



12. OSE Symposium
München, 27.1.2017

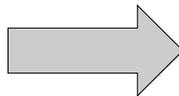
Block 2: Datenkontrolle

**Google, Facebook & Co
und das neue Kartellrecht**

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

**A. Digitalisierung als Herausforderung
an die Rechtsordnung**

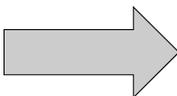
Datenschutzrecht



Big Data

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Urheberrecht



z.B. Digitalkopie,
Leistungsschutzrecht

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

3

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Bürgerliches Recht



71.
DJT
Essen
2016

Arbeitsrecht



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

4

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Kartell- und Regulierungsrecht



Anpassung – Sonderkartellrecht – Regulierung
oder Deregulierung?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

5

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

I. Die Google-Fälle der EU-Kommission

- Fall 39740, **Google Shopping** (Eröffnung: 30.11.10, SO: 20.4.16)
- Fall 40099, **Google Android** (Eröffnung: 15.4.15, SO: 20.4.16)
- Fall 40411, **Google AdSense** (Eröffnung: 4.4.16)

II. Der Zusammenschluss Facebook/WhatsApp

- Beschluss M.7217, **Facebook/WhatsApp** (3.10.14)
- Fall M.8228, **Facebook/WhatsApp** (Bußgeld, Eröffnung: 20.12.16)

III. Google und Facebook vor dem BKartA

- Beschluss B6-126/14, **Google vs. VG Media** (8.9.15)
- Fall **Facebook** (Datenschutz und AGB, Eröffnung: 2.3.16)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

6

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

I. Übergang von bilateralen zu mehrseitigen Märkten (Plattformmärkten)

– Sind neue, besondere Regeln erforderlich?

II. Machtkonzentration (Google, Facebook & Co.)

– Ist das ein Fall für das Kartellrecht oder Regulierungsrecht?

III. Wachsende Bedeutung von Daten

– Sind Daten die “Währung” oder das “Öl” des Internet?

– Was folgt daraus für Behördenpraxis und Gesetzgebung?

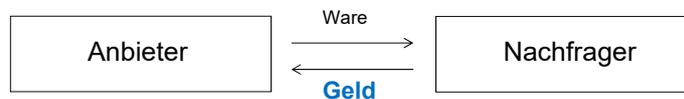
(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

B. Mehrseitige Märkte (Plattformmärkte)

Mehrseitige Geschäftsmodelle und “Kostenlos-Kultur”

Traditioneller Markt

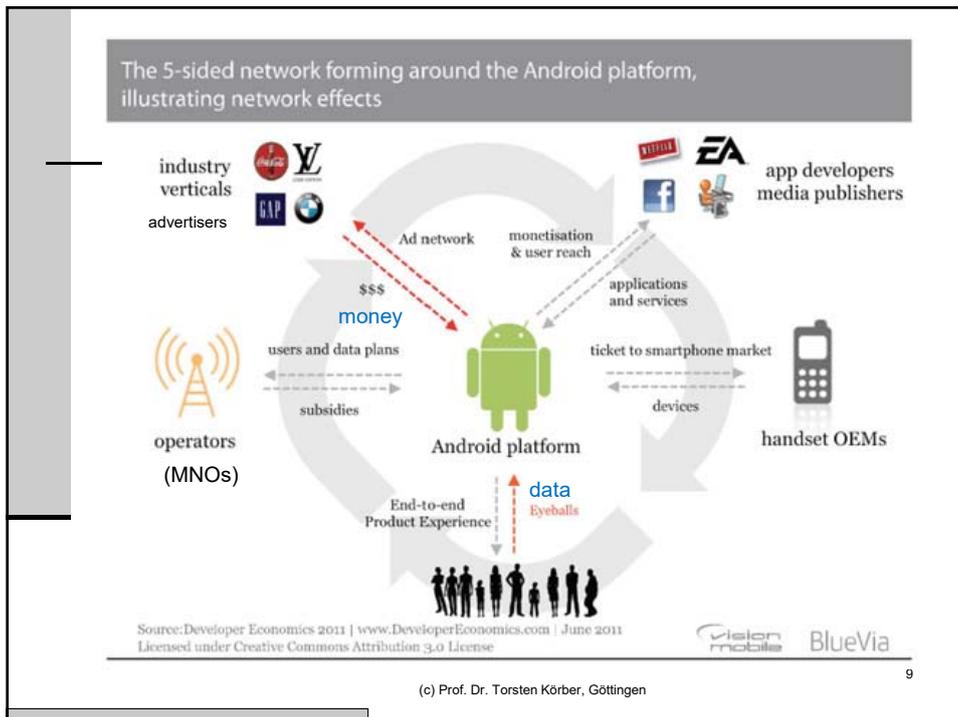


Zweiseitiger Markt



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

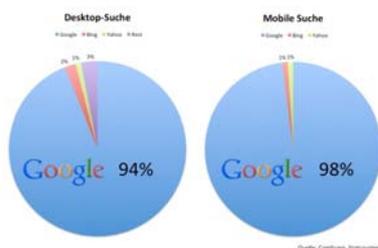
8



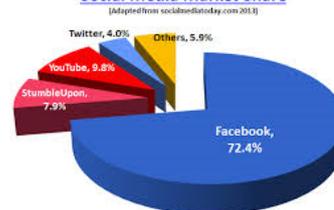
C. Machtkonzentration im Internet?

Hohe Marktanteile *mancher* Plattformunternehmen

Marktanteil von Google in Deutschland in Prozent



Social Media Market Share



- aber: hoher Marktanteil nicht unbedingt = Marktmacht
vgl. z.B. KOMM. Microsoft/Skype (2010).
- oft Konkurrenz, z.B. bei Immo-, Reise-, Hotel-, Datingplattformen

D. Wachsende Rolle von Daten

I. Daten als “Währung des Internets”?

1. Als Hinweis auf die Werthaltigkeit der Daten sinnvoll,

2. **aber: Daten sind kein “Geld”!**

- Daten **weder knapp noch exklusiv** (=> eher “Sonne” als “Öl”).
- Daten können veralten, werden durch Gebrauch aber **weder verbraucht noch abgenutzt**.
- **Datennutzung** durch Empfänger kann (anders als bei Geld) **begrenzt** werden (Zweckbindung)
- Von klassischen **Geldfunktionen** (“Zahlungsmittel”, “Wertaufbewahrungsmittel”, “Recheneinheit”) können Daten allenfalls die erste erfüllen.

D. Wachsende Rolle von Daten

Daten sind kein “Geld” (Fortsetzung)

- **Verfügungsbefugnisse** an Daten sind oft **unklar** (personales Datenschutzrecht regelt nicht abschließend die “sachenrechtliche” Zuordnung der Verfügungsrechte an Daten).
- **Wert der Daten** ist unklar und ebenso wie der Umfang der “Verausgabung” **schwer messbar**:
 - Aus Rohdaten werden erst durch Kombination mit anderen Daten und Verarbeitung wertvolle Erkenntnisse.
 - Welcher Maßstab gilt für den Wert von Daten?
 - Welcher “Datenpreis” ist angemessen?
 - Welchen Wert haben die (monetär kostenfrei geleisteten) Dienste einer Suchmaschine, eines sozialen Netzwerks etc.?

D. Wachsende Rolle von Daten

Vorschriften, die an “Entgeltlichkeit” knüpfen (aber “Geld” meinen) können **nicht ohne Weiteres auf Geschäftsbeziehungen der Datenökonomie übertragen** werden!

- **Problematisch z.B. 71. DJT, Beschluss A.II.15:** “Es ist eine **gesetzliche Regelung** für Verbraucherverträge zu schaffen, welche dem Unternehmer **verbietet**, eine Gegenleistung des Verbrauchers, die nicht in Geld besteht (z.B. **Nutzung von Daten**, die der Verbraucher zur Verfügung gestellt hat), zu nutzen, **solange der Verbraucher zum Widerruf berechtigt ist**“.
 - ⇒ Diese Forderung **verkennt scheinbar den „Echtzeitcharakter“ vieler anmeldefreier, datenbasierter Geschäftsmodelle**. Eine solche Regelung würde z.B. die **spontane Internetsuche praktisch unmöglich machen**.
- **Richtig z.B. WAR der BNetzA:** Differenzierte Sichtweise im Arbeitspapier “Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten“ (15.7.2016)

C. Wachsende Rolle von Daten

II. Daten als “Rohstoffe” und “Machtfaktoren”

1. **Spannungsfeld: Anhäufung von Daten** (einseitig, auf der Basis von Verträgen oder durch Fusionen) **kann Basis sein für**
 - **Steigerung von Wettbewerb und Konsumentenwohlfahrt durch Schaffung oder Verbesserung innovativer Dienste**
 - ⇒ Grundsätze der “Datenvermeidung” und “Datensparsamkeit” (§ 3a BDSG) gehören – da potentiell innovationshindernd – auf den Prüfstand.
 - **oder Machtmissbrauch durch datenreiche Unternehmen**
 - **Ausschluss** von Wettbewerbern von Märkten, auf denen datenbasierte Dienste angeboten werden?
 - **Verdrängung** von Wettbewerbern durch “Nullpreise”?
 - **Ausbeutung** oder **Diskriminierung** von Kunden?

E. GWB-Novelle 2017

I. Anpassung des Kartellrechts

1. Kartellrechtliche Kontrolle unentgeltlicher Märkte

§ 18 Abs. 2a GWB-RegE: "Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung **unentgeltlich** erbracht wird."

⇒ Erweiterung der Kontrollbefugnisse auf Märkte ohne Geldfluss
(anders noch OLG Düsseldorf NZKart 2016, 148, 149 – HRS).

2. Zusammenschlusskontrolle trotz fehlender Umsätze (z.B. Zusammenschluss *Facebook/WhatsApp*)

§ 35 Abs. 1a GWB-RegE: "Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden auch Anwendung, wenn [u.a.] ... der **Wert der Gegenleistung** für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt"

⇒ Erweiterung der Kontrollbefugnisse auf große Zusammenschlüsse mit umsatzlosen Unternehmen wie WhatsApp

E. RegE 9. GWB-Novelle 2017

3. Stärkere Berücksichtigung der Wechselwirkung der Marktseiten bei der Bestimmung von Marktmacht

§ 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**".

⇒ bessere Erfassung der Besonderheiten von Plattformmärkten, Innovationsmärkten und datenbasierten Geschäftsmodellen

E. 9. GWB-Novelle 2017

II. Neue Kompetenz des BKartA zur Durchsetzung des Lauterkeitsrechts gegenüber Internetunternehmen?

Noch nicht im RegE vom 28.9.2016 enthaltene weitere **Planungen von CDU und SPD** für die 9. GWB-Novelle, lt. Presse (21.11.2016):

- Schutz der Verbraucher gegenüber Internetunternehmen bei systematischen und wiederholten Verstößen gegen das UWG
- Befugnis für Sektoruntersuchungen, Einholung von Auskünften und Erlass einstweiliger Anordnungen
- "Bürgertelefon", aber kein Individualanspruch auf Tätigwerden des BKartA
- Vorteilsabschöpfung, aber keine Bußgeldkompetenz des BKartA bzgl. materieller Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht

⇒ Das BKartA als eine Art „Internet-Verbraucherschutzbehörde“?

F. Anwendungsfälle

I. Ist der "Datenschutz" von Google & Co. eine "wesentliche Einrichtung", die mit Konkurrenten geteilt werden muss?

KOMM. *Google/DoubleClick (2008) und Facebook/WhatsApp (2014)*:

- Es gibt **viele „datenreiche“ Unternehmen** (z.B. auch Händler wie Amazon, Banken und Kreditkartenunternehmen) **und viele**
- **Möglichkeiten, Daten selbst zu generieren oder zu erwerben.**
 - Daten sind *eine* wertvolle Ressource, aber sie sind grds. nicht exklusiv
 - "viele Daten" bedeutet nicht automatisch "viel Macht"
 - Erfolg von Google und Facebook basiert wesentlich auf überlegenen Algorithmen und innovativen Produkten

⇒ Der "Datenschutz" ist **keine essential facility** (und muss daher nicht geteilt werden), jedenfalls solange Daten nicht exklusiv sind.

⇒ Teilenmüssen persbez. Daten wäre auch datenschutzrechtlich problematisch.

F. Anwendungsfälle

II. Ist das "Verschenken" von Diensten ein Fall des Behinderungsmissbrauchs ("Kampfpreisunterbietung")?

- *Traditionelle Märkte*: Massenhaftes Verschenken von Ware über längere Zeit indiziert "böse Absichten" (Verdrängung der Wettbewerber, um danach Monopolpreise kassieren zu können)
⇒ Verdrängung der Wettbewerber = Resultat kartellrechtlich verbotener „Kampfpreisunterbietung“
- *Google Maps vs. Eurocities*: Kostenloses Angebot von Google Maps verdrängt zwar (kostenpflichtiges) Angebot von Eurocities. Doch "verschenkt" Google seinen Dienst nicht, die Finanzierung erfolgt nur indirekt über eine andere Marktseite (Werbung).
⇒ Grds. nein: Verdrängung der Wettbewerber = Resultat funktionsfähigen Wettbewerbs der Geschäftsmodelle
(Gleiches gilt z.B. auch für die kostenfreie Lizenzierung von Android)

F. Anwendungsfälle

III. Stellt es eine verbotene Diskriminierung dar, wenn Unternehmen die Kunden unterschiedlich bepreisen?

- *Preisdifferenzierung* ist kartellrechtlich grds. erlaubt, solange sie nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt. Das gilt grds. auch, wenn für die Differenzierung "Big Data" genutzt wird.
- *Preisdifferenzierung bei zweiseitigen Geschäftsmodellen* ist sogar oft funktionsnotwendig und daher kein Ausdruck von kartellrechtswidriger Diskriminierung => es ist besondere Vorsicht gegenüber der Annahme eines Missbrauchs geboten.
Bsp. Datingbars (beide Seiten profitieren von Differenzierung)
⇒ Auch die Feststellung eines Missbrauchs setzt bei mehrseitigen Geschäftsmodellen und Märkten immer die Analyse aller Marktseiten und ihres Verhältnisses zueinander voraus.

F. Praktische Konsequenzen

IV. Stellen reduzierte Darstellung von Medieninhalten bzw. Fordern von "Gratislizenzen" Machtmissbräuche dar?

BKartA *Google/VG Media* (2015); LG Berlin GRUR-RR 2016, 426:

- **Kein Machtmissbrauch durch Begrenzung der Darstellung** auf Überschrift und Hyperlink (da leistungsschutzfrei), wenn der Urheber keine "Gratislizenz" für weitere Inhalte einräumen will
 - ⇒ Google Suche/Google News sind keine essential facilities
 - ⇒ Das Kartellrecht kennt grds. keine Abnahme- und Vergütungspflichten.
- **Kein Machtmissbrauch durch Fordern einer „Gratislizenz“**
 - ⇒ Lizenz wäre auch nicht wirklich "gratis", da die Verbesserung der Auffindbarkeit der Verlagsseiten durch Google einen (mindestens) vergleichbaren Wert hat.

- ⇒ Das Kartellrecht schützt nur den Wettbewerb!
- ⇒ Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche auf Basis des Urheberrechts!
- ⇒ Bei Lücken oder Mängeln anderer Gesetze: Korrektur dieser Gesetze!

F. Praktische Konsequenzen

V. Begründen unangemessene AGB, die vom Nutzer zu viele Daten(rechte) fordern, einen Ausbeutungsmisbrauch?

BKartA *Facebook* (2016, laufendes Verfahren):

- **Was bedeutet "zu viel"?** (Wert der Daten und der Dienste unklar)
 - Selbst wenn Unangemessenheit der AGB nachweisbar wäre:
 - **Ausbeutungsmisbrauch** i.S.d. Kartellrechts **nur, wenn** die **Marktmacht** von Facebook **kausal** für die AGB-Akzeptanz ist
 - bei bloßer Vertragsimparität: **AGB-Recht**
 - bei bloßen Datenschutzverstößen: **Datenschutzrecht**
- vgl. auch § 18 IIa Nr. 4 GWB-RegE: Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten

- ⇒ Das Kartellrecht schützt (bewusst) nur den Wettbewerb!
- ⇒ Außerwettbewerbliche Ziele sollten durch Spezialgesetze und Fachbehörden (z.B. Datenschutzbehörden, Verbraucherverbände) verfolgt werden.

G. Fazit

1. In Bezug auf Digitalisierung, Datenmärkte und Plattformmärkte ist noch umfangreiche weitere **Grundlagenforschung** erforderlich.
2. Das **geltende Kartellrecht** ist gerade wegen seiner generalklauselartigen Struktur flexibel genug, um auch digitale Märkte zu erfassen.
Die im wesentlichen klarstellenden Änderungen der 9. GWB-Novelle sind gleichwohl zu begrüßen.
3. Eine **Anpassung der Kartellrechtspraxis** ist erforderlich.
Eine dynamisch anpassbare Praxis ist besser geeignet, der Dynamik digitaler Märkte gerecht zu werden als statische (und oft politisch motivierte) Gesetze.
4. Das **Kartellrecht schützt nur den Wettbewerb!**
 - Die Verdrängung von *Wettbewerbern* durch innovative digitale Produkte oder Geschäftsmodelle ist legal, solange sie wettbewerbskonform erfolgt.
 - Echte oder behauptete Defizite *anderer Gesetze* (etwa im Bereich Datenschutz oder Urheberrecht) sollten durch Anpassung dieser anderen Gesetze beseitigt werden.



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

Webseite: www.LS-Koerber.de