



7. L&A-Wettbewerbstag 2019

Wettbewerbsökonomie und Kartellrecht im Dialog

Hamburg, 17. Januar 2019

Das Kartellrecht vor den Herausforderungen der Digitalwirtschaft

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Universität zu Köln

I. Ausgangspunkt

9. GWB-Novelle 2017

eher klarstellend:

- **§ 18 Abs. 2a:** „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung **unentgeltlich** erbracht wird“
- **§ 18 Abs. 3a:** Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken bzgl. **Marktmacht** auch zu berücksichtigen: Netzwerkeffekte (Nr. 1) und damit zusammenhängende Größenvorteile (Nr. 3), Multihoming und Wechselaufwand (Nr. 2), Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (Nr. 4), innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck (Nr. 5)

wirklich neu:

- **§ 32e Abs. 5 u. 6: Sektoruntersuchung** bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen verbraucherrechtliche Vorschriften
- **§ 35 Abs. 1a: Wert der Gegenleistung** von mehr als 400 Mio. Euro ersetzt (teilweise) die umsatzbezogenen Aufgreifkriterien

I. Ausgangspunkt

Koalitionsvertrag 2018, S. 44:

„Dort, **wo erforderlich**, werden wir das **Kartellrecht modernisieren**, um exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft zu schaffen. Dazu gehören auch die **Verfahrensbeschleunigung** und eine **Neufassung der Marktabgrenzung**, um der Entwicklung der Plattformökonomie Rechnung zu tragen und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft sicherzustellen. Dazu werden wir die **Marktbeobachtung** verstärken und durch spezialisiertes **Personal** intensivieren.

Unser Ziel sind starke deutsche und europäische Akteure der Plattformökonomie, deshalb wollen wir vorhandene **Hemmnisse abbauen**. Wir setzen uns für ein **level playing field** ein, dazu gehören auch die Rechte von Beschäftigten und Verbrauchern. Dazu werden wir die Mitwirkung der Plattformen einfordern“.

II. Marktabgrenzung

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

- Methodik der Marktabgrenzung?
 - Erfassung der Mehrseitigkeit?
 - Nullpreise => Ersatz für SSNIP?
- Aufmerksamkeit oder Daten als „Gegenleistung“?
- Produktüberschneidungen / Produktdifferenzierung
- Hohe Marktdynamik durch Innovationen

II. Marktabgrenzung

Google Shopping (Komm. 39740, 27.6.2017)

- **Umstellung** von „Product Search“ auf „Shopping“ im Verfahren
- Ist die Nichteinbeziehung von **Amazon** richtig?

Google Android (Komm. 40099, 18.7.2018)

- **Fünfseitiger Markt** mit mehreren unentgeltlichen Seiten
- Markt für OS-Lizenzierung gegen Geld oder Wettbewerb mobiler Ökosysteme? Ist die Nichteinbeziehung von **Apple iOS** richtig?

Facebook (BKartA, Anfang 2019)

- Abgrenzung des Marktes für **soziale Netzwerke**,
- insbesondere: viele partielle **Überschneidungen** zwischen Internetdiensten, z.B. LinkedIn, Instagram, WhatsApp, YouTube ...

⇒ **Marktabgrenzung deutlich komplexer als bisher**

III. Marktbeherrschung

- Geringere Rolle hoher **Marktanteile** (Marktdynamik)
 - **Unentgeltlichkeit** => **Multihoming** möglich
 - **Innovation statt Preis** als zentraler Wettbewerbsfaktor
=> Innovationsspielraum statt Preissetzungsspielraum?
 - **Netzwerkeffekte**: Berücksichtigung der **Wechselwirkungen** zwischen den Marktseiten
 - gesteigerte Bedeutung von wettbewerbsrelevanten Daten
- ⇒ alles bereits in § 18 Abs. 3a GWB adressiert
- ⇒ (wie bei Marktabgrenzung) eher Rechtsanwendungsproblem als Problem unzureichender Gesetze

IV. Machtmissbrauch

- **Datenbestände als „essential facilities“?**
 - **Zugangsverweigerung außerhalb e.f. als Missbrauch?**
 - **Diskriminierungsverbot oder Gleichbehandlungspflicht?**
 - vgl. Google Shopping / Google Android
 - **Nullpreise / Flatrates: Innovation oder „Predation“?**
 - Google: Indexierung, Suche, Android Lizenzierung kostenlos
 - Amazon Prime, Netflix: Innovation oder Marktverschließung?
 - **„Vorsprung durch Rechtsbruch“ (Facebook)**
 - Verstoß gegen AGB-/Datenschutzrecht als Missbrauch?
 - Kompetenz und Zuständigkeit der Kartellbehörden?
 - Kausalitätserfordernis bei Ausbeutung/Behinderung?
- ⇒ **Mehr Wettbewerb durch stärkere Eingriffe des Staates?**

V. Abhilfemaßnahmen

- **Microsoft Media Player (Komm. 37792, 24.3.2004)**
 - „Windows N“ ohne Media Player zum gleichen Preis wie komplettes Windows mit Media Player
 - **Google Android (Komm. 40099, 18.7.2018)**
 - Android-Lizenzierung ohne Search/Chrome, aber kostenpflichtig
 - aber: finanzieller Anreiz für Vorinstallation von Search und Chrome
 - **Facebook (BKartA, 2019)?**
 - auch weniger Daten und dann Kostenpflicht?
 - Verbot eines innovativen und bei den Konsumenten beliebten Geschäftsmodells?
- => Sollte es Aufgabe der Kartellbehörden sein,**
- Produkte und Geschäftsmodelle umzugestalten (MS, Google)?
 - Datenschutzrecht oder AGB-Recht durchzusetzen (Facebook)?

VI. Reformansätze

„Neufassung der Marktabgrenzung“?

- Neuen **Methoden**, z.B. anstelle des SSNIP-Tests?
- **Verzicht** auf Marktabgrenzung?
- **Rückschluss** von „nicht leistungsgerechtem Verhalten mit Verdrängungswirkung“ auf Marktbeherrschung?

„Neue“ Marktbeherrschungskriterien?

- „**Intermediationsmacht**“ in § 18 Abs. 3a GWB?

Absenkung der Interventionsschwelle?

■ **allgemein?**

- Weiterentwicklung von § 19 GWB parallel zu Art. 102 AEUV
- § 20 GWB bereits strenger als EU-Recht (relative Marktmacht)
- Ansatz: KMU-Bezug in § 20 Abs. 1 GWB (wieder) streichen

■ **für „Märkte, die zum Tipping neigen“?**

VI. Reformansätze

Machtmissbrauch / Abhilfemaßnahmen

■ Datenbezogener Missbrauch / Zugang zu Daten

- „Daten (von Großunternehmen) für alle“?
- Anspruch in Bezug auf „nebenbei geschöpfte“ Daten?
- Anspruch in Bezug auf exklusive Daten via § 20 GWB?
- Bezugspunkt: Rohdaten, Erkenntnisse oder Algorithmen?

■ Regelung gegen „systematischen Aufkauf von kleinen innovativen Start-up-Unternehmen“ in § 36 GWB?

Verfahrensbeschleunigung

- Feste Fristen für Missbrauchsaufsicht (wie FuKo)?
- Ausbau des einstweiligen Rechtsschutzes?

Experimentierklauseln?

VII. Fazit

- Den Kartellbehörden sollte Zeit gelassen werden, **Erfahrungen** mit den neuen Regelungen der 9. Novelle 2017 zu **sammeln**.
- **Schutzlücken**, die dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufwerfen, sind **nicht ersichtlich**.
- „**Zu wenig Regulierung**“ ist sicher **nicht der Grund** für den **Rückstand** Europas in Bezug auf die digitale Plattformwirtschaft.
- **Generalklauseln** sind gerade in einem dynamischen Feld wie der Digitalökonomie **besser** als (schnell überholte) Spezialregelungen.
- (Vermeintliche) **Lücken** können in der Regel (besser) **durch spezielle** (bestehende) **Gesetze**, z.B. UWG, Datenschutzrecht oder AGB-Recht **adressiert** werden, die zudem idR keine Marktmacht voraussetzen.
- **Kartellrecht und Kartellbehörden** sollten sich auf das konzentrieren, was sie am Besten können: den **Schutz des Wettbewerbs**.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

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

Email: Koerber@LS-Koerber.de

www.LS-Koerber.de