

# *Big Data*-Geschäftsmodelle im Kartellrecht

---

Internet und Wettbewerb – Ringvorlesung Kartellrecht

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Dr. Carsten Grave

3. Dezember 2015

# Überblick

---

- > Begriff “*Big Data*”
- > Beispiele
- > Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
- > Fusionskontrolle
  - > Verfahrensrechtliche Aspekte in der Fusionskontrolle
- > Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen
  - > Verfahrensrechtliche Aspekte der Kartellverfolgung
- > Ausblick

# Begriff “*Big Data*”

---

- > Kein Rechtsbegriff
- > Sehr große digitale Datensätze im Besitz von Unternehmen, Regierungen und anderen großen Organisationen, die mittels Algorithmen intensiv analysiert werden, oft in Echtzeit (oder nahezu)
  - > Alte Welt (Papier): Aufwand für Erhebung, Speicherung – und vor allem späteres Auffinden prohibitiv hoch → Niemand hat alles aufgehoben.
  - > Neue Welt I (Computer): Aufwand für Erhebung und Speicherung sinkt dramatisch, Computer hilft beim (Wieder-)Finden → Aufheben beginnt sich zu lohnen.
  - > Neue Welt II (*Big Data*): Aufwand für Erhebung, Speicherung und Auffinden nahe Null – und Analyse lässt neue Produkte entstehen.
- > Big Data als
  - > Rohstoff
  - > Vermögenswert
  - > Machtfaktor
  - > Wettbewerbsparameter ?

# Beispiele: Google

---

“We don’t have better algorithms. We just have more data.”  
(Google Research Director Peter Norvig)

[...]

# Beispiele: Amazon

Wird oft zusammen gekauft



*i* Einer der beiden Artikel ist schneller versandfertig. [Details anzeigen](#)

- Dieser Artikel:** Kartellrecht: Ein Studienbuch (Kurzlehrbücher für das Juristische Studium) von Volker Emmerich Taschenbuch EUR 42,90
- Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Kartellrecht Broschiert EUR 10,90

Kunden, die diesen Artikel gekauft haben, kauften auch

**Fälle zum Kartellrecht**  
(Juristische Fall-Lösungen)  
Christian Alexander  
Taschenbuch  
EUR 22,90

**Wettbewerbs- und Kartellrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und...**  
> Fritz Rittner  
Broschiert  
EUR 31,99

**Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Kartellrecht**  
★★★★☆ 34  
Broschiert  
EUR 10,90

**Unlauterer Wettbewerb**  
(Kurzlehrbücher für das Juristische Studium)  
Volker Emmerich  
★★★★★ 1  
Taschenbuch  
EUR 29,80

**Kartellrecht (Grundrisse des Rechts)**  
Tobias Lett  
Taschenbuch  
EUR 29,80

# Beispiele: Kfz-Versicherung (1)

## Finanzen

FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG

MITTWO

### Versicherungs-Box im Auto zeigt: Frauen fahren besser

Wer vorsichtig fährt, kann jetzt bei der Kfz-Versicherung sparen. Ein digitaler Beifahrer überwacht den Fahrstil. Ein erstes Ergebnis: Für Frauen wird es billiger.

pik./sibi. FRANKFURT, 17. November. Warum müssen rasante und leichtsinnige Autofahrer bei der Kfz-Versicherung eigentlich genauso viel zahlen wie sehr vorsichtige? Obwohl sie, statistisch gesehen, viel mehr Schaden verursachen? Dieses Missverhältnis wollen einige Versicherer gerade ändern. Sie installieren deshalb technische Vorrichtungen in den Autos, die Telematik-Boxen heißen und mit denen man den Fahrstil des Autofahrers kontrollieren kann. Wer vorsichtig fährt, bekommt später einen Teil seiner Versicherungsprämie zurück.

Die Sparkassen Direktversicherung in Düsseldorf, die vor etwa zwei Jahren die erste in Deutschland war, die mit 1000 Kunden ein entsprechendes Pilotprojekt begonnen hat, konnte jetzt bemerkenswerte Ergebnisse präsentieren. Vor allem eine Hälfte der Bevölkerung hat durch den kleinen Kasten im Auto profitiert: die Frauen. Sie mussten dank Telematik-Box deutlich weniger für ihre Autoversicherung zahlen als die Männer. „Durch die fahrverhaltensabhängige Versicherungsprämie erhielten die Frauen mehr Rabatt als die Männer

**Wunsch und Wirklichkeit**

Umfrage: Glauben Sie, dass Frauen oder Männer bei der Untersuchung des Fahrverhaltens das bessere Ergebnis erzielen?

Frauen fahren besser	30%
Männer fahren besser	40%
Kein Unterschied	30%

**Ergebnis:** So viele Autofahrer erreichten mit einer Box im Auto, die das Fahrverhalten misst, genug Punkte für einen Rabatt von der Versicherung

Frauen	75%
Männer	65%
Bis 25 Jahre	20%
25 bis 54 Jahre	64%
Alter als 54 Jahre	75%

Quelle: Sparkassen Direktversicherung / Foto: Picture Alliance/FAZ-Grafik, Walter

*Diese Zeiten sind vorüber.*

# Beispiele: Kfz-Versicherung (2)

---

„Wie aber hat man dabei überhaupt gemessen, was als „gutes“ Fahren zu bezeichnen ist?

Versicherungsvorstand Cramer erklärt, vier Komponenten flößen in den „Score“ ein, der über die Höhe der Versicherungsprämie entscheidet: 40 Prozent mache das Fahrverhalten aus. Minuspunkte gibt es dabei für harsche Beschleunigungen und allzu plötzliches Bremsen. 30 Prozent werden durch die Geschwindigkeit bestimmt. Minuspunkte gibt es immer, wenn man die Geschwindigkeitsbeschränkung um mehr als 20 Prozent überschreitet – also wenn auf der Autobahn Tempo 120 vorgeschrieben ist, registriert die Telematik-Box ab Tempo 144 einen Malus für den Fahrer. Zu jeweils 20 und 10 Prozent fließt außerdem ein, ob ein Fahrer überdurchschnittlich viel nachts fährt oder viel in der Stadt unterwegs ist, wo es häufiger kracht als auf dem Land.

**Nach ähnlichen Prinzipien hat inzwischen eine Handvoll Wettbewerber ähnliche Modelle eingeführt.“**

(FAZ vom 18. November 2015 – Hervorhebung nur hier)

# Beispiele: *Flashlight App* (1)



## Superhelle LED Taschenlampe

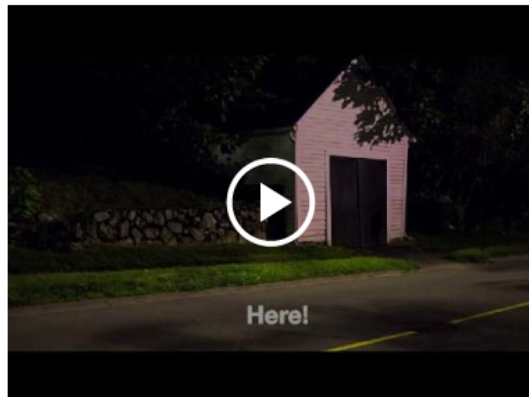
Surpax Inc. Effizienz

★★★★★ 6.074.018

Alle Stufen

Zur Wunschliste hinzufügen

Installieren



Die Taschenlampe verwandelt dein Gerät sofort in eine RICHTIGE Taschenlampe! Die ultimative Beleuchtungs-App, die das LED-Licht des Gerät voll ausnutzt. Strobe/Blinking Mode is also supported and it's FREE!



# Beispiele: *Flashlight App* (2)

### What information we collect

Our primary purpose in collecting information is to provide you with a safe, efficient and customized experience and to provide you with Services and features that better meet your needs or requests.

#### 1. Personal Information

We do NOT collect any Personal Information about you. "Personal Information" means personally identifiable information, such as your name, email address, physical address, calendar entries, contact entries, files, photos, etc.

#### 2. Non-Personal Information

We collect non-personal information about your use of our Apps and aggregated information regarding the usages of the Apps. "Non-Personal Information" means information that is of an anonymous nature, such as the type of mobile device you use, your mobile devices unique device ID, the IP address of your mobile device, your mobile operating system, and information about the way you use the Applications.

### How we use your information we collect

#### 1. Personal Information.

We do NOT collect and use Personal Information in any way.

#### 2. Non-personal Information.

Generally non-personal information is used internally to monitor and improve the Services, to perform analyses of the behavior of our user to measure user demographics and interests, to describe our services to third parties such as advertisers and to analyze how and where best to use our resources. We do not combine Non-Personal Information with Personal Information.

### How we share the information we collect

#### 1. Personal Information.

We do NOT collect and share Personal Information in any way.

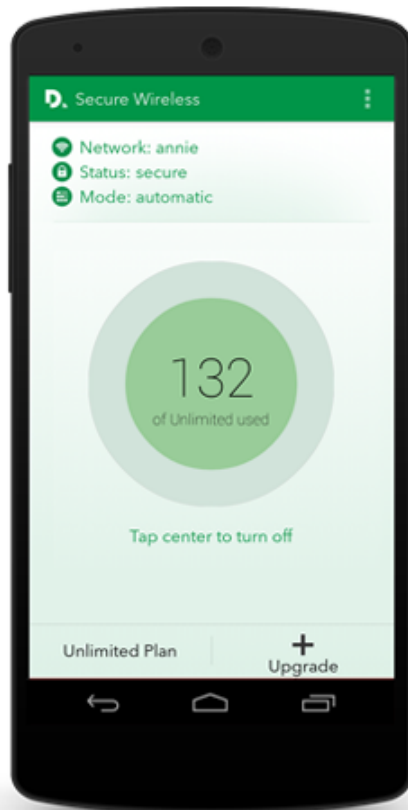
#### 2. Non-personal information.

We accept advertisements from Third Parties ad networks which may be displayed in our Apps. We may share certain information with third-party advertisers, ad networks and ad platforms ("Advertising Entities") to develop and deliver targeted advertising in the Apps. We may also allow Advertising Entities to collect non-personal information within the Services which they may share with us, including your device identifier, device type, device brand, device model, network type, device language, and IP address. Advertising entities may also collect non-personal information related to the performance of the advertisements, such as how many times an advertisement is shown, how long an advertisement is viewed, and any click-throughs of an advertisement.

# Beispiele: *Disconnect for Android* (1)



Products About us



## Disconnect Secure Wireless

- 🚫 A new, smarter VPN that stops wireless eavesdropping over Wi-Fi, 3G, and 4G
- ⚠️ Stop the biggest mobile trackers from collecting your info
- 🔄 Protection from thousands of malvertising threats



Available now on Android

# Beispiele: *Disconnect for Android* (2)



[Products](#) [About us](#)

Google just banned our new Android app before it even launched  
Another example of why privacy friendly alternatives to the Play Store are critically important

Posted on August 28, 2014

This post is about more than our new app, Disconnect Mobile, being arbitrarily removed by Google from the Play Store Tuesday, five days after it went live and prior to doing any PR announcement. This post is really about Google's disregard for user privacy and security, their ability to arbitrarily and unilaterally ban any app from the world's dominant mobile operating system (78% of total smartphones run Android), and the importance of alternative Android distribution platforms that support privacy and security.

Our part in this story began two days ago. As our small team excitedly prepared for the imminent PR launch of our mobile privacy apps for iOS and Android, our CTO Patrick Jackson [received this email](#) from Google, notifying us that they'd removed the application from the Play Store after only five days.

The [term our app allegedly violated](#), 4.4, and the very brief description of the reason was so vague and overly broad that every app in the Play Store, even Google's own applications, could be alleged to be in violation! With terms like this, Google can ban any app for no good reason at all.

This isn't the first time that we've been blocked from launching a privacy app in the Play Store. In early 2013, after nine months of development on a previously conceived version of our Android product, Google announced that they were pulling the ability to automatically set a localhost proxy, which our product and other privacy apps relied on.

Because of that experience, we took every precaution with our new app ([like with our existing Android apps](#)) not to utilize any technology that wasn't clearly documented and actively supported by Google. The banned app utilizes the VpnService API that has been made publicly available by Google since at least 2011. Thousands of other applications utilize the same API.

# Missbrauch von Marktmacht: Zur Erinnerung (1)

---

- > Marktbeherrschung
  - > Abgrenzung des relevanten Marktes
    - > Sachlich relevanter Markt
    - > Geographisch relevanter Markt
  - > Keinem wirksamem Wettbewerb ausgesetzt
    - > Definition
      - > Fähigkeit, sich unabhängig von Abnehmern, Lieferanten und Wettbewerbern zu verhalten (?!?)
      - > Fähigkeit, auf Dauer Preise über dem hypothetischen Wettbewerbsniveau zu erzielen
  - > Indikatoren
    - > Marktanteil, Marktanteils-Abstand und Marktstruktur
    - > Markteintrittsbarrieren

## Missbrauch von Marktmacht: Zur Erinnerung (2)

---

- > Missbrauch
  - > Fallgruppen
    - > Ausbeutung: Überhöhte Preise
    - > Marktverschließung: Treuerabatte, Ausschließlichkeitsbindungen, Kampfpreise, Liefer-/Zugangsverweigerung (*essential facilities*)
    - > Diskriminierung

# Missbrauch von Marktmacht: Marktabgrenzung

---

“*Markt?* Das ist doch kein *Markt*. Das ist doch umsonst !”

- > Traditionelle Sicht: Markt nur, wenn Gegenleistung des Abnehmers in Geld (und nur wenn es ein Markt ist, kann man den auch beherrschen)
  - > Fernsehen: Werbemärkte vs. Zuschauer-“Märkte”
    - > (Das ist bei Tageszeitungen anders: auch der Leser zahlt.)
- > Plattformen und zweiseitige Märkte
  - > Gab es schon: Tageszeitungen.
  - > Eine Seite zahlt nichts. Gab es auch schon: Fernsehen. (Zuschauer zahlen mit Erträgen der Werbung? Mit “Aufmerksamkeit”?)
    - > Beispiel für “disruptive Geschäftsmodelle” ohne *Big Data*: “20 Minuten Köln” (siehe [wikipedia.de](http://wikipedia.de) – “Kölner Zeitungskrieg” m.w.N.)
  - > Neu: Nutzer “zahlen” mit ihren Daten.
    - > Google als Suchmaschine: (i) Anzeigenkunden zahlen Geld (und erhalten evtl. Daten), (ii) Nutzer zahlen kein Geld (aber übermitteln Daten)

# Missbrauch von Marktmacht: Marktabgrenzung (2)

---



## Hinweise zum Datenschutz bei Google

Scrollen Sie nach unten und klicken Sie auf "Ich stimme zu", wenn Sie bereit sind, zur Suche weiterzugehen, oder sehen Sie sich weitere Optionen auf dieser Seite an.

---

### Nutzungsdaten, die wir verarbeiten, wenn Sie Google-Dienste nutzen

- Wenn Sie zum Beispiel auf Google Maps nach einem Restaurant suchen oder sich ein Video auf YouTube ansehen, verarbeiten wir Informationen zu diesen Aktivitäten, wie das angesehene Video, Geräte-IDs, IP-Adressen, Cookie-Daten und Standortinformationen.
- In unserer Datenschutzerklärung finden Sie [weitere Erläuterungen](#) zu den von uns verarbeiteten Daten.
- Wir verarbeiten derartige Informationen auch, wenn Sie Apps oder Websites nutzen, die Google-Dienste wie Werbeanzeigen, Analytics oder den YouTube-Videoplayer verwenden.

# Missbrauch von Marktmacht: Marktabgrenzung (3)

- > Wechselwirkungen zwischen den beiden betroffenen Märkten
- > Entscheidung, ob beides ein “Markt” regelmäßig nicht erforderlich.
  - > Marktmacht besteht oft auf beiden Seiten – oder auf keiner.
  - > Außer: “Ausbeutung” der anderen, nicht zahlenden Seite – siehe unten.
- > Neuere Entscheidungspraxis: zwei “Märkte”
  - > Kommission, 3. Oktober 2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, Rz. 13 ff. (zu Kommunikationsdienstleistungen)
  - > Bundeskartellamt, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 1. Oktober 2015, Hintergrundpapier:

„Für die Kartellrechtsprüfung könnte es sinnvoll sein, „Geld-unentgeltliche“ Leistungen von Plattformen als Marktbeziehungen im Hinblick auf den einheitlichen wirtschaftlichen Zweck der mehrseitigen Tätigkeit anzusehen – unabhängig davon, auf welcher/n Seite/n die profitabelste monetäre Bepreisung erfolgt. Verlangt also die Plattform von einer Nutzerseite für ihre Leistung keine Gegenleistung in Geld, könnte für diese Seite **dennoch ein Markt angenommen werden**, weil und soweit sie mit einer zahlungspflichtigen Nutzerseite verknüpft ist. Dies gilt z.B. für die Missbrauchsprüfung, **bei der das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber der nicht zahlenden Nutzergruppe mangels Marktbeziehung nur über eine Drittmarktkonstruktion erfasst werden könnte.**“ (Hervorhebung nur hier)



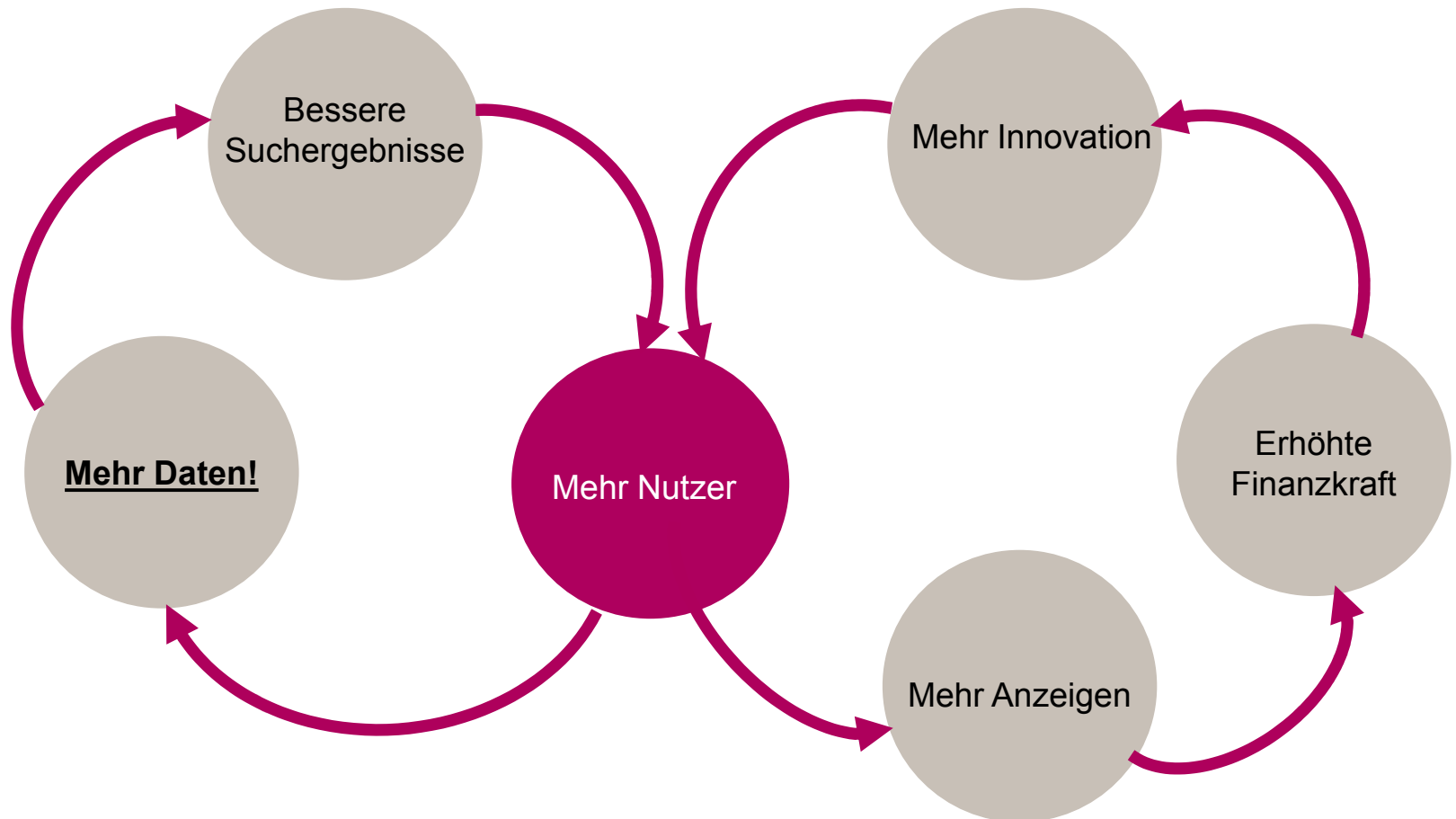
# Missbrauch von Marktmacht: Marktbeherrschung (1)

---

- > Messung von Marktanteilen ohne Umsatzerlöse? – Siehe auch unten zu den Umsatzschwellen in der Fusionskontrolle.
- > Netzwerkeffekte
  - > Keine Schadenstheorie, eine Beobachtung.
  - > Besondere Gefahr
    - > „Kippen“ eines Marktes zu Gunsten des Marktführers
    - > Uneinholbarer Vorsprung des Marktführers
    - > Dauerhafte Marktbeherrschung, evtl. sogar ein faktisches Monopol
- > Aber nicht gleichzusetzen mit *Big Data*. Nur: Rolle von *Big Data* für die Netzwerkeffekte beachten.

## Missbrauch von Marktmacht: Marktbeherrschung (2)

### Beispiel Google



## Missbrauch von Marktmacht: Marktbeherrschung (3)

---

Wesentlicher Indikator für Marktmacht, wenn ...

- > Innovation
- > Netzwerkeffekte
- > *leapfrog competition*

Nicht Marktanteil, sondern „Bestreitbarkeit“. → Markteintrittsschwellen im Fokus.

# Missbrauch von Marktmacht: Marktbeherrschung (4)

---

## *Leapfrog competition*

Interview mit dem Präsidenten des Bundeskartellamts, Andreas Mundt, Frankfurter Rundschau, 3. Juni 2011:

*Aber es gibt ja nicht nur eine Fusionskontrolle, sondern auch eine Missbrauchsaufsicht über dominante Konzerne.*

Zweiter Punkt: Das sind extrem dynamische Märkte. Vor ein paar Jahren hätten Sie mich gefragt: Wann machen sie endlich mal was gegen MySpace? Nun hat MySpace seine Marktposition sehr schnell an Facebook verloren. Bevor wir da aktiv werden, überlegen wir uns, ob das schon nötig ist. Wenn es ein konkretes Problem durch einen Missbrauch gibt, dann gehen wir dem auch nach. Bei Google, gegen das es Vorwürfe gibt, seine Suchmaschinenergebnisse zum Nachteil von Wettbewerbern auszulegen, geschieht das derzeit durch die Europäische Kommission in Abstimmung mit uns sowie anderen Wettbewerbsbehörden.

Also ist die Geschwindigkeit der Entwicklung in diesen Märkten nicht nur Teil der Lösung, sondern auch Teil des Problems?

## Missbrauch von Marktmacht: Marktbeherrschung (5)

---

*Big Data* als Markteintrittsbarriere?

- > Ein uneinholbarer Vorsprung? Verdiente Früchte der Arbeit?
- > „... *just more data*“? – Siehe oben.
- > Gesetz des abnehmenden Grenznutzens – auch bei Nutzerdaten (dazu gleich).
- > Nicht-Rivalität der Nutzer von Nutzerdaten, jedenfalls bei *multi-homing* – anders als bei Rohstoffen und Infrastrukturen.
  - > Facebook, LinkedIn, Xing (OpenBC)
  - > Interessante *property rights*-Fragen ...
- > *User lock-in*, da Datenvorrat/“Geschichte“ nicht übertragbar?

## Missbrauch von Marktmacht: Marktbeherrschung (4)

---

Gesetz des abnehmenden Grenznutzens

[...]

# Missbrauch von Marktmacht: Missbrauch (1)

---

Datenvorrat als *essential facility*?

- > Nicht: Ist die Google-Suchmaschine eine *essential facility*?
- > Zugang zum Datenvorrat als Rechtsfolge?
- > Analoges Problem zum Zugang zu Patenten:
  - > Schutz des Wettbewerbs oder Schutz der Innovation (und ihrer Früchte)
  - > Statischer oder dynamischer Wettbewerb
  - > Nutzer heute oder morgen ?!?
- > Beispiele
  - > Google: Daten über Suchanfragen, Suchergebnisse und deren Resonanz bei Nutzern
  - > Amazon: Kaufhistorie eines Nutzers

## Missbrauch von Marktmacht: Missbrauch (1)

---

- > „Missbräuchlicher“ Umgang mit Nutzerdaten als Ausbeutungsmisbrauch?



# Missbrauch von Marktmacht: Missbrauch (2)

## Facebook speichert auch, was Nutzer nicht posten

Schon mal einen Facebook-Beitrag in letzter Sekunde zurückgezogen? Vergessen ist er damit noch lange nicht – das US-Unternehmen merkt sich sämtliche Tastatureingaben. Und ist darauf mächtig stolz.

12   1611   41

Von Tina Kaiser in New York



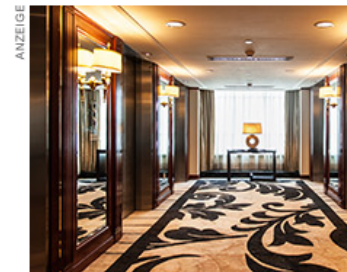
Foto: AFP

Nicht alles, was Facebook kann, taucht auch in den Datenschutzbestimmungen auf.

"Habe gerade mit meinem Chef auf der Weihnachtsfeier im Klo geknutscht" oder "Sitze total beifft auf dem Sofa und gucke die Schlümpfe" oder "Habe schon wieder diesen doofen Ausschlag" sind Facebook-Statusmeldungen, die man beim nochmaligen Nachdenken hoffentlich doch nicht postet, sondern wieder löscht.

Verschwunden und vergessen sind die unveröffentlichten Posts damit trotzdem nicht: Facebook merkt sich auch Tastatureingaben, die wir niemals veröffentlichen. Das soziale Netzwerk

speichert unsere Texte, während wir sie tippen.



ANZEIGE

REISE TIPPS UND TRICKS

Wie finde ich das ideale Hotel für mich?

### MEISTGELESENE ARTIKE

 Wladimir Putin

# Missbrauch von Marktmacht: Missbrauch (3)

---

- > EuGH, 23. November 2006, Rs. C-238/05 – *Asnef-Equifax*:

„(63) Wie zudem der Generalanwalt in Nummer 56 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, sind etwaige Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität personenbezogener Daten, die als solche nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind, nach den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz solcher Daten zu beantworten.“

- > EuGH, 14. März 2013, Rs. C-32/11 – *Allianz Hungária*

„(46) Selbst wenn keine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zwischen diesen Versicherungsgesellschaften vorliegt, wird noch zu prüfen sein, ob die im Ausgangsverfahren fraglichen vertikalen Vereinbarungen unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem sie stehen, eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt für Kfz-Versicherungen erkennen lassen, um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darzustellen.

(47) Dies könnte insbesondere der Fall sein, wenn entsprechend dem Vorbringen der ungarischen Regierung die Rolle, die das nationale Recht den als Versicherungsagenten oder -makler tätig werdenden Vertragshändlern zuweist, deren Unabhängigkeit von den Versicherungsgesellschaften erfordert. Die Regierung führt insoweit aus, dass diese Vertragshändler nicht im Namen eines Versicherers, sondern im Namen des Versicherungsnehmers handelten und die Aufgabe hätten, diesem aus dem Angebot der verschiedenen Versicherungsgesellschaften die für ihn am besten geeignete Versicherung vorzuschlagen. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob unter diesen Umständen und im Hinblick auf die Erwartungen der Versicherungsnehmer das gute Funktionieren des Marktes für Kfz-Versicherungen durch die im Ausgangsverfahren fraglichen Vereinbarungen erheblich gestört werden kann.“

## Fusionskontrolle: Zur Erinnerung

---

- > Anmeldepflicht (“formelle Fusionskontrolle”)
  - > Begriff des Zusammenschlusses
  - > Umsatzschwellen (oder andere Aufgreifkriterien, z.B. Vermögenswerte, Marktanteile)
- > Inhaltliche Prüfung (“materielle Fusionskontrolle”)
  - > Wesentliche Behinderung effektiven Wettbewerbs, insbesondere durch Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung
    - > Marktabgrenzung
    - > Marktanteile und Marktanteils-Addition
    - > Wettbewerbliche Nähe (bei heterogenen Gütern)
    - > Markteintritt und Markteintrittsbarrieren

## Fusionskontrolle: Anmeldepflicht (1)

---

- > Umsatzschwellen
- > Umsatz als Maß für wirtschaftliche Bedeutung
- > Untauglich für Plattformen mit ausgeprägten Netzwerkeffekten – jedenfalls im “frühen Stadium”?

## Fusionskontrolle: Anmeldepflicht (2)

---

> Kommission, 3.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*

3. UNION DIMENSION

(9) The Transaction does not have a Union dimension within the meaning of Article 1(2) or Article 1(3) of the Merger Regulation as the EU turnover of one of the Parties (WhatsApp) amounted to only EUR [...] in 2013.

(10) Nonetheless, the Transaction fulfils the two conditions set out in Article 4(5) of the Merger Regulation since it is a concentration within the meaning of Article 3 of the Merger Regulation and it is capable of being reviewed under the national competition laws of three Member States, namely [...].

- > Transaktionswert: 19 Mrd. US\$
- > Spiegelt – bei Annahme funktionierender Kapitalmärkte – zukünftigen erwarteten Gewinn wieder (und in gewisser Weise auch zukünftige Umsätze. Aber Umsatzschwellen stellen auf Vergangenheit ab. Keine gute Näherung für schnell wachsende Unternehmen?
- > 9. GWB-Novelle: Transaktionswert als Aufgreifschwelle?

# Fusionskontrolle: Materielle Prüfung (1)

---

Analyse von Marktmacht entspricht weitgehend der bei der Prüfung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Aber die "Schadenstheorien" sind anders:

- > Zusammenführen von Datenerzeugung und Datennutzung: uneinholbarer Vorsprung durch die Kombination – oder mit Anstrengung duplizierbar?

Kommission, 11. März 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*:

“(290) Da das Netzwerk des zusammengeschlossenen Unternehmens immer größer und "informationsreicher" würde, würde auch immer mehr Website-Betreiber und Werbetreibende anlocken, bis der Markt schließlich zugunsten des Netzwerks dieses Unternehmens "kippen" und es ihm so ermöglichen würde, den Preis für sein Angebot zu erhöhen. [...]

(365) In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass viele Konkurrenten von Google bereits heute in der Lage sind, Daten bezüglich Suchanfragen und **Daten** über das Surfverhalten von Benutzern **zusammenzuführen**. So betreiben z. B. sowohl Microsoft als auch Yahoo! Suchmaschinen und bieten Ad-serving an. Auch **könnten Konkurrenten Daten** oder Leistungen im Bereich Zielgruppenausrichtung von Werbung von Dritten wie z. B. comScore (einem weltweiten Internet-Informationsanbieter) **kaufen**, was zu **riesigen eigenen Datenbanken mit einer Vielzahl von Nutzungsmöglichkeiten** für das Internet führen würde. Ferner sind Daten auch über Internetdiensteanbieter erhältlich, die das gesamte Online-Verhalten ihrer Benutzer nachvollziehen können, indem sie ihnen zu jeder aufgerufenen Website folgen.“ (Hervorhebung nur hier)

# Fusionskontrolle: Materielle Prüfung (2)

---

- > Fusionsbedingte Verschlechterungen des Schutzes vertraulicher Informationen (Datenschutz als Wettbewerbsparameter!)

Kommission, 14. Mai 2008, COMP/M.4854 – *TomTom/Tele Atlas*:

„(272) Vor der Fusion haben unabhängige Kartenhersteller wie Tele Atlas einen starken Anreiz, sicherzustellen, dass die Informationen der Kunden vertraulich behandelt und nicht an Mitbewerber weitergegeben werden. Tele Atlas schützt sensible Geschäftsinformationen der Kunden mittels Firewalls und Geheimhaltungsvereinbarungen. Der Ruf, ein neutraler Anbieter auf den Navigationsmärkten zu sein, ist für die Erweiterung des Kundenstamms und die Steigerung des Verkaufserlöses von wesentlicher Bedeutung.

**(273) Daher wurde untersucht, ob der Anreiz zum Schutz der vertraulichen Informationen der Kunden auch nach der Fusion noch besteht**, wenn das fusionierte Unternehmen in den Besitz solcher vertraulichen Informationen gelangt.“  
(Hervorhebung nur hier)

## Fusionskontrolle: Verfahrensrecht

---

- > Analyse der Wettbewerbsmechanismen
  - > *Staples/Office Depot* (1997)
  - > Scanner-Daten aus Supermärkten
- > Vorlagepflicht
  - > Interne Dokumente (*document trawl*) – auch einzelne E-Mails (“zur Strategie des Unternehmens”)
  - > Bessere Entscheidungen – aber “Systemkosten” zu hoch?



# Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen: Zur Erinnerung (1)

---

- > Unternehmen (zwei oder mehr)
- > Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise
- > Wettbewerbsbeschränkung
  - > Wettbewerbsverhältnis zwischen den Unternehmen (“horizontale” oder “vertikale” Vereinbarung)
  - > Art der Wettbewerbsbeschränkung (Marktaufteilung, gemeinsamer Einkauf, Preisbindung der 2. Hand etc.)
  - > Marktabgrenzung und Marktanteile
  - > Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung
- > [Auswirkungen auf den Handel innerhalb der EU – und Spürbarkeit dieser Auswirkungen]

## Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen: Zur Erinnerung (2)

---

- > Freistellung
  - > Effizienzvorteile
  - > Beteiligung der Abnehmer oder Verbraucher
  - > Unerlässlichkeit der Beschränkung
  - > Kein Ausschalten des Wettbewerbs

# Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen: Kfz-Versicherungen

---

Kooperation erlauben?

- > Schadenstheorie: Angleichung eines Wettbewerbsparameters
  - > Datenvorrat?
  - > Algorithmus?
- > Austausch des Datenvorrats erlauben? – Gemeinsame Studien sind ständige Praxis.
  - > Entwicklungschancen der kleinen Anbieter verbessern?
- > Austausch des Algorithmus erlauben?

# Verfahrensrecht: Kartellverfolgung (1)

---

- > Beobachtungen
  - > Ehemals mündliche Kommunikation wandert in elektronische Formate ab (E-Mail, WhatsApp, *chatrooms*)
  - > Es wird nichts mehr gelöscht.
  - > Zum Teil betreiben Dritte die Kommunikationsplattform (z.B. *Bloomberg Chat*)
- > Fokus bei Durchsuchungen ändert sich – aus “*dawn raids*” werden “*e-raids*”
- > Ungelöste Rechtsfragen:
  - > Beschlagnahme/Kopieren enormer Datenmengen ohne Sichtung auf
    - > private Korrespondenz
    - > Anwaltskorrespondenz
  - > Server steht im Ausland/Nicht-EU-Ausland
  - > Gelöschte Dokumente

## Verfahrensrecht: Kartellverfolgung (2)

---

Nuix zeigt “entities” (Firmennamen, Email-Adressen) und wertet Häufigkeiten aus:

[...]

## Verfahrensrecht: Kartellverfolgung (3)

---

Aber die Häufigkeit einzelner Wörter:

[...]

## Verfahrensrecht: Kartellverfolgung (4)

---

Und auch “Beziehungsdiagramme”:

[...]

# Ausblick (1)

---

## Datenschutz als Wettbewerbshindernis?

- > Könnten kleinere Suchmaschinen (als Google) oder kleinere soziale Netzwerke (als Facebook) ihre Datenvorräte zusammenlegen?
  - > Möglicherweise Angleichung eines Wettbewerbsparamters, aber auch ...
  - > eine Intensivierung des Wettbewerbs?

Kommission, 18. Februar 2010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search*

219. Additionally, the market investigation has revealed that currently Google enjoys a large competitive advantage compared to other search engines<sup>69</sup> and is perceived as a "must-have" for users. Therefore, it is possible that if the transaction, through the scale effects, leads to a stronger competitor more able to innovate, Google will also have an incentive to keep, or even accelerate, its innovation efforts in the market.

- > Stünde das Datenschutzrecht dem entgegen?



# Ausblick (2)

---

Diskriminierung – zur Diskussion:

- > Fall 1: Der örtliche Wasserversorger erhöht die monatlichen Vorauszahlungen für Kunden (i) mit Wohnsitz in einem bestimmten Stadtteil, (ii) mit einem Lebensalter von weniger als 30 oder mehr als 70, und (iii) die nicht zugleich als Grundeigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Bei diesen Kunden bestehe die – statistisch, aber man bitte um Verständnis – die Gefahr, dass diese die jährliche Ausgleichszahlung nicht leisten könnten.
- > Fall 2: Amazon Marketplace beschließt, Kunden mit den Merkmalen (i) bis (iii) nur noch gegen Vorkasse zu beliefern.

Fragen?

---



## Linklaters LLP

---

Königsallee 49-51

40212 Düsseldorf

Postfach 10 35 41

40026 Düsseldorf

Tel: (+49) 211 22977-0

Fax: (+49) 211 22977-435

Linklaters ist seit dem 1. Mai 2007 eine Limited Liability Partnership (LLP) englischen Rechts. Die Bezugnahme auf Linklaters in diesem Dokument meint Linklaters LLP und ggf. verbundene Gesellschaften weltweit. Linklaters LLP ist eine in England und Wales unter OC326345 registrierte Limited Liability Partnership, die als Anwaltskanzlei durch die Solicitors Regulation Authority zugelassen ist und deren Bestimmungen unterliegt. Der Begriff "Partner" bezeichnet in Bezug auf die Linklaters LLP Gesellschafter sowie Mitarbeiter der LLP oder der mit ihr verbundenen Kanzleien oder sonstigen Gesellschaften mit entsprechender Position und Qualifikation. Eine Liste der Namen der Gesellschafter der Linklaters LLP und der Personen, die zwar nicht Gesellschafter sind, aber als Partner bezeichnet werden, sowie ihrer jeweiligen fachlichen Qualifikation steht am eingetragenen Sitz der Firma in One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England, oder unter [www.linklaters.com](http://www.linklaters.com) zur Verfügung. Bei diesen Personen handelt es sich um deutsche oder ausländische Rechtsanwälte, die an ihrem jeweiligen Standort als nationale, europäische oder ausländische Anwälte registriert sind.

Wichtige Informationen bezüglich unserer aufsichtsrechtlichen Stellung finden Sie unter [www.linklaters.com/regulation](http://www.linklaters.com/regulation).

Bitte beachten Sie, dass die in diesem Dokument enthaltenen Angaben zu Honorarvereinbarungen, Mandanten und Referenzen sowie die Beschreibungen der Beratungstätigkeit vertrauliche Informationen von Linklaters sind und es für einen Zeitraum von vier Jahren ab dem Datum dieses Dokumentes bleiben.