

# Was kann und was soll die Missbrauchsaufsicht? Eingriffsinstrumente – eine ökonomische Bewertung

Ulrich Schwalbe

Universität Hohenheim

04. Oktober 2018

Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht

# Marktbeherrschung und Marktmissbrauch

- Märkte mit zwei- oder mehrseitigen Plattformen weisen häufig **Tendenz zur Monopolisierung** auf.
- Zunehmende Skalenerträge, Verbundvorteile aufgrund eines gemeinsamen Inputs (Daten), direkte und indirekte Netzeffekte, maschinelles Lernen, können zum “Kippen” des Marktes führen ⇒ Monopole oder enge Oligopole.
- Mögliche negative Folgen:
  - ⇒ Ineffizienzen durch verringertes Angebot und/oder reduzierte Qualität;
  - ⇒ geringere Innovationstätigkeit .
  - ⇒ Ausbeutung der Abnehmer durch monopolistisch überhöhte Preise;
  - ⇒ Marktverschließung, Verdrängung von Wettbewerbern.
- Wichtig: **Wettbewerb um den Markt** sollte möglich sein, damit etablierte Unternehmen innovieren und keine überhöhten Preise verlangen.

# Marktbeherrschung und Marktmissbrauch

- Hierfür ist die **Möglichkeit des Markteintritts neuer, effizienterer und innovativer Unternehmen** entscheidend.
- Markteintritt erfolgt **in bestimmten Bereichen (Nischen)**, nicht mit der gesamten Angebotspalette einer etablierten Plattform.
- Anreize für etablierte Plattformen
  - existierende Wettbewerber durch missbräuchliches Verhalten vom Markt zu verdrängen und/oder
  - das Entstehen möglicher Konkurrenz durch Marktschließung oder Übernahme zu verhindern.
- Ersteres ist nach dem “Kippen” eines Marktes häufig unnötig (siehe bevorstehenden Marktaustritt von Wimdu).

# Marktmarktmissbrauch

- **Verhinderung von Markteintritt** durch Praktiken wie
    - Kopplungsbindungen,
    - bestimmte Rabattformen,
    - Selbstbevorzugung,
    - Bestpreisklauseln (Most favoured nation clauses (MFNs)),
    - Verhinderung von Multi-homing.
  - **Achtung:** Nicht jede neue Geschäftspraktik eines Unternehmens mit einem **ungewohnten, neuartigen und disruptiven Geschäftsmodell**, ist gleich als missbräuchlich einzustufen.
  - Beispiel: sehr niedrige Preise auf einer Marktseite sind keine Kampfpreise und hohe Preise auf der anderen ist kein Ausbeutungsmisbrauch,
  - Häufig erhebliche **Effizienzvorteile** und vernünftige ökonomische Gründe: “Surge-Pricing” (Ausgleich von Angebot und Nachfrage); Kopplungsbindungen (Kompatibilität, Transaktionskostensparnis etc.)
- ⇒ **Rigore ökonomische Analyse** des vermeintlich missbräuchlichen Verhaltens und **Vorlage einer fundierten und überzeugenden Schadenstheorie.**

# Ausnutzen begrenzt rationalen Verhaltens

- Ausbeutungsmissbrauch durch **Ausnutzung systematischer kognitiver Verzerrungen** bei Verbrauchern? Z.B. In-App Käufe, drip-pricing etc.
- Wenn Verbraucher nicht vollständig rational sind, dann sollten sie vor dieser Art Missbrauch geschützt werden.
- **Lauterkeitsrecht**: Unabhängig von Marktstellung - Marktabgrenzung nicht erforderlich.
- Aber: bislang **keine kohärente Theorie begrenzt rationalen Verhaltens** nur eine Vielzahl unterschiedlicher kognitiver Verzerrungen (Wikipedia: mehr als 200 verschiedene!)
- Welche können ausgenutzt werden? Welche wurden noch nicht entdeckt?

# Übernahmen als missbräuchliches Verhalten?

- Alternative Strategie zur Verhinderung von Wettbewerb: Aufkauf potentieller Wettbewerber.
- **Übernahme einfacher und profitabler** als z.B. Limit-pricing (Argument von McGee).
- **Fusionen als missbräuchliches Verhalten?**
- Nicht nur Unternehmen auf dem gleichen Markt – in der digitalen Ökonomie: **konglomerate Fusionen** (z.B. Google/Nest), um an Datenbestände zu gelangen und neue Geschäftsbereiche zu erschließen.

# Verzicht auf Marktabgrenzung

- Grundlage für Eingriffe: **Marktabgrenzung** (marktbeherrschende Stellung oder überragende Marktstellung)
- Marktabgrenzung kein Selbstzweck, sondern **indirekte Methode**, die Marktmacht eines Unternehmens abzuschätzen.
- Funktioniert in vielen Fällen nicht (z.B. differenzierte Güter)
- Auch bei digitalen Plattform kaum fundiert durchführbar:
  - Gleichzeitige Berücksichtigung von zwei (oder mehr) Marktseiten;
  - Bei Null-Preisen SSNIP-Test nicht sinnvoll anwendbar;
  - Berechnung der Marktanteile problematisch;
  - Gefahr der Cellophane Fallacy
- Definition eines **“Datenmarktes”** scheint eher wenig hilfreich.

# Verzicht auf Marktabgrenzung

- Daher: **Direkte Erfassung der Marktmacht** durch **Nachweis eines konkreten Schadens und einer fundierten Schadenstheorie**.
  - **Alternative Methoden**, um Wettbewerbseffekte abzuschätzen, z.B. Transaktionswert als Indikator, SIEC-Test.
- ⇒ Eröffnung der **Möglichkeit**, sowohl bei vermutetem Missbrauch als auch bei Fusionen **auf eine Marktabgrenzung zu verzichten**.



# Schnell wirkende Eingriffsmöglichkeiten

- Märkte können schnell “kippen” und Marktpositionen können sich rasch verfestigen und kaum noch angreifbar sein.
- Daher: **Möglichkeiten eines raschen Eingriffs**, z.B. durch einstweilige Anordnungen (cease and desist order).
- Verringerte Rechtssicherheit – in einer sich schnell ändern Welt mglw. unvermeidlich, dass auch rechtliche Regelungen zeitnah angepasst werden müssen.
- Wichtig aufgrund der international agierenden Unternehmen:  
**Harmonisierung der Regelungen**, damit kein Ausweichen möglich ist (wie bei Steuervermeidung) und **keine Inkonsistenzen zwischen unterschiedlichen nationalen Regelungen** auftreten.

- Ist ein Markt strukturell verfestigt und nicht mehr angreifbar:  
**Regulierung** ist zu erwägen.
- Welche Art der Regulierung?
  - **Selbstregulierung**: führt eher nicht zu den gewünschten Ergebnissen;
  - **Preis- bzw. Verhaltensregulierung**, Neutralitätspflichten;
  - **Strukturelle Maßnahmen** wie z.B. Entflechtung.

# Preis- und Verhaltensregulierung

- Nicht klar, wie eine **Preisregulierung konkret erfolgen** sollte – kostenbasiert? .
- Beispiel Airbnb: Welche **Gebührenhöhe wäre angemessen**? 20%, 10%, 15%?
- Ökonomische Erwägungen wie **“Tourist Test”** zur Ermittlung der Interchange fees beim Einsatz von Kreditkarten wären wünschenswert.
- **Verhaltensregulierung**: Angebot eines **Subskriptionsmodells**, wie z.B. das zusätzliche Angebot einer gebührenpflichtigen aber werbefreien Suche, bei der keine umfangreichen Daten erhoben werden.
- Aber: Schwerwiegender Eingriff in das Geschäftsmodell!
- Verpflichtung, **Zugang zu Daten** zu gewähren, wenn diese eine “wesentliche Einrichtung” darstellen – Datenschutz?
- **Neutralitätspflicht**: keine Selbstbevorzugung – wie kann man das feststellen?
- **Interoperabilität bzw. Datenportabilität** bei sozialen Netzwerken und bei Suchmaschinen - Entscheidung zwischen Wettbewerb im Markt oder Wettbewerb um den Markt.

# Strukturelle Maßnahmen 1

- **Entflechtung, um Markteintritte zu erleichtern:** Eher schwierig.
- Traditionelle Sektoren: Einzelne Bereiche relativ leicht voneinander zu trennen (z.B. Schienennetz/rollendes Material, Stromerzeugung/Übertragung).
- Bei digitalen Plattformen:
  - **Ineffizienzen** bei Zerlegung in einzelne Geschäftsbereiche und Zerstörung von Verbundvorteilen durch gemeinsame Datennutzung;
  - Problem der Identifikation des monopolistischen “Bottlenecks”;
  - Grenzen zwischen Geschäftsbereichen verschieben sich, neue Bereiche entstehen - **“unscrambling the eggs”** schwer durchführbar;
  - Dauer des Verfahrens - Maßnahme könnte zum Zeitpunkt der Entflechtung unmöglich oder obsolet sein;
  - **Regionale Entflechtung**, (AT&T und “Baby Bells”) scheint - aufgrund des gemeinsamen Inputs (Daten!) kaum möglich – Google Europe/Google America?

## Strukturelle Maßnahmen 2

- Bei Plattformen wäre in bestimmten Fällen eine **Entflechtung bestimmter Bereiche denkbar** (Instagram/WhatsApp/Facebook; Google/Google Scholar) – aber aufgrund des gemeinsamen Inputs ist das vermutlich nicht beliebig möglich.
- Würde eine Zerschlagung von Facebook in sechs “Facebooklets” signifikante Auswirkungen hinsichtlich des Datenschutzes haben?
- Würden sich alle Nutzer nicht wieder bei nur einem “Facebooklet” einfinden?
- Besser: **Übernahmen von innovativen Start-ups von vornherein erschweren!**
- **Entry for buyout** kein überzeugendes Gegenargument: Eintritt sollte den etablierten Unternehmen Konkurrenz machen und nicht dazu dienen, sich einen Teil der Monopolrente anzueignen.
- Frage: Wäre **WhatsApp ein Konkurrent von Facebook** geworden?
- Man wird akzeptieren müssen, dass es zu Fehlern kommen wird, aber **man irrt sich besser “pro Wettbewerb”!**

# Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Ulrich Schwalbe

Lehrstuhl für Mikroökonomie und  
Industrieökonomie

Institut für Volkswirtschaftslehre

Universität Hohenheim

E-mail: [ulrich.schwalbe@uni-hohenheim.de](mailto:ulrich.schwalbe@uni-hohenheim.de)

<https://mikro.uni-hohenheim.de>

- Rolle des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes – unmittelbare Wechselwirkungen zwischen den drei Bereichen
- Annäherung verschiedener Rechtsbereiche: Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, aber auch Datenschutzrecht.
- Abstimmung zwischen den Bereichen erforderlich:
  - Datenweitergabe bei Fusionen: – könnte gegen Datenschutz verstoßen
  - Ebenso: Weiterverkauf von Daten - gut für Wettbewerb, aber problematisch für Datenschutz
  - Weitergabe aggregierter und/oder anonymisierter Daten u.U. nicht relevant oder Daten sind veraltet
- Essential Facilities Doctrine – sind die Datenbestände einer großen Plattform eine wesentliche Einrichtung und muss Zugang gewährt werden?
- Fraglich, ob Datenbestände ähnlich einzuschätzen sind wie andere Infrastrukturen (Schienennetz oder Stromleitungen).
- Alternative: Datenportabilität – Standardisierung erforderlich.

- Bei sozialen Netzwerken und Diensten wie Twitter sind auch politische Aspekte wesentlich (siehe Cambridge Analytica, Diskussion über fake news etc.)
- Wettbewerbsrecht sollte nicht für politische Zwecke eingesetzt werden (siehe Presserechte über Trumps Pläne, gegen die “Voreingenommenheit” bestimmter Plattformen).
- Scheint eher ein Angriff auf die Meinungs- und Pressefreiheit zu sein.
- Definitiv nicht die Aufgabe des Wettbewerbsrechts!