



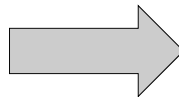
Sitzung des Wissenschaftlichen Beirats des FIW
Düsseldorf, 5.10.2016

Digitale Märkte und 9. GWB-Novelle

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Georg-August-Universität Göttingen

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Datenschutzrecht



Big Data

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Urheberrecht



Digitalkopie

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

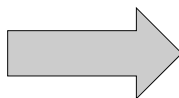
3

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Patentrecht



ein Patent



tausende Patente

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

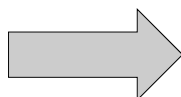
4

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Medienrecht



lineares TV



On-Demand Streaming
und Medienkonvergenz

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

5

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Bürgerliches Recht



71.
DJT
Essen
2016

Arbeitsrecht



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

6

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Kartellrecht?



Anpassung? Sonderkartellrecht? Regulierung?
oder Deregulierung?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

B. Besonderheiten der Internetökonomie

I. Machtkonzentration (Google, Facebook & Co.)

⇒ *Selbstregulierung oder Eingreifen des Staates?*

II. Übergang zu mehrseitigen Märkten

⇒ *Neue, besondere Kartellrechtsregeln erforderlich?*

III. Wachsende Bedeutung von Daten

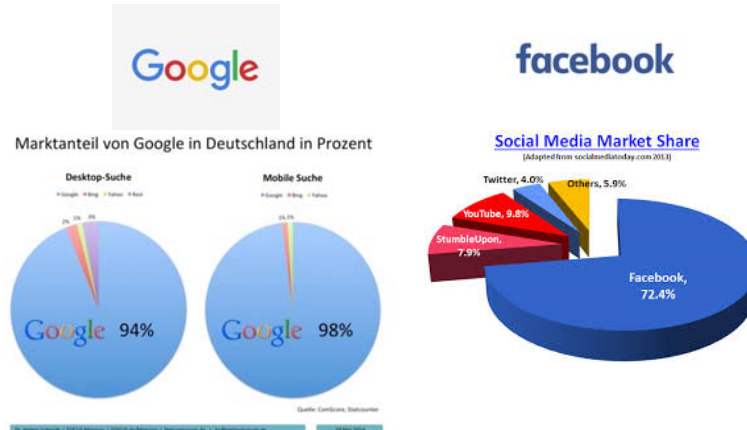
⇒ *Ein Problem (auch) für das Kartellrecht?*

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

8

I. Machtkonzentration

Hohe Marktanteile einzelner Unternehmen



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

9

I. Machtkonzentration

„Monopolisierungstendenz“ bei Märkten der digitalen Ökonomie

1. Skaleneffekte (hohe Fixkosten, Grenzkosten gegen Null)
2. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte (bei sozialen Netzwerken, aber auch bei Suchmaschinen?)
3. Interoperabilität, Kompatibilität => Standardisierung
4. Relevanz von des Zugangs zu Daten
5. nicht zuletzt: wettbewerblicher Erfolg durch gute Produkte

⇒ „Winner-Takes-It-All-Markt“ (natürliches Monopol?)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

10

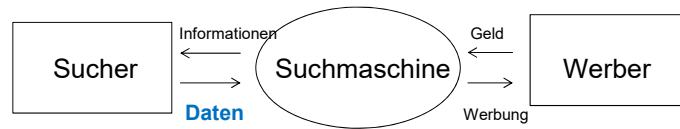
II. Mehrseitige Märkte

Mehrseitige Geschäftsmodelle und “Kostenlos-Kultur”

Traditioneller Markt



Zweiseitiger Markt



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

11

The 5-sided network forming around the Android platform, illustrating network effects



Source: Developer Economics 2011 | www.DeveloperEconomics.com | June 2011
Licensed under Creative Commons Attribution 3.0 License

vision mobile BlueVia

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

■ 12

III. Wachsende Bedeutung von Daten

1. Daten als “Währung des Internet”?

⇒ Hinweis auf die Werthaltigkeit der Daten und die Existenz “nichtmonetärer Märkte”, auf denen in gewisser Weise “Daten gegen Daten” getauscht werden

⇒ aber: Daten sind kein “Geld”!

- Daten grds. nicht knapp / nicht rival
- Daten kann man mehrfach “ausgeben” (Geld nur einmal)
- Wert der Daten/datenbasierter Dienste ist schwer messbar
- Verfügungsbefugnisse an Daten sind oft unklar (insbesondere: Datenschutzrecht regelt nicht das zivilrechtliche “Dateneigentum”!)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

13

III. Wachsende Bedeutung von Daten

2. Daten als “Rohstoff” und Machtfaktoren?

Spannungsfeld: Anhäufung von Daten (einseitig, auf der Basis von Verträgen oder durch Fusionen) **kann Basis sein für**

■ Steigerung von Wettbewerb und Konsumentenwohlfahrt

- Schaffung neuer Produkte/Dienste
- Verbesserung bestehender Produkte/Dienste
- ⇒ Grundsatz der “Datensparsamkeit” muss überdacht werden!

■ oder Machtmissbrauch?

- **Ausschluss** von Wettbewerbern von Märkten, auf denen datenbasierte Dienste angeboten werden (essential facility)?
- **Ausbeutung** oder **Diskriminierung** von Kunden?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

14

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

I. Marktabgrenzung

1. Anerkennung unentgeltlicher Märkte?

⇒ 9. GWB-Novelle 2017: § 18 Abs. 2a GWB-RegE

„Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“

2. Funktionalität der bisherigen Methodik?

- a) **Bedarfsmarktkonzept** („funktionale Austauschbarkeit von Produkten aus der Nachfragersicht“) ist anwendbar, **muss** aber auch **für alle Marktseiten angewendet werden**
- b) **andere, entgeltbasierte Methoden** wie z.B. SSNIP-Test **funktionieren grds. nicht** auf nichtmonetären Märkten

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

3. Ausreichen rein umsatzbezogener Aufgreifkriterien?

Bei Unentgeltlichkeit (z.B. WhatsApp) gibt es keine Umsätze

⇒ keine Fusionskontrolle von *Facebook/WhatsApp* unmittelbar nach deutschem Recht oder EU-Recht möglich

(Komm konnte nur aufgrund einer Verweisung über den Fall entscheiden)

⇒ **Ergänzende / alternative Kriterien für die Fusionskontrolle bei unentgeltlichen Diensten?**

- Ministerentscheidung? (Zypern)
- Marktanteile? (UK, Spanien)
- Transaktionsvolumen? (Vorschlag Monopolkommission)

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

⇒ 9. GWB-Novelle 2017: § 35 Abs. 1a GWB-RegE:

„(1a) Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden auch Anwendung, wenn

1. die Voraussetzungen von Absatz 1 Nummer 1 erfüllt sind,*
2. mindestens ein beteiligtes Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro, aber kein anderes beteiligtes Unternehmen im Inland Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen Euro erzielt hat,
3. **der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt** und
4. mindestens eines der anderen Unternehmen nach Nummer 2 im Inland tätig ist oder voraussichtlich tätig werden wird.“

* d.h. „die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro“ haben

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

II. Marktbeherrschung

Bestehen eines nicht hinreichend durch den Wettbewerb kontrollierten Verhaltensspielraums?

1. **Begrenzte Aussagekraft von Marktanteilen auf Märkten der digitalen Ökonomie**

- **Traditionelle Märkte: Hohe Marktanteile** indizieren Marktmacht (§ 18 Abs. 4 GWB: sogar gesetzliche Vermutung bei $\geq 40\%$)
- **Microsoft-Fälle (2004 und 2009):** Marktanteil $\geq 90\%$ bei Windows über 10 Jahre stabil + kaum Wechselfähigkeit und -bereitschaft der Abnehmer => Marktbeherrschung (+)
- **Microsoft/Skype (2011):** Marktanteil $\geq 90\%$ unbedenklich, wenn Markt dynamisch und hohe Wechselfähigkeit und -bereitschaft der Abnehmer, unentgeltliche Dienste => Marktbeherrschung (-)

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

2. Bedeutung des Preiswettbewerbs tritt zurück

- ⇒ kein Preissetzungsspielraum auf Nullpreismärkten
- ⇒ kein Ausgleich schlechterer Qualität durch Preisnachlass
- ⇒ **Bedeutung von Qualitäts- und Innovationswettbewerb steigt**, d.h. Innovationsspielraum statt Preissetzungsspielraum als Indikator vom Marktmacht: Macht hat, wer auf Innovation verzichten kann, ohne Marktanteile zu verlieren (Bsp.: Microsoft beim MSIE 6, aber bei Internetsuche oder Android anders)

3. Wechselbeziehung der Seiten bei mehrseitigen Märkten

- ⇒ Bsp.: Suchseite und Werbeseite: hoher Suchanteil nützt wenig, wenn Unternehmen keine Werbekunden findet
- ⇒ **bei zweiseitigen Märkten ist eine gewisse Macht grds. auf allen Marktseiten erforderlich**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

19

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

4. Angreifbarkeit von Monopolen in der digitalen Ökonomie?

a) *einerseits* kurze Innovationszyklen, teils „revolutionäre“ Innovationen

- ⇒ ggf. erheblicher Wettbewerbsdruck trotz hoher Marktanteile
- ⇒ *Schumpeterscher* „Wettbewerb um den Markt“ normal
- ⇒ **Drehen des Marktes** möglich und schon oft erfolgt, z.B.
 - > **Soziale Netzwerke**: MySpace ▶ StudiVZ ▶ Facebook ▶ ?
 - > **Suchmaschinen**: AltaVista ▶ Yahoo! ▶ Google ▶ ?
 - > **Mobile OS**: Windows Mobile ▶ Symbian ▶ iOS ▶ Android ▶ ?

b) *andererseits* Skaleneffekte, „tiefe Taschen“ und insbes. „Datenmacht“ als Marktzutrittsschranke?

- ⇒ **Kippen des Marktes** in Richtung unangreifbarer Monopole?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

20

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

- **Daten sind eine wertvolle Ressource, aber sie sind grds. nicht exklusiv => Datenschutz ist grds. keine essential facility**

vgl. KOMM. *Google/DoubleClick (M.4731)*: Es gibt viele „datenreiche“ Unternehmen (z.B. auch Händler, Kreditkartenunternehmen und Banken) und viele Möglichkeiten Daten zu generieren oder zu erwerben

- **Theorie des „uneinholbaren Vorsprungs“ allgemein zweifelhaft**

vgl. *AOL/Time Warner (2000)*: zu sehr dem technischen status quo verhaftete „ex ante-Sicht“?

- ⇒ **Caveat 1: Regulierung hat eine Tendenz, Monopole zu stabilisieren**
- ⇒ **Caveat 2: Kartellrecht darf kein Innovationshindernis werden**
- ⇒ **maßvolle Missbrauchsaufsicht sinnvoll**
- ⇒ **aber keine Anlass für „Zerschlagung“ großer Internetunternehmen**

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

9. **GWB-Novelle 2017: § 18 Abs. 3a GWB-RegE:**

„Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck“.

- ⇒ zu Recht vorsichtig formuliert

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

III. Feststellung von Missbräuchen

- 1. Behinderungsmisbrauch? Nullpreise** auf einer Markt-seite kein Instrument der wettbewerbswidrigen Verdrängung
 - ⇒ vgl. [Eurocities](#) oder [Android vs. Windows Phone](#): Nullpreise sind Ausdruck des Wettbewerbs der Geschäftsmodelle
 - 2. Ausbeutungsmisbrauch? „zu hohe“ Preise** auf der anderen Seite, oft nicht Ausdruck von Machtmisbrauch, da eine Seite notwendig die andere „subventionieren“ muss
 - ⇒ vgl. [Datingbars](#): alle Seiten profitieren von Preisdifferenzierung
- ⇒ **Feststellung eines Missbrauch setzt Analyse aller Marktseiten und ihres Verhältnisses zueinander voraus**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

23

C. Kartellrechtsprobleme und Lösungen

- 3. Facebook-Fall des Bundeskartellamtes: Fordern „zu vieler“ Daten in AGB als Ausbeutungsmisbrauch i.S.d. Kartellrechts?**

Kartellrecht schützt nur den Wettbewerb

- ⇒ bei bloßer Vertragsimparität: **Verbraucherschutzrecht**
- ⇒ bei bloßen Datenschutzverstößen: **Datenschutzrecht**
- ⇒ **nur wenn Marktmacht kausal** für AGB-Akzeptanz ist, kommt ein kartellrechtlich relevanter **Ausbeutungsmisbrauch** in Betracht (sonst allenfalls Behinderungsmisbrauch bei „normativer Kausalität“)
- ⇒ Das **Kartellrecht ist kein „Universalinstrument“** zur Durchsetzung des Datenschutzes oder anderer politischer Ziele!
- ⇒ **Mängel anderer Gesetze** (etwa zu niedrige Bußgelder im Datenschutz) müssen durch Korrektur dieser anderen Gesetze gelöst werden.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

24

D. Fazit

I. Erkenntnisse

- Bei mehrseitigen Märkten sind immer alle Marktseiten einzubeziehen.
- Innovation ist bei digitalen Märkten der entscheidende Wettbewerbsfaktor.
- Tradierte kartellrechtliche Fallgruppen (etwa Preismissbrauch) sind nicht ohne Weiteres auf (mehrseitige) digitale Märkte übertragbar.
- Die Verdrängung von „analogen“ Wettbewerbern ist grds. Ausdruck von funktionierendem Wettbewerb und innovationsbedingtem Strukturwandel.
- Das Kartellrecht schützt nur den Wettbewerb!

II. Folgerungen

- Die Digitalisierung erfordert eine Anpassung der Kartellamtspraxis.
- Eine Änderung des Gesetzesrechts ist dagegen nicht zwingend.
- Ein statisches Sonderkartellrecht für dynamische digitale Märkte oder gar eine ex ante Regulierung wäre offensichtlich der falsche Weg.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)

Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen

Email: Koerber@LS-Koerber.de

www.LS-Koerber.de