

Kartellrecht Moot Court 2021

Fragen und Antworten zum Sachverhalt

A. Allgemeine Fragen

1. Aufgrund unterschiedlicher Schreibweisen möchten wir die Sachverhaltsersteller zwecks Einheitlichkeit fragen, ob das Unternehmen „Bioethica“ oder „Bioethnica“ heißen soll, gehen allerdings aus semantischen Gründen davon aus, dass es „Bioethica“ heißen müsste?

Die korrekte Schreibweise muss folgendermaßen lauten: „Bioethica GmbH“

2. In Rn 23 letzter Satz des Sachverhalts müsste es sinngemäß „Your Health“ statt „Bioethica“ heißen?

Letzter Satz von Rn 23 muss richtigerweise folgendermaßen lauten: „Tatsächlich hat Your Health aktuell nur Werbeverträge – zu branchenüblichen Konditionen – mit denjenigen Produzenten und autorisierten Händlern, die auch über die Plattform verkaufen, abgeschlossen.“

B. Inhaltliche Fragen

1. Wie hoch ist die Zahl der daily active user und der monthly active user der Your Health GmbH App und von ihren Konkurrenten in den jeweiligen Bereichen im Monat März 2021?

Das Verhältnis zwischen den Anbietern auf Basis der active users entspricht den jeweiligen Marktanteilen.

2. Wie viele COVID-19-Fälle konnten durch die Your Health App im Zusammenspiel mit der veränderten Herzfrequenz und den Wearables nachgewiesen werden?

Nähere Daten liegen dazu nicht vor. Bitte orientieren Sie sich bei der Argumentation zu dieser Frage ausschließlich an den Informationen im Sachverhalt.

3. Wie teilt sich das NutzerInnenverhalten der App-NutzerInnen in Bezug auf die Verkaufsplattform, die Fitness- und Gesundheitsfunktion, die Contact-Tracing-Funktion und die Verknüpfungsfunktion mit den Wearables auf?

Viele Nutzer verwenden gleichzeitig mehrere Funktionen. Eine genaue Angabe zur Verteilung ist daher nicht möglich.

4. Wie hoch ist der Marktanteil der App im Bereich der Medikamente, im Bereich der Vitaminpräparate und im Bereich der Nahrungsergänzungsmittel?

Ihnen liegen dazu keine über die in Rn 9 angeführten Daten hinausgehenden Informationen vor.

5. Gibt es weitere Pharmakonzerne, die kurz vor der Entwicklung eines COVID-19-Notfallmedikaments stehen?

Es ist davon auszugehen, dass es in Österreich kein weiteres Unternehmen gibt, das kurz vor der Entwicklung eines COVID-19-Notfallmedikaments steht. Neben Medica SE und Bioethica gibt es Ihren Informationen zufolge noch ein anderes Unternehmen, das über ein COVID-19 Medikament in einem weit fort geschrittenen Entwicklungsstadium verfügt. Daneben werden für andere Indikationen zugelassene Medikamente immer wieder off-label für die Behandlung von COVID-19 verwendet (siehe dazu auch Frage 21)

6. Auf welches Marktvolumen bzw auf welche Bezugsgröße (zB Verkaufsumsätze, Werbeumsätze, Reichweite, etc) beziehen sich die Angaben zu den Prozentsätzen der Marktanteile (Rn 6, 9, 10 und 11)?

Die Bezugsgrößen der angegebenen Marktanteile ist in Rn 6 und 11 auf Basis der Userzahl sowie 9 und 10 auf Basis der Verkäufe anzunehmen.

7. Gehen wir richtig davon aus, dass der Marktanteil von Bioethica auf allen definierten Märkten unter 10% liegt?

Soweit aus dem Sachverhalt nichts Anderes hervorgeht ist anzunehmen, dass der Marktanteil von Bioethica unter 10% liegt.

8. Kauft und verkauft Your Health die Produkte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung und Risiko über die Plattform, oder stellt Your Health anderen Anbietern die Plattform für den Verkauf von Produkten in deren Namen, Rechnung und Risiko lediglich zur Verfügung, bzw handelt es sich bei Your Health um eine Hybridplattform, auf der beides möglich ist?

Es ist davon auszugehen, dass es sich um eine Hybridplattform handelt.

9. Werden die Produzenten und Händler, die über Your Health ihre Produkte verkaufen, von Your Health dazu verpflichtet, zusätzlich einen Werbevertrag abzuschließen (und umgekehrt)?

Es ist davon auszugehen, dass ein gewisser Anreiz für Produzenten und Händler, die über Your Health ihre Produkte verkaufen, besteht, einen entsprechenden Werbevertrag abzuschließen, jedoch besteht keine Verpflichtung hierzu. Gleiches gilt umgekehrt.

10. Gehen wir richtig davon aus, dass Bioethica immer noch an einer Verkaufsmöglichkeit über die Plattform von Your Health interessiert ist, da Bioethica die strengen Kriterien von Your Health, um Produkte über die Plattform zu verkaufen, erfüllt?

Es ist davon auszugehen, dass Bioethica grundsätzlich weiterhin an einer Verkaufsmöglichkeit über Your Health interessiert ist.

11. Sind die Nutzungsbedingungen der Your Health App betreffend die Sammlung von Daten und der verpflichtenden Einwilligung zur Nutzung der App branchenüblich oder sind sie dies explizit nur laut Kenntnisstand der Your Health GmbH?

Im Sinne von Rz 18 ist davon auszugehen, dass sich die Branchenüblichkeit aus der Sicht von Your Health ergibt.

12. Können Sie uns die besonderen Konditionen, die die Plattformbetreiber erhalten, näher auslegen?

Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei um vergleichsweise vorteilhafte Konditionen handelt. Siehe auch Frage 13.

13. Wir verstehen Rn 18 dahingehend, dass sich die Your Health App ausschließlich aus „Werbeeinnahmen“ finanziert. Im Umkehrschluss schließen wir daraus, dass es keine direkten Gebühren und auch keine Provisionssysteme gibt, welche bei (autorisierten) Händlern und Herstellern zusätzliche Kosten bei dem Verkauf von Waren über die Your Health-Plattform verursachen würden. Rn 23 letzter Satz lässt aber vermuten, dass es auch Anbieter (autorisierte Händler und Hersteller) auf der Your Health Plattform gibt, die keine Werbeverträge mit dieser abgeschlossen haben. Daraus schließen wir nun, dass autorisierte Händler auf der Your Health-Plattform, die keine Werbeverträge mit Your Health abgeschlossen haben, nicht verpflichtet sind, Zahlungen oder andere monetär bewertbare Zuwendungen irgendeiner Art für das Vertreiben von Produkten über die Your Health-Plattform, an Your Health zu leisten. Vor diesem Hintergrund ist für uns unklar, inwiefern diese Anbieter und Hersteller die in Rn 22 angesprochenen „besonderen Konditionen“ gewähren. Daher nehmen wir an, dass sich diese besonderen Konditionen ausschließlich auf autorisierte Händler und Hersteller beziehen, die zusätzlich auch Werbeverträge mit Your Health abgeschlossen haben. Sind unsere Annahmen zutreffend?

Es ist denkbar und möglich, dass die vergleichsweise vorteilhaften Konditionen im Zusammenhang mit Werbeeinnahmen stehen.

14. Wir gehen davon aus, dass Your Health selbst keine Produkte verkauft, sondern nur als Verkaufsplattform dient (Rn 7). Weiters entnehmen wir Rn 7 und Rn 22, dass Hersteller durchaus auch autorisierte Händler ihre Produkte auf der Plattform anbieten lassen. Davon ausgehend fragen wir uns, ob auch Vitamin-Plus unter Umständen Produkte von denselben Herstellern – die schon auf der Your Health Plattform von autorisierten Händlern oder den Herstellern direkt angeboten werden – in ihren Filialen verkauft und auch auf der Your Health-Plattform anbieten würde?

Auf der Your Health-Plattform werden teils dieselben Produkte (von den Herstellern oder autorisierten Herstellern) verkauft, die auch Vitamin-Plus verkauft. Vgl auch Frage 32. Gehen Sie davon aus, dass es im Onlineshop von Your Health und in den Stores von Vitamin-Plus Überschneidungen geben kann.

15. Ist unser Verständnis von Rn 18 richtig, dass die Nutzer durch die Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen zugleich in die Verarbeitung und Zusammenführung von personenbezogenen, nicht sensiblen Daten (z.B. Nutzerverhalten auf der Your Health-Plattform) und sensiblen Gesundheitsdaten (z.B. eingetragenen Symptomen, Erkrankungen und Diagnosen) einwilligen?

Davon ist im Wesentlichen auszugehen.

16. Ad Rn 29: Worin besteht die Zusammenarbeit zwischen Your Health und Medica und steht sie in einem kausalen Zusammenhang mit der verweigerten Datenbereitstellung an Bioethica?

siehe auch Frage 19.

17. Aus Rn 11 geht hervor, dass sich die Marktanteile der Your-Health App durch die Contact-Tracing Funktion generell erhöht haben. Wie hat sich der Marktanteil der Your-Health-Verkaufsplattform zum einen im Bereich Sport, Gesundheit inklusive Nahrungsergänzungsmittel, Vitaminpräparate und nicht verschreibungspflichtigen Medikamenten sowie zum anderen eigens im Bereich der Medikamente, Vitaminpräparate und Nahrungsergänzungsmittel durch den neuen Service verändert und wie haben sich in der gleichen Zeit die Marktanteile der Konkurrenten in den jeweiligen Märkten entwickelt?

Vgl Rn 6 iVm Rn 11. Der Anteil von Your Health an Apps im Bereich Gesundheit und Fitness in Österreich stieg (auf Basis der Userzahl) von 25% Ende 2019 auf derzeit 40%.

Die Marktanteile der Konkurrenz blieben unverändert. Zur Frage, wie viel des Anstiegs auf die Contact-Tracing Funktion zurückzuführen sind, liegen Ihnen keine Informationen vor.

Zum Onlinehandel vgl Rn 9. Neuere Daten liegen Ihnen dazu nicht vor.

18. Wie groß ist der Marktanteil von Your Health im Bereich für suchgebundene und nicht-suchgebundene Werbung?

Bei Gesamtbetrachtung aller suchgebundener bzw nicht-suchgebundener Onlinewerbung ist der Marktanteil von Your Health verschwindend gering.

19. Welche Leistungen umfasst konkret die Kooperation zwischen Your Health und Medica SE?

Den Gerüchten zufolge betrifft die Kooperation die Entwicklung des COVID-19 Medikaments, an welcher Medica SE arbeitet. Informationen zu den konkreten Leistungen liegen Ihnen nicht vor, es ist aber davon auszugehen, dass die Kooperation noch in einem Anfangsstadium steckt.

20. Nach welchen Kriterien wählt Your Health die Kooperationspartner aus?

Bitte orientieren Sie sich bei der Argumentation zu dieser Frage ausschließlich an den Informationen im Sachverhalt.

21. Wie hoch ist der Marktanteil von Medica SE auf den genannten Märkten in Österreich bzw auf EWR-Ebene?

Medica SE ist ein Pharmakonzern und bietet keine Fitness- und Gesundheitsapps an. Derzeit werden COVID-19 Medikamente noch von keinem Unternehmen vermarktet. Neben Medica SE und Bioethica gibt es Ihren Informationen zufolge noch ein anderes Unternehmen, das über ein COVID-19 Medikament in einem weit fort geschrittenen Entwicklungsstadium verfügt. Daneben werden für andere Indikationen zugelassene Medikamente immer wieder off-label für die Behandlung von COVID-19 verwendet.

22. Ist Medica SE ein direkter Wettbewerber von Bioethica?

Ja, siehe Frage 21 oben.

23. In Rn 9 werden die EWR-Marktanteile zu Beginn des Jahres 2020 beschrieben. Wie gestalten sich diese nach den in Rn 11 beschriebenen Entwicklungen?

Da in anderen Staaten teils andere Contact Tracing-Apps zur Anwendung kommen, ist der Marktanteil von Your Health im EWR weniger stark gestiegen als in Österreich, und beträgt unabhängig von der Abgrenzung jedenfalls weiterhin unter 10%.

24. In Rn 11 (und 9) werden die Marktanteile der Your Health GmbH sowie der beiden größten Konkurrenten beschrieben. Wie gestalten sich die Marktanteile der nächstfolgenden Konkurrenten?

Gehen Sie davon aus, dass nicht angeführte Wettbewerber (unabhängig vom Segment) Marktanteile von maximal 10% erzielen.

25. Da die Contact-Tracing-Funktion als Teil der App freigeschaltet wird, stellt sich die Frage, wie genau dieser zusätzliche Teil ausgestaltet ist. Wird auf diesem zB ebenfalls Werbung geschaltet und müssen auch für die Funktion des Contract Tracings den Nutzungsbedingungen und somit der Weitergabe der Daten an Dritte zugestimmt werden?

Die mit Contact-Tracing generierten Daten werden laut Nutzungsbedingungen ausschließlich für die in Rn 11 angeführten Zwecke verwendet.

26. Da in der Rn 18 beschrieben wird, dass den Nutzungsbedingungen zugestimmt werden müssen, da sich die App ausschließlich durch (personalisierte) Werbung finanziert, ist fraglich, ob sich die in der Rn 22 beschriebenen Konditionen auf günstigere Preise für die Nutzer beziehen oder ob Your Health selber ein Prozentsatz des Umsatzes zugutekommt.

Die Aussage in Rn 22 bezieht sich auf eine im Markt regelmäßig beobachtete Praxis. Die besonderen Konditionen kommen dem Plattformbetreiber zu. Hinsichtlich der Frage, ob diese Konditionen indirekt den Nutzern zugutekommen, orientieren Sie sich bitte an den Angaben im Sachverhalt. Vgl auch Frage 13.

27. In Rz 6 steht in der ersten Fußnote, dass 700.000 Personen in Österreich Wearables nutzen. Gilt dies für alle Jahre?

Die Zahl bezieht sich auf Ende 2019. Neuere Daten liegen Ihnen nicht vor, es ist aber von keiner wesentlichen Änderung auszugehen.

28. Wird die von Your Health personalisierte Werbung nur innerhalb der App den Nutzern angezeigt oder wird die Werbung auch auf Drittseiten und anderen Apps verbreitet? (Nicht nur, aber z.B. auf Facebook, Instagram, Google, etc.)

Die Nutzungsbedingungen sehen eine Zustimmung zur Zusammenführung der über die App gesammelten Daten mit auf Drittwebsites öffentlich verfügbaren Daten vor (Rn 18). Die Verbreitung der Werbung erfolgt allerdings nur in der Your Health App.

29. Wird in den Nutzungsbedingen von Your Health konkretisiert, welche mittels der App generierten Daten der Nutzer mit deren auf Drittwebsites öffentlich verfügbaren Daten zusammengeführt werden? Werden die Nutzer in den Nutzungsbedingen darüber informiert, mit den Daten welcher Drittwebsites ihre auf Your Health generierten Daten zusammengeführt werden?

Die Nutzungsbedingungen erwähnen alle in Rn 4, 5 des Sachverhalts erwähnten sowie die bei der Suche im Shop der App (Rn 7) generierten Daten. Für manche Daten sind jedoch abweichende Zustimmungsregelungen vorgesehen (Rn 19).

30. Wie hoch sind die Marktanteile von Your Health jeweils in den Bereichen Nahrungsergänzungsmittel und Vitaminpräparate im Onlinehandel in Österreich und wie hoch ist der Marktanteil für Nahrungsergänzungsmittel und Vitaminpräparate im Onlinehandel gemeinsam? Wie hoch sind die Marktanteile von Your Health in den jeweiligen Bereichen Nahrungsergänzungsmittel, Vitaminpräparate, Nahrungsergänzungsmittel und Vitaminpräparate im stationären Handel in Österreich?

Ihnen liegen keine über die in Rn 9 angeführten Daten hinausgehenden Informationen vor.

31. Handelt es sich bei den Unternehmen, die ihre Produkte auf der Your Health-Plattform vertreiben bzw. wie Vitamin-Plus ihre Produkte auf der Plattform vertreiben möchten, ausschließlich um inländische Unternehmen oder sind darunter auch Unternehmen mit

Sitz im EWR-Raum bzw. einem Drittstaat? Falls ja, um welche Staaten handelt es sich dabei?

Es handelt sich um inländische Unternehmen und Unternehmen mit Sitz im EWR (einschließlich Tochtergesellschaften von Konzernen mit Sitz außerhalb des EWR).

32. Rangieren die Produkte, die Vitamin-Plus vertreibt und die Produkte, die auf der Your Health-Plattform vertrieben werden in der gleichen Preisklasse? Kann Your Health Einfluss auf die Preisbildung für Produkte nehmen, die auf ihrer Plattform vertrieben werden, dies zB durch einen Algorithmus?

Auf der Your Health-Plattform werden teils dieselben Produkte (von den Herstellern oder autorisierten Herstellern) verkauft, die auch Vitamin-Plus verkauft. Vgl auch Frage 14. Der Preis beim Verkauf über die Plattform wird teils von Your Health festgesetzt, wenn diese selbst als Händlerin fungiert, teils von den auf der Plattform aktiven Händlern ("marketplace").