

Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?

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

1

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Datenschutzrecht

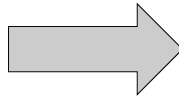


Big Data

2

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Urheberrecht



Digitalkopie

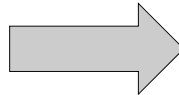
3

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Patentrecht



ein Patent



tausende Patente

4

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

Kartellrecht?



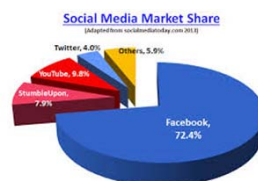
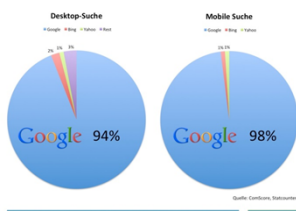
Anpassung? Sonderkartellrecht? Regulierung?

5

A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

I. Hohe Marktanteile einzelner Unternehmen

Marktanteil von Google in Deutschland in Prozent



II. "Kostenlos-Kultur" des Internets

... und trotzdem hohe Gewinne von Google und Facebook

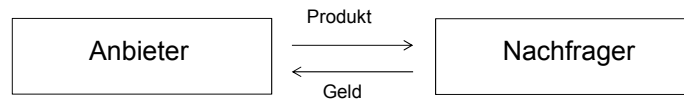
=> Indizien für einen Machtmissbrauch?

6

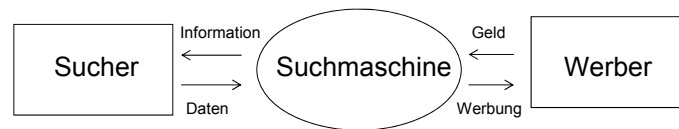
B. Besonderheiten der Märkte der digitalen Ökonomie

I. Zweiseitige Märkte als Grundlage der “Kostenlos-Kultur”

Traditioneller Markt



Zweiseitiger Markt



7

B. Besonderheiten der Märkte der digitalen Ökonomie

II. Monopolisierungstendenz von Märkten der digitalen Ökonomie

1. Wettbewerblicher Erfolg durch gute Produkte
2. Interoperabilität, Kompatibilität => Standardisierung
3. Skaleneffekte (hohe Fixkosten, Grenzkosten gegen Null)
4. Direkte und indirekte Netzwerkeffekte

⇒ „Winner-Takes-It-All-Markt“

⇒ Wettbewerb um den Markt

8

B. Besonderheiten der Märkte der digitalen Ökonomie

III. Innovation als Triebfeder dynamischen Wettbewerbs

Innovation statt Preis als wichtigster Wettbewerbsfaktor

⇒ kurze Innovationszyklen, teils „revolutionäre“ Innovationen

⇒ „Drehen des Marktes“ möglich und bereits oft erfolgt, z.B.

➤ MySpace ▶ StudiVZ ▶ Facebook ▶ ?

➤ AltaVista ▶ Yahoo! ▶ Google ▶ ?

➤ Windows Mobile ▶ Symbian ▶ iOS ▶ Android ▶ ?

⇒ erheblicher Wettbewerbsdruck trotz sehr hoher Marktanteile

9

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

I. Marktabgrenzung

1. **Ausgangspunkt: Bedarfsmarktkonzept** („funktionale Austauschbarkeit von Produkten aus der Nachfragersicht“)
2. **Digitalisierung => Konvergenz und Transportkosten gegen Null** => tendenziell weite Marktabgrenzung geboten
3. **Zweiseitige Märkte**
 - **Abgrenzung beider Marktseiten** erforderlich (z.B. Such- und Werbemarkt)
 - **Berücksichtigung der Verbindungen der Marktseiten** bei Marktmacht- und Missbrauchsanalyse

10

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

I. Marktabgrenzung (Fortsetzung)

4. Besonderheiten

- Annahme eines Marktes i.S.d. Kartellrechts bedarf entgegen BKartA keiner Entgeltlichkeit
- preisbezogene ökonomische Methoden wie der SSNIP-Test funktionieren ggf. nicht bei zweiseitigen Märkten

5. Fazit

- Anpassung der Kartellamtspraxis notwendig
- keine Anpassung des Gesetzesrechts erforderlich
- Modernisierung der Bekanntmachung zur Marktdefinition von 1997

11

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

II. Marktbeherrschung

Bestehen eines nicht hinreichend durch den Wettbewerb kontrollierten Verhaltensspielraums?

1. **Hohe Marktanteile** indizieren auf traditionellen Märkten Marktmacht (§ 18 Abs. 4 GWB: sogar gesetzliche Vermutung bei $\geq 40\%$), aber

begrenzte Aussagekraft auf Märkten der digitalen Ökonomie:

- **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 => Marktbeherrschung (-)

12

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

II. Marktbeherrschung (Fortsetzung)

2. gesteigerte Bedeutung anderer Faktoren, insbesondere von **geistigen Eigentumsrechten** und **Nutzerdaten**
 3. **zweiseitige Märkte**: Marktbeherrschung grds. auf beiden Marktseiten erforderlich (z.B. Suche und Werbung)
 4. **Aktuelle Fälle**
 - **Google Search**: hoher Marktanteil, aber geringe Wechselkosten
 - **Facebook**: starke Netzwerkeffekte, aber ggf. schon wieder „out“
 - **Android**: intensiver Wettbewerb und Marktzutritt
- ⇒ **dynamische Gesamtbetrachtung erforderlich**

13

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

II. Marktbeherrschung (Fortsetzung)

5. **Fazit**
 - **EU**: **keine Gesetzesänderungen**, nur Anpassung der Praxis
 - **In Deutschland** ggf. Anpassung von
 - **§ 18 Abs. 3 GWB** (Faktoren für Bewertung der Marktstellung)
 - **§ 18 Abs. 4 GWB** (Marktbeherrschungsvermutung)
 - **Exkurs: Zusammenschluss Facebook/WhatsApp**
 - 600 Mio. Nutzer + 19 Mrd. US\$ Kaufpreis
 - aber nur geringe Umsätze von WhatsApp
 - Ergänzung der (bisher umsatzbezogenen) **Aufgreifkriterien** um Marktanteile oder – besser – Transaktionsvolumen?

14

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

III. Machtmissbrauch

1. Fallgruppe kartellrechtswidrige Koppelung

- Wettbewerb durch **Produktinnovation** oder Machtmissbrauch bei Integration neuer Funktionen?

*EU-Microsoft-Fall (2004) und EU-Suchmaschinenfall (2014)
vs. US-IBM-Fall (1978) und US-Microsoft-Fall (2001)*

2. Fallgruppe Preismissbrauch

- **zweiseitige Geschäftsmodelle** erfordern Zusammenschau beider Marktseiten
- Verdrängung traditioneller, kostenpflichtiger Anbieter ist oft Ausdruck eines Wettbewerbs der Geschäftsmodelle

15

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

III. Machtmissbrauch (Fortsetzung)

3. Folgerungen

- tradierte Fallgruppen nicht ohne Weiteres übertragbar
- Schutz des Innovationswettbewerbs im Mittelpunkt
- Verdrängung von Wettbewerbern grds. Ausdruck von funktionierendem Wettbewerb und Strukturwandel

4. Fazit

- Anpassung der Praxis notwendig
- keine Änderung des Gesetzesrechts erforderlich
- kein statisches Sonderkartellrecht für dynamische Märkte

16

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

IV. Abhilfemaßnahmen

1. Kartellrechtliche Verfügung nur bei Machtmissbrauch

- Bußgeld, Untersagung und positive Verhaltensanweisung möglich (Art. 7 VO 1/2003, § 32 GWB),
- als ultima ratio auch Entflechtung
- aber **keine Entflechtung wegen „Größe an sich“**

2. Ex ante-Regulierung?

- praktisch kaum realisierbar
 - tendenziell innovationshemmend
 - widerspricht globalem Charakter des Internets
- ⇒ **weder praktikabel noch sinnvoll**

17

C. Konsequenzen für das Kartellrecht

IV. Abhilfemaßnahmen (Fortsetzung)

3. Lösungsansätze im Detail

- **keine Steuerung/Ersetzung des Innovationswettbewerbs** durch kartellbehördliche Verfügungen
- **Begrenzung von Datenmacht** durch Verbesserung von Transparenz und Konsumentensouveränität

4. Kartellrecht dient (bewusst) nur dem Schutz des Wettbewerbs

- ⇒ **kein „Universalinstrument“** zur Lösung von Digitalisierungsproblemen anderer Rechtsgebiete, z.B. des Datenschutzes
- ⇒ vor allem auch **kein Instrument der Industriepolitik** zum Schutz von (heimischen) Unternehmen vor Wettbewerb!

18

**Perspektiven des Wirtschaftsrechts:
Kartellrecht, Versicherungsrecht, europäisches Wirtschaftsrecht,
Bank- und Kapitalmarktrecht**

**Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!**

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