



Missbrauch von Marktmacht auf digitalen Märkten – Schadenstheorien und Konzepte der juristischen Erfassung

– Learnings aus „*Google Shopping*“

- I. Theory of Harm – Rechtliche Herangehensweise bei der Erfassung der Schadenstheorie
- II. Erfassung neuer Fallgruppen unter Art. 102 AEUV
– Economic Approach, Legal Approach sowie Missbrauchsaufsicht und Regulatorik
- III. Learnings aus dem Fall „*Google Shopping*“ für die Anwendung des Art. 102 AEUV
- IV. Schlussfolgerungen

I. Theory of Harm – Rechtliche Herangehensweise bei der Erfassung der Schadenstheorie

- Generell erklärt eine Schadenstheorie in einem wettbewerbsrechtlichen Fall, **warum eine bestimmte Art von Verhalten einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht darstellt**, und zwar unter Bezugnahme auf die einschlägigen rechtlichen Kriterien, und erklärt insbesondere, **warum dieses Verhalten dem Wettbewerb einen Schaden zufügt**, der verboten werden sollte
- Dies kann rechtlich sowie ökonomisch begründet werden
- Ökonomische Aufgabe: Aus Marktverhalten konsistente wettbewerbliche Schadenstheorien („Theories of Harm“) und entsprechende Prüfungsraster ableiten, die jeweils die konkreten Voraussetzungen für das Eintreten einer Wettbewerbsbeschränkung und das Ausmaß eines Wettbewerbsschadens beschreiben¹

I. Theory of Harm – Rechtliche Herangehensweise bei der Erfassung der Schadenstheorie

- Also: Es ist hinsichtlich der ökonomischen Begründung wichtig, dass eine Schadenstheorie erklärt, **wie der Wettbewerb durch das fragliche Verhalten im Konkreten geschädigt wurde** – es reicht nicht aus, im Rahmen einer Schadenstheorie zu erklären, dass der Wettbewerb allgemein durch ein bestimmtes **Verhalten** geschädigt wurde
 - Es gibt nämlich eine Reihe von Verhaltensweisen, die den Wettbewerb in irgendeiner Weise schädigen können, aber nicht alle diese Verhaltensweisen stellen notwendigerweise einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dar (z.B. Webscraping im Zuge der Preisfindung)
 - Andererseits gibt es Verhaltensweisen, die an sich als wettbewerbsbeschränkend gelten, aber bei ökonomischer Betrachtung nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen (z.B. „Budapest Bank“²)
- Es ist nicht unbedingt erforderlich, eine tatsächliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nachzuweisen – Eignung kann reichen³
- Die Schadentheorie sollte darauf abzielen, die kontrafaktische Situation zu betrachten und zu erklären, d.h. die Wettbewerbssituation, die ohne das wettbewerbswidrige Verhalten bestanden hätte (vgl. aber nun „Google Shopping“)

¹ Ewald in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 2.

² EuGH 2.4.2020, C-228/18, NZKart 2020, 246 – Budapest Bank; vgl. zu Art. 102 AEUV m.w.N.: EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 439 – Google Search.

³ Stancke, Verbotgrund und Vermutungswirkungen „bezweckter“ Wettbewerbsbeschränkungen, NZKart 2020, 308.

Theory of Harm – Rechtliche Herangehensweise bei der Erfassung der Schadenstheorie



- Bedeutung des Economic Approach & Legal Approach hierbei
 - Herausforderung bei Generalklauseln mit unbestimmten Rechtsbegriffen wie bei Art. 102 AEUV („Marktbeherrschung“, „Missbrauch“) oder auch Art. 101 Abs. 1 AEUV („Wettbewerbsbeschränkung“)
 - Technik: Wortlautauslegung, historisch oder teleologische Auslegung, Vermutungen und *per se*-Betrachtungen, diese **dürfen aber nicht willkürlich sein**, sondern müssen auf ökonomischen Erfahrungswerten beruhen – diese können sich ändern
 - Deshalb Art. 102 AEUV seit 1.1.1958 offen für Economic Approach
 - Art. 102 AEUV allerdings allein Mittel der Missbrauchsaufsicht – rein reaktiv, was bei neuartigen wettbewerblichen Herausforderungen in Innovationsmärkten und rechtlichem Klärungsbedarf zu Ineffizienzen führen kann
 - Daher **Bedürfnis nach Regulatorik** – Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Gerichte, zudem Raum für politischen Gestaltungswillen im Sinne des Ordo-Liberalismus / Problem Chicago-School – teilweise Marginalisierung von Preiseffekten in der Internetwirtschaft, daher möglw. **Funktionsinsuffizienz klassischer Wettbewerbstheorie**

III. Learnings aus dem Fall „Google Shopping“ für die Anwendung des Art. 102 AEUV



- Ausgangspunkte
 - Unternehmen durch Art. 102 AEUV nicht gehindert, aus eigener Kraft eine beherrschende Stellung zu erlangen⁴
 - Art. 102 AEUV zählt missbräuchliche Praktiken nicht abschließend auf⁵
 - Art. 102 AEUV umfasst den Missbrauch durch ungerechtfertigte Ungleichbehandlung⁶
- Frage:
 - Wird vertikale oder konglomerate Integration durch ein Verbot der Selbstbevorzugung generell in Frage gestellt?
 - Ein deutliches Nein: Kein per se-Verbot von Leveraging⁷ oder Lieferverweigerung – strenge Voraussetzungen bzgl. Essential-Facilities – „Unentbehrlichkeit“⁸
 - „Leistungswettbewerb kann definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger leistungsfähig und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden“⁹
 - Also kein per se-Schutz anderer Unternehmen vor Expansion des Marktbeherrschers in benachbarte Märkte, selbst, wenn diese in der Folge aus dem Markt verschwinden¹⁰

⁴ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 156 m.w.N. – Google Search; EuGH 6.9.2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 Rn. 133 m.w.N. – Intel; zum dt. Recht: Bunte/Stancke, Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, § 9 Rn. 2.

⁵ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 154 – Google Search.

⁶ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 155 – Google Search.

⁷ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 164 – Google Search.

⁸ EuGH 26.11.1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 Rn. 41 – Bronner.

⁹ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 157 – Google Search.

¹⁰ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 162 – Google Search.

III. Learnings aus dem Fall „Google Shopping“ für die Anwendung des Art. 102 AEUV



- Wettbewerb wird also nicht zwingend durch jede Verdrängungswirkung verzerrt¹¹
- Allerdings „verbietet Art. 102 AEUV einem Unternehmen in beherrschender Stellung insbesondere die Anwendung von Praktiken, die für seine *als ebenso effizient geltenden Wettbewerber* eine Verdrängungswirkung entfalten und damit seine Stellung stärken, *indem andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs herangezogen werden*“¹²
- Also: Zu untersuchen, ob Methoden des Marktbeherrschers angewendet wurden, die „**Normal Competition**“ widersprechen¹³
- Erforderlich demnach: **Plus-Faktoren zum Leveraging**, mit denen sich der Marktbeherrscher dem Leistungswettbewerb entzieht¹⁴
- Beispielsweise **Self-Preferencing und Demotion** als „Positive Diskriminierungshandlung“¹⁵

¹¹ EuGH 6.9.2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 Rn. 134 – Intel.

¹² EuGH 6.9.2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 Rn. 136 – Intel.

¹³ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 151 – Google Search.

¹⁴ Zur Kausalität / Verhaltensverantwortung d. Marktbeherrschers bei Marktdivergenz eingehend *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2022, § 5 Rn. 50.

¹⁵ EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 240 – Google Search.

III. Learnings aus dem Fall „Google Shopping“ für die Anwendung des Art. 102 AEUV



- Test:
 - **Marktbeherrschung** (hier: Bedeutung des durch die allgemeine Suchmaschine von *Google* generierten Verkehrs für die „Preisvergleichsdienste“ – Verhalten der Nutzer, die sich in der Regel auf die ersten Ergebnisse konzentrieren – erheblicher Anteil „umgeleiteten“ Verkehrs am Verkehr der Preisvergleichsdienste, der nicht in wirksamer Weise ersetzt werden kann)¹⁶
 - „**Abnormality**“ (Verhaltensänderung zur Durchsetzung der Ziele)¹⁷
 - „[...], the rationale and value of a general search engine lie in its capacity to be open to results from external (third-party) sources and to display these multiple and diverse sources on its general results pages, [..]“¹⁸
 - „Accordingly, for a search engine, limiting the scope of its results to its own entails an element of risk and is not necessarily rational, save in a situation, as in the present case, where the dominance and barriers to entry are such that no market entry within a sufficiently short period of time is possible in response to that limitation of internet users’ choice“¹⁹
 - Zumindest **potenzieller Verdrängungseffekt** reicht, selbst wenn Marktbeherrscher effizienter²⁰
 - Bloße Qualitätsverbesserung im Rahmen des Leistungswettbewerbs?
 - Eher nicht bei Promotion und Demotion
 - Nur bei objektiver Rechtfertigung und zu beobachtender Effizienzen²¹

16 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 169-174 – Google Search.
17 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 179, 181 – Google Search – „As-Efficient-Test“ nicht erforderlich, da bezogen auf Pricing (Rn. 538).
18 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 178 – Google Search.
19 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 178 – Google Search.
20 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 541 – Google Search.
21 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 187 f. – Google Search.

III. Learnings aus dem Fall „Google Shopping“ für die Anwendung des Art. 102 AEUV



- EuG ist der Ansicht, dass dieser Test hinreichend Rechtssicherheit bietet²²
- Aber was ist mit der ökonomischen Qualität der Schadenstheorie?
 - Keine Verpflichtung, eine kontrafaktische Analyse durchzuführen, um zu untersuchen, wie sich der Online-Verkehr entwickelt hätte, wenn die streitigen Praktiken hinsichtlich der Positionierung und Anzeige von *Product Universals* und *Shopping Units* nicht vorgenommen worden wären²³
 - Keine Verpflichtung, tatsächliche Verdrängungswirkungen herauszuarbeiten²⁴
 - Keine Verpflichtung, höhere Preise oder eine Verringerung der Innovation nachzuweisen²⁵
- Aber auch keine Abkehr von ökonomischer Fundierung
 - Schlichtweg nicht Aufgabe der Kommission, kontrafaktisches Szenario nachzuweisen – wohl auch nicht möglich²⁶
 - Marktbeherrscher mag kontrafaktisches Szenario nachweisen (Gesamtwirkung der Maßnahmen)²⁷
 - Empirische Analyse der Verdrängungswirkung wurde vorgenommen²⁸ – ausreichend, um zumindest potenzielle wettbewerbsbeschränkende Wirkung nachzuweisen²⁹
 - Problem: Auch Leistungswettbewerb soll zu Verdrängung führen, d.h., faktisch führt „Abnormality“ / Handlung zur Verstoßannahme

22 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 378 ff. – Google Search.
23 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 194 ff., 377 ff. – Google Search.
24 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 442 – Google Search.
25 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 443 – Google Search.
26 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 377 – Google Search.
27 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 379 – Google Search.
28 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 383 ff. – Google Search.
29 EuG 10.11.2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 Rn. 432 ff. – Google Search.

IV. Schlussfolgerungen



- Eher *per se*-Betrachtung und Legal Approach?
 - Eher „**Conduct-Approach**“ – also eher rechtliche Schadenstheorie?
 - Ergebnis scheint „gefühl“ richtig, aber Rückfall in juristisch-kreativen Ansatz im Rahmen der *ex post*-Kontrolle? Nicht vollständig, aber **pragmatische Begrenzung der ökon. Nachweisintensität!**
 - Legal Approach eher geeignet für *ex ante*-Regulierung? – wettbewerbspolitisches Konzept der „**Suchmaschinenneutralität**“ bzw. „Search Neutrality“
 - Ansatz der Regulierung *ex ante* durch DMA z.B. zur Selbstbevorzugung in Art. 6 Abs. 1 lit. d E-DMA
- Und ganz praktisch?
 - Mangels systematischer Herausarbeitung ökonomischer Bewertungskriterien Probleme bei der ***ex ante*-Selbsteinschätzung** der Hebung von Effizienzen bei vertikaler und konklomerater Integration von Marktbeherrschern (bei Marktdivergenz)
 - Was braucht der Jurist von den Wettbewerbsökonomen für die Selbsteinschätzung: Identifikation möglicher Wettbewerbsbeschränkungen / wettbewerblicher Schäden; Identifikation erforderlicher Daten; Identifikation alternativer Produktgestaltungen (as efficient / as compliant)

Kontakt



Prof. Dr. Fabian Stancke

Brunswick European Law School

f.stancke@ostfalia.de