



GRUR-Bezirksgruppe Berlin

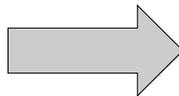
Berlin, 12.12.2016

Wettbewerb in der digitalen Ökonomie Überlegungen im Lichte der 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



z.B. Digitalkopie,
Leistungsschutzrecht

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

3

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Patentrecht



ein Patent



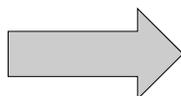
tausende Patente

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

4

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Medienrecht



linearer Rundfunk

All-IP-Welt und
On Demand-Streaming

(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

Kartell- und Regulierungsrecht



Anpassung – Sonderkartellrecht – Regulierung
oder Deregulierung?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

I. Übergang von bilateralen zu mehrseitigen Geschäftsmodellen / Märkten

⇒ *Sind neue, besondere Regeln erforderlich?*

II. Machtkonzentration in der digitalen Ökonomie (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft)?

⇒ *Ist das ein Fall für das Kartell- oder Regulierungsrecht?*

III. Wachsende Bedeutung von Daten

⇒ *Sind Daten die "Währung" oder das "Öl" des Internets? Was folgt daraus für Behördenpraxis und Gesetzgebung?*

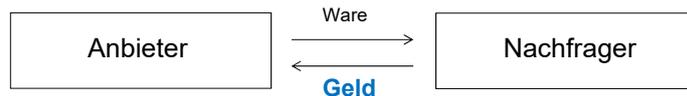
(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

8

B. Digitale Plattformen und Kartellrecht

Mehrseitige Geschäftsmodelle und "Kostenlos-Kultur"

Traditioneller Markt



Zweiseitiger Markt

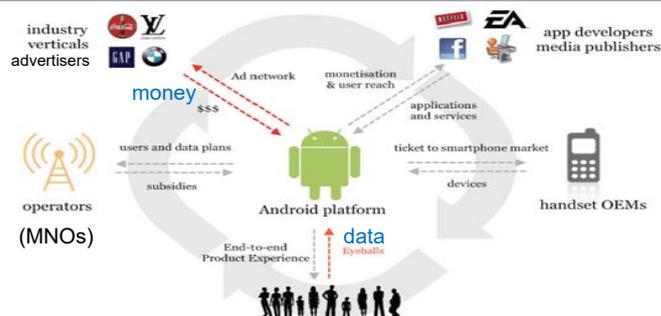


(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

9

B. Digitale Plattformen und Kartellrecht

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



⇒ **Wie können solche Märkte sachgerecht erfasst werden?**

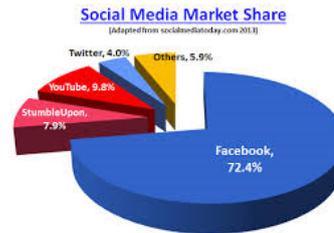
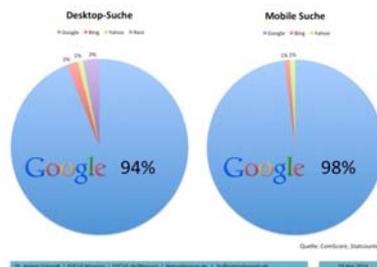
(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

10

C. Machtkonzentration auf Märkten der digitalen Ökonomie?

I. Hohe Marktanteile *mancher* Plattformunternehmen

Marktanteil von Google in Deutschland in Prozent



aber: oft auch rege Konkurrenz und keine Konzentration, z.B. bei Buchungs-, Hotel- und Datingplattformen

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

11

C. Machtkonzentration auf Märkten der digitalen Ökonomie?

II. Wie kommt es zu derart hohen Marktanteilen?

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. Machtmissbräuche: denkbar, aber keineswegs zwingend
6. wettbewerblicher Erfolg durch gute Produkte oder Geschäftsmodelle

⇒ **teilweise „Winner-Takes-It-All-Märkte“, in denen ein (funktionierender) Wettbewerb „um den Markt“ stattfindet**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

12

C. Machtkonzentration auf Märkten der digitalen Ökonomie?

III. Sind hohe Marktanteile in der digitalen Ökonomie überhaupt ein Problem?

1. Begrenzte Aussagekraft von Marktanteilen

- **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 (-)
- **(P) Einordnung der aktuellen Google- und Facebook-Fälle?**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

13

C. Machtkonzentration auf Märkten der digitalen Ökonomie?

2. Angreifbarkeit von Monopolen in der digitalen Ökonomie?

- **einerseits** kurze Innovationszyklen, teils „revolutionäre“ Innovationen
 - ⇒ **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 ▶ ?
- **andererseits** Skaleneffekte, „tiefe Taschen“ und insbes. „Datenmacht“ als Marktzutrittsschranke?
 - ⇒ **Kippen des Marktes** in Richtung unangreifbarer Monopole?
- Theorie des „uneinholbaren Vorsprungs“ zweifelhaft,
 - vgl. *AOL/Time Warner (2000)*: Vorsicht gegenüber zu sehr dem technischen status quo verhafteter „ex ante-Sicht“
 - ⇒ **Missbrauchsaufsicht, aber keine Regulierung / Entflechtung**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

14

C. Machtkonzentration auf Märkten der digitalen Ökonomie?

3. Verbieht das Kartellrecht Marktmacht / Monopole?

- **Das Kartellrecht verbietet nicht „Macht an sich“** (noch nicht einmal Monopole oder Monopolisierung, solange sie das Resultat eines internen Wachstums mit legalen Mitteln ist).
- **Verboten ist** durch § 19 GWB wie Art. 102 AEUV nur der **Missbrauch von Marktmacht**.
- **Keine Bestrafung von Erfolg im Wettbewerb**, denn sonst würde aus dem Wettbewerbsrecht ein „Anti-Wettbewerbsrecht“!

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

15

C. Machtkonzentration auf Märkten der digitalen Ökonomie?

4. Reicht die bestehende Fusionskontrolle aus, um digitale Märkte sachgerecht zu erfassen?

- Die Fusionskontrolle soll kompetitive Strukturen erhalten.
- Sie will nur erhebliche Wettbewerbsbehinderungen verhindern.
- Dafür orientiert man sich **traditionell an den Umsätzen als Indikator für die wettbewerbliche Bedeutung von Unternehmen**.
- In der digitalen Ökonomie gibt es aber bedeutende Unternehmen die **(noch) keine Umsätze** haben (z.B. WhatsApp).
 - ⇒ keine Fusionskontrolle von *Facebook/WhatsApp (M.7217, 3.10.14)* unmittelbar nach deutschem Recht oder EU-Recht möglich (EU-Kommission prüfte erst nach Verweisung)
 - ⇒ **Änderung der Fusionskontrollregelungen erforderlich?**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

16

D. Besonderheiten der Datenökonomie

I. Daten als “Währung des Internets”?

1. Als Bild / 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. Besonderheiten der Datenökonomie

Daten sind kein “Geld” (Fortsetzung)

- **Verfügungsbefugnisse** an Daten sind oft **unklar** (personales Datenschutzrecht regelt “sachenrechtliche” Zuordnung der Daten-Verfügungsrechte nicht!).
- **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.
 - In welcher Einheit kann der Wert von Daten gemessen werden?
 - Welcher “Datenpreis” ist angemessen?
 - Welchen Wert hat die digitale Leistung, die der Nutzer für die Daten erhält (z.B. Internetsuche)?

D. Besonderheiten der Datenökonomie

Beispiel: Verbraucherschutz im BGB

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**“.

- ⇒ Vorschlag verkennt potentiell die Funktionsweise (insbesondere den „Echtzeitcharakter“) vieler datenbasierter Geschäftsmodelle und
- ⇒ könnte datenbasierte Geschäftsmodelle zum Nachteil der Verbraucher unmöglich machen.

D. Besonderheiten der Datenökonomie

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

D. Besonderheiten der Datenökonomie

2. Viele Daten = viel Macht?

- **Datenmenge** als solche ist nicht allein ausschlaggebend, mehr Daten sind zudem nicht nur vorteilhaft (Kosten von Speicherung und Pflege).
- Daten sind i.d.R. **nicht-ausschließliche Güter**.
- **Qualität** der Daten und vor allem der daraus gewonnenen **Erkenntnisse** in Bezug auf konkrete Märkte und Zwecke ist ausschlaggebend.
- Dafür ist Qualität von **Datenbanken** und **Algorithmen** ebenso wichtig.
- Letztlich für den Erfolg ausschlaggebend ist die Qualität der (auch) auf den Daten basierenden **Dienste** (vgl. **Facebook vs. Google+**),
- aber auch des **regulatorischen Umfelds** (was man mit den Daten machen darf).

⇒ Aus „Datenreichtum“ folgt nicht notwendig „Marktmacht“!

E. Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle

I. Kartellrechtliche Kontrolle unentgeltlicher Märkte

9. GWB-Novelle 2017: § 18 Abs. 2a GWB-RegE: „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung **unentgeltlich** erbracht wird.“

⇒ Erweiterung der Kontrollbefugnisse auf nicht-monetäre Märkte

II. Zusammenschlusskontrolle trotz fehlender Umsätze (Facebook/WhatsApp)

9. GWB-Novelle 2017: § 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 umsatzlose Unternehmen

⇒ Fusionen wie *Facebook/WhatsApp* in Zukunft kontrollierbar

E. Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle

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

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“.

⇒ Klarstellung auch dahin, dass Marktmacht nur in Zusammenschau aller Marktseiten festgestellt werden kann

E. Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle

IV. Exkurs: Bundeskartellamt als Verbraucherschutzbehörde gegenüber Internetunternehmen?

- Am 21.11.2016 bekannt gewordene, noch nicht im GWB-RegE enthaltene Planungen von CDU und SPD zum Ausbau des BKartA zu einer Internet-Verbraucherschutzbehörde, lt. Presse:
 - Fokus auf den Schutz der Verbraucher gegenüber Internetunternehmen
 - Befugnis für Sektoruntersuchungen
 - Bürgertelefon
 - aber kein Individualanspruch auf ein Tätigwerden des BKartA

F. Missbrauchsaufsicht: Wettbewerbsschutz oder mehr?

I. Müssen datenreiche Unternehmen ihren Datenschutzz mit anderen teilen?

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

- Es gibt viele „datenreiche“ Unternehmen (z.B. auch Händler wie Amazon, Banken und Kreditkatenunternehmen) und
- Viele Möglichkeiten, (idR nicht exklusive) Daten selbst zu generieren oder zu erwerben.

⇒ Der „Datenschutz“ ist **keine essential facility i.s.d. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB** (und muss daher nicht geteilt werden), jedenfalls solange es sich nicht um exklusive Daten handelt.

⇒ Teilenmüssen personenbezogener Daten wäre auch **datenschutzrechtlich** problematisch (keine Einwilligung gegenüber Empfänger-Unternehmen).

F. Missbrauchsaufsicht: Wettbewerbsschutz oder mehr?

II. Ist das „Verschenken“ von Diensten ein Fall des Behinderungsmissbrauchs („KampfpPreisunterbietung“)?

- **Traditionelle Märkte**: Massenhaftes Verschenken von Ware über längere Zeit indiziert „böse Absichten“ (Verdrängung der Wettbewerber und dann Monopolpreise kassieren)

⇒ Grds. ja: Verdrängung der Wettbewerber = Resultat verbotener „KampfpPreisunterbietung“

- **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 auf einer anderen Marktseite (Werbung)

⇒ Grds. nein: Verdrängung der Wettbewerber = Resultat funktionsfähigen Wettbewerbs der Geschäftsmodelle

F. Missbrauchsaufsicht: Wettbewerbsschutz oder mehr?

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** => besondere Vorsicht gegenüber der Annahme eines Missbrauchs geboten.

Bsp. Datingbars (beide Seiten profitieren von Differenzierung)

=> **Feststellung eines Missbrauch setzt auf mehrseitigen Märkten immer die Analyse aller Marktseiten und ihres Verhältnisses zueinander voraus**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

27

F. Missbrauchsaufsicht: Wettbewerbsschutz oder mehr?

IV. Begründet das Fordern „zu vieler“ Daten in AGB einen Ausbeutungsmissbrauch (Facebook-Fall des BKartA)?

- => **Missbrauch** denkbar; aber ein *kartellrechtlich* relevanter **Ausbeutungsmissbrauch** kommt nur in Betracht, wenn gerade die Marktmacht kausal für AGB-Akzeptanz ist
(d.h. Kunde hat keine Wahl, einen anderen Dienst zu nutzen oder darauf zu verzichten)
- => bei bloßer Vertragsimparität: **Verbraucherschutzrecht**
- => bei bloßen Datenschutzverstößen: **Datenschutzrecht**
- => Das **Kartellrecht** schützt nur den Wettbewerb!
- => 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

28

F. Missbrauchsaufsicht: Wettbewerbsschutz oder mehr?

V. 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 Link (da leistungsschutzfrei), wenn der Urheber keine „Gratislizenz“ für weitere Inhalte einräumen will**
 - ⇒ Google ist keine essential facility für den Internetzugang der Verlage.
 - ⇒ Das Kartellrecht kennt grds. keine Abnahmepflichten („umgekehrte Zwangslizenzen“).
 - **Kein Machtmissbrauch durch Fordern einer „Gratislizenz“**
 - ⇒ Lizenz wäre auch nicht wirklich „gratis“, da die Verbesserung der Auffindbarkeit durch Googles einen (mindestens) vergleichbaren Wert hat.
- ⇒ **Durchsetzung urheberrechtl. Ansprüche auf Basis des Urheberrechts**

⇒ Das Kartellrecht schützt nur den Wettbewerb!

⇒ Bei Lücken oder Mängeln anderer Gesetze: Korrektur dieser Gesetze

G. Fazit

1. In Bezug auf Digitalisierung und mehrseitige 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

www.LS-Koerber.de