

CLEARY GOTTLIB

Selbstbevorzugung als Missbrauch *sui generis*?

Dr. Romina Polley LL.M. (Fordham University, N.Y.)

16. Februar 2022



Übersicht

1.	Einleitung	3
2.	Kommissionsentscheidung	4
3.	Googles Argumentation	7
4.	EuG-Urteil	11
5.	Kritische Würdigung	18
6.	Implikationen des Urteils	20
7.	Fazit	23

Einleitung

- Kommissionsentscheidung vom 27. Juni 2017 (*Google Shopping*): Selbstbevorzugung als neue Schadenstheorie, die sich aus Ausdehnung von Marktmacht auf weitere Märkte ableitet
- Kein *Numerus clausus* der Schadenstheorien in Art. 102 AEUV, aber Verhältnis der Selbstbevorzugung zur Lieferverweigerung, Diskriminierungsverbot, Kopplung/Bündelung, *Margin Squeeze* unklar
- Urteil des EuG vom 10. November 2021 (*Google Shopping*) bestätigt Selbstbevorzugung als neue Form des Missbrauchs zwischen Lieferverweigerung und Diskriminierung
- Selbstbevorzugung im Regulierungskontext aufgegriffen bei großen digitalen Plattformen (§19a Abs. 2 Nr. 1 GWB und Art. 6 d) Entwurf-DMA)
- Anwendungsbereich der Selbstbevorzugung außerhalb der großen digitalen Gatekeeper im Rahmen der Missbrauchsaufsicht (Art. 102 AEUV, §19/20 GWB)?

Kommissionsentscheidung

Case AT.39740 –Google Search (Shopping)



Argumentation der Kommission



- Google ist marktbeherrschend auf dem Markt für allgemeine Suche.
- Preisvergleichssuchmaschinen (PVS) sind separater Markt.
- Missbrauch betrifft Ausdehnung von Marktmacht Googles von allgemeiner Suche auf PVS durch Selbstbevorzugung.
- Bevorzugung liegt darin, dass Googles eigene Produktwerbeanzeigen in Shopping Unit anders als kostenlose Suchergebnisse von konkurrierenden PVS angezeigt werden und diese keinen Zugang zur Shopping Unit haben.
- Kommission beanstandet weder das niedrigere Ranking konkurrierender PVS in der allgemeinen Suche noch die Hervorhebung der Produktwerbeanzeigen in Shopping Unit, sondern die aktive Ungleichbehandlung.
- Nach Auffassung der Kommission ist diese Bevorzugung kein Fall von passiver Verweigerung von Zugang zu wesentlicher Einrichtung.
- Selbstbevorzugung weicht vom Leistungswettbewerb ab, weil Online-Verkehr aus der allgemeinen Suche von konkurrierenden PVS auf Googles PVS umgelenkt wird.
- Kommission stützt sich auf umfassende Analyse der Umlenkung von Online-Verkehr und ihrer Auswirkungen auf die PVS Dritter.

microwave oven

Web Shopping Images Videos News More Search tools

About 37,200,000 results (0.24 seconds)

Shop for microwave oven on Google Sponsored

 Tesco Mmb09 17l Microwave, £30.00 Tesco.com ★★★★★ (467)	 Tesco Mg2011 Microwave ... £48.00 Tesco.com ★★★★★ (84)	 Tesco Mm08 Value 17l Solo £35.00 Tesco.com ★★★★★ (860)	 Russell Hobbs Rhm2017 20l £56.50 Tesco.com	 Buffalo GK643 Commercial ... £201.60 Catering Appl...
--	---	---	--	---

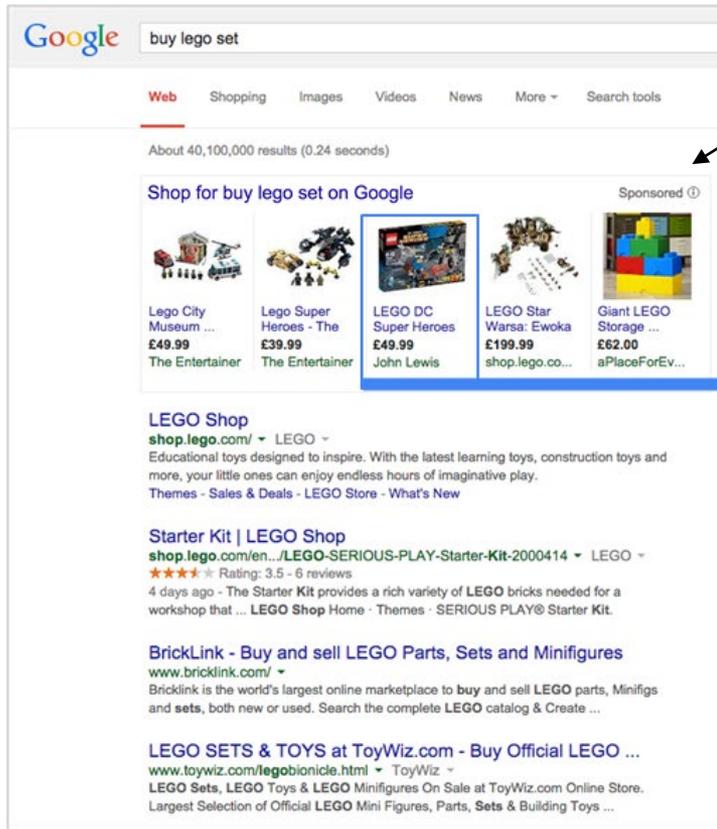
Microwave Oven at Amazon - amazon.co.uk
Ad www.amazon.co.uk/microwave+oven
Low Prices on Microwave Oven. Free UK Delivery on Eligible Orders

Microwave Ovens - AO.com
Ad appliancesonline.ao.com/Microwaves
Great Range Available, No Deposit Finance & Free Delivery
Recognised for excellent customer service – Google Certified Shops
Ratings: Prices 10/10 - Delivery cost 10/10 - Service 9.5/10

Microwaves - Cheap Microwaves Deals | Currys
www.currys.co.uk/gbuk/household.../microwaves/.../xx-criteria.html

Googles Shopping Units zeigen spezialisierte Werbung für Produktangebote

- Shopping Units werden als Werbung im Anzeigenbereich oberhalb allgemeiner Suchergebnisse angezeigt, Aufrufe leiten zu Webseiten von Drittanbietern weiter.
- Da Shopping Units Werbeanzeigen beinhalten, wird die Anzeigeposition durch andere Algorithmen bestimmt als bei kostenlosen Suchergebnissen..
- Googles Ergebnisse werden an prominenter Stelle in gut sichtbarer Box mit ansprechender graphischer Gestaltung gezeigt.
- Konkurrierende PVS werden unten in allgemeiner Suche als Blue Links angezeigt und unterliegen niedrigerem Ranking durch Algorithmus in allgemeiner Suche.



Argumentation Googles



Keine „Bevorzugung“, wenn Werbung anders als allgemeine Suchergebnisse angezeigt wird

- Ungleichbehandlung ist keine Bevorzugung, die Diskriminierung impliziert.
- Bevorzugung und Diskriminierung liegen nur dann vor, wenn a) wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird, und b) es keinen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gibt (*Michelin*).
- Google aber behandelt nur Ungleiches ungleich: Produktanzeigen sind nicht das gleiche wie kostenlose Suchergebnisse für PVS.
- Alle auf zweiseitigen Märkten tätigen, werbefinanzierten Unternehmen präsentieren ihre eigenen Anzeigen anders als ihre kostenlosen Inhalte – dies ist ihre Geschäftsgrundlage. Darin kann keine Begünstigung liegen.



Zugang Dritter zu Shopping Units als Lieferzwang ohne Einhaltung der „Bronner“- Voraussetzungen



- Kommission verlangt nicht die Einstellung der spezialisierten Werbeanzeigen durch Google, sondern konkurrierenden PVS den gleichen Zugang zu Shopping Units zu geben.
- Bezeichnung als „Bevorzugung“ ändert daran nichts. Abhilfemaßnahmen entsprechen Zugangsszenario.
- Kommission weist die nach *Bronner*-Rechtsprechung des EuGH (*Urteil v. 26. November 1998*) für Zugang zu wesentlichen Einrichtungen erforderliche Unverzichtbarkeit der Shopping Units für funktionierenden Wettbewerb nicht nach.
- Google hat schon vor der Entscheidung konkurrierende PVS in den Shopping Units gezeigt, basierend auf den gleichen Prozessen wie für seine eigene Suchmaschine.

Googles Werbeanzeigen sind Produktverbesserung



Product Ad Extensions - 2008

Product	Price
Mountain Hardwear Synchro	\$279.95
Mountain Hardwear Synchro	\$279.95
Mountain Hardwear Synchro	\$279.95
Patagonia Snow Bum Pant - Girls	\$140.00
Cloudveil Rayzar Ski Jacket - Women's	\$98.99
Mountain Hardwear Synchro Ski	\$109.98

Product Listing Ads - 2009

Product	Price	Retailer
Oversized Year Round White Goose Down	\$170.99	Target
Lifestyled Natural Down White King Down	\$65.95	Comfort 1st
Daniedown Alpine Summer King Down Comforter	\$179.99	Sears

Product Listing Ads - 2011

Product	Price	Retailer
Angry Birds 8" Plush King Pig with ...	\$13.58	Amazon.com
Angry Birds 8 Inch Plush - Green Helmet	\$12.99	eBay
Plush Angry Birds Backpack ...	\$6.99	Birthday Express
Mayflower Distributing Angry Birds ...	\$6.99	BuyCostumes
Jumbo Angry Birds Plush - Pig	\$49.99	ThinkGeek

Shopping Unit - 2013

Product	Price	Retailer	Rating
New Apple iPod touch	£159.00	John Lewis	
Apple 16gb (5th Gen) ...	£181.00	Tesco.com	★★★★★ (127)
iPod Nano 16GB Blue	£118.00	Waring Direct	★★★★★ (4k+)
Apple iPod Shuffle 2GB - ...	£39.00	Argos	★★★★★ (90)
Apple 16gb (7th Gen) Nano	£144.00	Tesco.com	★★★★★ (128)

- Produktverbesserung stellt Leistungswettbewerb dar, selbst wenn die Verbesserung zum Ausscheiden von Wettbewerbern aus dem Markt führt (*Post Danmark I, Intel, Decca Navigator, Microsoft*).
- Kommissionsentscheidung verlangt nicht die Abstellung von Produktanzeigen, sondern konkurrierenden PVS den gleichen Zugang zu den Werbeanzeigen zu geben, und erkennt damit Produktverbesserung an.

EuG-Urteil



Bestätigung der Kommissionsentscheidung



- Selbstbevorzugung ist wegen der folgenden Umstände problematisch (196):
 - Ungleichbehandlung führte zu starker Abnahme des Verkehrs bei konkurrierenden PVS,
 - Herausragende Bedeutung des Verkehrs aus der allgemeinen Suche für konkurrierende PVS,
 - Nutzerverhalten, das auf die obersten Suchergebnisse fokussiert ist,
 - Konkurrierende PVS können abgewanderten Verkehr nicht wirksam ersetzen.
- Bußgeld von EUR 2.4 Mrd. wird vom EuG aufrechterhalten.
- Verstärkung von Googles Position in allgemeiner Suche wird von EuG zurückgewiesen.
- EuG hält wettbewerbsbeschränkende Strategie Googles nicht für notwendig (256).
- Umstand, dass es sich bei verändertem Algorithmus und spezialisierten Produktanzeigen um Produktverbesserungen handelt, schließt Missbrauch nicht aus (187-188).
- Abhilfemaßnahme (bezahlter gleichberechtigter Zugang zu Shopping Unit) wird als geeignete Lösung zur Abstellung des Verstoßes angesehen (592).
- EuG ersetzt Begründung der Kommission und nimmt Zugangsszenario an, stellt aber fest, dass *Bronner*-Voraussetzungen nicht erfüllt sein müssen (240).

Gericht nimmt Selbstbevorzugung in Bezug auf Anzeige von Shopping Units an



- Problem ist unterschiedliche Behandlung spezialisierter Ergebnisse von Googles PVS im Vergleich zu Wettbewerbern (284-285).
- Googles PVS-Ergebnisse tauchen in gut positionierten graphisch attraktiven Formaten auf, bei denen niedrigeres Ranking in der allgemeinen Suche vermieden wird (285).
- Selbst wenn die Ergebnisse dritter PVS relevanter sind, bekommen sie nicht die gleiche hervorgehobene Darstellung. Es gibt keinen Unterschied zwischen Googles Produkt und den anderen PVS (288).
- Googles Argument, dass Shopping Units das eigene PVS nicht begünstigen, weil sie Google keinen Verkehr und kein Geld bringen, wurde verworfen. Gericht sieht Shopping Unit selbst als PVS (312, 329, 335) oder Teil davon (330, 337-338).
- Gericht verwirft auch Argument, dass konkurrierende PVS schon vorher Zugang zu Shopping Unit hatten, weil PVS ihr Geschäftsmodell hätten ändern müssen, indem sie Kunden von Google werden (351, 353).

Argumentation des EuG zur Selbstbevorzugung



- Google beging Missbrauch *sui generis* dadurch, dass Googles PVS in Position und Darstellung gegenüber konkurrierenden PVS bevorzugt wurde (240).
- Gericht bezieht sich auf Fälle, wo Diskriminierung als Missbrauch angesehen wurde und identifiziert Gleichbehandlung als allgemeines Prinzip im EU-Recht (155).
- Inhärente Offenheit einer Suchmaschine unterscheidet *Google Shopping*-Fall von klassischem Zugangsszenario (177).
- Abweichung vom Leistungswettbewerb, weil Anzeige Suchergebnisse neutral und offen, so dass Beschränkung auf eigene Ergebnisse nicht rational ist, es sei denn bei Marktbeherrschung (178).
- Google ist „ultra/super“ marktbeherrschend in allgemeiner Suche und sollte Adressat eines Nichtdiskriminierungsverbots sein wie bei Internet Access Providern (Netzneutralität) (180).
- Einführung Shopping Units und niedrigeres Ranking von PVS Dritter wich von früherer Praxis Googles ab (182-184), und obwohl Google Shopping Units Verbesserung darstellte, wurde die Degradierung Dritter selbst von Google nicht als Verbesserung beschrieben (187).
- Missbräuchlichkeit resultiert aus drei Faktoren: Bedeutung des Verkehrs für PVS, Nutzerverhalten und fehlende Ersetzbarkeit von Google Online-Verkehr (169, 196).

„Bronner“-Kriterien müssen nicht erfüllt sein



- EuG widerspricht Kommission, dass es nicht um Zugang zu einer Einrichtung geht (219).
- Googles allgemeine Suche ist einer wesentlichen Einrichtung ähnlich (224).
- Kommission hat nach Auffassung des EuG *Bronner*-Voraussetzungen implizit bejaht (227, 228).
- Gleichwohl müssen die Kriterien des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (Unerlässlichkeit und Ausschluss von Wettbewerb) nicht erfüllt sein (230).
- Kein klassisches Zugangsszenario wie bei *Bronner*, weil
 - dafür ein ausdrückliches Verlangen nach Zugang und dessen Verweigerung vorliegen muss (232), und
 - nicht alle Fälle von Zugang (z.B. *Margin Squeeze*/Kopplung) Lieferverweigerungsfälle sind (234, 235),
 - relevante Verhaltensweise aktives Verhalten in Form von positiver Diskriminierung ist, keine Lieferverweigerung (238) und damit
 - von „*Essential Facilities*“-Doktrin unabhängiger „*Leveraging*“-Missbrauch (240).
- Nur weil die Abhilfemaßnahmen den Zugang Dritter betreffen, ist Missbrauch nicht notwendigerweise Lieferverweigerung (246).

Keine Rechtfertigung



- EuG erkennt an, dass sowohl niedrigeres Ranking von nicht originären Inhalten und spezialisierte Produktanzeigen Innovationen sein können (560).
- Dies ist jedoch irrelevant, weil das Problem in der unterschiedlichen Behandlung von Googles PVS und den konkurrierenden PVS liegt (560).
- EuG scheint anzuerkennen, dass konkurrierende PVS aus technischen Gründen nicht gleichbehandelt werden konnten, weil Google nicht die Informationen hatte, Ergebnisse aus den verschiedenen PVS zu vergleichen (571).
- EuG sieht jedoch nicht, dass Produktverbesserungen den wettbewerblichen Schaden überwiegen, der aus dem niedrigeren Ranking der konkurrierenden PVS resultiert (572, 590).
- Google hat auch keine aus dem niedrigeren Ranking konkurrierender PVS resultierenden Effizienzvorteile dargelegt (567).
- Die Abhilfemaßnahmen zeigen, dass Gleichbehandlung konkurrierender PVS möglich ist (592).

Umlenkung Verkehr/Abschottungseffekt



- Missbräuchliche Selbstbevorzugung führte zu Umlenkung von Verkehr, indem Verkehr von konkurrierenden PVS abgezogen wurde und Verkehr auf Googles PVS zunahm (445).
- Infolge des niedrigen Rankings in allgemeiner Suche nahm Verkehr bei konkurrierenden PVS ab (374).
- Verkehr zu Googles PVS nahm zunächst ab und nach Einführung der Shopping Units zu (402).
- Wettbewerbswidrige Auswirkung der Selbstbevorzugung auf Markt für allgemeine Suche von Kommission nicht nachgewiesen (596).
- Eignung zur Marktabschottung in Bezug auf konkurrierende PVS gegeben
 - Nachweis echter Abschottungswirkung nicht erforderlich (442),
 - *Counterfactual*-Analyse nicht notwendig, weil keine tatsächlichen Effekte nötig (378),
 - „*As efficient competitor test*“ nicht anwendbar, weil es nicht um Pricing ging (539),
 - Umlenkung von Verkehr zeigt ausreichende Auswirkung auf Googles Wettbewerber (527),
 - dies selbst bei Einbeziehung der Online-Handelsplattformen, die nicht zum PVS Markt gehören.

Kritische Würdigung

Kritische Würdigung des Urteils

- Überschreitung der Rechtmäßigkeitskontrolle (Art. 263 AEUV), indem das EuG annahm, die Kommission habe die Voraussetzungen für einen Lieferzwang dargelegt (224-228)?
- Diskriminierungsszenario (Unterschied im Zugang) ist jedem Lieferverweigerungsszenario inhärent.
- Bezugnahme des EuG auf *Margin Squeeze*-Fälle passt nicht richtig, weil es nicht um kommerzielle Bedingungen des Zugangs, sondern um Zugang zu Shopping Units als solchen geht.
- Unterscheidung expliziter/impliziter und aktiver/passiver Zugangsverweigerung überzeugt nicht.
- Abhilfemaßnahmen sind solche eines Zugangsszenarios.
- Nichtleistungswettbewerb wird aus Marktauswirkung abgeleitet nicht aus der Methode.
- Überschreitung der Rechtmäßigkeitskontrolle im Hinblick „ultra-dominance“, Offenheit der Suchmaschine und Diskriminierungsanalyse?
- Stärke der Marktmacht spielt für Missbrauch keine Rolle (*EuGH, Urt. v. 17. Februar 2011- Telia Sonera*) und Bedeutung der Superdominanz ist unklar.
- Anzeige eigener Resultate bei Suchmaschine ist Ausdruck von Wettbewerb.
- Konsequente Weiterentwicklung der Schadenstheorie der vertikalen Diskriminierung (*Deutsche Bahn, Stena Sealink, Posten Danmark I*).
- „*Bronner*“-Kriterien wurden schon früher bei impliziter Lieferverweigerung nicht angewandt (*Telia Sonera, Slovak Telecom*).

Implikationen für marktbeherrschende Unternehmen

Unklarer Anwendungsbereich der Selbstbevorzugung (1)

- Unterscheidung zwischen Ungleichbehandlung und Bevorzugung/Diskriminierung ist nicht leicht.
- Effektbasierter Ansatz macht *ex ante*-Beratung zu Selbstbevorzugung schwer.
- Gefahr der Pauschalverurteilung von vertikaler Integration, technischer Integration und Produktverbesserungen/Innovation bei marktbeherrschenden Unternehmen.
- Selbstbevorzugung sollte nur angenommen werden, wenn Marktbeherrscher eigenem Produkt ungerechtfertigte Vorzugsbehandlung zukommen lässt, z.B. Qualitätsverschlechterung.
- Ungleichbehandlung reicht nicht, weil Unternehmen konkurrieren, indem sie eigenes Geschäft anders behandeln als den Wettbewerb.
- Technische Integration ist häufig im Verbraucherinteresse und ein Innovationstreiber, beinhaltet aber immer Ungleichbehandlung.
- Neue Produkteigenschaften oder -design, die Qualität verbessern und im Kundeninteresse sind, sollten keine Selbstbevorzugung sein.
- Unklar ist häufig auch, wann ein separates Produkt und wann neue Produkteigenschaft vorliegt.

Unklarer Anwendungsbereich der Selbstbevorzugung (2)

- Anwendungsbereich außerhalb Gatekeeper-Situation großer digitaler Plattformen ist unklar.
- Was ist „super-dominance“?
- Beurteilung der Auswirkungen der Selbstbevorzugung nahm in *Google Shopping*-Urteil mit Recht erheblichen Raum ein und war essentieller Bestandteil der Missbräuchlichkeit.
- Allerdings Gefahr der Verwechslung von Markteffekt und Missbräuchlichkeit im Sinne von Nichtleistungswettbewerb.
- Einzelfallbeurteilung wettbewerbsschädlicher Effekte ist im Wettbewerbsrecht in jedem Fall besser aufgehoben als in der Regulierung.
- Fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit in Art. 6 d) Entwurf DMA ist problematisch.
- §19 a Abs. 2 Nr. 1 GWB enthält zwar Rechtfertigungsmöglichkeit, aber durch Beweislastumkehr erschwert
- Übertragbarkeit von *Google Shopping*-Urteil aufs deutsche Recht §19,20 GWB?
 - BGH: Diskriminierungsverbot nicht anwendbar (*Werbeanzeigen, Freundschaftswerbung*)
 - aber Behinderungsmissbrauch möglich (*Porsche Tuning*)!

Fazit