



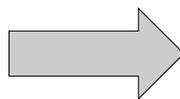
**Symposium 60 Jahre ZUM**  
München, 4.11.2016

Die Ökonomie digitaler Plattformen:  
**Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen  
und adäquate Regulierungsstrategien**

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

### Medienrecht



linearer Rundfunk

All-IP-Welt und  
On Demand-Streaming

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

4

## A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

### Bürgerliches Recht



71.  
DJT  
Essen  
2016

### Arbeitsrecht



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

5

## A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

### Kartell- und Regulierungsrecht



Anpassung – Sonderkartellrecht – Regulierung  
oder Deregulierung?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

6

## A. Digitalisierung als Herausforderung an die Rechtsordnung

### I. Übergang von bilateralen zu mehrseitigen Märkten

⇒ *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?*

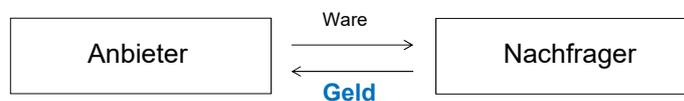
(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

7

## B. Digitale Plattformen und Kartellrecht

### Mehrseitige Geschäftsmodelle und "Kostenlos-Kultur"

#### Traditioneller Markt

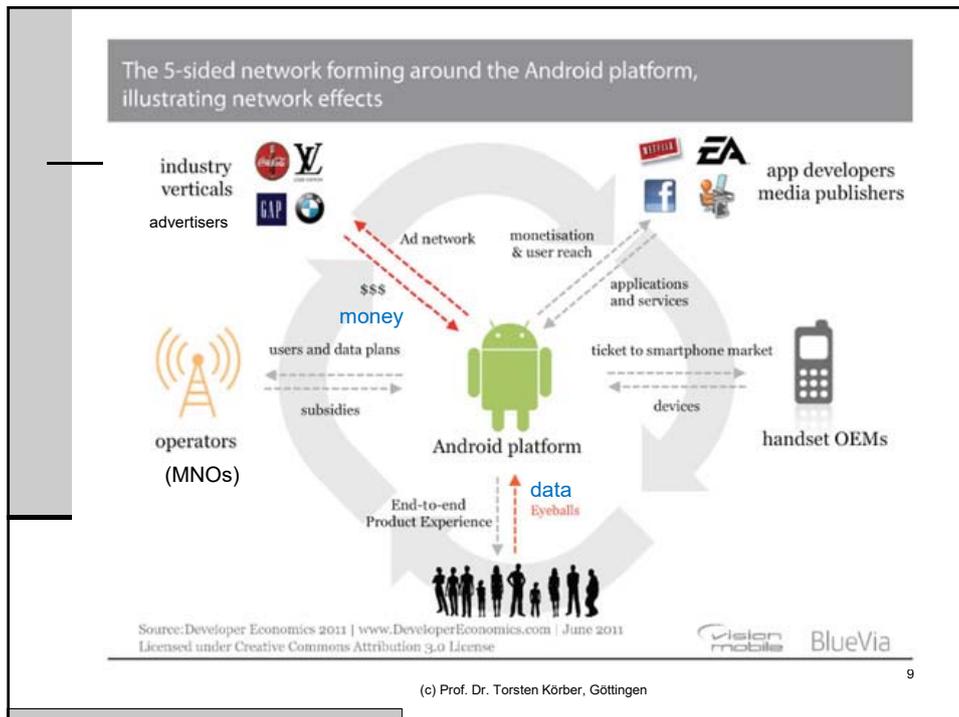


#### Zweiseitiger Markt



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

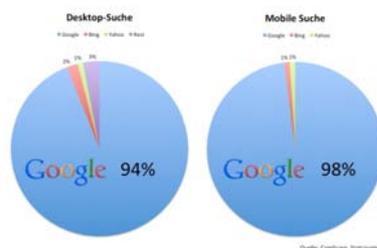
8



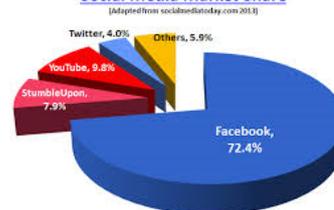
## B. Digitale Plattformen und Kartellrecht

### Hohe Marktanteile *mancher* Plattformunternehmen

Marktanteil von Google in Deutschland in Prozent



Social Media Market Share



- aber: hoher Marktanteil nicht unbedingt = Marktmacht
- oft Konkurrenz, z.B. bei Immo-, Reise-, Hotel-, Datingplattformen

## B. Digitale Plattformen und Kartellrecht

### => Anpassung des Kartellrechts

#### 1. 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.“

⇒ Klarstellung der deutschen Praxis

#### 2. 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 des Bundeskartellamtes

## B. Digitale Plattformen und Kartellrecht

### 3. 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, dass Marktmacht nur in Zusammenschau aller Seiten festgestellt werden kann, weil diese sich gegenseitig beeinflussen

## B. Digitale Plattformen und Kartellrecht

### 4. Keine Entflechtung ohne Missbrauch

Entflechtung wegen „Größe an sich“ ist nach dem GWB aus guten Gründen nicht möglich. Marktmacht ist nicht verboten, nur ihr Missbrauch (=> keine Bestrafung wettbewerblichen Erfolgs!)

### 5. Anpassung der Kartellamtspraxis zur Feststellung von Missbräuchen erforderlich

#### a) Ausbeutungsmissbrauch durch zu hohe/differenzierte Preise?

Grds. nein, z.B. Datingbars => Preisdifferenzierung Männer/Frauen funktionsnotwendig, transparent und für beide Marktseiten vorteilhaft

#### b) Behinderungsmissbrauch durch Nullpreise auf einer Marktseite?

Grds. nein, z.B. Eurocities vs. Google Maps => Verdrängung traditioneller Unternehmen ist Ausdruck des Wettbewerbs der Geschäftsmodelle (traditionell/kostenpflichtig vs. mehrseitig/werbebasiert) und nicht einer wettbewerbswidrigen „Kampfpreisunterbietung“.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

13

## C. Regulierung datenbasierter Plattformen

### I. Daten als “Währung des Internet”?

#### 1. Als Bild und Hinweis auf die Werthaltigkeit der Daten sinnvoll,

#### 2. aber: Daten sind kein “Geld”!

- Daten sind grds. **weder knapp noch exklusiv** (=> eher Sonne als Öl).
- Daten können veralten, werden durch ihren Gebrauch aber **weder verbraucht noch abgenutzt**.
- **Datennutzung** durch Empfänger kann **begrenzt** werden (Zweckbindung).
- **Verfügungsbefugnisse** an Daten sind oft **unklar** (Datenschutzrecht regelt “sachenrechtliche” Zuordnung der 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.
  - Welcher “Datenpreis” ist angemessen? Welchen Wert hat die digitale Leistung, die der Nutzer für die Daten erhält (z.B. Internetsuche)?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

14

## C. Regulierung datenbasierter Plattformen

### 3. Sind Vorschriften, die an "Entgeltlichkeit" knüpfen (aber oft "Geld" meinen) auf datenbasierte Plattformen übertragbar?

#### ■ Verbraucherschutz im BGB (z.B. Widerrufsrecht)

**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**".

- ⇒ Die Regelung **verkennt**, wenn man sie wörtlich nimmt, die Funktionsweise (insbesondere den „Echtzeitcharakter“) vieler datenbasierter Geschäftsmodelle.
- ⇒ Sie würde bei Anwendung auf Dienste wie Google Suche, Google Maps oder Facebook zu geradezu absurden Ergebnissen führen
- ⇒ und letztlich diese und viele andere datenbasierte Geschäftsmodelle zum Nachteil der Verbraucher unmöglich machen.

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

15

## C. Regulierung datenbasierter Plattformen

#### ■ Gleichstellung von Geld und Daten als Gegenleistung für digitale Inhalte

**Art. 3 I 1 des Entwurfs der Digitale-Inhalte-RL, COM(2015)634:**

Verbraucher zahlt „Preis oder andere Gegenleistung in Form personenbezogener oder anderer Daten“ (s. aber auch Art. 6 II lit. a)

- **Gleichstellung von Daten mit Geld problematisch**, u.a. wegen bestehender Unklarheiten bei der rechtlichen Zuordnung und Wertbestimmung von Daten;
- **Annahme eines Synallagma problematisch:**
  - ⇒ Rechtsbeziehungen oft eher Dauerschuldverhältnisse
  - ⇒ Darf Verbraucher „gezahlte“ Daten weiter selbst nutzen? Darf er sie auch Dritten liefern?
  - ⇒ Haftet Verbraucher für die Bereitstellung falscher Daten?

⇒ **keine gesetzliche Regelung, bevor man Funktionsweise und Besonderheiten datenbasierter Plattformen wirklich verstanden hat**

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Göttingen

16

## C. Regulierung datenbasierter Plattformen

### 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?

## C. Regulierung datenbasierter Plattformen

1. **Ist der „Datenschatz“ von Google & Co. eine nicht duplizierbare „wesentliche Einrichtung“ (essential facility), 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 Kreditkatenunternehmen) **und**
  - **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 „Datenschatz“ ist **keine essential facility** (und muss daher nicht geteilt werden), jedenfalls solange es sich nicht um exklusive Daten handelt.
- ⇒ Teilenmüssen persbez. Daten wäre auch datenschutzrechtlich problematisch.

## C. Regulierung datenbasierter Plattformen

### 2. Begründen unangemessene AGB, die von den Nutzern zu viele Daten(rechte) fordern, einen Ausbeutungsmissbrauch?

BKartA Facebook (2016, laufendes Verfahren):

⇒ Was bedeutet „zu viel“? (Wert der Daten und der Dienste unklar)

⇒ Selbst wenn Unangemessenheit der AGB nachweisbar wäre:

- **Ausbeutungsmissbrauch** i.S.d. Kartellrechts **nur, wenn** die **Marktmacht** von Facebook **kausal** für die AGB-Akzeptanz ist
- bei bloßer Vertragsimparität: **AGB-Recht**
- bei Datenschutzverstößen: **Datenschutzrecht**

⇒ vgl. § 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.

## C. Regulierung datenbasierter Plattformen

### 3. Stellen reduzierte Darstellung von Medieninhalten bzw. Fordern von „Gratislizenzen“ Machtmissbräuche dar?

BKartA Google/VG Media (2015):

- **Kein Machtmissbrauch durch Begrenzung der Darstellung auf „leistungsschutzfreie“ Links und „Snippets“, 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“**

⇒ die Lizenz wäre auch nicht wirklich „gratis“, da die Werbeleistung Googles vermutlich 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

## D. Fazit

1. Es ist umfangreiche weitere **Grundlagenforschung** erforderlich.
2. Staatliche Regulierung setzt grds. **Marktversagen** voraus.  
Ein solches Marktversagen ist bisher nicht erkennbar, geschweige denn erwiesen.
3. Wenn der Markt versagt, sollten zunächst die **Fachbehörden** aktiv werden – und zwar grds. jede in ihrem Bereich.  
Das gilt besonders für digitale Märkte; flexible, ökonomisch fundierte Praxis entspricht der Dynamik des Internet i.d.R. besser als statische, oft „politisierte“ Gesetzgebung.
4. Erst wenn dies nicht ausreicht, kommt eine am konkreten Problem orientierte **fachgesetzliche Regelung** in Betracht.  
Eine solche Regelung sollte möglichst offen, verhältnismäßig und innovationsfreundlich sein => keine ex ante-Regulierung, kein Entflechtungsgesetz.
5. Für ein umfassendes **Digitalgesetzbuch** oder eine **Digitalbehörde** besteht derzeit weder hinreichendes Grundlagenwissen noch Bedarf.



**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](mailto:Koerber@LS-Koerber.de)