das Multihoming und damit Markteintritt von Wettbewerbern erschweren.
- Plattform-Märkte können leicht „kippen“, insbesondere wenn Multihoming auf mindestens einer Seite nicht einfach ist. Um das Kippen eines Marktes zu verhindern, muss Multihoming auf beiden/allen Marktseiten einfach sein. („Winner-takes-all“-Märkte)
- Etablierte Unternehmen haben starke Anreize, einmal „gekippte“ Märkte vor Markteintritt abzuschotten, z. B. durch strategisches Erschweren von Multihoming.

Marktmacht und Informationsmacht

- Bei einigen Intermediären kommt es zu einer Kombination von Marktmacht und Informationsmacht
- Ein Beispiel wären Rankings. Sofern Nutzer nicht ohne bedeutende Anstrengungen erkennen können, dass ein verzerrtes Ranking vorliegt, wird etwa eine Praxis, Rankings zu verzerren, auch nicht durch Wettbewerb sanktioniert. Ökonomisch gesehen geht es hier um Vertrauensgüter, bei denen Nutzer auch nach dem Konsum/der Nutzung die Qualität einer Dienstleistung nicht erkennen können. Bei solchen Vertrauensgütern kann Wettbewerb nur schwer disziplinierend wirken.
- Besonders schwer ist es, verzerrte Rankings zu erkennen, wenn es wenig Alternativen gibt (im Extremfall. Im Monopol).
- Folge: Informationsmacht kann durch Marktmacht verstärkt werden und Marktmacht wiederum kann durch Informationsmacht ausgebaut werden.

Konglomerate Effekte

- Konglomerate Konzerne können ggf. „unavoidable trading partners“ werden, ohne auf einzelnen Märkten beherrschend zu sein.

Probleme der Marktabgrenzung

Marktabgrenzung anhand von klassischen Methoden oft sehr schwer (vgl. auch OECD 2017) und kaum zu leisten:

- Leistungen werden oft unentgeltlich angeboten (keine Preisvariation),
- Konkurrenz verschiedener Geschäftsmodelle (mit unterschiedlichen Wertschöpfungsketten)
- Zunehmende Individualisierung von Produkten und Dienstleistungen

Folgen und Optionen

Verzicht auf Marktabgrenzung und strukturell determinierte Marktposition (Marktbeherrschung) und Fokus auf Verhaltensweisen, die nicht vom Wettbewerb kontrolliert werden *und* Verdrängungs- oder Abschottungswirkung entfalten?

Folgen und Optionen

Option 2: Allgemeine, fallgruppenübergreifende Absenkung der Interventionsschwelle?

Betrachtung von vier Fallkonstellationen:

- Unilaterale Verhaltensweisen (noch) nicht marktbeherrschender Unternehmen, welche auf Märkten mit starken positiven Netzwerkeffekten geeignet sind, eine Monopolisierung („Tipping“) herbeizuführen
- Nicht-koordiniertes Parallelverhalten im engen Oligopol mit Marktverschlusswirkung
- „Konglomerate Macht“ als mögliche eigenständige Form von Macht unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle
- Intermediationsmacht.

Aber: §20 GWB als „Flexibilitätsreserve“ – keine Empfehlung zur Senkung der allgemeinen Interventionsschwelle.

Fallgruppenspezifische Absenkung der Interventionsschwelle?

Behinderung von Multihoming

- Die Möglichkeit des Multihoming ist zentral für den Wettbewerb auf Plattformmärkten
- Heute schon in §18 Abs. 3a erfasst, könnte in einem §20a oder § 20 Abs. 6 ergänzt werden (mit Möglichkeit zur sachlichen Rechtfertigung)

Konzept der Intermediationsmacht (in § 18 Abs. 1 GWB)

- Zentrale Leistung eines Intermediärs ist oft ein bestimmter Absatzkanal bzw. der Zugang zu einer bestimmten Kundengruppe.
- Der Grad der Macht eines Vermittlers hängt davon ab, welchen Anteil der Nachfrage der Vermittler bündelt, ohne dass für den Waren- oder Diensteanbieter hinreichende Ausweichoptionen bestehen.
- Ggf. können Waren- und Diensteanbieter auf keinen dieser Vertriebskanäle verzichten. Ein Anbieter von Waren bzw. Dienstleistungen kann daher von einer digitalen Vermittlungsplattform unter ähnlichen Voraussetzungen abhängig sein wie herkömmlich von einem Wiederverkäufer, etwa im LEH.

Fallgruppenspezifische Absenkung der Interventionsschwelle?

Kontrolle über Daten

- Eine missbräuchliche Verweigerung des Datenzugangs kann bereits jetzt auf der Grundlage der Generalklausel in § 19 Abs. 1 i. V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB erfasst werden. Somit keine Anpassung von § 18 Abs. 3 GWB
- Dabei gibt es gute Gründe, im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung niedrigere Anforderungen an die Missbräuchlichkeit der Datenzugangsverweigerung zu stellen, als sie bislang für die Verweigerung des Zugangs zu Infrastrukturen und zu Rechten des geistigen Eigentums formuliert worden sind, wenn und soweit es um den Zugang zu solchen Daten geht, die quasi nebenbei und ohne besondere Investitionserfordernisse erzeugt werden.

Fallgruppenspezifische Absenkung der Interventionsschwelle?

Kontrolle über Daten

- Um den Zugang zu großen Datenmengen für Zwecke des Trainings selbstlernender Algorithmen zu erleichtern und so Wettbewerbsvorteile besonders datenreicher Unternehmen zu neutralisieren, wird gegenwärtig diskutiert, ob eine marktanteilsabhängige „Daten-Sharing-Pflicht“ eingeführt werden soll („Daten-für-alle“-Gesetz).
- Klarstellung in § 20 Abs. 1 GWB, dass sich Abhängigkeit auch ergeben kann, wenn ein Unternehmen für eine substantielle eigene Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff zu automatisiert erzeugten Maschinen- bzw. Dienstnutzungsdaten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden.
- Eine Pflicht zur Zugangsgewährung soll daher auch bestehen können, wenn ein entsprechender „Geschäftsverkehr“ für diese Daten bisher nicht eröffnet ist.

Fallgruppenspezifische Absenkung der Interventionsschwelle?

Systematischer Aufkauf kleinerer Wettbewerber

- Zur Verhinderung einer solchen Marktabschottungsstrategie könnte die deutsche Fusionskontrolle in § 36 Abs. 1 GWB nach Satz 1 um einen Passus ergänzt werden, der die Untersagung eines Zusammenschlusses auch dann ermöglicht, wenn ein Zusammenschluss Ausdruck einer Gesamtstrategie ist, im Rahmen derer ein marktbeherrschendes Unternehmens systematisch wachstumsstarke Unternehmen in einem frühen Stadium ihrer Entwicklung aufkauft, und diese Strategie wirksamen Wettbewerb erheblich behindert.
- Von einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs ist auszugehen, wenn auch und gerade solche Unternehmen aufgekauft werden, die ein erkennbares und erhebliches Potenzial haben, mittelfristig zu Wettbewerbern zu werden. Ein Indiz für ein solches Potenzial könnte sein, dass die akquirierten Wettbewerber bei einer Orientierung an breiter gefassten Grundbedürfnissen anstelle von eng(er) gefassten Produkt- oder Dienstleistungsmärkten denselben bzw. einen vergleichbaren Bedarf von Nachfragern bedienen, wie er vom Marktbeherrscher bedient wird.

Literatur

Schweitzer, Heike; Haucap, Justus, Kerber, Wolfgang und Welker, Robert (2018), *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, Studie im Auftrag des BMWi, erscheint bei Nomos.

Online verfügbar unter:

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html>

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Justus Haucap

Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE)

Universitätsstraße 1

40225 Düsseldorf

www.dice.hhu.de – www.dice-consult.de

haucap@dice.hhu.de



Twitter: @haucap und @DICEHHU