

Sharing Economy: Marktkoordination durch Plattformen

Google, UBER, Airbnb, Facebook & Co

RA Dr Heinrich Kühnert M.Jur.

D O R D A

WIR SCHAFFEN KLARHEIT.

WIR SCHAFFEN KLARHEIT.

D O R D A

Überblick

Einleitung und Problemstellung(en)

- Marktspezifische Besonderheiten von Online-Plattformmärkten: Zwei- oder Mehrseitige Märkte
- Wettbewerbspolitische Herausforderungen

Plattformen

- Was ist eine Plattform
- Marktmacht von Plattformen
- Wettbewerbsbeschränkungen und Effizienzen

Fallanalysen

- Bestpreisklauseln: Der Fall HRS
- Schutz der Suchneutralität: Der Fall Google
- Google und das OS Android
- Facebook



Zusammenfassung und Ausblick

I. Einleitung und Problemstellung(en)

Besonderheiten von Plattformmärkten

- Zwei- oder mehrseitig
- Plattform reduziert Transaktionskosten zwischen den Teilnehmergruppen
- Kein neues Phänomen:
 - Traditionelle Medien bringen Leser/Seher und Werbetreibende zusammen
 - Kreditkartenfirmen erleichtern Transaktionen zwischen Händlern und Konsumenten
 - Discos – Türsteher sorgen für gemischtes Publikum
- Aber digitale Welt eröffnet weites Potential für Plattformen

Wettbewerbspolitische Herausforderungen der Sharing Economy

- Wie treten Plattformen miteinander in Wettbewerb?
- Hilft das traditionelle mikroökonomische Instrumentarium bei der Beurteilung?

II. Plattformen

Was ist eine Plattform?

- Verschiedene ökonomische Möglichkeiten zur Definition:
 - Indirekte Netzwerkeffekte zwischen den verschiedenen Seiten einer Plattform (Armstrong, Caillaud/Julien, Evans/Noel)
 - Nicht-Neutralität der Preisstruktur (Rochet/Tirole)
 - Ermöglichung und Vermittlung direkter Interaktion zwischen Gruppen (Hagiu/Wright)
- BKartA (2015): "*Unternehmen, die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen.*"

II. Plattformen

Relevante Faktoren für die Marktmachtprüfung einer Plattform

- Indirekte Netzwerkeffekte: Mitglieder einer Nutzergruppe haben Interesse an Partizipation der anderen Nutzergruppe
 - Positive Feedbackeffekte bei Zugewinn von Nutzern auf einer Seite, aber:
 - Unterschiedlich stark ausgeprägt (Dating-Plattform vs werbefinanzierte Suchmaschine)
 - Grenznutzen weiterer Teilnehmer nicht konstant (Fragmentierung erhöht Suchkosten)
- Schadenstheorie
 - Tipping: Aufgrund positiver Feedbackeffekte "kippt" der Markt, wenn eine Plattform eine gewisse Marktstärke erreicht. Netzwerkeffekte als Eintritts- / Expansionsschranke
 - Aber: Wettbewerb über Spezialisierung, multi-homing
- Ambivalente Auswirkungen von Verhalten, das Netzwerkeffekt sicher soll
 - Grundsätzlich effizient
 - Aber bei Vorliegen von Marktmacht evtl wettbewerbsbeschränkend

III. Fallanalysen

Bestpreisklauseln iZm Plattformen: Der Fall HRS

- Bestpreisklauseln auf einseitigen Märkten
 - Häufiger Bestandteil von Verträgen im Interesse der Kunden
- Auf zweiseitigen Märkten
 - Interesse des Intermediärs (Plattform) an Bestpreisklauseln (Across-platform parity agreement, Paritätsklauseln, MFN-Klausel etc)
 - Verpflichtung der Abnehmer, ihre Dienstleistungen/Produkte in keinem anderen Vertriebskanal günstiger anzubieten als auf der Plattform
 - Typische Nebenklausel zB Verfügbarkeitsparität (Verpflichtung, alle Angebote auch über die Plattform anzubieten)

III. Fallanalysen

Bestpreisklauseln : Deutschland (2013)

- Bundeskartellamt Beschluss 20.03.2013 B9-66/10 (**HRS**)
 - Preis-, Bedingungs-, und Verfügbarkeitsparität (sog "**weite**" **Bestpreisklauseln**)
 - Marktdefinition und Marktanteile: Nur Hotelbuchungsplattformen → hohe Marktanteile
 - Theory of harm: Marktabschottung, kollusionsfördernd, Erschwerung eines Markteintritts einer neuen Plattform, keinen Anreiz zur Provisionsenkung
 - Bestpreisklauseln beschränken Wettbewerb zwischen Buchungsportalen
 - Bei Provisionsabsenkung durch rivalisierendes Buchungsportal können Hotels Preise nicht senken (da sie niedrigen Preis bei Plattform mit Bestpreiszusage einstellen müsste)
 - Dadurch sinken Anreize zur Provisionsenkung für Portale
 - Behauptete Effizienzen (insb Vermeidung von Trittbrettfahrertum) nicht akzeptiert
 - Abhilfemaßnahmen: HRS verpflichtet, Bestpreisklauseln ersatzlos aus seinen AGBs zu streichen
 - Bestätigt durch OLG Düsseldorf 9.1.2015 VI-Kart 1/14

III. Fallanalysen

Bestpreisklauseln:

Frankreich, Italien, Schweden und Schweiz (April 2015)

(Autorité de la Concurrence, Entscheidung 15-D-06 vom 21.04.2015; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Entscheidung i779 vom 21.04.2015; Konkursverket, Entscheidung 596/2013 vom 15.04.2015; WEKO, Verfügung vom 19.10.2015)

- Betroffene Plattformen: booking.com und Expedia
- Unternehmen sagten freiwillig zu auf die **Verwendung von "weiten" Bestpreisklauseln zu verzichten**. Insbesondere wurde zugesagt:
 - Kein Verbot billiger Preise auf anderen Plattformen und klassischen offline-Vertriebskanälen
 - Parität bzgl der Buchungskonditionen wurde eingeschränkt
 - Verfügbarkeitsparität ist nicht mehr zulässig
- "**Enge**" **Bestpreisklausel** (Verbot eigener günstigerer Angebote auf der Hotelwebsite) hingegen nicht von Zusagen erfasst
 - Lediglich implizite Anerkennung von engen Bestpreisklauseln, jedoch keine rechtlich verdingliche Bewertung von Bestpreisklauseln

III. Fallanalysen

Bestpreisklauseln : Deutschland (Dezember 2015)

- Bundeskartellamt Beschluss 22.12.2015 B9-121/13 (**booking.com**)
 - Im Wesentlichen dieselbe theory of harm wie bei der HRS-Entscheidung
 - Explizit auch enge Bestpreisklauseln als unzulässig angesehen
 - Gebundene Hotels dürfen Preis auf der Plattform mit Bestpreiszusage auf eigener Website nicht unterbieten
 - Daher uU Anreize für Hotels, Provisionssenkungen rivalisierender Plattformen nicht an Kunden weiterzugeben (da sie Umsätze im billigeren Eigenvertrieb verlieren würden)
 - Effizienzrechtfertigung (naheliegendes Trittbrettfahrerproblem) nicht akzeptiert
- Gleiche Lösung auf gesetzlicher Basis in Frankreich und Österreich (Z 32 Anhang UWG)

III. Fallanalysen

Bestpreisklauseln : Probleme

1. Rechtliche Einordnung weiter offen

- Bei Marktanteil von < 30% durch Vertikal-GVO freigestellt?
 - Von BKartA bezweifelt, aber nicht endgültig entschieden
- Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung
 - OFT: bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, aber nicht endgültig entschieden

2. Kartellrechtliche Bewertung uneinheitlich

- Deutschland: weite & enge Bestpreisklauseln kartellrechtswidrig
- F, I, CH: Enge Bestpreisklauseln implizit zugelassen
- F, A: Gesetzliches Verbot enger Klauseln

3. Beweislast für Wettbewerbsbeschränkung und Effizienzen

- Ökonomisch: Netzwerkeffekte sind grds positiv, uU (bei Marktmacht) negativ
- Kartellrecht: Nachweise der Wettbewerbsbeschränkung einfacher als von Effizienzen!

III. Fallanalysen

Die Fälle Google: Suchneutralität und Android

- Kommission untersucht seit 2010 mögliche Kartellrechtsverstöße rund um die **Google-Suchmaschine**:
 - Ungleichbehandlung in der Form der differenzierten Darstellung von Suchergebnissen (Google Shopping und Spezialsuchen)
 - Behinderungsmisbräuche durch Lieferverweigerung und Alleinbezugspflichten (AdWords und AdSense)
- Zudem wurde ein Verfahren zu Googles **Betriebssystem Android** eingeleitet (Behinderungsmisbräuche in der Form von Bündelung und Zugangsverweigerung):
 - Verknüpfung von Lizenz für Google Play mit Vorinstallation von Google Search & Chrome
 - Verknüpfung der Lizenzierung von geschützten Apps (zB Play, Search) mit Abschluss eines Anti-Fragmentierungsvertrags
 - Finanzielle Anreize an Smartphone-Hersteller, nur Google-Suche vorzuinstallieren

III. Fallanalysen

Die Fälle Google: Suchneutralität und Android

- Die Kommission ist der Auffassung, dass Google auf den Märkten für
 - **allgemeine Internetsuchdienste**, für
 - **lizenzpflichtige Betriebssysteme für intelligente Mobilgeräte** sowie für
 - **App-Stores für das Android-Betriebssystem für Mobilgeräte**

eine beherrschende Stellung innehat. Google verfügt auf jedem dieser Märkte im EWR über einen Marktanteil von mehr als 90 %

- Marktanteile über längere Zeit stabil
- Aber auch Gegenargumente in der Lehre
 - Wettbewerb durch viele spezialisierte Informationsdienste
 - Stark abnehmender Grenznutzen zusätzlicher Suchanfragen
 - Keine lock-in Effekte

III. Fallanalysen

Die Fälle Google: Schutz der Suchneutralität

- Mitteilung der Beschwerdepunkt vom 15.4.2015 konzentriert sich auf Google Shopping
 - Ausnützung der beherrschenden Stellung auf den Märkten für allgemeine Internet-Suchdienste, indem Google seinen eigenen Preisvergleichsdienst (Google Shopping) auf seinen allgemeinen Suchergebnisseiten systematisch bevorzugt
- Kommission befürchtet Schäden für Verbraucher und Verhinderung von Innovation
 - Abschottung von Wettbewerbern durch Umlenkung von Interessenten von anderen Preisvergleichsdiensten auf Google Shopping
 - Nutzer könnten nicht notwendigerweise die für sie relevantesten Suchergebnisse zu sehen bekommen
- Aber:
 - Kontrahierungszwang mit Wettbewerbern unterläuft Investitionen des Marktbeherrschers, kann Innovation schaden

III. Fallanalysen

Die Fälle Google: Android

- Mitteilung der Beschwerdepunkt am 20.4.2016 an Google
- Die Kommission hat Bedenken, dass durch Bündelung und Antifragmentierung
 - Wettbewerber der vorinstallierten Apps (Search, Chrome) benachteiligt werden, und
 - die Entwicklung von Betriebssystemen dem offenen Android-Quellcode behindert wird
- Aber: prokompetitive Story
 - Bündelung ist aus Verbrauchersicht zunächst effizient
 - Antifragmentierung dient der Vermeidung von Lernkosten auf Developer- und Userseite, welche die indirekten Netzwerkeffekte und damit die Attraktivität von Android als Plattform gefährden können
- Präzedenzfälle: Microsoft – Media Player (2004) und Internet Explorer (2009)
 - Hohe Geldbußen, aber eine Erfolgsgeschichte?
 - Sich schnell änderndes Nutzerverhalten – Konsequenzen für Behörden?

III. Fallanalysen

Fall Facebook: Bundeskartellamt gegen Facebook

- Ausgangslage: Einwilligung AGBs zwingend, um FB zu nutzen
- Zweck:
 - Erstellung eines nutzerspezifischen Profils
 - FB nutzt Daten für maßgeschneiderte und zielgruppenorientierte Werbung
- **Marktdefinition:**
 - Soziale Netzwerkdienste: Nutzer "zahlen" mit Daten
 - positive direkte Netzwerkeffekte vs negative indirekte Netzwerkeffekte
 - Verbraucherkommunikationsdienste
- **Konditionsmissbrauch:**
 - Können die Vertragsklauseln auf anderen Märkten nicht durchgesetzt werden?
 - Problem der Vergleichsgruppe

III. Fallanalysen

Schlussfolgerungen

1. Viele offene Fragen

- Rechtliche Beurteilung der meisten Praktiken noch nicht geklärt
- Ökonomische Analyse komplex

2. Juristische Beurteilung aus ökonomischer Sicht wohl zu streng

- Beweiserleichterungen für Wettbewerbsbeschränkung; schwieriger Nachweis von Effizienzen
- Risiko von type I errors
- Bessere rechtliche Entscheidungsfindung möglich
 - Keine Vermutung einer Wettbewerbsbeschränkung bei Verhalten, das indirekte Netzwerkeffekte fördert (EuGH *Cartes Bancaires*)
 - Rechtfertigung nach Art 101(3) AEUV sollte keine höheren Nachweiserfordernissen unterliegen als Verstoß nach Art 101(1) AEUV

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

www.dorda.at

17

Kontakt

Dr Heinrich Kühnert, M.Jur.
T: +43 1 533 47 95-35
heinrich.kuehnert@dorda.at



DORDA Rechtsanwälte · Universitätsring 10 · 1010 Wien · www.dorda.at
IFLR European Awards - Austrian Law Firm of the Year 2013
International Law Office - Austrian Client Choice Awards 2012, 2013 and 2014

Diese Unterlage wurde sorgfältig ausgearbeitet, kann jedoch individuelle Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.

www.dorda.at

18