



abida
ASSESSING BIG DATA



BIG DATA AS AN ASSET

DATEN UND KARTELLRECHT

GEFÖRDERT VOM



Bundesministerium
für Bildung
und Forschung

01IS15016A-F

Prof. Dr. Boris P. Paal, M. Jur. (Oxford)
Dr. Moritz Hennemann, M. Jur. (Oxford)

ABIDA - ASSESSING BIG DATA

PROJEKTLAUFZEIT 01.03.2015-28.02.2019



Westfälische Wilhelms-Universität Münster,
Institut für Informations-, Telekommunikations- und
Medienrecht (ITM), Zivilrechtliche Abteilung



Karlsruher Institut für Technologie,
Institut für Technikfolgenabschätzung
und Systemanalyse (ITAS)



Leibniz Universität Hannover
Institut für Rechtsinformatik
(IRI)



Technische Universität Dortmund,
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche
Fakultät (WiSo) Techniksoziologie



Ludwig-Maximilians-Universität München,
Forschungsstelle für Information, Organisation
und Management (IOM)



Wissenschaftszentrum Berlin
für Sozialforschung

Wissenschaftszentrum
Berlin für Sozialforschung



ABIDA - Assessing Big Data

Über das Gutachten

Das Gutachten wurde im Rahmen des ABIDA-Projekts mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung erstellt. Der Inhalt des Gutachtens gibt ausschließlich die Auffassungen der Autoren wieder. Diese decken sich nicht automatisch mit denen des Ministeriums und/oder der einzelnen Projektpartner.

ABIDA lotet gesellschaftliche Chancen und Risiken der Erzeugung, Verknüpfung und Auswertung großer Datenmengen aus und entwirft Handlungsoptionen für Politik, Forschung und Entwicklung.

www.abida.de

© 2018 – Alle Rechte vorbehalten

GLIEDERUNG

1	Einführung	9
1.1	Zielsetzung(en) der Untersuchung	11
1.2	Gang der Untersuchung	12
1.3	Ausgewählte Referenzgebiete	13
1.3.1	Online-Suchmaschinen / soziale Netzwerke	13
1.3.2	Industrie 4.0 / Internet der Dinge	14
2	Grundlagen: Daten und Digitalwirtschaft	15
2.1	Definitionen	15
2.2	Rechtsrahmen	15
2.3	Daten als Wirtschaftsgut	17
2.3.1	Ökonomische und wettbewerbliche Bedeutung	17
2.3.2	Charakteristika von Daten	18
	Nicht-Rivalität	18
	Nicht-Exklusivität	18
	Werthaltigkeit	18
2.3.3	Kategorisierung von Daten	19
	Personenbezug	19
	Herkunft / Qualität	19
	Art der Verwendung	20
	Alter / Aktualität	20
	Nutzungsbefugnisse / Exklusivität	20
	Akkumulation / Verknüpfungs- und Analysepotentiale	21
2.4	Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft	21
2.4.1	Online-Plattformen / zwei- und mehrseitige Märkte	21
2.4.2	Netzwerkeffekte	23
2.4.3	Single- und Multi-Homing	24
2.5	Wettbewerbliche Implikationen	25
2.5.1	Daten als Machtfaktor	25
2.5.2	Qualität und Innovation	26
2.5.3	Schutz der Privatheit	28
3	Interessen und Positionen wesentlicher Akteure	29

3.1	<i>Politik</i>	29
3.2	<i>Behörden</i>	30
3.2.1	EU-Kommission	30
3.2.2	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie	31
3.2.3	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz	31
3.2.4	Bundeskartellamt	32
3.2.5	Monopolkommission	33
3.2.6	Datenschutzbeauftragte	34
3.3	<i>Private Interessengruppen</i>	34
3.4	<i>Zusammenfassung und Bewertung</i>	35
4	Daten und Big Data im Kartellrecht (de lege lata)	36
4.1	<i>Daten(schutz)recht als Vorfrage</i>	36
4.1.1	Zum Verhältnis von Daten(schutz)recht und Kartellrecht	37
4.1.2	Big Data und Daten(schutz)recht	38
4.1.3	Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	39
	Einwilligung.....	40
	Berechtigte Interessen.....	40
	Kopplungsverbot	40
4.1.4	Datenportabilität.....	41
4.1.5	"Dateneigentum"	42
4.2	<i>Eröffnung des kartellrechtlichen Anwendungsbereichs</i>	43
4.3	<i>Unionales Kartellrecht</i>	43
4.3.1	Marktabgrenzung.....	43
	Wettbewerb <i>um</i> Daten.....	43
	Wettbewerb <i>mit</i> Daten.....	45
4.3.2	Marktbeherrschung	47
	Grundlagen	47
	Relevanz des Marktanteils	48
	Datenmacht	49
	Bewusstes Parallelverhalten	52
4.3.3	Marktmachtmissbrauch.....	54
	Grundlagen	54
	Ausbeutungsmissbrauch	54
	Behinderungsmissbrauch	55
	(Preis-)Diskriminierung.....	56
	Wesentliche Einrichtungen (<i>essential facilities</i>)	57
	Interoperabilität	59

4.3.4	Kartellverbot	61
	Grundlagen	61
	Einschränkung der technischen Entwicklung	61
	Informationsaustausch / Datenpooling	62
4.3.5	Fusionskontrolle	63
4.3.6	Außerökonomische Aspekte	66
4.4	Nationales Kartellrecht	66
4.4.1	Marktabgrenzung	66
4.4.2	Marktbeherrschung	68
	§ 18 Abs. 3a GWB: Grundlagen	68
	§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB: Direkte und indirekte Netzwerkeffekte	69
	§ 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB: Parallele Nutzung mehrerer Dienste und Wechselaufwand für Nutzer	69
	§ 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB: Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten	70
	§ 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB: Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten	70
	§ 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB: Innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck	71
	Insbesondere: Datenmacht	72
4.4.3	Marktmachtmissbrauch	72
	Konditionenmissbrauch	72
	Wesentliche Einrichtungen (<i>essential facilities</i>)	76
4.4.4	Kartellverbot	76
4.4.5	Fusionskontrolle	76
4.4.6	Außerökonomische Aspekte	77
4.5	Behördliche Zusammenarbeit	78
4.5.1	Art. 57 Abs. 1 lit. g DS-GVO	78
4.5.2	§ 50c GWB	78
4.6	Zwischenergebnis	79
5	Handlungs- und Regulierungsoptionen (de lege ferenda)	80
5.1	Daten(schutz)recht	80
5.1.1	Zuweisungs- und Zugangsrechte betreffend Daten	80
5.1.2	Reform des Daten(schutz)rechts	82
5.1.3	„Datenvertragsrecht“	83
5.2	Kartellrecht	83
5.2.1	System- und norminduzierte Grenzen	83
5.2.2	Unionales Kartellrecht	84
	Impulse durch die 9. GWB-Novelle	85
	Wesentliche Einrichtungen (<i>essential facilities</i>)	85

Datenportabilität	86
5.2.3 Nationales Kartellrecht	86
5.3 <i>Harmonisierung der Rechtsmaterien</i>	86
6 Resümée und Handlungsempfehlungen	88
Literaturverzeichnis	90

1 EINFÜHRUNG

Die Digitalisierung und die damit verbundenen rasanten technischen Entwicklungen eröffnen und erschließen immer neue Geschäftsfelder und Märkte. So sind einerseits genuin neue Märkte entstanden (wie etwa für Suchmaschinen und soziale Netzwerke), andererseits verändert die Digitalisierung grundlegend auch "klassische" Sektoren (wie etwa das Bankenwesen, die Energiewirtschaft, den Transport- und den Telekommunikationsbereich sowie die Versicherungswirtschaft), die in zunehmendem Maße auf digitale Vernetzung setzen (müssen).¹ Mit diesen Entwicklungen verbunden werden zum einen große Erwartungen (beispielsweise zur Industrie 4.0 oder im Gesundheitswesen) und zum anderen aber auch manche Befürchtungen (so insbesondere zum Datenschutz und zur Privatheit).

Wesentliche Voraussetzung und Treiber für die Geschäftsmodelle sowohl der Digitalwirtschaft als auch der sogenannten Industrie 4.0 sind Daten und die hierauf gestützten Strategien und Analysen, die einen erheblichen Zuwachs erfahren haben. Das Schlagwort Big Data² prägt insoweit seit einiger Zeit und weiter zunehmend auch und gerade die rechtspolitische Diskussion zur und über die Datenwirtschaft. In diesem Sinne ist es allgemein anerkannt, dass die Verarbeitung von Daten inzwischen von herausragender wirtschaftlicher Bedeutung ist. Erhebung und Speicherung, Gewinnung und Verwertung von (großen) Daten(mengen) finden sich mittlerweile in nahezu jedem Unternehmen und in öffentlich-rechtlichen Institutionen sowie in ganz unterschiedlichen Erscheinungsformen. Nicht zuletzt eröffnen Daten bzw. der (wachsende) "Datenschatz" mannigfaltige Chancen zu einer kommerziellen Verwertung. So können Daten bzw. Datenanalysen zur Optimierung der Produktion und Entwicklung, des Vertriebs und des Service sowie zur Personalisierung von Angeboten und allgemein zur Erlangung von Erkenntnissen über Korrelationen verwendet werden.³ Zumindest personenbezogene Daten dienen – über alle Einsatzgebiete hinweg – zumeist der Personalisierung von Angeboten (insbesondere in der Werbung).⁴

Die konkrete "Gewinnung" und die Nutzung von "Daten" sind dabei stets abhängig von der jeweiligen Einsatzform bzw. dem jeweiligen Geschäftsmodell. Entscheidend ist regelmäßig das Vorhandensein einer signifikanten Menge an verfügbaren (oder generierbaren) maschinen- und nutzerbezogenen Daten. Die Verfügbarkeit solcher Datenmengen wird auch und gerade ermöglicht durch verschiedene technische Geräte, die kontinuierlich Daten „produzieren“ – sei es absichtsvoll oder jedenfalls *en passant*. So werden etwa in der Industrie in immer größerem Umfang (personen- und nicht-personenbezogene) Daten von Sensoren erhoben bzw. von Maschinen erzeugt. Gerade neue technologische Entwicklungen, etwa konkret betreffend das Autonome Fahren, das Internet der Dinge und die Industrie 4.0, stehen dabei im Fokus. Gleiches gilt für weitere Dienstleistungen und Angebote der Digitalwirtschaft. Hier werden (vor allem) personenbezogene Daten in immer größerem Umfang erhoben. In diesem Sinne hinterlassen etwa individuelle Internetnutzer von (mobilen) Endgeräten durchgängig "digitale Spuren" unterschiedlicher Art.⁵

¹ Vgl. Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 3 f.

² Grundlegend Meyer-Schönberger/Cukier, Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think, 2013.

³ Siehe hierzu statt vieler Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 9 ff.

⁴ Siehe allgemein zur kommerziellen Nutzung von personenbezogenen Daten Competition & Markets Authority, The commercial use of consumer data (2015).

⁵ Vgl. BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 3 f.

Die hervorgehobene Bedeutung von Daten für den Wettbewerb ist nach dem Vorherigen augenfällig⁶ und zudem grundsätzlich positiv zu bewerten. Denn Daten bzw. die Nutzung von Daten ermöglichen im Ausgangspunkt einen nachhaltigen Innovations- und Qualitätswettbewerb. Allerdings sind auch wettbewerbsgefährdende Potentiale von (wachsenden) Datenbeständen (einiger weniger Unternehmen) im Blick zu behalten. Denn verschiedene "digitale" Märkte sind – nicht zuletzt wegen der spezifischen Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft⁷ – regelmäßig durch marktmächtige Unternehmen geprägt. Stellvertretend seien in Bezug auf die Verwendung von personenbezogenen Daten etwa die GAFA-Unternehmen (i. e. Google, Apple, Facebook und Amazon) genannt. Solche marktmächtigen Unternehmen haben vielfach sowohl Zugriff auf eine große Fülle von bereits erhobenen (personenbezogenen) Daten als auch eine günstige Ausgangsposition zur Erhebung neuer (personenbezogenen) Daten inne. Mit einer entsprechenden "Datenmacht" kann nicht nur eine Marktmacht bestimmter Unternehmen einhergehen, sondern darüber hinaus kann es auch zur Herausbildung von Markt- und Machtkonzentration(en) kommen. Mit solchen Konzentrationen können wiederum grundsätzlich – ab einem bestimmten, gleichwohl *ex ante* schwer exakt bestimmbar Grad – sinkende Innovationsanreize und die Hemmung von Wettbewerbsprozessen einhergehen.⁸ Ebenso ist auf Daten bzw. auf "Datenmacht" gestützte Missbräuche zu achten. Sämtliche dieser Aspekte sind von zentralem Interesse für die vorliegende Untersuchung.

Die vorbenannten Feststellungen zur Digitalwirtschaft mit ihren (positiven wie negativen) Potentialen geben für diese Untersuchung den Anlass, die Domäne des wettbewerbsschützenden Kartellrechts in Bezug auf den Umgang mit sowie die Bedeutung von Daten (und Datenschutz) in den Blick zu nehmen.⁹⁻¹⁰ Bereits an dieser Stelle ist dabei festzuhalten, dass der untersuchungsgegenständliche Themenkomplex von Daten und Wettbewerb eine komplexe Gemengelage von Wettbewerbsfreiheit¹¹, Konsumentensouveränität und (überschießender) staatlicher Regulierung aufwirft¹² – und deswegen vor allem auch unter ständigem Rekurs auf das bzw. im Wechselspiel mit dem Daten(schutz)recht zu behandeln sein wird.

⁶ Siehe ausführlich etwa Körber/Immenga (Hrsg.), Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 2017.

⁷ Hierzu nachfolgend sub 2.4.

⁸ Siehe auch BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 11 f.

⁹ Die vorliegende Untersuchung gründet sich auf bzw. erfolgt in Weiterentwicklung von verschiedenen einschlägigen Vorarbeiten und Publikationen der Verfasser, so insbesondere Paal, AfP 2011, 521; ders., GRUR 2013, 873; ders., GRUR Beilage 1/2014, 69; ders., ZRP 2015, 34; ders., GRUR Int. 2015, 997; ders., WuW 2016, 453; ders., in: Telemedicus e. V. (Hrsg.), Telemedicus Sommerkonferenz – Die Macht der Plattformen, 2017, S. 84; ders., in: Körber/Kühling/Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, 2017, S. 143 ff.; ders., in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 101 AEUV Rn. 1 ff., Art. 102 AEUV Rn. 1 ff., § 18 GWB Rn. 1 ff.; Hennemann, PinG 2017, 5; ders., ZUM 2017, 544; ders., ZWeR 2018, Heft 1 (im Erscheinen); Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697; dies., ZRP 2017, 215.

¹⁰ Damit soll freilich nicht in Frage gestellt werden, dass Daten(vorteile) auch bereits in "nicht-digitalen" Konstellationen kartellrechtliche Relevanz entfaltet haben; hierzu und mit Hinweisen auf die entsprechende Fallpraxis Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 31.

¹¹ Siehe etwa Oettinger, NZKart 2016, 341.

¹² Vgl. statt vieler Kerber, GRUR Int. 2016, 639.

1.1 ZIELSETZUNG(EN) DER UNTERSUCHUNG

Die digitale Datenökonomie hat aus kartellrechtlicher Sicht jüngst durch die 9. GWB-Novelle 2017¹³ eine weitergehende, präzisierende rechtliche Regelung erfahren. Die hiermit verbundenen Kodifikationen sollen insbesondere eine bessere kartellrechtliche Erfassung der Besonderheiten und Erfordernisse der digitalen Ökonomie bewirken.¹⁴ Vor diesem Hintergrund setzt sich dieses Gutachten im Schwerpunkt damit auseinander, ob der aktuelle gesetzliche Rahmen ausreichend ist, um die – noch näher zu bestimmenden – wettbewerblichen Zielsetzungen zu erreichen sowie hieran anknüpfend, ob und inwieweit (zusätzlicher) rechtspolitischer Handlungsbedarf besteht. Vorgenommen wird eine umfassende Evaluation und Bewertung der gesetzlichen Rahmung(en) am Maßstab von Wettbewerbs- und Individualschutz, um auf diesem Wege gegebenenfalls rechtspolitischen Handlungsbedarf identifizieren und entsprechende Handlungsempfehlungen geben zu können.

Übergreifendes untersuchungsleitendes Ziel ist es, einer zunehmenden wettbewerbsgefährdenden Daten- und Machtakkumulation mit ihrem wettbewerbsschädlichen Gefährpotential adäquat vorzubeugen. Der Fokus der Untersuchung liegt dabei auf dem Kartellrecht, das wegen seiner Ausrichtung auf den Wettbewerbs(- und Verbraucher)schutz sowie durch aktuelle Verfahren wie den Zusammenschluss von Facebook und WhatsApp (2014), die Missbrauchsvorwürfe gegen Google (insbesondere betreffend die Suchmaschine und das Betriebssystem Android) und Facebook (seit 2016) und schließlich durch die 9. GWB-Novelle zu Recht eine hervorgehobene Aufmerksamkeit erfährt.

Konkret wird das Kartellrecht daraufhin zu untersuchen sein, ob und inwieweit für die neuartigen Konstellationen der Digitalwirtschaft betreffend Daten und Datenmacht geeignete Instrumentarien vorhanden sind, um wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen und abzusichern.¹⁵ Dabei wird auch und gerade den Fragen nachzugehen sein, ob substantielle (rechtliche, strukturelle, tatsächliche) Marktzutrittschranken bestehen, die ein Marktversagen begünstigen bzw. auslösen. Auf der Grundlage und am Maßstab der gefundenen Ergebnisse kann sodann beurteilt werden, ob und inwieweit eine Aktualisierung der Normanwendungspraxis bzw. darüber hinaus ein regulierendes Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich ist.

Ganz grundsätzlich wird durchgängig zu beachten sein, dass sich in datenbezogenen Konstellationen vielfach idealtypisch ein Zielkonflikt zwischen Wettbewerb(sfreiheit) und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht manifestiert. Das Kartellrecht selbst kann diesen Konflikt regelmäßig nicht lösen. Denn systembedingt sind dem Kartellrecht für die Erreichung von (divergierenden) außerökonomischen Zielen – jedenfalls nach traditioneller (und herrschender) Lesart – Grenzen gesetzt. Erforderlich ist daher (nicht nur) für datengestützte Geschäftsmodelle eine Abstimmung (und Harmonisierung) des Kartellrechts mit komplementären Rechtsgebieten, um in diesem Sinne einen kohä-

¹³ Zur 9. GWB-Novelle allgemein siehe etwa Kahlenberg/Heim, BB 2016, 1863; Lettl, WM 2016, 1961; ders., WRP 2018, 145; Mallmann/Lübbig, NZKart 2016, 518; Mäger/v. Schreitter, DB 2016, 2159; Ost/Roesen/Kallfaß, NZKart 2016, 447; Pohlmann/Wismann, NZKart 2016, 555; Preuß/Kersting, WuW 2016, 394; Scherzinger, NZKart 2016, 513; Suchsland/Rossmann, NZKart 2016, 342 sowie die Dokumentation in NZKart 2016, 391.

¹⁴ Siehe Podszun, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 1 Rn. 2.

¹⁵ Allgemein zum Kartellrecht im digitalen Zeitalter etwa Kadar, ZWeR 2015, 342; zu Big Data und Kartellrecht aus US-amerikanischer Perspektive siehe etwa Sokol/Comerford, 23 Geo. Mason L. Rev. (2016) 1129; siehe allgemein auch OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, DAF/COMP(2016)14 (2016).

renten Rechtsrahmen zu gewährleisten und zu fördern. Vor diesem Hintergrund bedingt eine adäquate kartellrechtliche Betrachtung nicht zuletzt die angemessene Berücksichtigung und Einbeziehung anderer Normregime sowie Regulierungsinstrumentarien – so insbesondere des Daten(schutz)rechts. Stellvertretend sei an dieser Stelle nur das wettbewerbsrechtlich geprägte Recht auf „Datenportabilität“ nach Maßgabe von Art. 20 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹⁶ genannt.

Nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens – und deswegen nur punktuell referenziert¹⁷ – sind dagegen die Implikationen einer Vermögenszuordnung bzw. eines „Eigentums“ an Daten (*de lege ferenda*).¹⁸ Ebenso ist zu vergegenwärtigen, dass die kartellrechtliche Betrachtung immer auch abhängig ist von dem (allgemein zivilrechtlichen) Ordnungsrahmen für Verträge (*de lege lata* und *de lege ferenda*) – dies gilt in besonderem Maße mit Blick auf das für die Digitalwirtschaft prägende Geschäftsmodell von „Dienste gegen Daten“. Der allgemein zivilrechtliche bzw. vertragsrechtliche Ordnungsrahmen für die Digitalwirtschaft kann und soll allerdings im Zuge der vorliegenden Untersuchung nicht gesondert vertieft werden.

1.2 GANG DER UNTERSUCHUNG

Den Ausgangspunkt der Untersuchung markieren die für die kartellrechtliche Betrachtung vorgreiflichen Grundlagen zu Daten und zur Digitalwirtschaft, insbesondere die wettbewerblichen Grundlegungen, in **Teil 2**. Zu diesem Zwecke werden Daten als die kennzeichnenden Merkmale der Digitalwirtschaft näher zu untersuchen sein. Dies umfasst zunächst eine Definition von Daten und Big Data sowie eine Darlegung des Rechtsrahmens für Daten. Sodann werden die (wettbewerbsökonomischen) Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft betrachtet, bevor speziell für Daten eine nähere wettbewerbliche Analyse folgt. Insbesondere werden hierzu die spezifischen Charakteristika von Daten aufgezeigt und es erfolgt eine Kategorisierung von Daten. Die damit verbundenen Einsichten und Bewertungen sind grundlegend für den hieran anknüpfenden kartellrechtlichen Zugriff. In diesem Sinne werden schließlich die konkreten wettbewerblichen Implikationen von Daten (und Datenmacht) herausgearbeitet.

Auf dieser Grundlage können sodann in einem nächsten Schritt die Interessen und Anforderungen verschiedener Akteure identifiziert und zueinander ins Verhältnis gesetzt werden (**Teil 3**). Es soll insoweit dargetan werden, welche Akteure den bestehenden als auch eine Fortwicklung des (kartell)rechtlichen Ordnungsrahmens bewerten. Hiermit einher geht überdies die Benennung von (mitunter gegenläufigen) Zielrichtungen verschiedener Interessen, die teilweise bereits in den unterschiedlichen Rechtsgebieten ihren Niederschlag finden.

In einem nächsten Schritt wird in **Teil 4** der aktuelle kartellrechtliche Diskussionstand zum Umgang mit Daten (und Big Data) herausgearbeitet sowie gewürdigt. Auf der Grundlage und am Maßstab des AEUV und der durch die 9. GWB-Novelle im Sommer 2017 angepassten nationalen Kartellgesetze wird der bisherige und aktuelle (kartell)rechtliche Zugriff herausgestellt, bevor sodann eigene Lösungsansätze zur (adäquaten) Erfassung *de lege lata* – nach unionalem und natio-

¹⁶ Verordnung (EU) 2016/679. Einführung bei Albrecht, CR 2016, 88; Kühling/Martini, EuZW 2016, 448; Schantz, NJW 2016, 1841; Spindler, DB 2016, 937.

¹⁷ Siehe nachfolgend sub 4.1.5 und 5.1.1.

¹⁸ Siehe hierzu im Zuge des ABIDA-Projekts die gesonderte Begutachtung zu "Data Property diesseits und jenseits des Atlantiks".

nalem Kartellrecht – erarbeitet und präsentiert werden. In diesem Rahmen erfolgt auch eine Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung. Zentrale Bedeutung haben dabei die Auslotung von belastbaren Leitlinien für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen „Datenmacht“ zu einer Marktbeherrschung führt bzw. mit dieser gleichzusetzen ist, die Befassung mit der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen in solchen Konstellationen eine marktbeherrschende Stellung im kartellrechtlichen Sinne missbraucht wird sowie die adäquate Abbildung von Daten in der Fusionskontrolle.

Die Untersuchung zur Rechtslage *de lege lata* wird anschließend in **Teil 5** fruchtbar gemacht für die Diskussion und Würdigung von Handlungs- und Regulierungsoptionen *de lege ferenda*. Dabei wird vor allem abzustellen sein auf Möglichkeiten und Erfordernisse betreffend eine (weitergehende) Novellierung des unionalen und nationalen Kartellrechts. Ferner wird eingegangen auf die Abstimmung mit anderen und die Anpassung an andere Rechtsgebiete(n), insbesondere in Ansehung des Daten(schutz)rechts. Denn sämtliche kartellrechtliche Vorschläge sind kohärent in den bisherigen Rechtsrahmen einzupassen und insofern insbesondere (auch) mit den Vorgaben der DS-GVO abzustimmen und zu harmonisieren. Gleichlaufend sind in diesem Zusammenhang überdies Fragen der Verfahrensgestaltung (etwa die Beteiligung von Datenschutzbehörden) angemessen zu berücksichtigen.

Im abschließenden **Teil 6** werden sämtliche der erarbeiteten Vorschläge in eine zusammenfassende Gesamtwürdigung eingestellt. Das Gutachten unterbreitet schließlich aufgrund der vorgenommenen Untersuchung im Zuge eines Ausblicks konkrete Handlungsempfehlungen bzw. Regulierungsvorschläge *de lege ferenda*.

1.3 AUSGEWÄHLTE REFERENZGEBIETE

Die nachfolgende Untersuchung wird zur Veranschaulichung der (kartell-)rechtlichen Beurteilung in hervorgehobener Weise Bezug nehmen auf ausgewählte repräsentative Referenzgebiete. Im Fokus stehen insoweit Online-Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Geschäftsmodelle der Industrie 4.0 und des Internet der Dinge. Darüber hinaus prägen datengestützte Geschäftsmodelle – wie vorstehend bereits ausgeführt – auch eine Vielzahl weiterer Branchen, so etwa den Versicherungs- oder den Bankensektor.

1.3.1 ONLINE-SUCHMASCHINEN / SOZIALE NETZWERKE

Suchmaschinenanbieter und Betreiber sozialer Netzwerke sind maßgebliche Intermediäre für den Zugang zu und die Auffindbarkeit von Informationen im Internet. Grundlage bzw. "Rohstoff" dieser Geschäftsmodelle sind Daten. Die Erhebung und die Verwertung von Daten – beispielsweise betreffend Suchanfragen und die durch Nutzer vorgenommenen Auswahlprozesse ("Likes" und "Freunde") – eröffnen vielfältige Verwertungsmöglichkeiten. Hervorgehobene Bedeutung haben für die zugrundeliegenden Geschäftsmodelle (bislang) vor allem Werbeeinnahmen. Darüber hinaus bieten die Betreiber von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken seit längerem auch komplementäre Dienste an (z. B. Google Shopping oder Facebook Newsfeed), die ebenfalls auf der Auswertung von Daten basieren.

Vor allem personenbezogene Daten ermöglichen dabei zunehmend die Erstellung von "passgenauen" Angeboten. So können auch und gerade individualisierte Ergebnisanzeigen nach Maßgabe von persönlichen Charakteristika erfolgen, womit für entsprechende Betreiber erhebliche Anreize zur Verwendung von datengestützten Differenzierungspotentialen bestehen. In Abhängig-

keit von der jeweiligen Verwendung von Daten sind dabei sowohl die Bevorteilung eigener Produkte auf Sekundär- und Drittmärkten¹⁹ als auch die Diskriminierung konkurrierender Anbieter bzw. bestimmter Inhalte bei der (Ergebnis-)Platzierung denkbar. Sämtliche dieser Maßnahmen entfalten erhebliche kartellrechtliche Relevanz.

1.3.2 INDUSTRIE 4.0 / INTERNET DER DINGE

Im Zuge der dynamisch verlaufenden Entwicklung einer Industrie 4.0²⁰ und des Aufkommens eines Internet der Dinge²¹ findet ein immer weiter zunehmender automatisierter, digital vermittelter Austausch von Daten zwischen technischen Systemen und Geräten statt. Zahlreiche Anwendungsbeispiele finden sich insbesondere im Automobilbau und im Transportwesen, aber auch im Gesundheitswesen, in der Energiewirtschaft, im Bankenwesen und in der Versicherungswirtschaft. Oftmals stützen sich die einschlägigen Rechtsbeziehungen der Beteiligten auf vertragliche Absprachen, in welchen auch die "Zuordnung" der entstehenden (nicht-personenbezogenen) Daten geregelt wird. In diesen Fällen ist nicht zuletzt die Frage aufgeworfen, ob entsprechende vertragliche Abreden und faktisch vermittelte Rechtsbeziehungen kartellrechtlich Bestand haben können. In Rede stehen dann vor allem das Kartellverbot und ein etwaiger Behinderungs- oder Ausbeutungsmisbrauch.

¹⁹ Siehe EU-Kommission, Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service – Factsheet, MEMO/17/1785.

²⁰ Siehe hierzu statt vieler Ensthaler, NJW 2016, 3473; Frenz, WRP 2016, 671; Zech, GRUR 2015, 1151. Vgl. ferner etwa Peschel/Rockstroh, MMR 2014, 571. Zu Gesetzgebung(sinitiativen) und Rechtsprechung in diesem Zusammenhang Mitterer/Wiedemann/Zwissler, BB 2017, 3.

²¹ Gemeint sind Schnittstellen, die mit dem Internet verbunden und in (Alltags-)Geräte eingebettet sind sowie Daten senden und empfangen (Definition in Anlehnung an Tamke, ZWeR 2017, 358, 359 Fn. 7).

2 GRUNDLAGEN: DATEN UND DIGITALWIRTSCHAFT

Für die kartellrechtliche Prüfung vorgreiflich ist eine Orientierung am allgemeinen Rechtsrahmen für Daten sowie darüber hinaus insbesondere eine Befassung mit den wettbewerblichen Grundlagen von Daten und Big Data im Kontext der Digitalwirtschaft.²² Denn aus den zugrundeliegenden ökonomischen und wettbewerbstheoretischen Rahmenbedingungen lassen sich wichtige Vorgaben auch und gerade für das Kartellrecht ableiten.

2.1 DEFINITIONEN

Allseits akzeptierte Definitionen von Daten und Big Data existieren (bislang) nicht.²³ Regelmäßig werden mit *Daten* die in vielfältigen (Datei-)Formaten auf Datenträgern gespeicherten "Inhalte" bzw. Informationen bezeichnet.²⁴ Gleichwohl ist das einzelne Datum von der in diesem Datum enthaltenen Information für die (auch rechtliche) Betrachtung strikt zu trennen – die in dem Datum enthaltenen Informationen sind unter Umständen völlig unabhängig von der "Verkörperung" in dem bestimmten Datum.

Mit einer Referenz zu *Big Data* wird zumeist Bezug genommen auf den Aufbau von Daten(beständen) und die automatisierte Auswertung mittels einer schnellen Algorithmus-gestützten Analyse (zusammenfassend *Velocity, Variety* und *Volume*)²⁵; teilweise werden darüber hinaus noch die Kriterien *Value* und *Veracity* ergänzt.²⁶

2.2 RECHTSRAHMEN

Daten und datengestützte Geschäftsmodelle bedingen eine Vielzahl von Rechtsfragen aus verschiedenen Rechtsgebieten und berühren ganz grundlegend verschiedene nationale (sowie unio-nale) Grundrechtspositionen. So wird in (nahezu) sämtlichen Konstellationen aus nationaler Per-spektive die allgemeine Handlungsfreiheit und die unternehmerische Betätigungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) berührt sein. Stehen personenbezogene Daten in Rede, wird stets auch das Recht auf

²² Zur ökonomischen Perspektive auf Big Data siehe nur Dewenter/Lüth, in: Körber/Immenga (Hrsg.), *Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie*, 2017, S. 9 ff.

²³ Siehe auch Autorité de la Concurrence/BKartA, *Competition Law and Data*, 2016, S. 4.

²⁴ BKartA, *Big Data und Wettbewerb*, 2017, S. 2. Vgl. ferner auch Autorité de la Concurrence/BKartA, *Competition Law and Data*, 2016, S. 4. Im Einzelnen kann selbstredend noch weitergehend differenziert werden (siehe auch nachfolgend sub 2.3.2 und 2.3.3); so wird zum Teil etwa unterschieden zwischen *first party data*, die der Verarbeiter unmittelbar beim Nutzer erhebt, und *third party data*, die aus anderen Quellen stammen, siehe etwa Schweitzer/Peitz, *NJW* 2018, 275, 275; Tamke, *ZWeR* 2017, 358, 363. Vgl. ferner etwa Holzweber, *NZKart* 2016, 104, 105; Körber, *NZKart* 2016, 303, 304; Nuys, *WuW* 2016, 512, 513.

²⁵ Hierzu BKartA, *Big Data und Wettbewerb*, 2017, S. 3; Autorité de la Concurrence/BKartA, *Competition Law and Data*, 2016, S. 4 f.; Nuys, *WuW* 2016, 512, 512 Fn. 8; jeweils m. w. N. Siehe ferner etwa Tamke, *ZWeR* 2017, 358, 359: "(...) the term can describe large amounts of different types of data produced at high speeds from multiple sources, requiring new and more powerful processors and algorithms to process and to analyse it."

²⁶ Hierzu Tamke, *ZWeR* 2017, 358, 362 Fn. 20; Nuys, *WuW* 2016, 512, 512 Fn. 8; OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, DAF/COMP(2016)14 (2016), S. 5 ff.; jeweils m. w. N.

informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. 2 Abs. 1 GG) betroffen sein. Je nach Einzelfall – und insbesondere im Falle einer Anerkennung eines "Dateneigentums"²⁷ – sind ferner durch das Eigentumsrecht (Art. 14 GG) geschützte Rechtspositionen betroffen. Ebenfalls denkbar ist, dass die Berufs(ausübungs)freiheit (Art. 12 GG) mit in die Betrachtung eingestellt werden muss. Unter Umständen entfalten darüber hinaus auch die Meinungs- und Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) besondere Relevanz.

Dieses Gesamtbild ist Ausfluss der Tatsache, dass bei einer Vielzahl von Geschäftsmodellen der Digitalwirtschaft mehrdimensionale Grundrechtskollisionen drohen. Ein solcher Befund kann in Ansehung plattformbasierter Geschäftsmodelle nicht verwundern.²⁸ Online-Plattformen sind gerade darauf ausgerichtet eine Vielzahl verschiedener Akteure zusammenzuführen. Anschaulich werden die hieraus resultierenden mehrdimensionalen Grundrechtskollisionen etwa im Falle von Online-Archiven²⁹ bzw. durch die Diskussion um ein "Recht auf Vergessenwerden".³⁰ In diesen Konstellationen sind (mindestens vierdimensional) die Allgemeine Handlungsfreiheit bzw. die unternehmerische Betätigungsfreiheit des Suchmaschinenbetreibers, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Person, die Meinungsfreiheit des Autors, die Pressefreiheit des Mediums sowie die Informationsfreiheit der Öffentlichkeit miteinander in Ausgleich zu bringen.³¹

Einfachgesetzlich können zunächst die in Daten enthaltenen Informationen unter Umständen Zuordnungsobjekte verschiedener Rechtsgebiete sein. Die in einem Datum verkörperten Informationen unterliegen deswegen etwa (auch) dem Strafrecht, dem Immaterialgüterrecht, dem Know-how-Schutz oder sonstigen Rechten.³² Ferner entfalten Daten große Relevanz im wirtschaftsrechtlichen Kontext des Bilanz- und Steuerrechts.³³ Insbesondere für personenbezogene Daten sind die datenschutzrechtlichen Vorgaben zu beachten, welche sich aus der bereits im Mai 2016 in Kraft getretenen DS-GVO sowie aus dem neu gefassten Bundesdatenschutzgesetz 2018 (BDSG)³⁴ ergeben.³⁵ Beide Normregime werden zum 25.05.2018 Geltung entfalten.³⁶

Unbeschadet der verschiedenen betroffenen Rechtsgebiete steht für die untersuchungsgegenständliche Beurteilung von Daten und der darin verkörperten Informationen deren kartellrechtliche Relevanz im Fokus. Daten (und "Datenmacht") werden im Rahmen der Untersuchung aus wettbewerb(srecht)licher Perspektive untersucht und bewertet. Im Fokus stehen hierbei die Bestimmung der relevanten Märkte, die Auseinandersetzung mit den Fragen der Marktbeherrschung und des Marktmissbrauchs sowie des Kartellverbots und der Fusionskontrolle. Eine Befassung mit sonstigen Rechten bzw. Rechtsgebieten erfolgt demgegenüber nur dann und insoweit, wie Rück-

²⁷ Siehe hierzu sub 4.1.5 und 5.1.1.

²⁸ Siehe hierzu sub 2.4.1.

²⁹ Hierzu etwa Paal/Hennemann, K&R 2017, 18.

³⁰ Hierzu etwa Hennemann, PinG 2016, 176.

³¹ Hierzu etwa Paal, ZEuP 2016, 591, 607 ff., 624 ff.

³² Grundlegend Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012.

³³ Zu diesem Themenkreis Dietsch, MwStR 2017, 868; Fehling, IStR 2014, 638; Heggmaier/Riedl/Wutschke, IStR 2015, 92; dies., IStR 2014, 323; Hempe, DStR 2017, 805; Kempf, WPg 2017, 1299; Mellinger, BC 2017, 321; Odenthal, WPg 2017, 546; Pinkernell, IStR 2014, 273; Rogge, BB 2015, 2966; Ruhnke, WPg 2017, 422.

³⁴ Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I 2017 S. 1416.

³⁵ Die vorliegende Untersuchung legt für das Datenschutzrecht die ab dem 25.05.2018 geltende Rechtslage zugrunde. Bis zu diesem Zeitpunkt bestimmen sich die datenschutzrechtlichen Vorgaben nach dem bisherigen BDSG (auf der Grundlage der Datenschutzrichtlinie (95/46/EG)).

³⁶ Siehe ferner die sich im Vorschlagsstadium befindliche ePrivacy-Verordnung (COM(2017) 10 final), welche die ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) ablösen soll.

wirkungen auf das Kartellrecht angezeigt sind – also ein Zusammentreffen verschiedener Rechtsmaterien mit unterschiedlichen, potentiell auch konfligierenden Regelungsprämissen in Rede steht. Dies ist in Ansehung der hier im Fokus stehenden Digitalwirtschaft vor allem der Fall in Bezug auf das auf den Schutz von Persönlichkeitsrechten ausgerichtete Daten(schutz)recht.³⁷ So wird etwa für die kartellrechtliche Bewertung ganz grundlegend zu vergegenwärtigen sein, dass personenbezogene Daten nicht irgendein beliebiges Wirtschaftsgut darstellen, sondern vielmehr – als Ausfluss der informationellen Selbstbestimmung – mit guten Gründen (vornehmlich) datenrechtlich einem besonderen Schutz unterfallen.

Sektorspezifische Regelungen zu Daten und Datenzugang können im Übrigen für die kartellrechtliche Bewertung in den betroffenen Märkten bedeutende Vorfragen sein. Hingewiesen sei an dieser Stelle beispielhaft auf das Messstellenbetriebsgesetz³⁸, das in Ansehung der Digitalisierung der Energiewende den Zugang zu Daten sowie den Datenschutz ausgestaltet bzw. ergänzend regelt. Mit Blick auf den Ansatz der vorliegenden Untersuchung kann (und soll) allerdings auf sektorspezifische Regelungen grundsätzlich nicht näher eingegangen werden.³⁹

2.3 DATEN ALS WIRTSCHAFTSGUT

Eine adäquate kartellrechtliche Erfassung von Daten bedingt zunächst eine Vergewisserung über die ökonomische Bedeutung und die spezifischen Charakteristika von Daten sowie die dadurch induzierten wettbewerblichen Implikationen.

2.3.1 ÖKONOMISCHE UND WETTBEWERBLICHE BEDEUTUNG

Die ökonomische Bedeutung von Daten manifestiert sich im Ausgangspunkt auf drei verschiedenen Ebenen:⁴⁰ Zunächst können (erstens) Daten im klassischen Sinne als Marktgüter gehandelt werden. Daten stellen sich darüber hinaus (zweitens) in vielen Fällen als Gegenleistung für die Inanspruchnahme einer Leistung dar.⁴¹ Als eine solche Gegenleistung ist die Datenübermittlung allerdings nur dann zu qualifizieren, falls der Anbieter die übermittelten Daten einer weitergehenden Verwertung zuführen kann – oder die Datenübermittlung allein im Eigeninteresse des Nutzers erfolgt. Dies ist nicht der Fall, wenn die Datenübermittlung *allein* dem Zweck dient, die jeweilige Anwendung für den Einzelnen nutzbar zu machen und eine weitergehende wirtschaftliche Verwertung der Daten nicht erfolgt – so etwa bei der weit verbreiteten Anforderung, vor Nutzung des Dienstes ein Anmeldekonto zu erstellen. Als (erster) Anhaltspunkt für das Vorliegen einer weiter-

³⁷ Nicht im Fokus der vorliegenden Untersuchung steht das Lauterkeits- oder das Verbraucherschutzrecht. Zu den meinungsfreiheits- und meinungsvielfaltsrechtlichen Aspekten der automatisierten Datenverarbeitung (i.e. Algorithmen, personalisierte Inhalte, Fake News und Social Bots) siehe Paal/Hennemann, ZRP 2017, 76; dies., JZ 2017, 641. Vgl. ferner zu grundrechtlichen Aspekten von Big Data etwa Boehme-Neßler, DVBl. 2015, 1282; Europäischer Datenschutzbeauftragter, Stellungnahme 8/2016 zur kohärenten Durchsetzung von Grundrechten im Zeitalter von Big Data (23.09.2016); Martini, DVBl. 2014, 1481.

³⁸ Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen, BGBl. I 2016 S. 2034.

³⁹ Siehe im Übrigen Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 48 ff.

⁴⁰ Siehe zu der nachfolgenden Einteilung auch Körber, NZKart 2016, 303, 304 f. Vgl. ferner Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 275 f. sowie ausführlich dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 12 ff.

⁴¹ Paal, AfP 2011, 521, 525; Höppner/Grabenschröer, NZKart 2015, 162, 164.

führenden wirtschaftlichen Verwertung kann die Tatsache dienen, dass die Verarbeitung der Daten (mittelbar) der Finanzierung des Dienstes dient.

Schließlich sind Daten (drittens) ganz grundlegend eine entscheidende Ressource, um Innovationen zu ermöglichen. So eröffnet etwa vielfach (erst) die Verwendung von Standortdaten passgenaue Suchergebnisse. Der Rückgriff auf große Datenmengen kann ferner dazu dienen, die Vorhersage von Verhalten sowie die Risikoeinschätzung zu optimieren. Darauf aufbauend kann eine Vermarktung mittels individualisierter Werbung oder die Erhebung individualisierter Preise (besser) erfolgen. Weiter fortgeschrittene Geschäftsmodelle nutzen und "veredeln" in diesem Sinne den Zugriff auf Daten auch bereits mithilfe von Technologien Künstlicher Intelligenz. Vor diesem Hintergrund ist anerkannt, dass die Sammlung, Auswertung und Analyse von Daten (bzw. Big Data allgemein) grundsätzlich wettbewerbsfördernde Effekte zeitigt.⁴²

2.3.2 CHARAKTERISTIKA VON DATEN

Daten werden vor diesem Hintergrund des Öfteren als "Rohstoffe des 21. Jahrhunderts" bezeichnet.⁴³ Dieses Bild ist bei näherer Betrachtung allerdings etwas schief.⁴⁴ Denn Daten weisen aus ökonomischer Perspektive von klassischen Rohstoffen abweichende charakteristische Eigenschaften auf, die für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung prägend sind.

NICHT-RIVALITÄT

Daten unterscheiden sich zunächst von klassischen Rohstoffen dahingehend, dass sie leicht und ohne relevante Qualitätseinbußen vervielfältigt werden können. So stehen Daten im Ausgangspunkt nicht zwingend singulär einem Berechtigten zur Verfügung⁴⁵, sondern regelmäßig potentiell einer nicht begrenzten (bzw. begrenzbaren) Anzahl von Personen. Daten nutzen sich nicht ab und sind nicht verbrauchbar im herkömmlichen Sinne.⁴⁶ Die Nutzung von Daten ist vielmehr grundsätzlich nicht-rival.

NICHT-EXKLUSIVITÄT

Darüber hinaus sind Daten grundsätzlich auch nicht-exklusiv. Denn insbesondere personenbezogene Daten können durch die betroffene Person einer unbeschränkten Anzahl von Personen (bzw. Unternehmen) zur Verfügung gestellt werden. Selbst für nicht-personenbezogene Daten gilt, dass Daten zumindest dann als nicht-exklusiv zu qualifizieren sind, wenn und soweit diese Daten einmal öffentlich zugänglich waren.

WERTHALTIGKEIT

Die Werthaltigkeit von Daten ist abhängig von einer Vielzahl von Faktoren. So ist der Wert eines Datums beispielsweise zu bestimmen in Abhängigkeit von der Fähigkeit zur Kombination bzw. zur

⁴² Statt vieler Tamke, ZWeR 2017, 358, 364 m. w. N. Vgl. auch – und mit Bezug zur Fallpraxis der EU-Kommission – Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 33 ff.

⁴³ So etwa durch die Bundeskanzlerin Merkel (Rede beim Publishers' Summit des Verbands Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ) (02.11.2015)). Siehe auch Schefzig, K&R Beihefter 3/2015, 3: "Wem gehört das neue Öl?"

⁴⁴ Vgl. auch Nuys, WuW 2016, 512, 513, der Daten mit Sonnenstrahlen vergleicht.

⁴⁵ Zur Diskussion um ein "Dateneigentum" siehe 5.1.1.

⁴⁶ Körber, NZKart 2016, 303, 306; Nuys, WuW 2016, 512, 513.

Verarbeitung des Datenbestandes, sprich durch Infrastrukturen und Kenntnisse des jeweiligen Datenverarbeiters. Vor diesem Hintergrund ist der Wert von Daten – sprich der darin verkörperten Informationen – zumeist allenfalls bedingt belastbar mess- bzw. bestimmbar.

2.3.3 KATEGORISIERUNG VON DATEN

In Fortführung der ökonomischen Charakteristika lassen sich Daten in unterschiedlicher Weise kategorisieren. Die nachfolgenden Kategorien stehen dabei allerdings keineswegs in einem Alternativ- oder Exklusivverhältnis zueinander. Vielmehr überschneiden sich die Kategorien vielfach und bringen verschiedene Bewertungsmaßstäbe für Daten zum Ausdruck. Ganz grundsätzlich gilt, dass sich Daten auf Personen, Unternehmen oder Sachen beziehen können, dass Daten in strukturierter oder nicht strukturierter Form vorliegen können und dass zwischen Rohdaten und aus Daten wiederum generierten Daten unterschieden werden kann.⁴⁷

PERSONENBEZUG

Daten können und müssen zunächst in personenbezogene und nicht-personenbezogene Daten unterschieden werden. Nach Art. 4 Nr. 1 DS-GVO sind "personenbezogene Daten" alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.⁴⁸

Abzugrenzen sind personenbezogene Daten von anonymisierten und pseudonymisierten Daten. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass gerade Big-Data-Anwendungen zur fortschreitenden Aufhebung dieser Kategorien führen. Schließlich ermöglichen immer weiter voranschreitende Technologien die Zuordnung nahezu jedes Datums.

Personenbezogene Daten bilden darüber hinaus nicht *per se* das Gegenteil zu maschinengenerierten Daten. Vielmehr können sowohl von Nutzern als auch von Maschinen generierte Daten einen Personenbezug aufweisen, ohne dass dies aber zwingend wäre. Gleichwohl steht die Unterscheidung von nutzergenerierten und maschinengenerierten Daten in einem engen Zusammenhang zum Personenbezug von Daten. Denn maschinengenerierte Daten bezeichnen regelmäßig Daten, die – ohne Personenbezug – von mit Maschinen verknüpften Hard- oder Software-Komponenten erzeugt werden (so vor allem zur Produkt- oder Nutzungsüberwachung).⁴⁹

HERKUNFT / QUALITÄT

Divers ist ferner die Herkunft bzw. die "Quelle" von "gewonnenen" Daten. So kann etwa unterschieden werden zwischen statischen und mobilen Daten, zwischen Daten aus Suchmaschinen und sozialen Netzwerken sowie zwischen konkret transaktionsbezogenen Daten und solchen Daten, die (nur) Transaktionsabsichten aufzeichnen.⁵⁰ Weitergehend ist in diesem Zusammenhang zu

⁴⁷ Hierzu Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 5 ff.; Tamke, ZWeR 2017, 358, 363.

⁴⁸ EuGH, GRUR Int. 2016, 1169 – Breyer; BGH, NJW 2017, 2416 – Breyer.

⁴⁹ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 2 f.

⁵⁰ Aufzählung nach Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 54.

fragen, mit welchen Mitteln die Daten erhoben worden sind, so insbesondere welcher (finanzielle) Aufwand mit der "Beschaffung" von Daten verbunden ist.⁵¹ So können Daten etwa (regelmäßig vergleichsweise kostengünstig) von werbefinanzierten Online-Plattformen oder (regelmäßig vergleichsweise teuer) durch Sensoren von (End-)Geräten erhoben werden. Die unterschiedlichen Erhebungsformen sind im Sinne einer Anreizsteuerung und Investitionssicherung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von hoher Bedeutung.

Daten lassen sich ferner nach Qualitätsmaßstäben kategorisieren – etwa im Sinne der inhaltlichen Richtigkeit der im Datum verkörperten Information, aber auch in Bezug auf den Grad der Strukturierung von Daten.⁵² Zu beachten ist gleichwohl, dass nicht alle datengestützten Geschäftsmodelle auf (eine durchgehende) Qualität angewiesen sind. Je nach Analyseziel ist die konkret erforderliche Datenqualität somit unterschiedlich zu bestimmen. Insbesondere für Big-Data-Anwendungen dürfte die Relevanz der Datenqualität von der Anzahl der erhobenen und ausgewerteten Daten sowie von den für das jeweilige Geschäftsmodell erforderlichen Datenanalysen abhängen.

ART DER VERWENDUNG

Daten lassen sich zudem kategorisieren nach ihrer Art der Verwendung. So werden Daten über die reine Abwicklung eines konkreten Nutzerverhältnisses zu vielfältigen Zwecken erhoben und verwendet. Stellvertretend seien insoweit genannt Werbezwecke sowie die Verbraucher- und die Industrieforschung.

ALTER / AKTUALITÄT

Weitere wichtige Faktoren zur Kategorisierung von Daten sind das Alter bzw. die Aktualität der Daten. Daten können, müssen aber nicht veralten. Die Frage nach der Bedeutung von Alter und Aktualität ist zudem abhängig von der konkreten "Frage", die an die Daten "gerichtet" wird. Alter oder Aktualität von Daten sind damit in Abhängigkeit von dem zugrundeliegenden verfolgten Analyseziel ein relevanter oder nicht relevanter wertbildender Faktor für die Daten. Sind Daten altersbedingt nicht mehr korrekt oder verwertbar, so kann dies bis hin zu einer vollständigen Nutzlosigkeit der Daten für das jeweilige Geschäftsmodell führen. Sollen etwa aus (unterschiedlichen) historischen Daten Korrelationen abgeleitet werden, ist die Aktualität von Daten demgegenüber gerade nicht erforderlich bzw. gewünscht.

NUTZUNGSBEFUGNISSE / EXKLUSIVITÄT

Daten können darüber hinaus danach kategorisiert werden, ob und inwieweit die Daten (gegebenenfalls ausschließlich) von einer Person genutzt werden können. Die Möglichkeit zur Nutzung der Daten ist zumindest bei personenbezogenen Daten abhängig von den datenschutzrechtlich vermittelten Nutzungsbefugnissen. Im Übrigen bestimmen sich die Nutzungsbefugnisse zuvörderst nach vertraglichen Vereinbarungen. Mit Blick auf eine exklusive oder nicht-exklusive Nutzung ist von Bedeutung, ob und inwieweit Zugangsrechte Dritter betreffend bestimmte (erhobene bzw. generierte) Daten bestehen. In Betracht zu ziehen sind dazu gesetzlich und vertraglich begründete Zugangsansprüche. Selbst bei einer Exklusivität bestimmter Daten ist jeweils zu prüfen,

⁵¹ Siehe hierzu auch Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 6 f.

⁵² Zu letzterem siehe etwa Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 6. Zum Verhältnis zwischen Big Data und Datenqualität etwa Hoeren, ZD 2016, 459; ders., MMR 2016, 8.

ob und inwieweit die in den Daten verkörperten Informationen (mit vertretbarem wirtschaftlichen Aufwand) reproduziert werden können.⁵³

AKKUMULATION / VERKNÜPFUNGS- UND ANALYSEPOTENTIALE

Schließlich können Daten danach kategorisiert werden, ob und inwieweit die Akkumulation bestimmter Daten einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert bildet. Datenbestände von Unternehmen werden insbesondere dann eine solche wirtschaftliche Relevanz aufweisen, wenn ein selbstständiges Verknüpfungs- und Analysepotential besteht – sprich wenn die akkumulierten Daten zur (Meta-)Analyse von Korrelationen, Trends etc. genutzt werden können. Die koordinierte Analyse von Daten(sätzen) oder die Kombination von komplementären Datensätzen kann zudem davon abhängig sein, ob Daten(sätze) aus verschiedenen Geschäftsbereichen eines Unternehmens, innerhalb eines Konzerns oder durch einen "Erwerb" von dritter Seite in (gegebenenfalls auf Kooperationen basierenden⁵⁴) Datenpools zusammengeführt werden können.⁵⁵

2.4 WESENSMERKMALE DER DIGITALWIRTSCHAFT

Eine adäquate kartellrechtliche Prüfung von Daten bedingt darüber hinaus eine Vergewisserung über die allgemeinen Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft.

2.4.1 ONLINE-PLATTFORMEN / ZWEI- UND MEHRSEITIGE MÄRKTE

Eine Vielzahl der Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft basiert auf der Verwendung von Daten. Dies gilt in besonderem Maße für Geschäftsmodelle auf der Basis von Online-Plattformen. Daten haben in diesem Wirtschaftszweig einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert.⁵⁶ Denn entsprechende Plattformen ermöglichen nicht nur die Erhebung von Daten, sondern darüber hinaus auch und gerade die Verknüpfung von Daten auf zwei- und mehrseitigen Märkten. Auf dieser Grundlage führen Online-Plattformen vielfach zu disruptiven Geschäftsmodellen (i.e. *platform on*⁵⁷). Nicht nur (aber auch) deswegen stehen Online-Plattformen seit längerem im Zentrum der kartellrechtlichen Debatte. Auf nationaler Ebene exemplarisch zu nennen sind insoweit die 9. GWB-Novelle, das Arbeitspapier des Bundeskartellamts (BKartA) "Marktmacht von Plattformen und Netzwerken" aus dem Juni 2016⁵⁸, verschiedene EU-Vorhaben im Zusammenhang mit der Strategie für einen Digitalen Binnenmarkt⁵⁹ (i.e. Urheberrecht⁶⁰, Reform der AVMD-RL⁶¹, Vertrags-

⁵³ Vgl. auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 363.

⁵⁴ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9.

⁵⁵ Vgl. BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 4.

⁵⁶ Zum zunehmend an Bedeutung gewinnenden Geschäftszweig der Datenwirtschaft siehe etwa Zech, GRUR 2015, 1151.

⁵⁷ Der Begriff lässt sich zurückzuführen auf Parker/Van Alstyne/Choudary, Platform Revolution, 2016.

⁵⁸ BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016.

⁵⁹ EU-Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final. Siehe hierzu etwa Brauneck, GRUR Int. 2015, 889; Schroeter, ZVglRWiss 115 (2016) 270.

recht⁶²); ferner zumindest mittelbar die Arbeitsergebnisse der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz⁶³, des Wissenschaftlichen Arbeitskreises für Regulierungsfragen betreffend die "Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten"⁶⁴ und die Gutachten zu "Digitale Souveränität" des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen^{65,66}

Dabei bestehen hinsichtlich der Begriffsdefinition von Online-Plattformen unterschiedliche Ansätze, die sich vor allem auch zurückführen lassen auf unterschiedliche Erwartungen an Online-Plattformen bzw. die für diese als erforderlich angesehenen rechtlichen Rahmungen, so etwa in der klassischen (Wettbewerbs-)Ökonomie einerseits und im publizistische Erwartungen umschließenden Mediensektor (i.e. Vielfaltssicherung, Meinungswettbewerb) andererseits. Für die vorliegende Untersuchung – mit ihrem Fokus auf die (Digital-)Ökonomie – sollen als Plattformen im Sinne der Wettbewerbsökonomie solche Unternehmen verstanden werden,

„die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehrerer Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen.“⁶⁷

Die mit Online-Plattformen oftmals verbundenen zwei- oder mehrseitigen Märkte erfordern eine eigenständige wettbewerbliche Betrachtung.⁶⁸ Prägend ist dabei ganz grundsätzlich, dass bei einer Vielzahl von Angeboten – aus Sicht der Verbraucher – (auf einem der Märkte) eine (scheinbare) Gratis- bzw. Kostenloskultur vorherrscht, da zum einen oftmals (auf einem weiteren Markt) eine Werbefinanzierung erfolgt.

Besonders zu berücksichtigen ist ferner, dass es sich bei Plattform-Märkten typischerweise um sogenannte *Winner-takes-it-all*-Märkte handelt.⁶⁹ Auf solchen Märkten findet häufig ein Wettbewerb *um* den Markt als *auf* dem Markt statt. Dies führt einerseits dazu, dass disruptive technische Neuerungen immer wieder etablierte Marktführerschaften erschüttern.⁷⁰ Denn Märkte können in einem innovativen und dynamischen Umfeld – allerdings in Abhängigkeit von einer Vielzahl wei-

⁶⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2016) 593 final. Siehe auch die im Juni 2017 in Kraft getretene Verordnung 2017/1128 zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt. Siehe zur europäischen Urheberrechtsreform etwa Rauer/Ettig, K&R 2017, 7; ders./Vonau, GRUR-Prax 2016, 430; Spindler, CR 2016, 73.

⁶¹ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, COM(2016) 287 final. Siehe hierzu etwa Brings-Wiesen, AfP 2016, 323.

⁶² Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final. Siehe hierzu etwa Ostendorf, ZRP 2016, 69; Spindler, MMR 2016, 147 und 219; Staudenmayer, NJW 2016, 2719; ders., ZEuP 2016, 801.

⁶³ Bund-Länder-Kommission, Bericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz (2016).

⁶⁴ Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten (2016).

⁶⁵ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Digitale Souveränität, 2017.

⁶⁶ Siehe ferner auch den Diskussionsentwurf für eine mögliche Richtlinie über Online-Vermittlungsplattformen, hierzu und mit deutscher Übersetzung des Vorschlags Busch/Dannemann/Schulte-Nölke, MMR 2016, 787.

⁶⁷ BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 14.

⁶⁸ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 5.

⁶⁹ Siehe auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 367.

⁷⁰ Siehe hierzu bereits Dreher, ZWeR 2009, 149.

terer Faktoren⁷¹ – unter Umständen in kürzester Zeit "kippen" (sog. *Tipping*)⁷², womit mit dem BKartA gemeint ist:

"(...) eine Situation, in der ein zweiseitiger Markt nur noch von einer Plattform bedient wird und die übrigen Anbieter ausscheiden. Konzeptionell ist dies ein Fall der Einzelmarktbeherrschung."⁷³

Zudem weisen Plattformmärkte (bis zu einem *Tipping*) eine Tendenz zur Herausbildung von marktdominanten Stellungen, zur Marktkonzentration bis hin zu Monopolstellungen auf. Insbesondere *Evans* und *Schmalensee*⁷⁴ haben in ihren Untersuchungen eine Reihe von Faktoren identifiziert, die im Hinblick auf den Konzentrationsgrad von Plattformmärkten bedeutsam sind. Als konzentrationsfördernd wirken nach den von *Evans* und *Schmalensee* entwickelten Kriterien demnach vor allem auch indirekte Netzwerkeffekte und Skaleneffekte, wohingegen Kapazitätsbeschränkungen, Produkt- und Plattformdifferenzierungen sowie Möglichkeiten zum *Multi-Homing* der Konzentrationstendenz entgegenwirken sollen. Diese Kriterien wurden keinesfalls nur vom BKartA⁷⁵ aufgegriffen, sondern finden sich in weiten Teilen überdies auch in den Novellierungen durch die 9. GWB-Novelle⁷⁶ wieder. Die zentralen Kriterien (indirekter) Netzwerkeffekte sowie *Single-* und *Multi-Homing* werden nachfolgend näher aus wettbewerbsökonomischer Perspektive beschrieben.

2.4.2 NETZWERKEFFEKTE

Als Netzwerkeffekt (auch Netzeffekt) wird ein Phänomen bezeichnet, bei dem für einen Konsumenten der Nutzen eines bestimmten Gutes von dem Nutzungsverhalten anderer Konsumenten abhängig ist.⁷⁷ Etablierte Aussagen über die Wettbewerbsfähigkeit einseitiger Märkte lassen sich beim Vorliegen solcher Effekte nicht unesehen übertragen. Denn häufig wird im Zuge von asymmetrischen Preissetzungsstrategien ein Teil der Nutzer durch einen anderen Teil der Plattform-Nutzer "subventioniert", so dass den subventionierten Nutzern die Leistung (monetär) kostenlos angeboten wird.⁷⁸

Zu unterscheiden sind direkte und indirekte Netzwerkeffekte: Beide Erscheinungsformen von Netzwerkeffekten können jeweils positiv oder negativ wirken. Bei direkten Netzwerkeffekten entstehen die Vor- oder Nachteile für den Nutzer unmittelbar durch die zusätzliche Inanspruchnahme des Gutes durch einen anderen Nutzer der jeweiligen Nutzergruppe (im digitalen Umfeld etwa

⁷¹ Hierzu BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 6; Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 33, 37 ff.

⁷² Siehe hierzu etwa EU-Kommission, Entsch. v. 16.12.2016, COMP/M.8124 Tz. 343 – Microsoft/LinkedIn. Prägnante Beispiele sind insofern der Markt mobiler Endgeräte und der Markt für Suchmaschinen, vgl. BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 6.

⁷³ BKartA, Entsch. v. 24.07.2015, B8-76/15, S. 4 – Online-Vergleichsplattform.

⁷⁴ Evans/Schmalensee, 3 Competition Pol'y Int'l (2007) 151, 164 ff.

⁷⁵ BKartA, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 49 ff. Siehe auch Monopolkommission, 68. Sondergutachten – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 39 ff. sowie Weck, NZKart 2015, 290, 292.

⁷⁶ Insbesondere in § 18 Abs. 3a GWB; hierzu nachfolgend sub 4.4.2.

⁷⁷ Dewenter/Rösch, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2015, S. 26 ff.

⁷⁸ Siehe Peitz, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2006, 317 (326 ff.). Weiterführend zur Preissetzung auf mehrseitigen Märkten etwa Armstrong, The RAND Journal of Economics 2006, 668; Rochet/Tirole, Journal of the European Economic Association 2003, 990.

bei Kommunikationsmärkten oder bei sozialen Netzwerken).⁷⁹ Indirekte Netzwerkeffekte sind im Ausgangspunkt in zwei Grundkonstellationen (auf zwei- oder mehrseitigen Märkten) denkbar:

- (1) Es kann sich eine Steigerung oder Verringerung des Nutzens für die Teilnehmer einer Nutzergruppe (A) dadurch ergeben, dass mehr Nutzer einer anderen Nutzergruppe (B), mit der sie interagieren möchten, die Plattform nutzen.⁸⁰
- (2) Die Teilnehmer einer Nutzergruppe (A) können mittelbar auch davon profitieren, dass weitere Nutzer "ihrer" Nutzergruppe (A) hinzutreten, da dadurch im Wege von Rückkopplungseffekten ein stärkerer Anreiz für die andere Nutzergruppe (B) besteht, die Plattform zu nutzen.⁸¹

Die konkreten Wirkungen von Netzwerkeffekte unterscheiden sich in Abhängigkeit vom jeweiligen Einzelfall.⁸² Dennoch ist von zentraler Bedeutung, dass Netzwerkeffekte in der Digitalwirtschaft zumeist selbstverstärkende Wirkungen entfalten – was auch und gerade zu der bereits angesprochenen Disposition zur Konzentration bis hin zur Monopolisierung auf Plattform-Märkten beiträgt.⁸³ Denn Netzwerkeffekte sind unmittelbar verknüpft mit (hohen) Wechselkosten, *Lock-in-Effekten*⁸⁴ und (deswegen) Marktzutrittsschranken.⁸⁵

2.4.3 SINGLE- UND MULTI-HOMING

*Multi-Homing*⁸⁶ bezeichnet die parallele Nutzung mehrerer Plattformen durch die Nutzer, während sich der Begriff *Single-Homing* auf die Nutzung nur einer einzigen Plattform bezieht. *Multi-Homing* kann auf allen, keiner oder auch nur auf einzelnen Marktseiten auftreten, womit eine Vielzahl verschiedener Konstellationen unterschieden werden kann. Ein *Multi-Homing* ist zumeist dann gegeben, wenn unterschiedliche Produkte oder Dienstleistungen durch verschiedene Plattformen auf einem Markt angeboten werden. Dabei wird ein "perfektes" *Multi-Homing* durch die kaum gänzlich ausschließbaren Wechselkosten nicht bzw. allenfalls ausnahmsweise erreicht bzw. erreichbar sein.⁸⁷ Sorgfältig zu analysieren ist ferner stets, ob und inwieweit andere Anbieter tatsächlich genutzt werden. Denn eine Registrierung bei einer Vielzahl von Anbietern allein führt noch nicht zu einem *Multi-Homing* im eigentlichen Sinne (und insbesondere nicht dazu, dass alle Anbieter gegebenenfalls mit Daten "beliefert" werden).⁸⁸ In (nahezu "perfekten") *Multi-Homing*-Konstellationen besteht vielfach ein intensiver Wettbewerb um die Kunden, die nur auf einer der (anderen) Plattformen aktiv sind; die Konzentrationswahrscheinlichkeit auf einem solchen Markt

⁷⁹ Beispiele von Hamelmann/Haucap, Kartellrecht und Wettbewerbspolitik für Online-Plattformen, 2015, S. 3. Siehe ferner statt vieler etwa Tamke, ZWeR 2017, 358, 366.

⁸⁰ So der klassische Ansatz von Caillaud/Jullien, The RAND Journal of Economics 2003, 309, 309 f.

⁸¹ Shy, Rev Ind Organ 2011, 119, 120.

⁸² Statt vieler Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 27 f.

⁸³ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 5. Vgl. auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 366.

⁸⁴ Hierzu näher sogleich sub 2.4.3.

⁸⁵ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 5; Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 28.

⁸⁶ Vgl. BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 5.

⁸⁷ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 5 f.; Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 28; Tamke, ZWeR 2017, 358, 368.

⁸⁸ Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 29.

ist damit beschränkt(er).⁸⁹ Nach wettbewerbsökonomischen Erkenntnissen ist somit davon auszugehen, dass bestehendes *Multi-Homing* die Marktmacht eines Unternehmens üblicherweise beeinträchtigt.⁹⁰

Ob ein *Multi-Homing* auf dem jeweiligen Markt besteht, ist eng verknüpft mit dem Vorhandensein von *Lock-in*-Effekten. Solche *Lock-in*-Effekte bestehen in der Regel dann, wenn ein Anbieterwechsel mit hohen (monetären und bzw. oder nicht monetären) Wechselkosten verbunden ist. Die Nutzer sind bei ihrem jeweiligen Anbieter "eingeschlossen". Dies ist etwa der Fall bei einem hohen Registrierungsaufwand für die Nutzer.⁹¹ Insbesondere können auch und gerade die zuvor beschriebenen Netzwerkeffekte zu ausgeprägten *Lock-in*-Effekten führen. Bei datengestützten Geschäftsmodellen ist je nach Geschäftsmodell zudem die Interoperabilität von Daten ein zentraler Faktor für die Entstehung von *Lock-in*-Effekten: Interoperable Daten(sätze) erleichtern regelmäßig in besonderer Weise den Anbieterwechsel bzw. ein *Multi-Homing*. Einen bedeutsamen (ersten) Schritt zur Überwindung von *Lock-in*-Effekten und zur Förderung der Interoperabilität sieht nun insbesondere Art. 20 DS-GVO mit dem Recht auf Datenübertragbarkeit vor.

Die Kombination von auf (indirekten) Netzwerkeffekten und mangelndem *Multi-Homing* basierenden *Lock-in*-Effekten mit (scheinbar) kostenlosen Angeboten für den Endnutzer führt zu weiteren Konzentrationstendenzen, denn ein anderes Unternehmen kann dann nicht mehr durch Preise, sondern allein durch Qualität konkurrieren – und genau dieser (Qualitäts-)Wettbewerb ist durch den mangelnden Zugriff auf Daten maßgeblich erschwert.⁹²

2.5 WETTBEWERBLICHE IMPLIKATIONEN

Die spezifischen Charakteristika und Kategorien von Daten sowie die Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft bedingen verschiedene wettbewerblchen Implikationen, die nachfolgend näher auszuführen sind.

2.5.1 DATEN ALS MACHTFAKTOR

Ausgehend von der Tatsache, dass moderne Technologien die Sammlung und Auswertung großer Datenmengen ermöglichen bzw. Unternehmen "datenmächtig" sein können, stellt sich für die vorliegende Untersuchung die (Kern-)Frage nach dem Wirkungszusammenhang zwischen Daten- und Machtakkumulation.

Aus wettbewerblcher Sicht ist insoweit zunächst zu konzedieren, dass die Einstufung von Daten(sätzen) als Machtfaktor für ein Unternehmen abhängig vom Einzelfall ist. Grundlegend ist in jedem Fall die Akkumulation von relevanten (personenbezogenen oder nicht-personenbezogenen) Daten. Erstellt werden können auf der Basis von personenbezogenen Daten beispielsweise Profile (und Persönlichkeitsbilder) für individualisierte Dienste bzw. Angebote. Die

⁸⁹ Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 365; Podszun/Schwalbe NZKart 2017, 98, 100; Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 41.

⁹⁰ Evans/Schmalensee, 3 Competition Pol'y Int'l (2007) 151 sowie etwa die weiteren Nachweise bei Tamke, ZWeR 2017, 358, 368 Fn. 71. Vgl. auch Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 28 f.

⁹¹ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 6.

⁹² Vgl. Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 13.

Akkumulation von nicht-personenbezogenen Daten kann etwa der Analyse und Wartung von Produkten dienen. Bei einem Unternehmen bereits vorhandene Daten wirken dabei unter Umständen selbstverstärkend. Denn solche (wachsenden) Bestandsdaten können regelmäßig zu einer Produktoptimierung (bzw. -individualisierung) genutzt werden, wodurch unter Umständen wiederum weitere Kunden bzw. deren Daten angezogen werden können.⁹³

Für die Bewertung einer mit Daten verbundenen Marktmacht kann somit von entscheidender Bedeutung sein, dass anderen Unternehmen nicht gesetzlich oder vertraglich ein Zugang zu den maßgeblichen Daten gewährt werden muss oder – falls Zugangsrechte bestehen – andere Unternehmen die jeweiligen Daten nicht in vergleichbarer Weise (wirtschaftlich) nutzen dürfen bzw. können. Für den Fall, dass kein Zugang zu gewähren ist, ist allerdings der mit dem jeweiligen Datenbestand einhergehende Machtfaktor zusätzlich und vor allem davon abhängig, ob und inwieweit die konkreten mit den Daten verbundenen Informationen (wirtschaftlich) reproduzierbar sind. Nicht bzw. schwierig reproduzierbar sind insbesondere solche Daten (bzw. die daraus zu gewinnenden Informationen bzw. Korrelationen), die ein Unternehmen sich aufgrund seines Geschäftsmodells oder seiner Marktstellung sichern konnte – und damit einen (nicht ohne weiteres einholbaren) "Datenvorsprung" erlangt hat.⁹⁴ Für die Frage, ob und inwieweit ein allfälliger "Datenvorsprung" einholbar ist, ist auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit ein Unternehmen aufgrund seiner Daten(bestände) in der Lage ist, (Markt-)Standards für den Datenzugriff, die Datenverarbeitung bzw. die entsprechenden Dateiformate zu etablieren. Exklusivität von Daten bzw. die Etablierung von Standards für Daten(sätze) bedingen unter Umständen jeweils für sich genommen oder auch gemeinsam Marktzutrittsschranken und *Lock-in*-Effekte – was die Marktmacht des jeweiligen Unternehmens maßgeblich festigen und allfällige Konzentrationsentwicklungen befördern kann.⁹⁵

2.5.2 QUALITÄT UND INNOVATION

Für die Betrachtung des (dynamischen und unter Umständen disruptiven) Wettbewerbs *mit* Daten gilt es ferner ganz grundlegend zu berücksichtigen, dass bei zwei- und mehrseitigen Sachverhalten regelmäßig nicht nur der Preiswettbewerb im Vordergrund steht, sondern vielmehr Qualität und Innovation(skraft) der angebotenen Dienstleistungen.⁹⁶ In diesem Sinne hat die EU-Kommission zur Qualität von Diensten im Verfahren *Google/DoubleClick* zutreffend ausgeführt:

"Der Wettbewerb um die Qualität der gesammelten Daten wird daher nicht nur durch den schiereren Umfang der jeweiligen Datenbank bestimmt, sondern auch von den verschiedenen Arten von Daten, auf die die Wettbewerber Zugriff haben, und die Frage, welche dieser Arten sich als die nützlichste für die Zwecke der Internetwerbung erweisen wird."⁹⁷

Im Zuge des damit angesprochenen Innovationswettbewerbs tritt der ökonomische Nutzen erst mit einer "Realisierung" auf dem Markt ein, etwa bei einer Markteinführung eines Produkts. In diesem Sinne ist der Markt das "Ziel" des Innovationswettbewerbs. Etwaige Beschränkungen des In-

⁹³ Siehe BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 8 sowie etwa Holzweber, NZKart 2016, 104, 106.

⁹⁴ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 7.

⁹⁵ Vgl. BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 7 f.

⁹⁶ Siehe statt vieler BKartA, Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15 Tz. 176 – Online-Dating-Plattform; Dreher, ZWER 2009, 149; Körber, NZKart 2016, 303, 305; Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 40. Siehe auch BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 80 ff. sowie BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017.

⁹⁷ EU-Kommission, Entsch. v. 11.03.2008, COMP/M.4731 Tz. 273 – Google/DoubleClick.

novationswettbewerbs sind deswegen auch und gerade vor dem Eintritt in den Markt möglich (und naheliegend). Es ist mit in den Blick zu nehmen, welche Art von Innovation im konkreten Einzelfall in Rede steht. Aus industrieökonomischer Perspektive wird insoweit unterschieden zwischen Prozess- und Produktinnovation, zwischen drastischen und inkrementellen Innovationen sowie anhand des Kriteriums des Unsicherheitsgrades.⁹⁸ Darüber hinaus bedarf es jeweils der Analyse, in welcher Marktphase sich der relevante Markt befindet, welche Innovationszyklen vorherrschen und wie hoch sich der konkrete Innovationsdruck bemisst.⁹⁹ Verwiesen werden kann insofern beispielhaft auf die Ausführungen des BKartA in dem Verfahren *Online-Dating-Plattform*:

"Die Online-Dating-Plattformen sind ferner einem erheblichen Innovationsdruck ausgesetzt, der internettypisch ist und die Verhaltensspielräume der Beteiligten weiter einschränkt. Das Internet ist von einer großen Dynamik und einer Vielzahl an Innovationen geprägt. Innovative Produkte und Dienste können innerhalb kurzer Zeit neue Internetmärkte schaffen und etablieren. Ebenso können Internetdienste aufgrund der Internetdynamik aber auch schnell an Bedeutung verlieren. Dabei spielen die für das Internet prägenden Faktoren der weltweiten Vernetzung und Erreichbarkeit, aber auch die hohe Innovationsgeschwindigkeit eine zentrale Rolle. Auch die Nutzungsgewohnheiten von Privatanutzern ändern sich regelmäßig vor allem angesichts technischer Innovationen. Dabei ist (...) allerdings die im Internet herrschende Dynamik allein kein hinreichender Faktor, der Marktmacht auf Online-Märkten abstrakt-generell ausschließen kann. Vielmehr ist gerade die Innovationskraft des Internets ein zu schützender Prozess, der durch Zusammenschlüsse und dadurch entstehende Verhaltensspielräume nicht gebremst werden darf."¹⁰⁰

Innovation ist somit einerseits ein Wettbewerbsparameter¹⁰¹, andererseits darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Aussicht auf das Erheben von hohen oder sogar von Monopol-Preisen unter Umständen auch ein Innovationstreiber sein kann.¹⁰² Vor diesem Hintergrund bedingen auch datenbasierte oder -gestützte Geschäftsmodelle das kartellrechtliche Dilemma in Bezug auf Innovation:¹⁰³ Der Zugriff auf Daten und insbesondere auf große Datenmengen vermag einerseits den Wettbewerb und die Konsumentenwohlfaht zu steigern. Denn Konzentrationsentwicklungen können die notwendige Voraussetzung für Innovation darstellen. Andererseits droht durch Vermachtungen aber eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs und das Auftreten von Missbrauchsfällen.

⁹⁸ Darstellung nach BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 6 ff.

⁹⁹ BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 27 ff.

¹⁰⁰ BKartA, Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15 Tz. 174 ff. – Online-Dating-Plattform.

¹⁰¹ Siehe etwa EU-Kommission, Entsch. v. 09.12.2009, COMP/38.636 Tz. 28 f. – RAMBUS (betreffend die Forderung von unangemessenen Lizenzgebühren); BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 20 m. w. N.

¹⁰² Verizon v. Trinko 540 U.S. 398 (2004) (Justice Scalia): "The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts "business acumen" in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive *conduct*." (Hervorh. im Original). Siehe auch BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 19 f.

¹⁰³ In diesem Sinne auch Körper, NZKart 2016, 303, 305.

2.5.3 SCHUTZ DER PRIVATHEIT

Zahlreiche Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft gründen auf der Speicherung, Auswertung und Nutzung von personenbezogenen Daten, die durch das Angebot einer (scheinbar) kostenfreien Leistung "gewonnen" werden.¹⁰⁴ Dies ist auch dadurch bedingt, dass die Nutzer hinsichtlich des angebotenen Datenschutzniveaus (anscheinend) vielfach eine rationale Apathie (im Sinne des sogenannten *privacy paradox*) an den Tag legen.¹⁰⁵ Dies führt dazu, dass – jedenfalls bislang – noch kaum Wettbewerb um besonders nutzerfreundliche Datenschutzregeln bzw. -standards stattfindet. Privatheit als solche erscheint somit derzeit – noch – nicht als flächendeckend zu betrachtende wettbewerbliche Implikation der Datenwirtschaft.

¹⁰⁴ Siehe hierzu bereits oben sub 2.4.1.

¹⁰⁵ Siehe nur Norberg/Horne/Horne, 41 *Journal of Consumer Affairs* (2007) 100. Ursache und Ausmaß des Phänomens sind freilich bis heute nicht restlos geklärt.

3 INTERESSEN UND POSITIONEN WESENTLICHER AKTEURE

Digitale Plattformen und mit diesen in Zusammenhang stehende datengestützte Geschäftsmodelle stehen seit einiger Zeit mit guten Gründen im Fokus der kartellrechtlichen Diskussion¹⁰⁶, die mit der jüngsten Novellierung des GWB (9. GWB-Novelle 2017) überdies Eingang in die Normgebung gefunden hat. Der damit verbundene rechtspolitische Diskurs zu Daten und Kartellrecht verläuft auf verschiedenen Ebenen und mit unterschiedlichen Schwerpunkten, die nachfolgend mit Blick auf die unterschiedlichen Positionen der wesentlichen Akteure herausgearbeitet werden sollen.

3.1 POLITIK

CDU, CSU und SPD führen in den Ergebnissen der Sondierungsgespräche zu einer Regierungsbildung in der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages in Bezug auf das Kartellrecht aus:

"Wir brauchen eine Modernisierung des Kartellrechts in Bezug auf die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaftswelt."¹⁰⁷

Diese Forderung fand sich bereits (in ähnlicher Weise) in den Wahlprogrammen von CDU / CSU und SPD für den Bundestagswahlkampf 2017, wo jeweils die Notwendigkeit zur Überprüfung kartellrechtlicher Normen betont wurde, so vor allem in Ansehung von digitalen Plattformen.¹⁰⁸ Zumindest derzeit ist naturgemäß (öffentlich) nicht belastbar abzusehen, für welche kartellrechtlichen Regelungskomplexe die potentiellen Koalitionäre eine "Modernisierung" bezwecken und welche konkreten Maßnahmen damit verbunden sein werden.

Unbeschadet des Zustandekommens einer Koalition zwischen CDU, CSU und SPD bieten die Wahlprogramme der verschiedenen Parteien einen Einblick in die verschiedenen Positionen betreffend das Themenfeld Big Data und Wettbewerb. Über die bereits benannte Position von CDU / CSU und SPD hinaus forderten etwa die GRÜNEN "eine Weiterentwicklung des Wettbewerbs- und Kartellrechts [...], welche die Informations-, Markt- und Datenmacht einzelner Unternehmen effektiv begrenzt."¹⁰⁹ Eine Entflechtung "in extremen Fällen" wird von den GRÜNEN ebenso befürwortet.¹¹⁰ Allgemeiner und mit Blick auf einen (auszuformenden) Ordnungsrahmen für die Digitalwirtschaft¹¹¹ forderten CDU / CSU ein "Datengesetz" zur Regelung des "generellen Zugang[s] zu Daten zu wirtschaftlichen Zwecken".¹¹² Einer (weitergehenden) Einführung eines "Dateneigentums" standen bzw. stehen die GRÜNEN explizit ablehnend gegenüber.¹¹³

¹⁰⁶ Siehe auch bereits oben sub 2.4.1.

¹⁰⁷ Ergebnisse der Sondierungsgespräche von CDU, CSU und SPD (12.01.2018), S. 7.

¹⁰⁸ CDU/CSU, Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben – Regierungsprogramm 2017-2021, 2017, S. 52; SPD, Zeit für mehr Gerechtigkeit. Unser Regierungsprogramm für Deutschland., 2017, S. 37.

¹⁰⁹ BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Zukunft wird aus Mut gemacht. Bundestagswahlprogramm, 2017, S. 226.

¹¹⁰ BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Zukunft wird aus Mut gemacht. Bundestagswahlprogramm, 2017, S. 226.

¹¹¹ Siehe etwa Drexl u. a., GRUR Int. 2016, 914 sowie zu Daten als Geschäftsmodell etwa Moos/Arning/Schefzig (Hrsg.), K&R Beihefter 3/2015, passim.

¹¹² CDU/CSU, Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben – Regierungsprogramm 2017-2021, 2017, S. 51.

¹¹³ BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Zukunft wird aus Mut gemacht. Bundestagswahlprogramm, 2017, S. 160.

3.2 BEHÖRDEN

Verschiedene (Wettbewerbs-)Behörden bzw. administrative Einrichtungen befassen sich auf unio-naler und nationaler Ebene mit rechtspolitischen Vorschlägen zur Datenwirtschaft im Allgemeinen sowie mit Big Data und Kartellrecht im Besonderen.¹¹⁴

3.2.1 EU-KOMMISSION

Die EU-Kommission hat eine Vielzahl rechtspolitischer Themen betreffend die Digitalwirtschaft und den Rechtsrahmen für Daten auf ihre Agenda gesetzt. Ausgangspunkt der entsprechenden Überlegungen waren die Mitteilung der EU-Kommission "Für eine florierende datengesteuerte Wirtschaft" ("Towards a thriving data-driven economy")¹¹⁵ aus dem Jahre 2014 und die "Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa" ("Digital Single Market Strategy")¹¹⁶ aus dem Jahre 2015. In dem letztgenannten Dokument betont die EU-Kommission insbesondere die Notwendig-keit von "geeignete[n] ordnungspolitische[n] Rahmenbedingungen für Innovationen, Investitio-nen, fairen Wettbewerb und Chancengleichheit".¹¹⁷ Darüber hinaus werden in der "Strategy" der Aufbau einer Datenwirtschaft und Vorschläge für damit verbundene Rechtsfragen angekündigt.¹¹⁸

Im Januar 2017 hat die EU-Kommission ihre entsprechenden rechtspolitischen Erwägungen näher präzisiert und eine Mitteilung zum "Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft"¹¹⁹ vorgelegt. Die EU-Kommission befasst sich dabei unter anderem näher mit dem Zugang zu und der Übertragung von Daten, die von Maschinen erzeugt werden, sowie mit der Übertragbarkeit nicht-personenbezogener Daten und der Interoperabilität.¹²⁰ Die betreffende Mitteilung der EU-Kommission geht einher mit dem "Staff Working Document on the free flow of data and emerg-ing issues of the European data economy"¹²¹. Hervorzuheben sind dabei die Ausführungen zu ei-nem künftigen unionsrechtlichen Rahmen für den Datenzugang und die Erwägung eines Datener-zeugerrechts und einer Datenübertragbarkeit für nicht-personenbezogene Daten.¹²²

Konkretes rechtspolitisches Ergebnis der Initiative ist der jüngst von der EU-Kommission vorgeleg-te Entwurf einer Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union.¹²³ Nach Art. 4 des Verordnungsvorschlags ist hierzu ein freier grenzüberschreitender Datenverkehr zu gewährleisten, wobei Ausnahmen aus Gründen der öf-fentlichen Sicherheit möglich bleiben (sollen). Komplementär dazu wird die Förderung und Er-leichterung von Datenportabilität und der dazugehörigen Standards (auf der Basis einer Selbstre-gulierung) bezweckt (vgl. Art. 6 des Verordnungsvorschlags).

¹¹⁴ Siehe neben den nachgenannten auch noch die Untersuchungen italienischer Regulierungsbehörden (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, "Big Data": Italian Regulators open a sector inquiry (01.06.2017)) sowie der französischen Wettbewerbsbehörde (Autorité de la Concurrence, The Autorité de la concurrence begins, at its own initiative, gathering information in order to assess data processing in the on-line advertising sector (23.05.2016)).

¹¹⁵ COM(2014) 442 final.

¹¹⁶ COM(2015) 192 final.

¹¹⁷ COM(2015) 192 final, 4.

¹¹⁸ COM(2015) 192 final, 12 ff.

¹¹⁹ COM(2017) 9 final. Hierzu etwa Drexl, NZKart 2017, 339; Wiebe, CR 2017, 87.

¹²⁰ COM(2017) 9 final, 5 ff.

¹²¹ SWD(2017) 2 final.

¹²² COM(2017) 9 final, 12 ff., insbesondere S. 14 und 17. Siehe ferner auch SWD(2017) 2 final, 25 ff., 46 ff.

¹²³ COM(2017) 495 final.

3.2.2 BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND ENERGIE

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat – aufbauend auf dem "Grünbuch Digitale Plattformen" (2016) – im März 2017 ein "Weißbuch Digitale Plattformen" veröffentlicht. Der Erstellung des Weißbuches vorausgegangen war der "Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft".¹²⁴ Das Weißbuch buchstabiert die Vorgaben für eine zukünftige Digitalpolitik aus (und steht damit unter dem Vorbehalt der Regierungsbildung in der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestags). Unter dem Titel "Wettbewerb fördern und fair gestalten" befasst sich das Weißbuch mit verschiedenen wettbewerb(srecht)lichen Aspekten der Digitalwirtschaft, die auch im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehen. Teilweise sind die entsprechenden Aspekte bereits in der zum Zeitpunkt der Veröffentlichung sich bereits abzeichnenden und auch im Weißbuch in den Blick genommenen 9. GWB-Novelle umgesetzt worden. Darüber hinaus betont das Weißbuch "[f]ür einen modernen Ordnungsrahmen" unter anderem die Notwendigkeit von wirksamen Regeln gegen *Lock-in*-Praktiken und Instrumenten gegen wettbewerbswidriges Verhalten von nicht marktbeherrschenden Unternehmen:

"Ziel ist es, ein angemessenes Maß von Transparenz, Nicht-Diskriminierung insbesondere beim Zugang (auch zu Daten) und Interoperabilität vorzugeben."¹²⁵

Ferner spricht sich das BMWi für eine Unterstützung der EU-Kommissions-Initiative zum freien Datenfluss aus; gefördert werden solle der Zugang zu Daten und nicht dagegen Ausschließlichkeit(srechte).¹²⁶ Vornehmlich unter Bezugnahme auf Big-Data-Anwendungen hebt das Weißbuch hervor, dass individuelle Rechte an Daten ein Hemmnis wären.¹²⁷ Ergänzend möchte das BMWi zudem die "Datensouveränität als Leitgedanken im Datenschutzrecht etablieren".¹²⁸

3.2.3 BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat – auch und gerade ressortbedingt – einen anderen Zugang zu Fragen der Digitalwirtschaft. Hervorzuheben ist insoweit das im Juni 2017 veröffentlichte Gutachten "Digitale Souveränität" des beim BMJV angesiedelten Sachverständigenrats für Verbraucherfragen. Der Sachverständigenrat befasst sich in seinem Gutachten zwar nicht unmittelbar mit kartellrechtlichen Fragen. Für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist aber gleichwohl hervorzuheben, dass das Gutachten aus Verbraucherperspektive (unter anderem) die Notwendigkeit der Entwicklung von Mindeststandards für die Interoperabilität betont und das Recht auf Datenportabilität weiter konkretisieren möchte.¹²⁹

¹²⁴ Siehe insbesondere das für diesen Rahmen von Schweitzer/Fetzer/Peitz verfasste Discussion Paper No. 16-042 Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen (29.05.2016).

¹²⁵ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 57 f.

¹²⁶ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 67.

¹²⁷ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 69.

¹²⁸ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 67.

¹²⁹ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Digitale Souveränität, 2017, S. 24 ff.

3.2.4 BUNDESKARTELLAMT

Das BKartA hat zusammen mit der französischen Wettbewerbsbehörde, der Autorité de la concurrence, im Mai 2016 – sprich noch vor der 9. GWB-Novelle – das Papier "Competition Law and Data" veröffentlicht.¹³⁰ Die beiden Wettbewerbsbehörden zielen ab auf die Identifikation der Kern-diskussionspunkte und -parameter für das – auch für das vorliegende Gutachten zentrale – Zusammenspiel zwischen Daten, Marktmacht und Wettbewerbsrecht.¹³¹ Hierzu definiert das Papier zunächst "Daten" und benennt die Rolle von Daten für wirtschaftliche Aktivitäten.¹³² Sodann setzen sich die beiden Wettbewerbsbehörden mit der Relevanz von Daten für die wettbewerbliche Analyse auseinander. Ausführlich werden Daten als Machtfaktor, Daten und Markttransparenz sowie datenbezogenes wettbewerbswidriges Verhalten diskutiert.¹³³ Im Schwerpunkt analysiert das Papier sodann die Frage der Marktbeherrschung; hierzu werden die Marktcharakteristika und Datenvorteile in den Blick genommen.¹³⁴ Die beiden Behörden betonen, dass ein "Datenvorteil" zwar nicht "neu" sei, moderne Technologien aber Natur, Quellen und Volumen von Daten verändert haben.¹³⁵ Die beiden Wettbewerbsbehörden unterstreichen zudem die ökonomische Relevanz von Daten nicht nur für die Zusammenschlusskontrolle, sondern gerade auch für die Marktmissbrauchsaufsicht; für die Bestimmung von Marktbeherrschung seien insbesondere Besonderheiten betreffend die Knappheit von Daten und Datensammlung(en) zu beachten.¹³⁶

Im Juni 2016 – also ebenso noch vor der 9. GWB-Novelle – hat das BKartA (konkret der dortige Think Tank Internet) zudem ein umfangreiches Arbeitspapier "Marktmacht von Plattformen und Netzwerken" veröffentlicht. Das Papier nimmt allgemein Plattformmärkte in den Blick, womit zumindest teilweise auch datengestützte Geschäftsmodelle angesprochen sind. Von Bedeutung für die vorliegende Untersuchung sind insbesondere die Ausführungen zur Markttabgrenzung digitaler Plattformen und Netzwerke¹³⁷ sowie zur Marktbeherrschung bzw. -macht durch bzw. bei Plattformen¹³⁸, wobei die Empfehlungen des Papiers weitgehend durch die 9. GWB-Novelle kodifiziert worden sind.

Den Dokumenten "Competition Law and Data" und "Marktmacht bei Plattformen und Netzwerken" folgend hat das BKartA im Oktober 2017 sein (deutlich kürzeres, teils gleichlaufendes) vierzehnteitiges Papier "Big Data und Wettbewerb"¹³⁹ vorgelegt. Es wird auch hier eingangs das erhebliche wirtschaftliche Potential von datenbasierten Geschäftsmodellen hervorgehoben.¹⁴⁰ Betont wird das Spannungsfeld zwischen "besseren" Produkten einerseits sowie privaten und öffentlichen Interessen andererseits.¹⁴¹ Ferner werden Datenarten und Datenverarbeitungsszenarien skizziert sowie die Besonderheiten digitaler Märkte betont.¹⁴² Auf dieser Grundlage untersucht

¹³⁰ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016. Hierzu ausführlich Birnstiel/Eckel, WRP 2016, 1189.

¹³¹ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 4.

¹³² Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 4 ff.

¹³³ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 11 ff.

¹³⁴ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 25 ff.

¹³⁵ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 53.

¹³⁶ Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 53 f.

¹³⁷ BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 7 ff., 99 ff.

¹³⁸ BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 48 ff., 104 ff.

¹³⁹ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017.

¹⁴⁰ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 1.

¹⁴¹ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 1.

¹⁴² BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 2 ff.

das Papier die Relevanz von Daten für die wettbewerbliche Analyse.¹⁴³ Besonders adressiert werden – wie bereits in "Competition Law and Data" – die Themen Daten als Machtfaktor, Daten und Markttransparenz sowie Daten als Anlass für wettbewerbswidriges Verhalten.¹⁴⁴ Aus einer Vielzahl von angesprochenen Aspekten sei an dieser Stelle nur hervorgehoben, dass das BKartA zu Recht die Prädisposition zu selbstverstärkenden Effekten und zur Konzentrierung bei datengestützten Geschäftsmodellen unterstreicht.¹⁴⁵ Schließlich diskutiert das BKartA das Verhältnis von Datenschutz und Marktmacht; maßgeblich unter Verweis auf das derzeit laufende Verfahren gegen Facebook^{146, 147}

Ebenfalls im Oktober 2017 erschienen ist das Hintergrundpapier des BKartA zu "Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis".¹⁴⁸ Für die vorliegende Untersuchung entfalten die dortigen Ausführungen an verschiedenen Punkten Relevanz, denn mit den Big-Data-Märkten stehen auch und gerade innovationsgetriebene Geschäftsmodelle im Blickpunkt.¹⁴⁹ So kann Innovation etwa ein (relativierender) Faktor für Marktmacht sein oder auch allgemein im Zuge von Effizienzgewinnen Berücksichtigung finden.¹⁵⁰

3.2.5 MONOPOLKOMMISSION

Die Monopolkommission hat sich bereits in ihrem XX. Hauptgutachten 2012/2013 mit verschiedenen kartellrechtlichen Problemstellungen der Digitalwirtschaft auseinandergesetzt.¹⁵¹ So hat die Monopolkommission in diesem Zusammenhang die Rolle von Daten als Wettbewerbsfaktor untersucht¹⁵²; diskutiert wird überdies unter anderem das Verhältnis von Datenzugriff und Marktmacht¹⁵³. Eingegangen wird ebenfalls auf die Einordnung von (marktmächtigen) Plattformen als wesentliche Einrichtungen im kartellrechtlichen Sinne.¹⁵⁴ Schließlich diskutiert die Monopolkommission einen konkreten datenbezogenen Machtmissbrauch betreffend und durch Google.¹⁵⁵

Besonders hervorzuheben ist darüber hinaus das Sondergutachten 68 "Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte" der Monopolkommission aus dem Jahre 2015. Die Monopolkommission befasst sich dort ausführlich mit den ökonomischen Besonderheiten digitaler Märkte, mit Daten und deren Relevanz für den Wettbewerb sowie mit einzelnen Sektoren (etwa Suchmaschinen und sozialen Netzwerken).¹⁵⁶ Aus der Perspektive der vorliegenden Untersuchung zu betonen ist die Auseinandersetzung mit der Berücksichtigung der Kombination von Datenbeständen¹⁵⁷

¹⁴³ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 6 ff.

¹⁴⁴ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 6.

¹⁴⁵ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 7 f.

¹⁴⁶ Siehe BKartA, Pressemitteilung vom 02.03.2016. Ausführlich hierzu nachfolgend sub 4.4.3.

¹⁴⁷ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12 f.

¹⁴⁸ BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017.

¹⁴⁹ Siehe hierzu bereits oben sub 2.5.3.

¹⁵⁰ BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 27 ff., 33 ff.

¹⁵¹ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, 2014, S. 58 ff.

¹⁵² Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, 2014, S. 62 f.

¹⁵³ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, 2014, S. 63 ff.

¹⁵⁴ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, 2014, S. 65 f.

¹⁵⁵ Monopolkommission, XX. Hauptgutachten 2012/2013, 2014, S. 68.

¹⁵⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 27 ff., 44 ff., 77 ff., 105 ff.

¹⁵⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 162.

und mit datenbezogenem Marktmissbrauch¹⁵⁸. Ebenfalls beachtenswert in Bezug auf die (kommerzielle) Nutzung von Daten ist, dass die "Vergabe von eindeutigen, absoluten Rechten, wo immer möglich, (...) wettbewerbspolitisch (...) zu befürworten [sei]".¹⁵⁹

3.2.6 DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE

Hingewiesen sei schließlich auf die EntschlieÙung "Marktmacht und informationelle Selbstbestimmung" der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder aus dem Jahre 2014. Unter Hinweis auf die Zusammenschlussverfahren *Google/DoubleClick* und *Facebook/WhatsApp* beklagen die Datenschutzbeauftragten das Fehlen "wirksame[r] Garantien gegen eine weitere Verschlechterung des Datenschutzes"¹⁶⁰. Unter Rekurs (auch) auf die zuvor dargelegten Feststellungen der Monopolkommission wird betont, dass

"insbesondere das Recht auf Datenportabilität sowohl die Souveränität des einzelnen Nutzers stärken als auch die auf der Sammlung personenbezogener Daten beruhende Machtposition einzelner Marktteilnehmer begrenzen kann. Die Konferenz der Datenschutzbeauftragten weist daraufhin, dass eine stärkere Zusammenarbeit mit den Kartellbehörden sinnvoll ist. Ziel muss es dabei zugleich sein, den Datenschutz im Wettbewerb besser zu fördern."¹⁶¹

3.3 PRIVATE INTERESSENGRUPPEN

Private Interessengruppen befassen sich in einer Vielzahl von Stellungnahmen mit Big Data und den damit verbundenen Rechtsfragen.¹⁶² Speziell zu Daten und Big Data im Kartellrecht ist hinzuweisen auf die jüngst erschienene gemeinsame Studie von BusinessEurope und Noerr, die sich unter anderem mit den Rechten an und dem Zugang zu Daten sowie mit dem freien Datenverkehr auseinandersetzt.¹⁶³ Insbesondere ein Datenerzeugerrecht bedarf nach den Ergebnissen der Studie weiterer Evaluierung.¹⁶⁴ Dieser Befund entspricht früheren Untersuchungen, wonach eine "eigentumsähnliche Zuordnung" von Daten (derzeit) kritisch bewertet und die Möglichkeiten durch den bestehenden, insbesondere kartellrechtlichen Rechtsrahmen betont wurden.¹⁶⁵

¹⁵⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 164 ff., 170 ff.

¹⁵⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 51.

¹⁶⁰ Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, 88. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 8. und 9. Oktober 2014 in Hamburg, EntschlieÙung: Marktmacht und informationelle Selbstbestimmung, S. 1.

¹⁶¹ Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, 88. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 8. und 9. Oktober 2014 in Hamburg, EntschlieÙung: Marktmacht und informationelle Selbstbestimmung, S. 2.

¹⁶² Siehe nur BITKOM, Leitlinien für den Big-Data-Einsatz, 2015; allgemeiner BDI/Noerr, Industrie 4.0 – Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, 2015; BusinessEurope/Noerr, Legal Issues of Digitalisation in Europe, 2017.

¹⁶³ BusinessEurope/Noerr, Legal Issues of Digitalisation in Europe, 2017, insbesondere S. 11 ff.

¹⁶⁴ BusinessEurope/Noerr, Legal Issues of Digitalisation in Europe, 2017, insbesondere S. 7, 13.

¹⁶⁵ BDI/Noerr, Industrie 4.0 – Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung, 2015, S. 12.

3.4 ZUSAMMENFASSUNG UND BEWERTUNG

Daten und Big Data im Kartellrecht stehen seit einiger Zeit zu Recht im Fokus von Politik, Behörden und privaten Interessengruppen. In diesem Sinne wird die Bedeutung von Daten für den Wettbewerb durchgehend betont. Die ökonomischen Besonderheiten von digitalen Märkten werden regelmäßig hervorgehoben. Ebenso werden auch die speziellen Charakteristika von Daten generell benannt und die damit verbundenen wettbewerblichen Implikationen analysiert. Durchgängig wird unterstrichen, dass das Kartellrecht dem Grunde nach geeignet ist, einen Beitrag zu leisten zur Bewältigung von marktmächtigen Positionen betreffend Daten und Big Data. Das BKartA hat durch seine verschiedenen Veröffentlichungen zu diesem Themenkomplex bereits belastbare Leitlinien für eine adäquate Erfassung, auch und gerade in der Rechtspraxis, aufgezeigt.

Allgemein betont die ganz überwiegende Anzahl von Akteuren die mit der Analyse von Daten einhergehenden Innovationen und Wohlfahrtseffekte. Geschäftsmodelle mit Daten bzw. Big Data sollen lediglich (kartell- und datenschutz)rechtlich gerahmt, nicht dagegen wesentlich beschränkt werden. Die Flankierung durch datenschutzrechtliche Vorgaben für die Verarbeitung personenbezogener Daten wird insofern nicht ernsthaft in Frage gestellt.

Die durch die verschiedenen Akteure in der Vergangenheit in Bezug auf das Kartellrecht erhobenen Forderungen sind zum größten Teil bereits durch die 9. GWB-Novelle umgesetzt worden. Signifikant über die 9. GWB-Novelle hinausgehende Forderungen finden sich für das Kartellrecht lediglich vereinzelt in den Wahlprogrammen zur Bundestagswahl 2017 sowie (im Ansatz) in den Sondierungsergebnissen von CDU/CSU und SPD.

Demgegenüber steht eine weitergehende Regulierung eines das Kartellrecht flankierenden Datenrechts im Fokus aktueller rechtspolitischer Debatten zur Digitalwirtschaft. Schwerpunkt der Diskussion bildet hier die Frage nach dem (adäquaten Maß an) Zugang zu Daten. Hingewiesen sei für die nationale Perspektive *pars pro toto* auf die von CDU / CSU im Wahlkampf 2017 erhobene Forderung nach einem entsprechenden Datengesetz unter Einschluss von Zugangsregeln. Auf unionaler Ebene von zentraler Bedeutung sind die Vorschläge der EU-Kommission betreffend einen (Rechts-)Rahmen für den freien Datenverkehr sowie Vorschläge zu einem Datenerzeugerrecht, jeweils bezogen auf nicht-personenbezogene Daten. Diese verschiedenen Vorschläge in Umsetzung der EU-Kommissions-Strategie für einen digitalen Binnenmarkt prägen insoweit die derzeitige kontrovers geführte Debatte.

4 DATEN UND BIG DATA IM KARTELLRECHT (DE LEGE LATA)

Im Ausgangspunkt hat das Kartellrecht bei einer typisierenden Betrachtung vornehmlich in vier Grundkonstellationen eine Bedeutung für den untersuchungsgegenständlichen Bereich von Daten und Big Data:

- (1) Erstens können kartellrechtliche Verstöße begangen werden bei der **Erlangung** von Daten, sei es im Wege von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen, durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder durch Zusammenschlussverhalte.
- (2) Zweitens kann die **Verwendung** von Daten kartellrechtswidrig sein, sprich vor allem einem Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch unterfallen.
- (3) Ferner kann drittens ein Kartellverstoß daraus resultieren, dass Wettbewerbern ohne Rechtfertigung ein **Zugriff** auf Daten **verwehrt** wird, sei es durch horizontale bzw. vertikale Absprachen oder im Sinne einer Verweigerung des Zugangs zu bzw. der Nutzung von wesentlichen Einrichtungen.
- (4) Überdies können viertens Daten ganz grundsätzlich die relevante **Marktbestimmung und Marktmachtverteilung** maßgeblich beeinflussen.

Zu fragen ist, ob das Kartellrecht und auch das – vielfach für die kartellrechtlichen Fragen vorgreifliche – Daten(schutz)recht mit ihren system- und norminduzierten Möglichkeiten und Grenzen angemessene Instrumentarien eröffnen, um die identifizierten datenbezogenen Problemlagen angemessen zu adressieren. Hierfür soll im Folgenden der Normbestand des Kartellrechts einer umfassenden Analyse unterzogen werden. Mit Blick auf Art. 3 VO 1/2003 wendet sich die Untersuchung hierbei zunächst dem unionalen Kartellrecht zu, bevor sodann das durch die 9. GWB-Novelle 2017 ergänzte nationale Kartellgesetz bewertet wird.

Maßgebliche Vorfrage ist zunächst die Abgrenzung zum und das Zusammenspiel mit dem Daten(schutz)recht sowie die Eröffnung des kartellrechtlichen Anwendungsbereichs. Sowohl für das unionale als auch für das nationale Kartellrecht ist sodann zu fragen nach der Bestimmung der relevanten Märkte, nach Marktbeherrschung und Marktmachtmissbrauch sowie nach dem Kartellverbot und der Fusionskontrolle. Ergänzend sind jeweils die Berücksichtigung außerökonomischer Aspekte im Kartellrecht sowie verfahrensrechtliche Rahmungen zu diskutieren.

4.1 DATEN(SCHUTZ)RECHT ALS VORFRAGE

Daten stellen in der Digitalwirtschaft sowohl eine Ressource als auch einen Handelsgegenstand dar. Das Daten(schutz)recht ist somit für jeweilige Ausgestaltung der Geschäftsmodelle von hervorgehobener Bedeutung und bewirkt einheitliche Marktbedingungen (sprich ein sogenanntes *level-playing-field*). Der Fokussierung der Untersuchung geschuldet sollen nachfolgend allerdings nur solche daten(schutz)rechtlichen Themenkomplexe mit einbezogen und diskutiert werden, die für die kartellrechtliche Beurteilung besonders prägend sind. In diesem Sinne werden deswegen das allgemeine Verhältnis von Daten(schutz)- und Kartellrecht, die daten(schutz)rechtliche Erfassung von Big Data sowie die für die Digitalwirtschaft zentralen Rechtsinstitute des Rechts auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO, der Einwilligung und des Kopplungsverbots sowie die

Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung im Übrigen näher zu betrachten sein.¹⁶⁶

4.1.1 ZUM VERHÄLTNIS VON DATEN(SCHUTZ)RECHT UND KARTELLRECHT

Fraglich ist zunächst, ob und inwieweit der Datenschutz und dessen Implementierung bzw. Durchsetzung überhaupt als Aufgabe des Wettbewerbsrechts verstanden werden können.¹⁶⁷ Über längere Zeit ist hierzu vertreten worden, dass der Datenschutz gerade kein Thema des Wettbewerbsrechts sei. So führte etwa der EuGH in der Rs. *Asnef-Equifax* 2006 in Bezug auf den Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten über die Zahlungsunfähigkeit von Kunden aus:

„[Es] 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.“¹⁶⁸

Die EU-Kommission stellte für das Zusammenschlussvorhaben *Facebook/WhatsApp* 2014 fest:

„Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules.“¹⁶⁹

Zudem griff im Januar 2016 die EU-Wettbewerbs-Kommissarin Vestager diese Argumentationslinie auf:

„So I don't think we need to look to competition enforcement to fix privacy problems.“¹⁷⁰

Zwar hat der EuGH bereits 2013 in der Rs. *Allianz Hungária* geurteilt, dass ein Rechtsverstoß einen Anhalt für einen Wettbewerbsverstoß geben kann¹⁷¹ – und diese Einschätzung sollte auch Verstöße gegen das Datenschutzrecht umfassen (können). Für das unionale Kartellrecht ist allerdings gleichwohl festzuhalten, dass (zumindest derzeit) eine unmittelbare Berücksichtigung des Datenschutzrechts nicht vorgesehen ist.

Auf nationaler Ebene verhält es sich allerdings anders. Hier ist in jüngerer Zeit auf verschiedenen Ebenen eine Relevanz des Datenschutzrechts für das Wettbewerbsrecht betont worden.¹⁷² So hat das BKartA die bereits vorstehend diskutierten Papiere zu "Big Data und Wettbewerb" und (gemeinsam mit der französischen Wettbewerbsbehörde) zu "Competition Law and Data" publiziert. Das BKartA leitete im März 2016 zudem ein Verfahren gegen Facebook ein und ermittelt (nach

¹⁶⁶ Zur Zurverfügungstellung von Daten nach Beendigung gemäß Art. 13 Nr. 2 lit. c des Richtlinien-Vorschlags zu vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte (Nachweise hierzu bereits oben in Fn. 62) siehe etwa Spindler, MMR 2016, 219, 221 f.

¹⁶⁷ Hierzu etwa Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 22 ff.; Geradin/Kuschewsky, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue (2013); Frenz, EWS 2014, 193; Kamann/Miller, NZKart 2016, 405; Kerber, GRUR Int. 2016, 639, 640 ff.; Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2989 ff.; Schepp/Wambach, 7 J. Eur. Comp. L. & Prac. (2016) 120, 123 f. Siehe ferner Holzweber, NZKart 2016, 104, 107, der in diesem Zusammenhang auf Art. 8 und 51 GRCh verweist.

¹⁶⁸ EuGH, EuZW 2006, 753, 757 – *Asnef-Equifax*.

¹⁶⁹ EU-Kommission, Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 Tz. 164 – *Facebook/WhatsApp*.

¹⁷⁰ Vestager, Competition in a big data world (17.01.2016).

¹⁷¹ EuGH, EuZW 2013, 716 – *Allianz Hungária*.

¹⁷² Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 171 ff.

wie vor) wegen eines potentiellen Konditionenmissbrauchs durch die Verwendung datenschutzwidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen.¹⁷³

Insgesamt resultiert hieraus auf nationaler Ebene der Befund einer stärkeren Beachtung und Durchsetzung des Daten(schutz)rechts als ein (möglicher) Begrenzungsfaktor für zulässiges Wettbewerbsverhalten. Die ab Mai 2018 geltende DS-GVO könnte diese Entwicklung auch auf europäischer Ebene weiter anstoßen und beschleunigen. Denn das Sanktionspotential des Datenschutzrechts (und damit voraussichtlich auch dessen Praxisbedeutung) wird künftig mit dem Rechtsregime der DS-GVO signifikant zunehmen: Art. 83 Abs. 4 und 5 DS-GVO sehen einen Bußgeldrahmen von bis zu € 10 Mio. respektive € 20 Mio. bzw. von 2% respektive 4% des weltweiten Jahresumsatzes eines Unternehmens vor. Die Berechnung des Umsatzes knüpft dabei an dem etablierten kartellrechtlichen Modell an; berücksichtigt werden daher auch Umsätze der gesamten Unternehmensgruppe. Möglich sind (auch deswegen) letztlich Bußgelder in Milliardenhöhe für Datenschutzverstöße.

4.1.2 BIG DATA UND DATEN(SCHUTZ)RECHT

Big-Data-Geschäftsmodelle müssen eine Vielzahl von datenschutzrechtlichen Vorgaben beachten, wenn und soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden.¹⁷⁴ Die oben bereits angedeuteten positiv besetzten Möglichkeiten von Big Data finden im Datenschutzrecht bislang allenfalls bedingt einen Niederschlag. So postuliert etwa Art. 1 Abs. 3 DS-GVO (lediglich) programmatisch, dass der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Europäischen Union aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten weder eingeschränkt noch verboten werden darf. Darüber hinaus sind vereinzelt weitere Ausnahmen geregelt, die zugunsten von Big-Data-Anwendungen in Stellung gebracht werden können. So gilt etwa eine Weiterverarbeitung für – unter anderem – wissenschaftliche Forschungs- oder für statistische Zwecke nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken. Entsprechende Big-Data-Anwendungen sind bereits nach Art. 89 DS-GVO privilegiert (setzen allerdings eine entsprechende mitgliedstaatliche Regelung voraus).¹⁷⁵ ErwGr. 157 DS-GVO betont in diesem Sinne ausdrücklich die potentiellen Erkenntnisgewinne für die Medizin durch die Verknüpfung von Informationen.¹⁷⁶

Die mit solchen Geschäftsmodellen oftmals angestrebte umfassende Verarbeitung von personenbezogenen Daten steht allerdings im Übrigen (in Teilen) in einem (evidenten) Gegensatz zu klassischen datenschutzrechtlichen, auf individuellem Persönlichkeitsrechtsschutz fußenden Paradigmen – dies gilt insbesondere in Ansehung der (althergebrachten) Grundsätze der Zweckbindung,

¹⁷³ BKartA, Pressemitteilung vom 02.03.2016, sowie BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12 f.; hierzu nachfolgend sub 4.4.3.

¹⁷⁴ Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen in teilweiser Anlehnung an Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697, 1700 f. Siehe im Übrigen allgemein zu datenschutzrechtlichen Herausforderungen für Big Data Werkmeister/Brandt, CR 2016, 233.

¹⁷⁵ Siehe auch Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO.

¹⁷⁶ Vgl. Grages, in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2017, Art. 89 DSGVO Rn. 2. Siehe ferner zu Big Data in der Medizin Becker/Schwab, ZD 2015, 151; Spindler, MedR 2016, 691; Timm, MedR 2016, 681.

der Datenminimierung und der Speicherbegrenzung.¹⁷⁷ So dürfen nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO personenbezogene Daten nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden.¹⁷⁸ Gerade die Möglichkeit zu einer Weiterverarbeitung ist in Big-Data-Konstellationen allerdings oft von hervorgehobener Bedeutung. Die Vereinbarkeit einer Weiterverarbeitung mit den ursprünglichen Zwecken bestimmt sich damit zunächst (nur) auf der Grundlage und am Maßstab der Kriterien des Art. 6 Abs. 4 DS-GVO. Zudem hegen die Grundsätze der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO) und der Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1 lit. e DS-GVO) allfällige Big-Data-Anwendungen weiter ein. Denn personenbezogene Daten müssen hiernach dem Zweck angemessen, erheblich und auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein. Zusätzlich müssen personenbezogene Daten in einer Form gespeichert werden, welche die Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist (die Fälle des Art. 89 DS-GVO bilden wiederum eine Ausnahme).¹⁷⁹ Diese Vorgaben werden oftmals der wirtschaftlichen Rationale von Big-Data-Anwendungen (i. e. *Velocity*, *Variety* und *Volume*¹⁸⁰) widersprechen.

Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass der Verantwortliche (Art. 4 Nr. 7, 26 ff. DS-GVO) (auch) bei Big-Data-Anwendungen die weiteren allgemeinen (Struktur-)Vorgaben der Art. 24, 25 DS-GVO zu beachten hat.¹⁸¹ In diesen Vorgaben spiegeln sich die zuvor benannten Prinzipien wider und gestalten das Pflichtenprogramm für Verantwortliche weiter aus.¹⁸² So müssen Big-Data-Anwendungen im Sinne einer *Privacy by Default* (i. e. Maßgaben zur Voreinstellung) und einer *Privacy by Design* (i. e. technische Vorgaben) konzipiert werden. Der Verantwortliche hat hiernach bei der Festlegung der Verarbeitungsmittel und bei der Verarbeitung seinerseits selbst geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um etwa die Datenminimierung wirksam umzusetzen (Art. 25 Abs. 1 DS-GVO). Zudem müssen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen vorgehalten werden, die vor allem auch sicherstellen, dass grundsätzlich nur für den Verarbeitungszweck erforderliche personenbezogene Daten verarbeitet werden (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 DS-GVO).

4.1.3 RECHTMÄßIGKEIT DER DATENVERARBEITUNG

Sämtliche Geschäftsmodelle mit personenbezogenen Daten – und damit auch und gerade Big-Data-Anwendungen – haben die Rechtmäßigkeit der (Weiter-)Verarbeitung der personenbezogenen Daten sicherzustellen. Dabei liegt dem Datenschutzrecht das Konzept eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt zugrunde, so dass sich die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach der Verwirkli-

¹⁷⁷ Zur Datenschutzkonformität von Big-Data-Anwendungen siehe etwa Arning, K&R Beihefter 3/2015, 7; Helbing, K&R 2015, 145. Siehe aus grundrechtlicher Perspektive die Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zur kohärenten Durchsetzung von Grundrechten im Zeitalter von Big Data (23.09.2016) sowie Buttarelli, K&R 12/2016, Editorial. Siehe ferner auch die vorläufige Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zu „Privacy and competitiveness in the age of big data“ (26.03.2014).

¹⁷⁸ Hierzu im Big-Data-Kontext etwa Helbing, K&R 2015, 145.

¹⁷⁹ Siehe einführend zur Anonymisierung und Pseudonymisierung etwa Hackenberg, in: Hören/Sieber/Holzner, Multimedia-Recht (43. Erg.-Lfg. 2016), Teil 16.7, Rn. 51 ff.

¹⁸⁰ Siehe oben sub 2.1.

¹⁸¹ Siehe im Big-Data-Kontext ferner etwa Werkmeister/Brandt, CR 2016, 233, 235 f.

¹⁸² Siehe darüber hinaus etwa auch die Vorgaben zu automatisierten Einzelentscheidungen, insbesondere das sog. Profiling, in Art. 22 DS-GVO, hierzu Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 22 Rn. 1 ff.

chung gesetzlicher Erlaubnistatbestände richtet. Die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung bestimmt sich hiernach insbesondere nach einer nutzerseitigen Einwilligung als zentralem Erlaubnistatbestand sowie nach besonderen Erlaubnistatbeständen der DS-GVO (insbesondere Art. 6) und des BDSG¹⁸³.

EINWILLIGUNG

Rechtmäßig ist die Verarbeitung daher im Falle einer Einwilligung der betroffenen Person zu einer Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO).¹⁸⁴ Die Rechtmäßigkeit der Einwilligung bestimmt sich zunächst auf der Grundlage und am Maßstab der Vorgaben der DS-GVO (so insbesondere Art. 7 DS-GVO). Im Übrigen unterliegt die Einwilligung, soweit sie standardisiert (in bzw. als AGB) erfolgt, auch einer (inhaltlichen) Angemessenheitsprüfung für die jeweilige Verarbeitung.¹⁸⁵ ErwGr. 42 DS-GVO unterstreicht, dass eine vorformulierte Einwilligungserklärung keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten darf.¹⁸⁶

BERECHTIGTE INTERESSEN

Die Einwilligung wird nach dem Vorherigen (insbesondere aufgrund ihrer Zweckbezogenheit) nicht in allen Fällen eine taugliche Grundlage für sämtliche beabsichtigten Verarbeitungen im Big-Data-Kontext bieten. Für Big-Data-Anwendungen besonders relevant ist daher die Frage, ob eine etwaige (Weiter-)Verarbeitung auf einen anderen Erlaubnistatbestand gestützt werden kann. Neben nationalen Erlaubnistatbeständen (etwa auf der Grundlage des bereits angesprochenen Art. 89 DS-GVO) ist insbesondere eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO in Betracht zu ziehen. Voraussetzung ist, dass die betreffende Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Die Norm eröffnet daher einen (erheblichen) Auslegungs- und Abwägungsspielraum für Datenverarbeitungen. Insgesamt dürfte die Regelung zumindest bis zu einer höchstrichterlichen Klärung des Anwendungsbereichs für Big-Data-Anwendungen einen praktisch höchst relevanten Auffangtatbestand (aber auch Rechtsunsicherheit) bieten.¹⁸⁷

KOPPLUNGSVERBOT

In einer Vielzahl von Big-Data-Anwendungen stellen heutzutage Daten bzw. die datenschutzrechtliche Einwilligung (zumindest wirtschaftlich betrachtet) die bzw. eine Gegenleistung für die Inanspruchnahme bestimmter Leistungen dar. Besonders bedeutsam für entsprechende Ge-

¹⁸³ Siehe ferner – insbesondere zu besonderen Verarbeitungssituationen – die §§ 26 ff. BDSG (neu).

¹⁸⁴ Hierzu ausführlich Ernst, ZD 2017, 110. Die Einwilligung ist nach Maßgabe von Art. 5 III S. 1 ePrivacy-RL i. V. m. Art. 95 DS-GVO auch für sog. Cookies relevant.

¹⁸⁵ Schantz, NJW 2016, 1841, 1844. Vgl. zudem Spindler, DB 2016, 937, 940.

¹⁸⁶ Siehe dagegen – unter dem BDSG aF – etwa noch BGH, NJW 2008, 3055. Ausführlich zur AGB-rechtlichen Kontrolle von datenschutzrechtlichen Einwilligungen Hennemann, ZUM 2017, 544, 548 f.

¹⁸⁷ Hierzu Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 26 ff.; Plath, in: Plath, BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2017, Art. 6 DSGVO Rn. 17 ff. sowie Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 276 f.; ausführlich dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 43 f.

schäftsmodelle der Digitalwirtschaft („Daten als Entgelt“) ist daher das sogenannte Kopplungsverbot gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO¹⁸⁸:

"Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind."

Art. 7 Abs. 4 DS-GVO knüpft an die Freiwilligkeit der Einwilligung an. Es wird im Grundsatz angenommen, dass der Verantwortliche eine starke Position innehat, falls dieser von der Einwilligungserteilung die Erfüllung des Vertrags abhängig machen kann. Für diese Situation wird sodann vermutet, dass die betroffene Person nicht (mehr) freiwillig handelt. Eine Erzwingung der Datenverarbeitung außerhalb des vertragsmäßig Erforderlichen soll hierdurch ausgeschlossen werden.

Prima facie scheint das Koppelungsverbot somit Geschäftsmodellen mit Daten bzw. die datenschutzrechtliche Einwilligung als "Entgelt" bzw. "Gegenleistung" entgegenzustehen. Denn in solchen Vertragsverhältnissen wird die Dienstleistung gerade von der Einwilligung abhängig gemacht.¹⁸⁹ Auflösen lässt sich dieser Konflikt, wenn man Art. 7 Abs. 4 DS-GVO (nur) als eine widerlegbare Vermutung einstuft.¹⁹⁰ ¹⁹¹ Andernfalls muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine Rechtfertigung auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO in Betracht kommt.¹⁹² Jede der beiden Variante könnte somit bereits *de lege lata* für personenbezogene Daten eine tragfähige, wenngleich jeweils voraussetzungsreiche Grundlage für den Rechthehandel mit bzw. die Kommerzialisierung von Daten darstellen.

4.1.4 DATENPORTABILITÄT

Darüber hinaus prägt das Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO die Wettbewerbsparameter für Big-Data-Geschäftsmodelle mit personenbezogenen Daten. Die betroffene Person hat nach dieser Vorschrift ein Recht auf Bereitstellung und die Befugnis zur Übermittlung der bereitgestellten eigenen personenbezogenen Daten an einen anderen Verantwortlichen. ErwGr. 68 DS-GVO unterstreicht, dass das Recht auf Datenübertragbarkeit der betroffenen Person einer besseren Kontrolle über die eigenen Daten dient.¹⁹³ Insbesondere soll Art. 20 DS-GVO der betroffenen Person einen möglichst unkomplizierten Wechsel von einem Anbieter zu einem anderen ermöglichen.¹⁹⁴ Für diesen Wechsel hat der Verantwortliche die Daten in einem portablen Format zur Verfügung zu stellen und gegebenenfalls direkt an den anderen Verantwortlichen zu übermitteln (Art. 20 Abs. 2 DS-GVO). Art. 20 DS-GVO soll dadurch (mittelbar) auch interoperable

¹⁸⁸ Hierzu etwa Krohm/Müller-Peltzer, ZD 2017, 551.

¹⁸⁹ In diese Richtung etwa Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 277: "regelmäßig zweifelhaft".

¹⁹⁰ Hierzu näher etwa Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 21 f.

¹⁹¹ In diesem Fall besteht dann auch kein unüberwindbarer Widerspruch zu dem Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, siehe hierzu nachfolgend sub 5.1.3.

¹⁹² Hierzu Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 277; ausführlich dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 42 ff.

¹⁹³ Siehe ErwGr. 68 DS-GVO.

¹⁹⁴ Paal, in Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 20 Rn. 4.

Formate fördern¹⁹⁵ und Ausdruck eines Wettbewerbs um datenschutzfreundliche(re) Technologien sein.¹⁹⁶ Denn das Recht kann den Nutzern auch einen Wechsel zu einem "datenschutzfreundliche(re)n" Anbieter erleichtern.¹⁹⁷

Bei näherer Betrachtung verfolgt das Recht auf Datenübertragbarkeit allerdings auch (und gerade) ein wettbewerb(srecht)liches Ziel, denn durch die Senkung von Wechselkosten sollen allfällige *Lock-in*-Effekte¹⁹⁸ minimiert werden.¹⁹⁹ Es handelt sich insoweit um "überschießendes Wettbewerbsrecht"²⁰⁰, da eine marktbeherrschende (oder sonstige besonders hervorgehobene) Stellung nicht erforderlich ist.²⁰¹ Mittelbar soll das Recht auf Datenübertragbarkeit allerdings auch Marktmacht einzelner Wettbewerber begrenzen. Im Gesetzgebungsverfahren standen dabei vor allem soziale Netzwerke (wie etwa Facebook) im Blickpunkt.²⁰²

Mit Spannung ist zu erwarten, ob und inwieweit das neue Recht greifen wird. Im Idealfall führt die Bestimmung zu niedrige(re)n Wechselkosten für Nutzer beim Anbieterwechsel und schränkt Pfadabhängigkeiten und Exklusivvereinbarungen ein – womit unter anderem auch ein umfassendes *Multi-Homing* gewährleistet wird. Es wird hierbei zum einen darauf ankommen, ob die Nutzer ihr neues Recht im erhofften Umfang annehmen. Zum anderen bleibt abzuwarten, ob das Recht auf Datenübertragbarkeit bei einer Vielzahl von Geschäftsmodellen – insbesondere bei sozialen Netzwerken – (marktmächtigen) Unternehmen tatsächlich Grenzen aufzeigen wird. Hieran sind zumindest Zweifel angebracht.²⁰³ Denn die Wirkmacht von Art. 20 DS-GVO ist eng verknüpft mit einer tatsächlich bestehenden Interoperabilität des eigenen Datensatzes (zur Nutzung bei einem anderen Anbieter) – und eine solche Interoperabilität ordnet die Vorschrift gerade nicht an (und verpflichtet damit auch nicht zur Übernahme oder Beibehaltung technisch kompatibler Datenverarbeitungssysteme).²⁰⁴ Es ist deshalb (noch) nicht abzusehen, ob und inwieweit das neue Recht das selbst gesetzte Ziel der Förderung offener technischer Standards erreichen wird und sich Art. 20 DS-GVO tatsächlich als ein effektiver Schritt in Richtung mehr Interoperabilität und weniger *Lock-in*-Effekte darstellt.

4.1.5 "DATENEIGENTUM"

Aus kartellrechtlicher Perspektive ist für die "adäquate" Erfassung von Daten eine ganz wesentliche Vorfrage, ob vermögensrelevante Zuweisungsrechte an Daten bestehen. Denn ein solches Ausschließlichkeitsrecht würde auch die kartellrechtliche Bewertung maßgeblich beeinflussen. *De lege lata* existiert allerdings kein (übertragbares) Ausschließlichkeitsrecht an Daten: Zwar ist ein Handel mit Daten möglich, es werden aber insoweit nur faktische Positionen ausgetauscht, wofür wiederum das Zivil- (und das Straf)recht die maßgeblichen Rahmenbedingungen aufstellen.²⁰⁵

¹⁹⁵ Siehe ErwGr. 68 DS-GVO.

¹⁹⁶ Albrecht, CR 2016, 88, 93.

¹⁹⁷ Siehe Roßnagel/Richter/Nebel, ZD 2013, 103, 107.

¹⁹⁸ Siehe hierzu oben sub 2.4.3.

¹⁹⁹ Paal, in Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 20 Rn. 6; Hennemann, PinG 2017, 5, 5; jeweils m. w. N.

²⁰⁰ Hennemann, PinG 2017, 5, 6.

²⁰¹ Vgl. auch Körber, NZKart 2016, 348, 350.

²⁰² Siehe statt vieler Paal, in Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 20 Rn. 6 sowie Hennemann, PinG 2017, 5, 5 f.; jeweils m. w. N.

²⁰³ Siehe näher Hennemann, PinG 2017, 5, 6 ff.; Kühling/Martini, EuZW 2016, 448, 450; Paal, in Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 20 Rn. 20; Roßnagel/Richter/Nebel, ZD 2013, 103, 107.

²⁰⁴ Hennemann, PinG 2017, 5, 8.

²⁰⁵ Vgl. auch Körber, NZKart 2016, 303, 304.

Das Datenschutzrecht benennt Vorgaben (nur) für den Umgang mit personenbezogenen Daten, begründet allerdings keine "Eigentums"-Zuweisung.²⁰⁶⁻²⁰⁷

4.2 ERÖFFNUNG DES KARTELLRECHTLICHEN ANWENDUNGSBEREICHS

Der Anwendungsbereich des Kartellrechts bestimmt sich – je nach Regelungsregime – nach den im AEUV, in der Fusionskontrollverordnung (FKVO), der VO 1/2003 und dem GWB niedergelegten Grundsätzen. Dabei greift für den sachlichen Anwendungsbereich zunächst das Universalitätsprinzip, wonach dem Grunde nach alle Wirtschaftsbereiche dem Kartellrecht unterfallen.²⁰⁸ In persönlicher Hinsicht erfasst sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen (Art. 101 Abs. 1 AEUV); in räumlicher Hinsicht verlangt das unionale Kartellrecht eine Binnenmarkt-bezogene Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.²⁰⁹ Für die Eröffnung der unionalen Fusionskontrolle müssen die in Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO normierten Aufgreifschwelle erfüllt sein. Allgemein richtet sich das Verhältnis von Unionsrecht und GWB nach Art. 3 VO 1/2003 und den §§ 22, 50 GWB.

Zuständig für die Durchsetzung des Kartellrechts sind die Wettbewerbsbehörden (i. e. EU-Kommission, BKartA und Landeskartellämter) sowie vornehmlich die Zivilgerichte. Im Fokus stehen dabei insbesondere die Ermittlung und Ahndung von Marktmissbräuchen und dem Kartellverbot unterliegenden Handlungen. Ergänzend treten sonstige Instrumente (etwa sektorspezifische Untersuchungen) hinzu.

4.3 UNIONALES KARTELLRECHT

Datenbezogene bzw. Big-Data-Geschäftsmodelle sollen zunächst mit Blick auf das unionale Kartellrecht eingeordnet und bewertet werden.

4.3.1 MARKTABGRENZUNG

Die zutreffende Marktabgrenzung ist eine für das Kartellrecht regelmäßig vorentscheidende Frage. Dies gilt auch und gerade in Ansehung von Daten und Big-Data-Anwendungen, für die die relevanten Märkte für verschiedene datenorientierte und -gestützte Geschäftsmodelle zu bestimmen sind. Hierfür ist grundlegend zu unterscheiden zwischen dem Wettbewerb *um* Daten, also um den "Rohstoff" für datengestützte Geschäftsmodelle, und dem Wettbewerb *mit* Daten.

WETTBEWERB UM DATEN

Zunächst gilt es für den Wettbewerb *um* Daten den räumlich und sachlich relevanten Markt zu bestimmen. Generell umfasst der räumliche Markt der EU-Kommission zufolge

²⁰⁶ Siehe nur Art. 2 Abs. 1 DS-GVO. Vgl. zum Begriff der personenbezogenen Daten Ernst, in Paal/Pauly, DS-GVO, 2017, Art. 4 Rn. 3 ff.; ferner etwa Eckardt, CR 2016, 786.

²⁰⁷ Siehe zu Erwägungen *de lege ferenda* nachfolgend sub 5.1.1.

²⁰⁸ Hierzu und zu Bereichsausnahmen Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 1 ff. (zum unionalen Kartellrecht).

²⁰⁹ Statt vieler Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 21.

"das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten und in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind."²¹⁰

Hierfür werden vornehmlich die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite auf alternative Liefer- oder Bezugsquellen anhand des SSNIP-Tests überprüft.²¹¹ Zur Konkretisierung erforderlich ist eine Analyse der Wettbewerbsstruktur, etwaiger Marktzutrittsschranken für potentielle Wettbewerber sowie örtlicher Besonderheiten.²¹² Aus räumlicher Perspektive kommt daher in Abhängigkeit von dem konkreten Geschäftsmodell eine Abgrenzung von regionalen, nationalen oder auch weltweiten Märkten in Betracht. Insbesondere mit Blick auf den jeweils geltenden rechtlichen Rahmen (etwa betreffend personenbezogene Daten) können zudem auch regional oder national begrenzte Märkten einschlägig sein.

Der sachlich relevante Markt bestimmt sich nach dem Bedarfsmarktkonzept.²¹³ Der hierauf bezogenen Definition der EU-Kommission zufolge umfasst der sachlich relevante Markt "sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden"²¹⁴. Maßgeblich sind danach solche Waren oder Leistungen, die die Marktgegenseite "als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht".²¹⁵ Wesentliche, für die Frage nach der Austauschbarkeit von Waren oder Dienstleistungen zu berücksichtigende Kriterien sind die Nachfragesubstituierbarkeit, die Angebotssubstituierbarkeit und der potentielle Wettbewerb.²¹⁶

Zur Bestimmung des sachlich relevanten Markts bedarf es daher der eingehenden Analyse, ob und inwieweit bestimmte Daten, eine Art von Daten oder Datensätzen funktional austauschbar sind – oder ob und inwieweit entsprechende Daten bzw. Datensätze eigenständige "neue" sachliche Märkte begründen. Einen allgemein-übergreifenden Markt für Daten kann es aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften und Kategorien von Daten nicht geben. Vielmehr ist im konkreten Einzelfall für die Marktabgrenzung darauf abzustellen, welche Daten von wem in welchem Zusammenhang gehandelt bzw. genutzt werden.²¹⁷ Zutreffend in Erwägung gezogen werden insofern die Bezeichnung als "sekundäre Datenmärkte" und "Märkte für Datenderivate".²¹⁸ Im Einzelnen wird die konkrete Marktabgrenzung vor allem davon abhängig sein, welches Potential zur Auswertung und Analyse für welchen Zweck die jeweiligen Daten bzw. Datensätze bieten. Je nach Zweck kann dies wiederum abhängig sein von den betroffenen Datenkategorien (i. e. Personenbezug, Herkunft, Qualität, Art der Verwendung, Alter, Aktualität, Nutzungsbefugnisse, Exklusivität, Verknüpfungs- und Analysepotential).²¹⁹

²¹⁰ EU-Kommission, Bekanntmachung zum relevanten Markt, Abl. C 372 /5 v. 09.12.1997, Tz. 8.

²¹¹ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 101 AEUV Rn. 46 m. w. N.

²¹² EU-Kommission, Bekanntmachung zum relevanten Markt, Abl. C 372 /5 v. 09.12.1997, Tz. 31.

²¹³ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 18 Rn. 5, 7.

²¹⁴ EU-Kommission, Bekanntmachung zum relevanten Markt, Abl. C 372 /5 v. 09.12.1997, Tz. 7.

²¹⁵ Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 18 Rn. 7 m. w. N.

²¹⁶ EU-Kommission, Bekanntmachung zum relevanten Markt, Abl. C 372/5 v. 09.12.1997, Tz. 13.

²¹⁷ Körber, NZKart 2016, 303, 304.

²¹⁸ Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 276; ausführlich dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 20 ff.

²¹⁹ Siehe hierzu oben sub 2.3.3.

Für das dynamische und innovative Umfeld datengestützter Geschäftsmodelle muss bei der Bestimmung der sachlichen Märkte im Blick behalten werden, dass Daten bzw. Datensätze gegebenenfalls auch ohne eine konkrete Auswertungs- bzw. Analysemöglichkeit beschafft werden. Denn Unternehmen werden sich durch die Sammlung großer Datenmengen (auch) für zukünftige Märkte rüsten und in diesem Sinne versuchen, einen Pioniervorteil (*first mover advantage*) aufzubauen.²²⁰ Insofern sind auch potentielle Märkte in besonderem Maße – auch und gerade mit Blick auf Innovationen²²¹ – zu berücksichtigen.²²² Je nach Geschäftsmodell ist zudem denkbar, dass ein Wettbewerb *um* den und nicht *auf* dem Markt für bestimmte Daten bzw. Datensätze stattfinden wird.²²³

WETTBEWERB MIT DATEN

Wettbewerb besteht (und wird bestehen) darüber hinaus *mit* Daten. Datengestützte Dienstleistungen finden sich heutzutage bereits in nahezu allen Branchen und Lebensbereichen. Charakteristisch und prägend ist die Datenorientierung insoweit etwa in der Werbewirtschaft sowie in den oben bereits hervorgehobenen Referenzgebieten (i. e. Suchmaschinen, soziale Netzwerke, Industrie 4.0 und Internet der Dinge). Eine Bestimmung des relevanten Markts (bzw. der relevanten Märkte) wirft insofern sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht schwierige Abgrenzungsfragen auf.

Aus räumlicher Perspektive ist zu bedenken, dass entsprechende Märkte eine weltweite Ausdehnung aufweisen können. Allerdings sind auch regional oder national begrenzte Märkte mit Blick auf die Faktoren Sprache, Kultur und Technologisierung sowie des jeweils geltenden rechtlichen Rahmens denkbar. Im konkreten Einzelfall dürfte es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, belastbar zwischen verschiedenen relevanten Territorien zu unterscheiden.

Der jeweils sachlich relevante Markt bestimmt sich wiederum nach dem Bedarfsmarktkonzept. Maßgeblich für die Marktabgrenzung sind grundsätzlich die jeweiligen Austauschbeziehungen. Es bedarf hier der eingehenden Analyse, ob und inwieweit bestimmte datengestützte Geschäftsmodelle funktional austauschbar sind oder eigenständige „neue“ sachliche Märkte begründen; ebenso sind unter Umständen – wiederum auch und gerade mit Blick auf Innovationen – potentielle Märkte im Blick zu behalten.

Dient die Austauschbeziehung nicht nur dazu, datengestützt Dienstleistungen anzubieten, sondern auch personenbezogene Daten (für solche Dienstleistungen) zu "erlangen", kann zudem von "Primärmärkten für Daten" gesprochen werden.²²⁴ Es findet hier streng genommen oftmals ein Wettbewerb *mit* und *um* Daten statt. Von besonderer Relevanz sind in diesem Zusammenhang solche Online-Plattformen, in denen Nutzer allfällige Angebote – scheinbar – kostenlos in Anspruch nehmen können.²²⁵ Fraglich ist nämlich zunächst, ob in diesen Szenarien aufgrund der (monetären) Unentgeltlichkeit überhaupt ein wettbewerbsrechtlich relevanter Markt existiert. Tra-

²²⁰ Siehe Surblyté, WuW 2017, 120, 122. Vgl. auch Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 65.

²²¹ Siehe auch BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 31 ff.

²²² Surblyté, WuW 2017, 120, 121. Vgl. allgemein Bechtold/Bosch, GWB, 8. Aufl. 2015, § 18 Rn. 22.

²²³ Surblyté, WuW 2017, 120, 122.

²²⁴ Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 275 und 277; dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 22.

²²⁵ Ausführlich zur Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen jüngst etwa Volmar, ZWeR 2017, 386.

ditionell wurde im Unionsrecht das Bestehen eines Marktes bei unentgeltlichen Austauschbeziehungen verneint (beispielsweise für das Zusammenschlussvorhaben *Microsoft/Yahoo*).²²⁶ In jüngerer Zeit hat allerdings die EU-Kommission in verschiedenen Verfahren, beispielhaft sei verwiesen auf das Verfahren *Facebook/WhatsApp*²²⁷, – zu Recht – angenommen, dass auch bei Unentgeltlichkeit die Annahme eines kartellrechtlich relevanten Marktes in Betracht kommt.²²⁸ Gleichwohl ist zu betonen, dass es (nach wie vor) durchaus vertretbar ist, die persönlichen Daten bzw. die datenschutzrechtliche Einwilligung als nicht-monetäres "Entgelt" einzustufen und damit eine entgeltliche Austauschbeziehung zu bejahen. Denn in einer Vielzahl von Online-Szenarien geht es nach alledem gerade nicht um eine "unentgeltliche" Leistung im eigentlichen Sinne.²²⁹

Ergänzend ist allerdings zu berücksichtigen, dass durch das Datenschutzrecht der "Leistung" personenbezogener Daten spürbare Grenzen gezogen werden. So sind personenbezogene Daten nicht "vollständig" (im Sinne einer Verfügung) übertragbar, es ist das Kopplungsverbot zu beachten²³⁰ und der betroffenen Person steht unbeschadet der "Leistung" ein Widerrufsrecht betreffend die datenschutzrechtliche Einwilligung zu (Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO).

In jedem Fall bedarf es auch und gerade bei Online-Plattformen jeweils der sorgfältigen Analyse, wie viele (und welche) Märkte in Rede stehen. Die Marktabgrenzung wird abhängig vom Einzelfall vorzunehmen sein, denn je nach Plattform (und Verbrauchersicht) mag eine einheitliche oder separate Marktabgrenzung(en) erforderlich sein.²³¹ Oftmals werden zwei (oder mehrere) Märkte vorliegen, wobei durch eine asymmetrische Preissetzungsstrategie die Marktgegenseite auf dem einen Markt durch die Marktgegenseite auf dem anderen Markt dadurch "subventioniert" wird, dass der ersten Gruppe die Leistung (monetär) kostenlos angeboten wird.²³² Besonders zu berücksichtigen ist deswegen (unabhängig davon, ob man von einer "unentgeltlichen" Leistung oder von einer entgeltlichen Leistung durch Daten ausgeht), dass das traditionelle Kriterium zur Feststellung von Märkten, der SSNIP-Test, nicht ohne Modifikation auf die zuvor skizzierten Märkte übertragen werden kann. Denn der SSNIP-Test ist preisbezogen und eignet sich daher einerseits nicht für die Bewertung unentgeltlicher Austauschbeziehungen und andererseits (mangels eines etablierten Werts²³³) für die Bewertung einer Leistung mit Daten.²³⁴

Beispielhaft verdeutlichen lassen sich die vorgenannten Grundsätze etwa im Suchmaschinenkontext: Hier bieten Suchmaschinenbetreiber zunächst die datengestützte, oft hochgradig personali-

²²⁶ EU-Kommission, Entsch. v. 15.01.2010, COMP/M.5727 Tz. 62 ff. – Microsoft/Yahoo.

²²⁷ EU-Kommission, Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 Tz. 45 ff. – Facebook/WhatsApp.

²²⁸ Siehe zu den weiteren, diese Linie bestätigenden Verfahren sowie zu entsprechenden Entscheidungen des EuG etwa *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363, 364 Fn. 9, 10 und 12.

²²⁹ Paal, WuW 2016, 453.

²³⁰ Siehe hierzu bereits oben sub 4.1.3.

²³¹ Statt vieler *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, *Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen*, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 38 ff. Vgl. auch *Esser/Höft*, NZKart 2017, 259, 262 f.

²³² Siehe bereits oben sub 2.4.1 sowie etwa *statt vieler Telle*, InTeR 2017, 3, 4 f.

²³³ Vgl. *Holzweber*, NZKart 2016, 104, 105 f. m. w. N.

²³⁴ Siehe nur *Esser/Höft*, NZKart 2017, 259, 263; *Paal*, GRUR Int. 2015, 997, 1000; *Telle*, InTeR 2017, 3, 4; *Weck*, NZKart 2015, 290, 293.

sierte Suche als solche an.²³⁵ Darüber hinaus werden datengestützt Webseiten indexiert und Werbeplätze vermarktet.²³⁶ Datenauswertung und -analyse bieten weitere Möglichkeiten zur wirtschaftlichen Verwertung von erkannten (und vermuteten) Korrelationen; dies gilt sowohl für eigene Angebote auf anderen Märkten als auch für Drittanbieter.²³⁷ In derselben Weise lassen sich etwa bei sozialen Netzwerken verschiedene Märkte voneinander abgrenzen. Neben dem Markt für die Nutzung des sozialen Netzwerks selbst bestehen noch weitere Märkte, wie etwa für bestimmte Anwendungsprogramme (etwa Spiele) oder Werbung.²³⁸

4.3.2 MARKTBEHERRSCHUNG

Zentrale Voraussetzung für das Verbot des Marktmachtmissbrauchs (Art. 102 AEUV) ist zunächst die Frage der Marktbeherrschung, sprich nach der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens auf einem sachlich und räumlich abgrenzbaren Markt (gegebenenfalls gemeinsam mit einem oder mehreren anderen Unternehmen²³⁹).²⁴⁰ Marktbeherrschend muss ein Unternehmen insoweit auf dem Binnenmarkt selbst oder zumindest auf einem wesentlichen Teil desselben sein. EU-Kommission und EuGH definieren in ständiger Spruchpraxis die Marktbeherrschung als

"wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens (...), die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten"²⁴¹.

GRUNDLAGEN

Zur Feststellung der Unabhängigkeit eines Unternehmens vom Wettbewerbsdruck des relevanten Marktes ist zunächst der Marktanteil zu ermitteln.²⁴² Grundsätzlich gilt, dass je größer der Marktanteil eines Unternehmens ist, desto eher wird das Unternehmen in der Lage sein, unabhängig

²³⁵ LG Berlin, ZUM 2016, 879, 882: "(...) [Die] die Unentgeltlichkeit der Suchmaschine für die Suchnutzer und die Nichtzahlung eines Entgelts an die Webseitenbetreiber für die Darstellung des Suchergebnisses [steht] einem Marktgeschehen nicht entgegen. (...) Der sachliche relevante Markt ist derjenige für Internetsuchmaschinen." Zum Urteil des LG Berlin siehe nur Kersting/Dworschak, ZUM 2016, 840; Nordemann/Wolters, ZUM 2016, 846.

²³⁶ Siehe LG Berlin, ZUM 2016, 879, 882: "Eine weitere Beziehung unterhält die [Suchmaschine] zum Webseitenbetreiber, dessen Seite von der Suchmaschine indexiert und bei Eingabe eines entsprechenden Suchwortes als Suchergebnis angezeigt wird. (...) Schließlich besteht eine Beziehung der [Suchmaschine] zu Werbekunden, die Werbung auf der Suchmaschine schalten und die erscheint, wenn ein bestimmtes Suchwort eingegeben wird, das der Werbekunde vorgegeben hat. (...) Die Suchmaschine, die in Beziehungen zu den Suchnutzern, den Webseitenbetreibern und den Werbekunden steht, erbringt für alle Beteiligten erhebliche wirtschaftliche Vorteile, weshalb von einem Marktgeschehen auszugehen ist."

²³⁷ Zur Bestimmung und Abgrenzung von verschiedenen Märkten im Suchmaschinenkontext siehe ferner nur Paal, GRUR 2013, 873, 875 ff.; ders., GRUR Int. 2015, 997, 999 f.

²³⁸ Siehe hierzu Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 101 AEUV Rn. 103. m. w. N.

²³⁹ Nachfolgend wird auf Fälle einer gemeinsamen Beherrschung nicht mehr vertieft eingegangen, siehe zu den Kriterien Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 21 ff. m. w. N.

²⁴⁰ Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen in teilweiser Anlehnung an Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 13 ff.

²⁴¹ EuGH, BeckEuRS 1988, 142347, Tz. 26 – Bodson/Pompes Funèbres des Régions libérées.

²⁴² Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 18 m. w. N.

vom Restwettbewerb zu agieren.²⁴³ Dabei kann auch der relative Marktanteil im Verhältnis zu Mitbewerbern Bedeutung erlangen.²⁴⁴

Des Weiteren kann (und muss) eine Unternehmensstrukturanalyse vorgenommen werden.²⁴⁵ Hierdurch können spezifische Merkmale eines Unternehmens (etwa technologischer oder kommerzieller Vorsprung, vertikale Integration sowie die Wirtschafts- und Finanzkraft eines Unternehmens) identifiziert werden, die verhindern, dass Wettbewerber ihren Rückstand aufholen oder potentielle Wettbewerber den Markt betreten können.²⁴⁶ Zusätzlich ist das jeweilige Marktverhalten eines Unternehmens zu berücksichtigen.²⁴⁷

Stehen Märkte mit einer einseitig unentgeltlichen Leistung in Rede, so lässt sich der Marktanteil nicht anhand klassischer Umsatzparameter bestimmen. Vielmehr ist sodann auf alternative Maßstäbe abzustellen, so etwa für die oben genannten Referenzgebiete "Suchmaschinen" und "soziale Netzwerke" auf Nutzerzahlen (bzw. Suchanfragen).²⁴⁸ Ein einfacher Rückschluss von einer Vielzahl von Nutzern auf einen hohen Marktanteil verbietet sich für die Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft in der Regel gleichwohl. Es ist vielmehr je nach Einzelfall zu ermitteln, ob und inwieweit die Nutzerzahlen belastbar die wettbewerbliche Lage abbilden.²⁴⁹

RELEVANZ DES MARKTANTEILS

Gelangt man zu dem Ergebnis, dass hohe Marktanteile gegeben sind, so steht keineswegs fest, dass auch tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Dies gilt auch und gerade für die Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft. Denn es besteht auf den entsprechenden Märkten regelmäßig eine ausgeprägte Marktdynamik mit disruptiven Entwicklungen, so dass hohe Marktanteile von Unternehmen häufig nicht von langer Dauer sind.²⁵⁰ Ein beträchtlicher Innovationsdruck durch andere Wettbewerber existiert insoweit zumeist selbst bei hohen Marktanteilen. Die Marktanteile entfalten daher allenfalls bedingt eine belastbare Indizwirkung für die Feststellung einer Marktbeherrschung.²⁵¹ Vor diesem Hintergrund rückt vielmehr die "Bestreitbarkeit" einer bestimmten Marktposition in den Fokus.²⁵² Zutreffend führt insoweit das BKartA im Verfahren *Online-Dating-Plattform* aus:

"(...) [Dies] bedeutet (...) auch, dass eine Marktbeherrschung bei erheblichen Marktpositionen oder gar Monopolen nicht mit dem einfachen Hinweis auf die Angreifbarkeit der Position durch die Innovationskraft des Internets mit der Möglichkeit von disruptiven Veränderungen verneint werden kann. Vielmehr sind im Rahmen der Fusionskontrolle kon-

²⁴³ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 18 m. w. N.

²⁴⁴ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 18 m. w. N.

²⁴⁵ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 19.

²⁴⁶ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 19 m. w. N.

²⁴⁷ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 20 m. w. N.

²⁴⁸ Statt vieler Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 364 m. w. N.

²⁴⁹ Vgl. Telle, InTeR 2017, 3, 5.

²⁵⁰ Vgl. Monopolkommission, 20. Hauptgutachten – Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, 2014, S. 60 Rn. 13. Siehe auch oben sub 2.4.1.

²⁵¹ Vgl. Körber, WuW 2015, 120, 128; Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 40; Tamke, ZWeR 2017, 358, 364 f.

²⁵² Statt vieler Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 364. Siehe auch Esser/Höft, NZKart 2017, 259, 264, denen zufolge "nicht entscheidend [sei], wie konkret die "Angreifbarkeit der Marktposition" an sich ist, sondern ob eine mögliche Angreifbarkeit bereits im aktuellen Wettbewerbsverhalten zu beobachten ist."

krete Anhaltspunkte für einen solchen dynamischen Prozess innerhalb des Prognosezeitraums erforderlich. Eine abstrakte, zu irgendeinem Zeitpunkt zu erwartende Angreifbarkeit reicht nicht."²⁵³

Ursächlich hierfür ist auch, dass teilweise ein Wettbewerb nicht *auf dem*, sondern vielmehr *um* den Markt stattfindet (sogenannte *Winner-takes-it-all*-Märkte). Es kommt auf solchen Märkten daher regelmäßig in vergleichsweise kurzer Zeit zu einem Wechsel der Marktführerschaft, falls ein Unternehmen den (Innovations-)Wettbewerb für sich entscheidet (*Tipping*²⁵⁴).²⁵⁵ Die Annahme eines *uneinholbaren* wettbewerblichen Vorsprungs sollte deswegen nicht vorschnell getroffen werden, ist aber gleichzeitig auch nicht allein deswegen zurückzuweisen, weil es irgendwann zu irgendeiner disruptiven Innovation kommen könnte.²⁵⁶ Es droht ansonsten eine (zu sehr) auf den aktuellen *status quo* bezogene Betrachtungsperspektive. Beispiele der Mobilfunkindustrie (etwa Nokia) belegen die Instabilität von (beherrschenden) Marktstellungen anschaulich. Die geringe Aussagekraft von Marktanteilen auf digitalen Märkten hat (deswegen) auch die EU-Kommission im Verfahren *Microsoft/Skype* betont. Das Unternehmen Skype hatte im Bereich der Konsumentenkommunikationsdienste einen Marktanteil von 90%. Gleichwohl nahm die EU-Kommission keine marktbeherrschende Stellung an, da ein dynamischer Markt in Rede stand, die betreffenden Dienste kostenlos angeboten wurden und keine erheblichen Wechselkosten für die Nutzer bestanden.²⁵⁷

DATENMACHT

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und wie bei der Beurteilung der Marktbeherrschung die Herrschaft über Daten adäquat abgebildet werden kann. Ganz konkret ist zu fragen, wann und unter welchen Voraussetzungen der Datenbestand eines Unternehmens ("Datenmacht") zu einer marktbeherrschenden Stellung führt.²⁵⁸

Im Grundsatz ist zunächst festzuhalten, dass ein "datenmächtiges" Unternehmen nicht in jedem Fall als marktbeherrschend einzustufen ist: Ein einfacher Kurzschluss von Datenmacht auf Marktmacht verbietet sich.²⁵⁹ Dies ergibt sich bereits daraus, dass Daten regelmäßig erst in der einen oder anderen Form strukturiert werden müssen, um einen wirtschaftlichen Nutzen zu haben.²⁶⁰ Somit ist im Sinne der Markt- und Unternehmensstrukturanalyse im konkreten Einzelfall zu prüfen, welche Märkte für Daten sowie damit verbundene Dienstleistungen konkret betroffen sind.

²⁵³ BKartA, Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15 Tz. 174 ff. – Online-Dating-Plattform.

²⁵⁴ Siehe hierzu bereits oben sub 2.4.1.

²⁵⁵ Zum Wettbewerb auf Innovationsmärkten siehe Dreher, ZWeR 2009, 149; Rubinfeld, GRUR Int 1999, 479. Vgl. auch BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 80 ff.

²⁵⁶ Vgl. Tamke, ZWeR 2017, 358, 370. Siehe auch Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 40.

²⁵⁷ EU-Kommission, Entsch. v. 07.10.2011, COMP/M.6281 Tz. 108 ff. – Microsoft/Skype.

²⁵⁸ Siehe zur allgemeinen Diskussion um Daten und "Datenmacht" im Kartellrecht siehe nur Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 11 ff., 25 ff.; Birnstiel/Eckel, WRP 2016, 1189; Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 50 ff.; ders./Nyberg, WuW 2017, 363; Holzweber, NZKart 2016, 104; Körber, NZKart 2016, 303 und 348; Nuys, WuW 2016, 512; Tamke, ZWeR 2017, 358; Telle, InTeR 2017, 3.

²⁵⁹ So auch Körber, NZKart 2016, 303, 306; Nuys, WuW 2016, 512, 512; Telle, InTeR 2017, 3, 5.

²⁶⁰ Vgl. auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 366.

Die Charakteristika und die kategoriale Vielfalt der in Rede stehenden Daten²⁶¹ werden für die Bestimmung von Marktmacht der Ausgangspunkt sein. Nur beispielhaft sei an dieser Stelle auf das Kriterium der Aktualität verwiesen; alte Daten können unter Umständen für ein bestimmtes Geschäftsmodell vollständig wirtschaftlich wertlos sein.²⁶² Im Einzelnen werden für eine Analyse der Marktstellung sodann die mit den Daten verfolgten Zwecke und die Relevanz der Daten im Kontext des jeweiligen Geschäftsmodells in den Blick zu nehmen sein.²⁶³ In der einen oder anderen Form wird je nach Geschäftsmodell damit der Datenqualität und bzw. oder der Datenquantität eine hervorgehobene Rolle zukommen.²⁶⁴ Ebenso kann (und wird es regelmäßig) maßgeblich sein, ob personenbezogene oder nicht-personenbezogene Daten in Rede stehen, welchen Grad der Exklusivität die Daten aufweisen und ob die Daten (wirtschaftlich) replizierbar sind²⁶⁵ sowie ob und in welchem Umfang allfällige Nutzungsbefugnisse und Zugangsansprüche Dritter bestehen. Stellvertretend sei insofern verwiesen auf die Ausführungen der EU-Kommission zu Google/DoubleClick:

"Es ist anzumerken, dass viele der (...) Informationen von DoubleClick oder dem zusammengeschlossenen Unternehmen nicht replizierbar sind, da sie andere Strukturen haben und von anderer Art sind als die Informationen, die DoubleClick und Google sammeln."²⁶⁶

Es ist allgemein zudem die Fähigkeit zur Datenauswertung und -analyse für das konkrete Geschäftsmodell zu betrachten, hierfür werden die Funktionsweise und Leistungsfähigkeit der dafür eingesetzten Algorithmen (unter Umständen auch Technologien Künstlicher Intelligenz) zu bewerten sein.²⁶⁷ Besteht eine Fähigkeit zur Analyse nämlich nicht, ist der Datenbestand für das konkrete Geschäftsmodell nachgerade "wertlos" (nicht aber je nach Einzelfall für potentielle Märkte) und eignet sich – unter Umständen – nur noch für den Datenhandel.²⁶⁸ Komplementär sind darüber hinaus die Kosten für Forschung und Entwicklung sowie der Pflege und Wartung von Daten und Software bzw. damit jeweils zusammenhängende Größenvorteile adäquat zu berücksichtigen.²⁶⁹

Die Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft sind bei der Analyse der Marktbeherrschung zusätzlich angemessen abzubilden²⁷⁰; hierzu gehören neben dem bereits zuvor dargelegten Potential disruptiver Technologien, dem Vorliegen zwei- und mehrseitiger Märkte sowie den damit verbundenen (indirekten) Netzwerkeffekte Größen- und Verbundvorteile sowie das (potentiell eingeschränkte) *Multi-Homing*.²⁷¹ So ist etwa für letzteres (aber nicht nur) der Grad an Interoperabilität der jeweiligen Daten(formate) zu beachten. Interoperable bzw. nicht-interoperable Formate können unter Umständen sowohl zwischen Wettbewerbern auf einem Markt als auch in Bezug auf Unternehmen auf den jeweils vor- und nachgelagerten Marktstufen Wettbewerbsdruck begrün-

²⁶¹ Siehe oben sub 2.3.2 und 2.3.3.

²⁶² Vgl. auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 366.

²⁶³ Körber, NZKart 2016, 303, 305; Nuys, WuW 2016, 512, 512, 515; Weber, ZWeR 2014, 169, 173.

²⁶⁴ Tendenziell anders Nuys, WuW 2016, 512, 516, der Datenqualität als "wettbewerblich relevanter als die reine Datenmenge" einstuft.

²⁶⁵ Siehe hierzu Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 36 ff., 42 ff.

²⁶⁶ Vgl. auch EU-Kommission, Entsch. v. 11.03.2008, COMP/M.4731 Tz. 273 – Google/DoubleClick. Siehe hierzu auch Körber, NZKart 2016, 303, 305 f.

²⁶⁷ Siehe Körber, NZKart 2016, 303, 306; Nuys, WuW 2016, 512, 515; Weber, ZWeR 2014, 169, 173.

²⁶⁸ Vgl. Nuys, WuW 2016, 512, 515; Holzweber, NZKart 2016, 104, 105.

²⁶⁹ Vgl. auch Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 30; Tamke, ZWeR 2017, 358, 359.

²⁷⁰ Siehe hierzu grundlegend Evans, 20 Yale J. on Reg. (2003) 325.

²⁷¹ Siehe oben sub 2.4 sowie statt vieler Nuys, WuW 2016, 512, 514 ff.; Tamke, ZWeR 2017, 358, 366 ff.

den bzw. abmildern. Die eingesetzten technischen Systeme wie auch die mangelnde Interoperabilität können unter Umständen auch zu Markteintrittsschranken führen. Bei mangelnder Interoperabilität werden Unternehmen unter Umständen zusätzlich auf *Lock-in*-Effekte setzen²⁷², um eine beherrschende Stellung zu begründen bzw. zu festigen.

Soweit personenbezogene Daten durch Dienstleistungen oder Geschäftsmodelle betroffen sind, ist zudem eine genaue Analyse der datenschutzrechtlichen Vorgaben für die Beurteilung der Marktbeherrschung erforderlich.²⁷³ Denn das Datenschutzrecht stellt in vielfältiger Hinsicht die Grenzen für Verarbeitung entsprechender Daten auf.²⁷⁴ Hierdurch prägt das Datenschutzrecht in besonderer Weise die wettbewerblichen Rahmenbedingungen für Unternehmen und hat damit unmittelbaren Einfluss auf die Bestimmung der Marktbeherrschung eines "datenmächtigen" Unternehmens. Schließlich ist der Nutzen von Daten gerade abhängig von der entsprechenden datenschutzrechtlichen Befugnis zur Datenerhebung, -speicherung und -auslesung.²⁷⁵ Zu berücksichtigen ist überdies das Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO, das auch und gerade datenbasierte marktmächtige Stellungen aufbrechen soll, indem allfälligen *Lock-in*-Effekten durch die Erleichterung des Wechsels zu (oder das *Multi-Homing* auch bei) einem anderen Anbieter entgegengetreten wird.²⁷⁶

Zentrale Bedeutung für die Annahme einer Marktmacht aufgrund von "Datenmacht" wird nach alledem deswegen der Möglichkeit der Zugangsgewährung bzw. -verweigerung zu wettbewerbsrelevanten Daten zukommen.²⁷⁷ Richtigerweise bedingt zwar der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten für sich genommen (noch) keine besondere "Macht".²⁷⁸ Es gilt aber vielmehr abzustellen auf einen *besonderen* Zugang zu Daten, durch den sich das Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann.²⁷⁹ In Ansehung der oben skizzierten Charakteristika von Daten (nicht rival und – grundsätzlich – nicht-exklusiv) müssen hierfür besondere Umstände vorliegen.²⁸⁰ Ein Unternehmen, das gleichwohl einen marktprägenden Datensatz dauerhaft exklusiv – also insbesondere bestimmte nicht-personenbezogene Daten – innehat, wird in diesem Sinne regelmäßig auch als marktbeherrschend einzustufen sein.²⁸¹

²⁷² Siehe nur Surblyté, WuW 2017, 120, 123 sowie Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 29.

²⁷³ A. A. Telle, InTeR 2017, 3, 5: "Unberücksichtigt bleiben muss dabei, ob wettbewerblich relevante Daten unter das Datenschutzrecht fallen."

²⁷⁴ Siehe oben sub 4.1.

²⁷⁵ Vgl. Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 42, 52 ff.

²⁷⁶ Ausführlich hierzu Hennemann, PinG 2017, 5 sowie oben sub 2.4.3 und 4.1.4. Siehe hierzu auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 367.

²⁷⁷ Für das nationale Kartellrecht nun ausdrücklich § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB, siehe hierzu nachfolgend sub 4.4.2.

²⁷⁸ Statt vieler Körber, NZKart 2016, 303, 305 f.

²⁷⁹ Zu § 18 Abs. 2a GWB vgl. Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 51. Siehe auch Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 36 ff.; Schweizer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 40 f. Allgemein zum Zugang zu Daten als Schlüsselgegenstände der Digitalwirtschaft König, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 89 ff.

²⁸⁰ Siehe auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 365 f.

²⁸¹ Vgl. auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 365; Telle, InTeR 2017, 3, 5.

Gleiches gilt, wenn sich Unternehmen durch die Sammlung großer Datenmengen einen (uneinholbaren) Pioniervorteil aufgebaut haben (etwa bei Suchmaschinen oder sozialen Netzwerken).²⁸² In diesem Fall werden die gesammelten Daten nämlich zusätzlich noch als Marktzutrittsschranke fungieren.²⁸³ Auf dieser Grundlage könnte etwa ein besonderer Zugang eines Unternehmens zu Daten (auch) dazu genutzt werden, um ein *Tipping* zugunsten der eigenen Dienstleistung zu erreichen (oder zu erhalten)²⁸⁴; so zum Beispiel aufgrund eines aus bzw. mit den Daten "gewonnenen" Standards für Dienstleistungen.

Im Einzelfall ist somit eine sorgfältige Analyse notwendig, ob und inwieweit "Datenmacht" zu Marktmacht führt. Stellvertretend sei insofern nur auf die Ausführungen der EU-Kommission im Verfahren *Facebook/WhatsApp* verwiesen:

"(...) a fast-moving sector, where customers' switching costs and barriers to entry/expansion are low. In this market any leading market position even if assisted by network effects is unlikely to be incontestable. The market (...) has a long track record of entry by new players. Also, competing (...) apps are able to grow despite network effects, both over time and following disruptions in the market. Such threat from new players constitutes and is likely to keep constituting a significant disciplining factor for the merged entity, regardless of the size of its network."²⁸⁵

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Beurteilung einer Marktmacht durch Daten eine umfassende Einzelfallwürdigung erforderlich ist.²⁸⁶ Datenmacht muss nicht, kann aber durchaus mit Marktmacht einhergehen. Für die Analyse, ob Datenmacht im konkreten Fall Marktmacht begründet, sind (in einem ersten Schritt) zunächst die Charakteristika und Kategorien der in Rede stehenden Daten sowie (in einem zweiten Schritt) die konkrete Nutzung dieser Daten, sprich das Geschäftsmodell (und die dafür relevanten rechtlichen Rahmungen), in den Blick zu nehmen. Zusätzlich sind (in einem dritten Schritt) "externe" Faktoren zu betrachten, insbesondere die Interoperabilität der in Rede stehenden Daten. Auf dieser Grundlage kann beurteilt werden, ob ein *besonderer* Zugang zu Daten besteht, durch den sich das Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann.²⁸⁷

BEWUSSTES PARALLELVORHALTEN

Für die Märkte der Digitalwirtschaft ist ferner die Verfügbarkeit einer Vielzahl von marktbezogenen Daten bzw. die Fähigkeit zur Auswertung dieser Daten prägend. Ganz grundlegend ist die Verfügbarkeit von Daten bzw. der hiermit verbundenen Informationen ein wesentlicher Innovationstreiber, da damit eine (wünschenswerte) Markttransparenz einher geht, die im Ausgangspunkt wettbewerbsförderlich ist.²⁸⁸ Denn Transparenz fördert – auch und gerade aus Konsumentensicht – die Möglichkeit zu einem Vergleich von marktbezogenen Parametern, so insbesondere von Preisen.²⁸⁹

²⁸² Tamke, ZWeR 2017, 358, 365; Telle, InTeR 2017, 3, 5.

²⁸³ Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 364; Nuys, WuW 2016, 512, 514; Tamke, ZWeR 2017, 358, 365.

²⁸⁴ Siehe hierzu statt vieler Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 28.

²⁸⁵ EU-Kommission, Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 Tz. 132 – Facebook/WhatsApp.

²⁸⁶ Siehe statt vieler auch Nuys, WuW 2016, 512, 515 f.

²⁸⁷ Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 51.

²⁸⁸ Vgl. BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 8; Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 14.

²⁸⁹ Hierzu Tamke, ZWeR 2017, 358, 376.

Demgegenüber ist zu bedenken, dass eine völlige Markttransparenz auch eine strukturelle Gefahr für den Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt bedeuten kann.²⁹⁰ Denn es besteht – wie jüngere Untersuchungen belegen²⁹¹ – ein Zusammenhang zwischen Markttransparenz, dem Einsatz von Algorithmen und (grundsätzlich zulässigem) bewusstem Parallelverhalten (*tacit collusion*).²⁹² Ein solches bewusstes Parallelverhalten ist zwar grundsätzlich zulässig und unterfällt – mangels Vereinbarung oder abgestimmter Verhaltensweise – ohne weiteres nicht dem Kartellverbot. Entsprechende Verhaltensweisen sind aber für die Bestimmung einer kollektiven Marktbeherrschung auf dem jeweils relevanten Markt von Bedeutung.²⁹³

Im Einzelnen wird davon ausgegangen, dass bei algorithmusbasierten und datengestützten Geschäftsmodellen eine (wettbewerbsnachteilige) Zunahme von bewusstem Parallelverhalten erfolgt.²⁹⁴ Von zentraler Bedeutung sei hierfür die hohe Transparenz von Daten und Information(en).²⁹⁵ Diese Einschätzung ist nachvollziehbar, denn die Verfügbarkeit von Daten ermöglicht es allen Wettbewerbern, durch den (gleichzeitigen) Einsatz von (dynamischen Preis-)Algorithmen unmittelbar auf das Verhalten von anderen Wettbewerbern zu reagieren. So kann etwa eine Preissenkung eines Wettbewerbers in Echtzeit bzw. quasi gleichzeitig nachvollzogen und der eigene Preis angepasst werden.²⁹⁶ Der wettbewerbliche Vorteil einer Preissenkung durch den zuerst handelnden Wettbewerber läuft somit wirtschaftlich potentiell ins Leere. Eine mögliche Folge ist, dass Preissenkungen überhaupt nicht vorgenommen werden und ein sogenanntes *supra competitive pricing* eintritt.²⁹⁷ Dieser Befund gilt aufgrund der Verfügbarkeit für alle Wettbewerber – abweichend zu traditionellen Annahmen in Bezug auf oligopolistische Märkte – selbst bei Märkten mit vergleichsweise vielen Wettbewerbern.²⁹⁸

²⁹⁰ Vgl. BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 8; Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 14.

²⁹¹ Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, 2016; dies., University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267 (Mai 2015); dies., Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017). Siehe ferner OECD, Algorithms and Collusion – Competition Policy in the digital age, 2017.

²⁹² Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 4, 6. Ausführlich zu diesem Themenkomplex Hennemann, ZWeR 2018, Heft 1 (erscheint demnächst).

²⁹³ Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 8 Rn. 207.

²⁹⁴ Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, 2016, S. 56 ff.; dies., Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267 (Mai 2015), S. 7, 23 f., 32; dies., Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 3 ff. Siehe ebenso Mehra, 100 Minn. L. R. (2015-2016) 1323, 1343 ff. Ebenso OECD, Algorithms and Collusion – Competition Policy in the digital age, 2017, S. 18 ff. Gegenläufig Petit, 8 J. Eur. Comp. L. & Prac. (2017) 361, 361. Siehe auch Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 14 f. sowie Commission Staff Working Document accompanying the document Commission Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, Rz. 608.

²⁹⁵ Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 4.

²⁹⁶ Hierdurch können unter Umständen auch bestehende Kartelle stabilisiert werden, da Abweichungen der Kartellanten vom Vereinbarten unmittelbar nachvollzogen werden können, statt vieler Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 14 f.; Tamke, ZWeR 2017, 358, 376.

²⁹⁷ Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 16, 30 f. Siehe hierzu etwa Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 14 f.; Tamke, ZWeR 2017, 358, 378.

²⁹⁸ Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 6.

4.3.3 MARKTMACHTMISSBRAUCH

Auf dieser Grundlage gilt es nun, potentielle Marktmachtmissbrauchsszenarien in den Blick zu nehmen.²⁹⁹ Die Digitalwirtschaft steht insoweit mit guten Gründen auch und gerade im Fokus des Kartellrechts.³⁰⁰ Im Sinne der Zielsetzung der Untersuchung sind nachfolgend ausgewählte konkrete Szenarien in Bezug auf datenbezogene bzw. -gestützte Geschäftsmodelle in den Blick zu nehmen.

GRUNDLAGEN

Liegt eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens vor, so stellt sich die Frage nach dem Vorliegen einer "missbräuchlichen Ausnutzung" einer solchen Stellung (Art. 102 Abs. 1 AEUV). Ein "Missbrauch" wird verstanden als die Nutzung einer Marktmacht zu Zwecken, die zur Aufrechterhaltung des Systems unverfälschten Wettbewerbs und der Absicherung eines einheitlichen Binnenmarkts in Widerspruch stehen.³⁰¹ Zur Konkretisierung werden zumeist die Fallgruppen Ausbeutungsmissbrauch, Behinderungsmissbrauch und Marktstrukturmissbrauch benannt.³⁰² Hervorgehoben diskutiert werden nachfolgend die (Unter-)Fälle des Preis- und Konditionenmissbrauchs, der (Preis-)Diskriminierung, des Behinderungsmissbrauchs sowie Szenarien betreffend wesentliche Einrichtungen.

Ganz grundsätzlich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass bei der Beurteilung etwaiger Marktmachtmissbräuche jeweils auch die oben skizzierten Grundsätze zur Innovationsoffenheit und zum Innovationswettbewerb Berücksichtigung finden sollten.³⁰³ Die Anwendung des Kartellrechts muss entsprechende wohlfahrtsfördernde Effekte adäquat abbilden. Dies unterstreicht für den Missbrauchstatbestand auch Art. 102 Satz 2 lit. 2 AEUV (technische Entwicklung) im Sinne einer Verpflichtung zum Schutz des Innovationswettbewerbs.³⁰⁴

AUSBEUTUNGSMISSBRAUCH

Die Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs (Art. 102 Satz 2 lit. a AEUV) zielt ab auf den Schutz vor- und nachgelagerter Wirtschaftsstufen sowie der Verbraucher vor Ausplünderung; in diesem Sinne wird unter anderem eine Preis- und Konditionenkontrolle ermöglicht.³⁰⁵ Hierfür ist zunächst nach dem Erzwingen und sodann nach der Unangemessenheit eines Preises bzw. einer Kondition zu fragen.³⁰⁶ Im datenbezogenen Kontext sind grundsätzlich verschiedene Fälle eines Preis- und Konditionenmissbrauchs denkbar.

²⁹⁹ Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen in teilweiser Anlehnung an Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 24 ff.

³⁰⁰ Siehe hierzu bereits oben sub 3 sowie ferner etwa Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 43 ff.

³⁰¹ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 26 m. w. N.

³⁰² Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 25 m. w. N.

³⁰³ Siehe oben sub 2.5.2. sowie BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 27 ff.

³⁰⁴ Vgl. auch BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken – Ergebnisse und Handlungsempfehlungen, 2016, S. 80 ff. zur Innovationskraft des Internets.

³⁰⁵ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 29 f. m. w. N.

³⁰⁶ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 29 m. w. N.

In den Blick zu nehmen sind zunächst Konstellationen des "klassischen" Handels mit Daten. Für einen solchen Markt für bestimmte (nicht-personenbezogene) Daten ist zu unterstellen, dass das marktherrschende Unternehmen einen exklusiven Zugang zu diesen Daten hat. Besteht sodann eine hohe Nachfrage für diese Daten, so könnte das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktmacht durch die Forderung wettbewerbswidrig erhöhter Preise missbrauchen.³⁰⁷

Betrachtet man weitere datengestützte Geschäftsmodelle, insbesondere mit personenbezogenen Daten, so kommen neben einem Preismissbrauch (wofür eine Quantifizierung des Werts der jeweiligen Daten erforderlich ist³⁰⁸) überdies Konditionenmissbräuche in Betracht. Zur Feststellung eines Konditionenmissbrauches ist ein Vergleich zu anderen bereits existenten oder hypothetischen Märkten anzustellen (Vergleichsmarktkonzept).³⁰⁹ Maßgeblich ist hierfür vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Zur legitimen Zielerreichung darf die Marktgegenseite nur insoweit eingeschränkt werden, als dies zur Zweckerreichung und für die Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs erforderlich ist.³¹⁰

Insbesondere in Ansehung des nicht-preisbezogenen Wettbewerbs um Privatheit erlangt dies im Kontext von datenbezogenen Geschäftsmodellen besondere Bedeutung. Ein Verstoß gegen das Verbraucherschutzrecht könnte nämlich ebenso wie Verstöße gegen das Datenschutz- und bzw. oder das AGB-Recht auch unionsrechtlich als Konditionenmissbrauch im vorgenannten Sinne qualifiziert werden.³¹¹ Dies wird auf nationaler Ebene nicht zuletzt durch das aktuelle Verfahren des BKartA gegen Facebook deutlich.³¹² In diesen Fällen könnten das Datenschutz- bzw. das sonstige Recht gleichsam als "Untermaß" zulässiger Konditionen fungieren bzw. (pauschal) zur Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung führen³¹³ – unbeschadet der übrigen Voraussetzungen eines Konditionenmissbrauchs.³¹⁴ Dies bedeutet (auch und gerade im Sinne des Vergleichsmarktkonzepts) freilich nicht, dass ein Konditionenmissbrauch einen Verstoß gegen das Datenschutz- bzw. sonstiges Recht zwingend voraussetzt.³¹⁵ Ein missbräuchliches Verhalten kann vielmehr insbesondere (auch) in Rede stehen, wenn Daten datenschutzkonform exzessiv erhoben werden (wobei der Anwendungsbereich dieser Fallgruppe in Ansehung des AGB-Rechts und der datenschutzrechtlichen Grundprinzipien³¹⁶ eng ausfallen dürfte). Bei zweiseitigen Märkten ist kartellrechtlich sodann vor allem auch zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Erhebung auf dem einen Markt der Finanzierung des Geschäftsmodells auf dem anderen Markt dient.³¹⁷

BEHINDERUNGSMISSBRAUCH

Art. 102 Satz 2 lit. b AEUV verbietet Einschränkungen des Absatzes, der Erzeugung oder des technischen Fortschritts zu Lasten der Verbraucher. Besondere Relevanz weist im Kontext datenbezo-

³⁰⁷ Surblyté, WuW 2017, 120, 124.

³⁰⁸ Vgl. auch Nuys, WuW 2016, 512, 517.

³⁰⁹ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 32 m. w. N.

³¹⁰ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 32 m. w. N.

³¹¹ Siehe zum Verhältnis von Datenschutz- und Kartellrecht bereits oben sub 4.1.1.

³¹² Siehe hierzu nachfolgend sub 4.4.3 sowie etwa BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12 f.

³¹³ Vgl. Franck, ZWeR 2016, 137, 153 ff. Gegenläufig etwa Nuys, WuW 2016, 512, 518; Thomas, NZKart 2017, 92, 97 f.

³¹⁴ Hierzu ausführlich nachfolgend sub 4.4.3. Siehe im Übrigen etwa in diesem Zusammenhang Nuys, WuW 2016, 512, 518 f.

³¹⁵ Siehe nur Telle, InTeR 2017, 3, 5 f. m. w. N.

³¹⁶ Siehe hierzu oben sub 4.1.2.

³¹⁷ Siehe Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 365.

gener bzw. -gestützter Geschäftsmodelle die Einschränkung technischen Fortschritts auf.³¹⁸ So ist es etwa denkbar, dass sich eine Wettbewerbsbeschränkung eines marktbeherrschenden Unternehmens in der Behinderung des Innovationsverhaltens anderer Wettbewerber manifestiert.³¹⁹ Beispielgebend ist insoweit das Kartellverfahren der EU-Kommission gegen Google betreffend das Smartphone-Betriebssystem Android.³²⁰ Google wird insofern vorgeworfen, dass mit dem und durch das Betriebssystem eine Behinderung von Entwicklung und Marktzugang konkurrierender Dienste erfolge.

(PREIS-)DISKRIMINIERUNG

Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV untersagt die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen, durch welche die Handelspartner im Wettbewerb benachteiligt werden. Erforderlich ist demnach eine wettbewerblich nicht zu rechtfertigende Diskriminierung; sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlungen werden demgegenüber (kartellrechtlich) zulässig sein.³²¹ Verwiesen werden kann insoweit auf die Feststellung der EU-Kommission, Google habe in Bezug auf Google Shopping wettbewerbswidrig den Markt verschlossen und diskriminiert.³²² Eine solche Diskriminierung ist im Kontext der vorliegenden Untersuchung besonders wettbewerbsschädlich, soweit damit (auch) ein grundsätzlich Marktmacht begrenzendes *Multi-Homing* verhindert bzw. erschwert werden soll.³²³

Von besonderer Bedeutung für die vorliegende Untersuchung sind gleichwohl nicht derartige "analoge" Szenarien, sondern vielmehr spezifische datenbezogene Konstellationen. Bedeutsam ist insofern, dass die Analyse personenbezogener (Nutzer-)Daten ganz grundsätzlich eine immer weiterreichendere Personalisierung von Angeboten und Dienstleistungen ermöglicht.³²⁴ Eine entsprechende Personalisierung ist im Ausgangspunkt zwar wohlfahrtsfördernd, wird doch dem Vertragspartner ein individuelles, auf ihn zugeschnittenes Angebot präsentiert. Gleichwohl ist in diesem Zusammenhang aber zu beachten, dass die Verfügbarkeit entsprechender (personenbezogener) Daten auch zugunsten einer missbräuchlichen Preisdiskriminierung genutzt werden kann.³²⁵ Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist ferner eine datengestützte verhaltenssteuernde Diskriminierung.³²⁶

³¹⁸ Zu einem Behinderungsmissbrauch durch Datenschutzverstöße siehe Telle, InTeR 2017, 3, 6.

³¹⁹ Siehe auch Tamke, ZWeR 2017, 359, 373. Zu missbräuchlichen Ausschließlichkeitsbindungen sowie zum *Bundling* in diesem Kontext siehe Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 19 f.; Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 366; Körber, NZKart 2016, 303, 309.

³²⁰ Siehe EU-Kommission, Pressemitteilung, IP/16/1492 v. 20.04.2016. Zum Preissmissbrauch durch Gratislizenzierung von Android siehe auch Körber, NZKart 2014, 378, 382 f.

³²¹ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 38 f.

³²² EU-Kommission, Entsch. v. 27.06.2017, AT.39740 – Google Search (Shopping). Hierzu etwa Tamke, ZWeR 2017, 358, 372.

³²³ Vgl. Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 41. Siehe ferner Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 18 f.

³²⁴ Vgl. auch Tamke, ZWeR 2017, 358, 375.

³²⁵ Hierzu BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 11; Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 21 f. Vgl. auch (zurückhaltend) Körber, NZKart 2016, 303, 308.

³²⁶ Vgl. Stucke/Ezrachi, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267 (Mai 2015), S. 7, 32; dies., Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 11 f.

WESENTLICHE EINRICHTUNGEN (*ESSENTIAL FACILITIES*)

Der Diskriminierungstatbestand des Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV umfasst die Geschäftsverweigerung als besonders schwerwiegenden Fall der Diskriminierung.³²⁷ Einen Unter- bzw. Sonderfall der Geschäftsverweigerung bilden Konstellationen wesentlicher Einrichtungen (*essential facilities*).³²⁸ In Rede stehen insoweit Konstellationen, in denen der Zugang zu Informationen, Produkten, bestimmten Dienstleistungen oder Infrastruktureinrichtungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kontrolliert und anderen Unternehmen der Zugang zu diesen Ressourcen verweigert wird, um die Marktstellung auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auszubauen. Ursprünglich wurde die Rechtsfigur der wesentlichen Einrichtung für Eisenbahnbrücken und Seehäfen entwickelt, und ist später zunehmend auch für den Bereich der Immaterialgüterrechte fruchtbar gemacht worden.

Eine kartellrechtlich relevante wesentliche Einrichtung liegt vor, wenn und soweit ein für Dritte zugänglicher Markt nicht existiert bzw. vom beherrschenden Unternehmen nicht eröffnet wurde.³²⁹ Wettbewerbsrechtliche Folge kann ein Kontrahierungszwang des die Einrichtung beherrschenden Unternehmens sein, falls es den Mitbewerbern nicht zumutbar ist, eine eigene entsprechende Einrichtung zu schaffen.³³⁰

Im Einzelnen hat der EuGH für Infrastruktureinrichtungen in der Rs. *Bronner* die folgenden drei Kriterien herausgearbeitet:³³¹

- (1) Die Zugangsverweigerung muss geeignet sein, auf dem nachgelagerten Markt jeglichen Wettbewerb durch denjenigen, der den Zugang begehrt, auszuschalten;
- (2) die Zugangsverweigerung darf nicht objektiv zu rechtfertigen sein; und
- (3) für die wesentliche Einrichtung darf kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz bestehen.

Aus der Perspektive der vorliegenden Untersuchung stellt sich die (Unter-)Frage, ob *Daten* als wesentliche Einrichtung im Sinne des unionalen Kartellrechts anzusehen sind (und ob deswegen ein Zugangsanspruch in Betracht kommt).³³²⁻³³³ Im Kontext von Big-Data-Geschäftsmodellen wäre es etwa denkbar, dass ein "datenmächtiges" Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung inso-

³²⁷ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 41.

³²⁸ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 42.

³²⁹ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 42.

³³⁰ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), Art. 102 AEUV Rn. 42.

³³¹ EuGH, Urteil v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 41 – *Bronner*.

³³² Hierzu etwa Bork/Sidak, 8 J. Comp. L. & Econ. (2012) 663, 678 ff.; Drexl u. a., GRUR Int. 2016, 914, 917 f.; Haucap/Kehder, Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, 2015, S. 12 f.; Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem, 2015, S. 39 f.; Kersting/Dworschak, NZKart 2013, 46, 48; Körber, WRP 2012, 761, 765 f.; Höppner, WRP 2012, 625, 637; Tamke, ZWeR 2017, 358, 371; Telle, in: Heinemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 73 ff.; ders., InTeR 2017, 3, 6 f.; Wiebe, MR-Int 2007, 179, 182.

³³³ Siehe im Übrigen zur Einstufung von marktmächtigen Plattformen als "wesentliche Einrichtung" Schweizer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 50 f. einerseits und Jaeger, WuW 2015, 702 (711 ff.) andererseits, der – unter Rekurs auf Früh/Lichtenegger, ZGE 2010, 119, eine Öffnung für den Begriff der "Schlüsselgegenstände" mit einer Abwägungsprüfung zur Innovationswirkung anregt; siehe ferner zur Einstufung von Suchmaschinen als wesentliche Einrichtungen etwa Paal, GRUR Int. 2015, 997, 1002 f.

weit missbräuchlich ausnutzt, indem es anderen Marktteilnehmern ohne sachlichen Grund keinen angemessenen Zugang zu seinem – für einen Tätigwerden auf einem nachgelagerten Markt erforderlichen – Datenbestand gewährt.³³⁴

Regelmäßig wird das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung in Bezug auf die Daten allerdings konsequenterweise abzulehnen sein.³³⁵ Denn Daten sind grundsätzlich nicht exklusiv³³⁶ und können zumeist von Unternehmen selbst generiert bzw. erworben werden. Es fehlt somit generell (jedenfalls) an der Nicht-Duplizierbarkeit und Nicht-Substituierbarkeit.³³⁷ Daten sind in diesen Fällen mithin nicht unverzichtbar für ein Tätigwerden auf der nachgelagerten Marktstufe.³³⁸ Unterstrichen wird dieser Befund auch durch die Ausführungen der EU-Kommission in der Sache *Google/DoubleClick*:

"Selbst wenn die Datenansammlungen von Google und DoubleClick als Input für DoubleClick zugänglich wären, dürfte ihre Wettbewerbsfähigkeit dadurch kaum so erhöht werden, dass sie der zusammengeschlossenen Einheit einen Vorteil verschaffen würde, der von der Konkurrenz nicht repliziert werden könnte."³³⁹

In Einzelfällen mag freilich eine abweichende Beurteilung geboten sein.

Noch aus einem weiteren Grund wird die Annahme einer wesentlichen Einrichtung in Bezug auf personenbezogene Daten in aller Regel ausscheiden: Jedes Unternehmen kann (theoretisch) an jede Person herantreten, um deren personenbezogene Daten zu "erwerben", sprich beispielsweise Daten aufgrund einer entsprechend eingeholten Einwilligung verarbeiten. Es handelt sich bei diesen Daten bzw. den betreffenden Datenbeständen deswegen regelmäßig nicht um eine wesentliche Einrichtung. Insbesondere wird es den Wettbewerbern zumeist zumutbar sein, die entsprechenden Daten selbst zu erheben. Selbst wenn im Einzelfall der Bestand von personenbezogenen Daten eines Unternehmens so umfangreich ist, dass ein "Aufholen" ausgeschlossen scheint, ist im Übrigen zu bedenken, dass eine Pflicht der Unternehmen, die ihnen zur Verfügung stehenden Daten mit Wettbewerbern zu teilen, erhebliche datenschutzrechtliche Probleme aufwerfen würde.³⁴⁰ In diesem Sinne erwachsen aus dem Datenschutzrecht entscheidende Begrenzungen für die Anordnungsbefugnisse der Kartellbehörden.³⁴¹

Bei nicht-personenbezogenen Daten ist demgegenüber näher zu differenzieren, da insoweit durchaus Konstellationen denkbar sind, in denen ein (marktbeherrschendes) Unternehmen einen (de facto-)exklusiven Zugriff auf bestimmte Daten hat. (Nur) in diesen Fällen besteht dann in der

³³⁴ Hierzu BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 10 f. Siehe im Übrigen Tamke, ZWeR 2017, 358, 372; Telle, InTeR 2017, 3, 7.

³³⁵ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 10; Drexl u. a., GRUR Int. 2016, 914, 917 f.; Nuys, WuW 2016, 512, 516 f.; Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 279; dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 81 f.; Tamke, ZWeR 2017, 358, 371; Telle, InTeR 2017, 3, 6. Zurückhaltend auch Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 18;

³³⁶ Siehe hierzu bereits oben sub 2.3.2.

³³⁷ Statt vieler Nuys, WuW 2016, 512, 516 f.

³³⁸ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 10; Nuys, WuW 2016, 512, 516.

³³⁹ EU-Kommission, Entsch. v. 11.03.2008, COMP/M.4731 Tz. 364 – Google/DoubleClick.

³⁴⁰ Siehe etwa Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 18, 41; Körber, NZKart 2016, 303, 309; Nuys, WuW 2016, 512, 517; Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 51.

³⁴¹ Körber, NZKart 2016, 303, 309; Tamke, ZWeR 2017, 358, 371.

Tat kein für Dritte zugänglicher Markt bzw. wird ein solcher Markt vom beherrschenden Unternehmen nicht eröffnet. Sind die Daten zudem essentiell für die (nachgelagerte) Marktaktivität der anderen Wettbewerber, kann eine wesentliche Einrichtung angenommen werden.³⁴² Für die Frage, ob sodann (und zu welchen Konditionen) tatsächlich Zugang zum Datenbestand zu gewähren ist, sind auch die Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb zu berücksichtigen.³⁴³ Der Datenbestand kann gerade auch Ausfluss eines erfolgreichen bzw. innovative(re)n Produkts sein, weswegen Zugang tendenziell nur gewährt werden sollte, um auf einem Markt den Wettbewerb überhaupt erst zu initiieren.³⁴⁴

Besonderheiten ergeben sich, falls in Bezug auf datenbezogene Geschäftsmodelle ein immaterialgüterrechtliches Schutzrecht in Rede steht. Eine solche Konstellation kann unter gewissen Voraussetzungen in Bezug auf Datenbestände etwa dann in Betracht kommen, wenn und soweit diese Datenbestände ein urheberrechtliches Werk oder (insbesondere) eine Datenbank (§§ 87a ff. UrhG) darstellen.³⁴⁵⁻³⁴⁶ Der EuGH hat die *essential facilities*-Doktrin (vorsichtig) auch auf Immaterialgüterrechte angewendet und das zusätzliche Erfordernis der Verhinderung eines "neuen Produkts" aufgestellt.³⁴⁷ Selbst wenn man das zusätzliche Kriterium eines "neuen Produkts" über immaterialgüterrechtliche Konstellationen hinaus nicht als relevant für alle Bereiche des Innovationswettbewerbs einstuft³⁴⁸, wird gleichwohl daher eine wettbewerbswidrige Zugangsverweigerung (durch Lizenzverweigerung) betreffend Daten(banken) jedoch nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen anzunehmen sein.

Insgesamt wird daher kartellrechtlich im Grundsatz nicht davon auszugehen sein, dass ein Unternehmen die von ihm gesammelten Daten einem anderen (konkurrierenden) Unternehmen gegen eine angemessene Vergütung zur Verfügung stellen muss. Ganz grundlegend ist in diesem Zusammenhang auch zutreffend darauf hingewiesen worden, dass eine Pflicht zur Zugangsgewährung einen erheblicher Eingriff in die unternehmerische Betätigungsfreiheit bedeutet und unter Umständen innovations- (und investitions)mindernde Wirkung entfalten kann.³⁴⁹

INTEROPERABILITÄT

Für datenbezogene bzw. -gestützte Märkte von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Verweigerung des Zugriffs auf für einen bestimmten Markt standardsetzende bzw. essentielle Daten bzw. Datensätze. Der Zugriff auf bestimmte Daten ist nämlich unter Umständen Grundvoraussetzung für eine Interoperabilität.³⁵⁰ Wenngleich es (zu Recht) keine allgemeine (kar-

³⁴² Vgl. auch Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 81 f.

³⁴³ Siehe hierzu bereits oben sub 2.5.2. sowie BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 27 ff.

³⁴⁴ Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 365 f.

³⁴⁵ Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 366.

³⁴⁶ Mangels eines Ausschließlichkeitsrechts für Daten *de lege lata* (siehe oben sub 4.1.5.) besteht (auch) kein relevantes Schutzrecht für Daten im Übrigen.

³⁴⁷ EuGH, GRUR Int 1995, 490 – Magill; Urteil v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 41 – Bronner; EuGH, GRUR 2004, 524 – IMS Health.

³⁴⁸ So Körber, NZKart 2016, 303, 308 Fn. 44.

³⁴⁹ Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 279.

³⁵⁰ Allgemein zu Interoperabilität in der Digitalwirtschaft etwa Kerber/Schweitzer, 8 JIPITEC (2017) 39.

tellrechtliche) Verpflichtung zur Interoperabilität gibt³⁵¹ – und Interoperabilität auch kein Selbstzweck ist³⁵² –, kann die (Nicht-)Ermöglichung von Interoperabilität gleichwohl im Einzelfall kartellrechtliche Relevanz entfalten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Verhalten der Übertragung von Marktmacht von einem Markt auf einen anderen Markt dient.

Für den kartellrechtlichen Umgang mit solchen Konstellationen hat das EuG im Fall *Microsoft* 2004 wichtige Parameter herausgearbeitet: *Microsoft* war als marktmächtig auf dem Markt für Computer-Betriebssysteme einzustufen und hatte in diesem Zusammenhang einen faktischen Marktstandard etablieren können. Zunächst stellte *Microsoft* anderen Marktteilnehmern die entsprechenden Softwareschnittstellen zum Betriebssystem frei zur Verfügung. Als das Unternehmen sodann allerdings einen maßgeblichen Marktanteil erreicht hatte, berief *Microsoft* sich auf den Geschäftsgeheimnisschutz in Bezug auf solche Informationen, die zur Herstellung von Interoperabilität notwendig waren. Der Fall veranschaulicht die schwierige Balance zwischen Innovationsschutz einerseits und Machtmissbrauch andererseits.³⁵³

Datengestützte Geschäftsmodelle dürften in Zukunft (in Bezug auf exklusive Daten bzw. Standards) vergleichbare Fallkonstellationen aufwerfen.³⁵⁴ So weisen etwa *Schweitzer, Fetzer* und *Peitz* zutreffend darauf hin, dass

"[a]uch die gezielte Beeinträchtigung von Interoperabilität durch marktbeherrschende Unternehmen (...) einer sorgfältigen Prüfung zu unterziehen [ist]."³⁵⁵

Die durch den *Microsoft*-Fall mitentwickelten Ansätze³⁵⁶ – also regelmäßig Zugangsansprüche oder Zwangslizenzen – sollten hierzu Anwendung finden.³⁵⁷ Allgemein wird hierbei auch die negative Anreizwirkung für Einzelne gegen positive Effekte der (gesamten) Wirtschaftssparte abzuwägen sein.³⁵⁸ Dabei sollte dem Kriterium der Innovationsoffenheit in der Abwägung eine hervorgehobene Beachtung zuteil werden.

³⁵¹ Hierzu *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 48; siehe ebd. (S. 49) auch zum (beschränkten) Anwendungsbereich des § 69e UrhG.

³⁵² Kerber/Schweitzer, 8 JIPITEC (2017) 39, 58.

³⁵³ Siehe EuG, Urt. v. 17.09.2007 – T-201/04 – *Microsoft*; hierzu *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Huttenlauch/Lübbig*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 102 AEUV Rn. 265 f.; *Surblyté*, WuW 2017, 120, 123. Vgl. auch *BKartA*, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 27 ff.

³⁵⁴ Siehe etwa zum Missbrauch durch Beschränkungen der Interoperabilität allgemein *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 47 ff.

³⁵⁵ *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 41. Ausführlich *Kerber/Schweitzer*, 8 JIPITEC (2017) 39.

³⁵⁶ Siehe zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Loewenheim*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 19 GWB Rn. 82 ff.; zu wesentlichen Einrichtungen im Übrigen *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 115 ff., § 20 Rn. 200 ff.; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Huttenlauch/Lübbig*, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 102 AEUV Rn. 271 ff.

³⁵⁷ Vgl. auch *Drexl*, NZKart 2017, 415, 418 f.

³⁵⁸ Vgl. *Surblyté*, WuW 2017, 120, 123 in Bezug auf EuG, Urt. v. 17.09.2007 – T-201/04 – *Microsoft*.

4.3.4 KARTELLVERBOT

Daten kommt keinesfalls nur in Marktmachtmissbrauchsszenarien, sondern darüber hinaus vor allem auch in Bezug auf das Kartellverbot (Art. 101 AEUV) eine bedeutsame Rolle zu. Im Sinne der Zielsetzung der Untersuchung sind daher nachfolgend konkrete Szenarien in Bezug auf datenbezogene bzw. -gestützte Geschäftsmodelle in den Blick zu nehmen. In Ansehung der Vielzahl von potentiellen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen³⁵⁹ ist hierbei gleichwohl eine Einschränkung erforderlich. Wenngleich auch bei datenbezogenen Geschäftsmodellen "klassische" Preisabsprachen (etwa beim Handel mit Daten) oder "klassische" Vertikalvereinbarungen (etwa bei Vertriebsverhältnissen mit Bezug zu Daten)³⁶⁰ in Betracht kommen, sollen nachfolgend demgegenüber datenspezifische Konstellationen besprochen werden. Im Einzelnen diskutiert werden daher Fälle der Einschränkung der technischen Entwicklung, des Informationsaustausches und des Datenpooling.

GRUNDLAGEN

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind solche Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen verboten, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Hierzu zählen insbesondere Preisabsprachen (Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV), Ein- und Beschränkungen von unter anderem der technischen Entwicklung (Art. 101 Abs. 1 lit. b AEUV), Marktaufteilungen (Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV) sowie diskriminierendes Verhalten (Art. 101 Abs. 1 lit. d AEUV). Art. 101 Abs. 1 AEUV gelangt dabei sowohl in horizontalen als auch in vertikalen Konstellationen zur Anwendung.

Ganz grundsätzlich ist auch in Bezug auf das Kartellverbot hervorzuheben, dass für die Beurteilung von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweise die vorstehend skizzierten Grundsätze zur Innovationsoffenheit und zum Innovationswettbewerb besonders zu berücksichtigen sind.³⁶¹ Die Anwendung des Kartellrechts muss entsprechende wohlfahrtsfördernde Effekte adäquat abbilden.³⁶² Folgerichtig verweist Art. 101 Abs. 3 AEUV im Zuge der Freistellungstatbestände auf den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt.

EINSCHRÄNKUNG DER TECHNISCHEN ENTWICKLUNG

In diesem Sinne benennt auch Art. 101 Abs.1 lit. b AEUV die Einschränkung der technischen Entwicklung als einen Fall einer Wettbewerbsbeschränkung. Die Regelung dient der Verpflichtung zum Schutz des Innovationswettbewerbs. Entsprechende Wettbewerbsbeschränkungen sind auch bei datengestützten Geschäftsmodellen denkbar. So könnten Wettbewerber beabsichtigen, mittels einer Vereinbarung eine bestimmte technische Entwicklung einzuschränken. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn (horizontale oder vertikale) Absprachen zu Datenformaten erfolgen und dadurch – zulasten von dritten Wettbewerbern – die Interoperabilität eingeschränkt wird.

³⁵⁹ Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen werden nachfolgend nicht betrachtet.

³⁶⁰ Hierzu ausführlich etwa Telle, InTeR 2017, 3, 7 ff.

³⁶¹ Siehe oben sub 2.5.2.

³⁶² Siehe auch BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 33 ff.

INFORMATIONSAUSTAUSCH / DATENPOOLING

Die Verfügbarkeit von Daten eröffnet die Möglichkeit eines weitreichenden Informationsaustausches. Ein solcher Informationsaustausch kann auch mit Hilfe von Daten erfolgen und entfaltet gegebenenfalls (auch) kartellrechtliche Relevanz.³⁶³ Denn durch einen solchen Austausch können strategische Ungewissheiten auf dem relevanten Markt reduziert werden.³⁶⁴

Bei datenbezogenen bzw. datengestützten Geschäftsmodellen kann ein Informationsaustausch zunächst in "klassischer" Weise durch die direkte Übermittlung von Daten erfolgen. Von hervorhebener Bedeutung sind für die vorliegende Untersuchung allerdings vor allem Konstellationen des sogenannten Datenpooling, d. h. das Zusammenführen von Daten(sätzen) verschiedener Unternehmen mittels Datenpools. Je nach Einzelfall können hiermit sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verbunden sein.³⁶⁵ Denn einerseits kann ein solcher Datenpool in wettbewerbsschädlicher Absicht die Abstimmung zwischen den beteiligten Unternehmen vereinfachen.³⁶⁶ Andererseits erfolgt die Einrichtung von Datenpools regelmäßig gerade mit der Absicht bzw. jedenfalls in der Hoffnung, Informationen und bzw. oder Korrelationen zu ermitteln, die separat nicht erzielt worden wären – und ermöglicht damit die Erzielung von Wohlfahrtseffekten durch Innovation bzw. durch die Hebung von Effizienzen.³⁶⁷ Die mit einem Datenpool verbundenen Effekte müssen somit sorgfältig evaluiert und gegeneinander abgewogen werden.³⁶⁸ Zwar weist das BKartA im Grundsatz zu Recht darauf hin, dass

"die wettbewerbsbeschränkende Wirkung geringer [sei], wenn die Kooperation nicht zwischen direkten Wettbewerbern, sondern zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen stattfindet, oder die Kooperation Vorleistungen betrifft und das Markt- und Wettbewerbsverhalten nicht unmittelbar beeinflusst."³⁶⁹

Zu bedenken ist aber, dass gerade moderne Technologien eine Auswertung sowie Analyse (insbesondere auf der Grundlage von Künstlicher Intelligenz) ermöglichen, bei welchen die Zuordnung zu bestimmten Marktstufen bzw. zu bestimmten Geschäftsmodellen überhaupt nicht (mehr) erfolgen kann.

Der Austausch von Daten (und Informationen) ist nicht nur dann kartellrechtlich relevant, wenn eine direkte Übermittlung in Rede steht, sondern auch und gerade in Sachverhalten, in denen auf Daten (und Informationen) über (von verschiedenen Wettbewerbern genutzte) Dritte zurückgegriffen wird. Solche sogenannten *hub-and-spoke*-Szenarien³⁷⁰ sind von besonderer Relevanz für datenbezogene und datengestützte Geschäftsmodelle.³⁷¹ So ist ganz grundsätzlich in jüngerer Zeit – vor allem für den Einsatz von *dynamic pricing algorithms* – in der Literatur zutreffend darauf

³⁶³ Grundlegend EuGH, EuZW 2009, 505, 507 – T-Mobile Netherlands. Siehe im Übrigen im Kontext von Big Data etwa Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 368.

³⁶⁴ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Grave/Nyberg, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 240 ff.

³⁶⁵ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9.

³⁶⁶ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9.

³⁶⁷ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9; vgl. auch BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 33 ff.

³⁶⁸ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9.

³⁶⁹ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9.

³⁷⁰ Hierzu etwa Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 123.

³⁷¹ Siehe nur EuGH, NZKart 2016, 133– Eturas. In diesem Zusammenhang ferner etwa Tamke, ZWeR 2017, 358, 377; Telle, InTeR 2017, 3, 8.

hingewiesen worden, dass die Verwendung einheitlicher Daten unter Umständen zu einem wettbewerbswidrigen Informationsaustausch führen kann.³⁷² In diesem Sinne steht etwa beim Einsatz von datenbasierten Algorithmen ein entsprechendes Szenario in Rede, wenn und soweit der bzw. die von verschiedenen Unternehmen eingeschalteten Dienstleister auf dieselben Algorithmen oder Daten zugreifen (können).³⁷³

4.3.5 FUSIONSKONTROLLE

Daten kommt auch und gerade in der Fusionskontrolle eine zunehmende Bedeutung zu.³⁷⁴ Es besteht in Bezug auf Daten allgemein bereits eine etablierte Fallpraxis.³⁷⁵ So setzte sich die EU-Kommission bereits in der Entscheidung *Google/DoubleClick* aus dem Jahre 2008 mit der Kombination von Datensätzen auseinander:

"Selbst das zusammengeschlossene Unternehmen (...) würde keinen Zugang zu einzigartigen, nicht replizierbaren Daten erhalten, da die Art der von DoubleClick gesammelten Informationen einen eng gesteckten Rahmen haben. Andere Unternehmen, die im Bereich Online-Werbung tätig sind, können große Mengen mehr oder weniger ähnlicher Informationen sammeln, die potenziell für die genaue Zielgruppenausrichtung nützlich ist."³⁷⁶

Im selben Jahr wurde im *TomTom/Tele Atlas*-Verfahren die Gefahr einer Abschottung auf dem Markt für Kartendatenbanken analysiert.³⁷⁷ Das Verfahren *Facebook/WhatsApp* aus dem Jahre 2014 unterstrich die eingeschränkte Wirkungsmacht der Aufgreifkriterien für eine Fusionskontrolle bei einem zwar (noch) umsatzschwachen, aber "datenmächtigem" Unternehmen (eine Fusionskontrolle fand freilich unter Bezug auf Art. 4 Abs. 5 FKVO statt).³⁷⁸ 2016 nahm sich darüber hinaus die EU-Kommission im *Microsoft/LinkedIn*-Verfahren dem Online-Werbemarkt an³⁷⁹ und bebußte in 2017 Facebook wegen einer Weitergabe von Daten mit Bezug auf WhatsApp.

Im Zuge der Fusionskontrolle ist nach Art. 2 Abs. 3 FKVO zu prüfen, ob der jeweilige Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindern würde, insbesondere durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Für die Fusionskontrolle sind somit die obigen Ausführungen zur marktbeherrschenden Stellung von erheblicher Relevanz und bei der Beurteilung von Fusionen unmittelbar heranzuziehen.³⁸⁰ Gerade mit Blick auf Innovationen bzw. die Ausschaltung von potentiell

³⁷² Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 10 f.; dies., Virtual Competition, 2016, S. 46 ff. Siehe ferner etwa Tamke, ZWeR 2017, 358, 377 f.

³⁷³ Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25 (Mai 2017), S. 10.

³⁷⁴ Siehe zu diesem Themenkreis Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 16 f.; Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 57 f. sowie Holzweber, NZKart 2016, 104; Weck, NZKart 2015, 290.

³⁷⁵ Hierzu etwa Holzweber, NZKart 2016, 104, 109.

³⁷⁶ EU-Kommission, Entsch. v. 11.03.2008, COMP/M.4731 Tz. 269 – Google/DoubleClick. Siehe bereits oben das Zitat aus der Entscheidung sub 4.3.3.

³⁷⁷ EU-Kommission, Entsch. v. 14.05.2008, COMP/M.4854 – TomTom/Tele Atlas.

³⁷⁸ EU-Kommission, Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 Tz. 9 ff. – Facebook/WhatsApp. Vgl. Tamke, ZWeR 2017, 358, 378 f.

³⁷⁹ EU-Kommission, Entsch. v. 16.12.2016, COMP/M.8124 – Microsoft/LinkedIn.

³⁸⁰ Siehe oben sub 4.3.2.

lem Wettbewerb (bzw. Wettbewerbern) sind hier auch potentielle Märkte von hervorgehobener Bedeutung.³⁸¹

Bei der Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens ist in Bezug auf Daten insbesondere zu bewerten, ob und inwieweit durch den Zusammenschluss Daten zusammengeführt werden (können) bzw. der Zugang zu sowie die Auswertung und Analyse von Daten ermöglicht wird – und welche wettbewerblichen Auswirkungen damit verbunden sind.³⁸² Beispielhaft sei nur auf die Ausführungen der EU-Kommission im Verfahren *Facebook/WhatsApp* verwiesen:

"Several telecom operators indicated that switching costs for consumers would be represented by the loss of all data and interaction history when changing consumer communications app. In the present case, the Commission has not found any evidence suggesting that data portability issues would constitute a significant barrier to consumers' switching in the case of consumer communications apps. Indeed, communication via apps tends to consist to a significant extent of short, spontaneous chats, which do not necessarily carry long-term value for consumers. In any event, data portability is unlikely to prevent switching since the messaging history from a consumer communication app remains accessible on a user's smartphone even if the user starts using a different consumer communications app, as long as the user does not decide to delete such history or to uninstall the app. Finally, the contact list of a WhatsApp user can be ported: a competing app would have access to it, subject to a user's authorisation."³⁸³

Allgemein kommen bei einer Kombination von Daten(beständen) sowohl positive und als auch negative Effekte in Betracht (sowohl für bestehende als auch für potentielle Märkte). Zunächst kann die Kombination von Daten durchaus wettbewerbsförderlich sein; gerade weil der Zugang zu Daten verbessert wird und die fusionsbedingt kombinierten Daten etwa zu Produktverbesserungen bzw. zu Innovationsanreizen führen.³⁸⁴

Demgegenüber kann es allerdings auch in verschiedener Weise zu einer Reduktion des Wettbewerbsdrucks kommen.³⁸⁵ Denkbar ist etwa die Verweigerung des Zugriffs auf Daten durch Dritte bzw. der Übertragbarkeit von Daten.³⁸⁶ Bei einer Kombination von Datenbeständen auf einer gemeinsamen Plattform droht zudem auch und gerade aufgrund der Ausnutzung von Netzwerkeffekten eine (erhebliche) Beeinflussung der Marktstellung des Erwerbers.³⁸⁷ In Abhängigkeit vom jeweiligen Einzelfall mögen die zusammengeführten Datenbestände darüber hinaus den Markt-

³⁸¹ Siehe in diesem Zusammenhang, insbesondere zum Innovationswettbewerb, auch jüngst EU-Kommission, Entsch. v. 27.03.2017, CASE M.7932 – Dow/DuPont.

³⁸² Siehe nur BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9 f. sowie Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 367; Holzweber, NZKart 2016, 104, 108 f.; Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 54 f. m. w. N.

³⁸³ EU-Kommission, Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 Tz. 113 – Facebook/WhatsApp. Vgl. Holzweber, NZKart 2016, 104, 109.

³⁸⁴ Siehe hierzu nur Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 17; Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 367; Körber, NZKart 2016, 303, 309 f. Vgl. auch Nuys, WuW 2016, 512, 520.

³⁸⁵ Hierzu Holzweber, NZKart 2016, 104, 108; Weck, NZKart 2015, 290, 295.

³⁸⁶ Hierzu Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 367.

³⁸⁷ Vgl. Holzweber, NZKart 2016, 104, 108.

eintritt anderer Wettbewerber (wesentlich) erschweren.³⁸⁸ Für eine angemessene Bewertung ist auch die Exklusivität bzw. die Replizierbarkeit von Daten zu berücksichtigen.³⁸⁹ Sind die Daten nicht (ohne weiteres) replizierbar, sind negative wettbewerbliche Effekte (noch) wahrscheinlicher.³⁹⁰ Ferner kommen negative vertikale (oder konglomerate) Effekte in Betracht, wenn die Zusammenführung von Daten den (Daten-)Zugang auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen erschwert oder ein solcher (Daten-)Zugang verweigert wird.³⁹¹ Ergänzend ist ebenso denkbar, dass die Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten der Unternehmen im Fokus stehen.³⁹² Soweit nach alledem "klassische" Formen der Marktabschottung in Rede stehen, können zur Beurteilung freilich die traditionellen Kriterien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse herangezogen werden.³⁹³

Gleichwohl ist aus technischer Sicht in diesem Zusammenhang einschränkend zu berücksichtigen, dass die Zusammenführung von Daten technisch komplex, zeitaufwändig und kostenintensiv sein kann, wenn unterschiedliche und bzw. oder nicht interoperable Datenformate und bzw. oder Softwareanwendungen in Rede stehen.³⁹⁴ Aus rechtlicher Sicht werden zusätzlich datenschutzrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen sein (und gegebenenfalls Nutzungsbeschränkungen bedingen), wenn und soweit personenbezogene Daten betroffen sind.³⁹⁵ Ganz allgemein könnte somit auch die oben skizzierte zunehmende wettbewerbsrechtliche Relevanz von Datenschutz(recht) und Privatheit³⁹⁶ für die Fusionskontrolle (zunehmende) Relevanz entfalten; insbesondere mag ein geringe(re)s – wenngleich schwierig zu messendes – Datenschutzniveau als Verschlechterung des Marktergebnisses maßgeblich sein.³⁹⁷

Für den Fall einer Wettbewerbsbehinderung durch die Zusammenführung von Daten stellt sich (auch) die Frage nach (zweckmäßigen) Verpflichtungszusagen im Sinne des Art. 8 Abs. 2 FKVO.³⁹⁸ In Betracht kommen hierfür freilich je nach Einzelfall verschiedene Maßnahmen. *Holzweber* weist für datengestützte Geschäftsmodelle – unter Hinweis auf die einschlägige Fallpraxis³⁹⁹ – zutref-

³⁸⁸ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 9 f.; Holzweber, NZKart 2016, 104, 108; Schweizer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 55; Telle, InTeR 2017, 3, 9.

³⁸⁹ Vgl. Tamke, ZWeR 2017, 358, 381.

³⁹⁰ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 10.

³⁹¹ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 10. Siehe auch Tamke, ZWeR 2017, 359, 381 f., insbesondere in Bezug auf das vorbenannte Verfahren *Microsoft/LinkedIn*.

³⁹² Siehe BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 35 ff. unter Bezugnahme auf die EU-Kommissions-Entscheidung in der Sache *Dow/DuPont*.

³⁹³ Hierzu im Einzelnen Holzweber, NZKart 2016, 104, 108 f.

³⁹⁴ Hiermit argumentierte etwa Facebook (fälschlicherweise, wie sich nachträglich herausstellen sollte) im vorbenannten Verfahren *Facebook/WhatsApp*, siehe Tamke, ZWeR 2017, 358, 382. Siehe im Übrigen etwa Holzweber, NZKart 2016, 104, 110.

³⁹⁵ Siehe zu diesen Gesichtspunkten bereits EU-Kommission, Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 Tz. 185 – Facebook/WhatsApp sowie Schweizer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 55.

³⁹⁶ Siehe oben 4.1.1 und 4.4.3.

³⁹⁷ Siehe hierzu Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 367 f.; Tamke, ZWeR 2017, 358, 382 f.; jeweils mit Bezug auf das vorbenannte Verfahren *Microsoft/LinkedIn*.

³⁹⁸ Vgl. auch Autorité de la concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, S. 32.

³⁹⁹ Siehe nur EU-Kommission, Entsch. v. 19.02.2008, COMP/M.4726 Tz. 480 ff. – Thompson Corporation/Reuters Group; Entsch. v. 26.01.2011, COMP/M.5984 Tz. 162, 337 ff. – Intel/McAfee; Entsch. v. 21.10.2010, COMP/M.5529 Tz. 176 ff. – Oracle/Sun Microsystems.

fend darauf hin, dass etwa Zugangserleichterungen zu Daten, Trennung von Daten(beständen) und die Ermöglichung von Datenportabilität zu erwägen sind.⁴⁰⁰ Richtigerweise sind allerdings auch insofern – etwa bei einer Zugangserleichterung zu Daten – nicht nur der damit einhergehende Eingriff in die unternehmerische Betätigungsfreiheit und mögliche innovations- (und investitions)hemmende Effekte zu beachten⁴⁰¹, sondern auch die zuvor benannten datenschutzrechtlichen Beschränkungen.⁴⁰² Im Blick zu behalten ist ebenfalls, dass eine Zusage zu Datenportabilität gerade über den Pflichtenkanon der DS-GVO hinausreichen könnte. Denn auf nicht-personenbezogene Daten findet das Datenschutzrecht bereits keine Anwendung; umfasst die Verpflichtungszusage neben Portabilität auch noch Interoperabilität, geht auch dies über die datenschutzrechtliche Pflicht nach Art. 20 DS-GVO hinaus.⁴⁰³

4.3.6 AUßERÖKONOMISCHE ASPEKTE

Gerade in Ansehung des Datenschutzes und des damit verbundenen Schutzes der Privatheit soll an dieser Stelle die Frage benannt werden, ob außerökonomische Aspekte allgemein (über die diskutierten Fallgruppen hinaus) in der kartellrechtlichen Berücksichtigung finden können. Nach herrschender Meinung ist dies allerdings – bislang – gerade nicht der Fall (für die Fusionskontrolle siehe insoweit Art. 21 Abs. 4 FKVO).^{404, 405}

4.4 NATIONALES KARTELLRECHT

Datenbezogene bzw. Big-Data-Geschäftsmodelle sollen nun mit Blick auf das nationale Kartellrecht eingeordnet und bewertet werden.

4.4.1 MARKTABGRENZUNG

Das nationale Wettbewerbsrecht bestimmt den relevanten Markt im Grundsatz im Gleichlauf zum unionalen Kartellrecht, weswegen im Ausgangspunkt auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.⁴⁰⁶

Gleichwohl ist besonders darauf hinzuweisen, dass ebenso wie im unionalen Kartellrecht lange Zeit umstritten war, ob bei einer unentgeltlichen Leistung überhaupt ein wettbewerbsrechtlich relevanter Markt existiert. Dies wurde in der nationalen Praxis zunächst verneint (so beispielsweise für das Zusammenschlussvorhaben *Springer/Pro7Sat.1*⁴⁰⁷). Das BKartA hat in der Folge dann allerdings in dem Verfahren *Online-Dating-Plattform (2015)*⁴⁰⁸ – zu Recht – angenommen, dass auch bei Unentgeltlichkeit die Annahme eines kartellrechtlich relevanten Marktes in Betracht kommt. Ebenso wurde vom BKartA im Verfahren gegen Facebook das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf einem Markt für soziale Netzwerke noch vor Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle

⁴⁰⁰ Holzweber, NZKart 2016, 104, 110 ff.

⁴⁰¹ Siehe oben sub 4.3.3.

⁴⁰² Holzweber, NZKart 2016, 104, 110.

⁴⁰³ Siehe zu Art. 20 DS-GVO bereits oben sub 4.1.4.

⁴⁰⁴ Siehe ausführlich hierzu Ulmer, Kartellverbot und außerökonomische Rechtfertigung, 2014. Vgl. auch Körber, NZKart 2016, 348, 355 f.

⁴⁰⁵ Zu den system- und norminduzierten Grenzen des Kartellrechts siehe auch nachfolgend sub 5.2.1.

⁴⁰⁶ Siehe oben sub 4.3.1.

⁴⁰⁷ BKartA, Beschl. v. 19.01.2006, B6-92202 – Fa – 103/05 – Springer/Pro7Sat1.

⁴⁰⁸ BKartA, Beschl. v. 22.10.2015, B6-57/15 Rn. 81 ff. – Online-Dating-Plattform.

(wohl) unterstellt.⁴⁰⁹ Demgegenüber nahm das OLG Düsseldorf noch im Jahre 2015 an, dass nur entgeltliche Leistungsbeziehungen für die Annahme eines kartellrechtlich relevanten Marktes genügen.⁴¹⁰

Vor dem Hintergrund abweichender behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen war deshalb eine (gesetzgeberische) Klarstellung zu unentgeltlichen Leistungen veranlasst. Eine solche Klarstellung erfolgte durch die 9. GWB-Novelle.⁴¹¹ Der insoweit neu eingefügte § 18 Abs. 2a GWB bestimmt, dass auch dann ein Markt vorliegt, wenn innerhalb einer Leistungsbeziehung eine Leistung unentgeltlich bewirkt wird.⁴¹² Relevanz entfaltet diese Normierung vor allem für mehrseitige Märkte⁴¹³, bei welchen es innerhalb einer der Leistungsbeziehungen durchaus (ökonomisch) sinnvoll sein mag, auf ein Entgelt zu verzichten.⁴¹⁴ Ob ein Entgeltverzicht wirtschaftlich sinnvoll ist, ist gleichwohl nicht entscheidend. Maßgeblich ist vielmehr, dass eine wirtschaftliche Aktivität, sprich ein Erwerbszweck verfolgt wird; dies ist im Zuge einer Gesamtbetrachtung unter Einschluss der Gesamtstrategie des Unternehmens zu bewerten.⁴¹⁵ Oftmals wird gerade bei mehrseitigen Märkten versucht, eine etwaige Unentgeltlichkeit in der einen durch ein Entgelt in der anderen (oder weiteren) Leistungsbeziehung(en) zu kompensieren.⁴¹⁶

Die durch § 18 Abs. 2a GWB erfolgte Klarstellung ist zu begrüßen, denn die pauschale Trennung entgeltlicher und unentgeltlicher Angebote ist nicht (mehr) sachgerecht. Im Zusammenhang mit der untersuchungsgegenständlichen Betrachtung von datengestützten Geschäftsmodellen ist allerdings (wie bereits zum unionalen Kartellrecht⁴¹⁷) zu betonen, dass es (nach wie vor) durchaus vertretbar erscheint, die persönlichen Daten bzw. die datenschutzrechtliche Einwilligung als nicht-monetäres "Entgelt" einzustufen und damit eine entgeltliche Austauschbeziehung zu bejahen.⁴¹⁸ Alternativ mag die Hingabe personenbezogener Daten zumindest das für § 18 Abs. 2a GWB erforderliche "Austauschverhältnis" begründen, bei dem eben eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.⁴¹⁹ Beispielhaft sei in diesem Zusammenhang nur auf das Referenzgebiet "soziale Netzwerke" verwiesen. So geht das BKartA im Verfahren gegen Facebook (vorläufig) davon aus, dass ein "deutsche[r] Markt für soziale Netzwerke"⁴²⁰ existiert.

⁴⁰⁹ BKartA, Pressemitteilung vom 02.03.2016.

⁴¹⁰ OLG Düsseldorf, 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V), Rn. 43 – HRS, das davon ausgeht, nur die entgeltliche Seite von Hotelbuchungsplattformen bilde einen Markt.

⁴¹¹ Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen in teilweiser Anlehnung an Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), § 18 GWB Rn. 3 ff.

⁴¹² § 18 Abs. 2a GWB entfaltet über den Marktmisbrauchstatbestand hinaus auch Relevanz für das Kartellverbot (§ 1 GWB) und die Fusionskontrolle, siehe hierzu Lettl, WRP 2018, 145, 145 f.

⁴¹³ Siehe RegE, BT-Drs. 18/10207, 47 f.; zu mehrseitigen Märkten siehe oben sub 2.4.1.

⁴¹⁴ Siehe oben sub 2.4.1 sowie Podszun, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 1 Rn. 2 f.

⁴¹⁵ Vgl. Pohlmann/Wismann, NZKart 2016, 555, 558 f.

⁴¹⁶ Siehe hierzu oben sub 2.4.2 sowie Kahlenberg/Heim, BB 2016, 1863, 1864; Podszun/Schwalbe, NZKart 2017, 98, 99.

⁴¹⁷ Siehe oben sub 4.3.1.

⁴¹⁸ Paal, WuW 2016, 453.

⁴¹⁹ Siehe hierzu Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), § 18 GWB Rn. 6.

⁴²⁰ BKartA, Pressemitteilung, 19.12.2017.

4.4.2 MARKTBEHERRSCHUNG

Das nationale Wettbewerbsrecht bestimmt im Grundsatz das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung im Gleichlauf zum unionalen Kartellrecht⁴²¹ – auch insoweit kann deshalb zunächst auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.⁴²²

Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass im Zuge der 9. GWB-Novelle 2017 der nationale Gesetzgeber in § 18 Abs. 3a GWB mit Blick auf die digitalen Märkte maßgebliche Kriterien zur Bestimmung der Marktbeherrschung (siehe im Übrigen § 18 Abs. 3 und 4 GWB) beispielhaft aufgeführt hat.⁴²³ Bezweckt ist insoweit

„eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht“⁴²⁴,

indem den Anforderungen der digitalisierten Wirtschaft und dem auf diesen Märkten vorhandenen Innovationspotential Rechnung getragen wird.⁴²⁵

§ 18 ABS. 3A GWB: GRUNDLAGEN

Nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist ein Unternehmen (unter anderem) marktbeherrschend, soweit es eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Zur Beurteilung des Kriteriums der überragenden Marktstellung normiert § 18 Abs. 3a GWB, dass insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken ergänzende Kriterien maßgeblich sein können. Zu berücksichtigen sind hiernach (auch) direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten sowie innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.⁴²⁶ Die genannten Kriterien sind aufgrund ihrer expliziten Nennung in § 18 Abs. 3a GWB von besonderem Interesse für mehrseitige Märkte, dürfen allerdings gleichwohl („Insbesondere“) auch auf anderen Märkten berücksichtigt werden. Ebenso schließt § 18 Abs. 3a GWB die Berücksichtigung der bisherigen Kriterien (§ 18 Abs. 3 GWB) nicht aus, sodass nach wie vor etwa der Marktanteil (§ 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB i. V. m. Abs. 4 GWB) relevant ist⁴²⁷ – wobei allerdings die oben skizzierte⁴²⁸ relative Aussagekraft des Marktanteils in digitalen Märkten zu beachten ist.

Eine inhaltliche Änderung war mit der Benennung der vorgenannten Kriterien nicht unmittelbar bezweckt; vielmehr dienen die Kriterien der Klarstellung (und Präzisierung) der Marktbeherrschungsdefinition.⁴²⁹ Gleichwohl unterstreicht § 18 Abs. 3a GWB die Notwendigkeit einer sorgfältigen Analyse der Besonderheiten digitaler (mehrseitiger) Märkte und damit die bereits oben aufgezeigten Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft und wettbewerblichen Implikationen von Daten

⁴²¹ Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), § 18 GWB Rn. 1.

⁴²² Siehe oben sub 4.3.2.

⁴²³ Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen in teilweiser Anlehnung an Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), § 18 GWB Rn. 7 ff.

⁴²⁴ RegE, BT-Drs. 18/10207, 1; ferner Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 7.

⁴²⁵ Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 7.

⁴²⁶ Hierzu ausführlich Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2.

⁴²⁷ Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 9.

⁴²⁸ Siehe oben sub 4.3.2.

⁴²⁹ Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 10; Paal, in: BeckOK InfoMedienR, 18. Edition (November 2017), § 18 GWB Rn. 9. Die Kriterien werden in der Fallpraxis auch (zum Teil) bereits berücksichtigt, siehe hierzu oben sub 4.3.5 sowie etwa Esser/Höft, NZKart 2017, 259, 264.

sowie die auch im Zuge der Analyse des unionalen Kartellrechts herangezogenen Erwägungen.⁴³⁰ Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Kriterien (nur) den aktuellen Stand der wettbewerbsökonomischen Diskussion zu mehrseitigen Märkten und Netzwerken abbilden. Abschließend gesichert ist der Forschungsstand bislang allerdings (noch) nicht.⁴³¹

Für Kartellbehörden und -gerichte sind die benannten Kriterien zwar keinesfalls völlig unbekannt (und zum Teil auch schon in der Praxis bewährt), die zukünftige Ausfüllung auf der Grundlage von § 18 Abs. 3a GWB ist gleichwohl aber mit Spannung zu erwarten.⁴³² Denn die ausdrückliche Erwähnung bedingt eine Verpflichtung von Behörden und Gerichten, bei Vorliegen eines mehrseitigen Marktes oder eines Netzwerkes die genannten Kriterien zu prüfen. Aus dieser Pflicht folgt allerdings keine Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung⁴³³, sondern es ist (nach wie vor) eine Gesamtschau aller Umstände (bzw. aller Kriterien) erforderlich.⁴³⁴

Vor diesem Hintergrund gilt es nachfolgend, die einzelnen Kriterien von § 18 Abs. 3a GWB näher zu betrachten.

§ 18 ABS. 3A NR. 1 GWB: DIREKTE UND INDIREKTE NETZWERKEFFEKTE

§ 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB fordert die Berücksichtigung von direkten und indirekten Netzwerkeffekten. Direkte Netzwerkeffekte werden angenommen, wenn der Nutzen eines Produkts bzw. einer Dienstleistung für einen Nachfrager dadurch zunimmt, dass andere Nachfrager das Produkt bzw. die Dienstleistung ebenfalls verwenden; indirekte Netzwerkeffekte liegen demgegenüber vor, wenn auf einem zwei- oder mehrseitigen Markt der Nutzen des Produkts bzw. der Dienstleistung für die Nachfrager auf einem Markt dadurch ansteigt, dass Nachfrager auf einem oder dem anderen Markt das Produkt bzw. die Dienstleistung ebenfalls nutzen.⁴³⁵ Insgesamt können Netzwerkeffekte insbesondere ein *Tipping* auf *Winner-takes-it-all*-Märkten befördern bzw. auslösen.⁴³⁶ Im Falle eines *Tipping* ist das jeweilige Unternehmen dann unter Umständen – abhängig auch und gerade von den weiteren Kriterien des § 18 Abs. 3a GWB – als marktmächtig einzustufen, was allerdings in Ansehung der im Markt internalisierten Netzwerkeffekte wiederum durchaus (auch) Effizienzen nach sich ziehen kann.⁴³⁷

§ 18 ABS. 3A NR. 2 GWB: PARALLELE NUTZUNG MEHRERER DIENSTE UND WECHSELAUFWAND FÜR NUTZER

Gemäß § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB sind weiterhin die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer zu betrachten. Maßgeblich ist daher zunächst der

⁴³⁰ Siehe oben sub 2.4, 2.5 und 4.3.2.

⁴³¹ Vgl. auch Esser/Höft, NZKart 2017, 259, 263.

⁴³² In diesem Sinne auch Seeliger/de Crozals, ZRP 2017, 37, 39.

⁴³³ Podszun, Stellungnahme 9. GWB-Novelle, 2017, S. 49.

⁴³⁴ RegE, BT-Drs. 18/10207, 49.

⁴³⁵ Siehe hierzu bereits oben sub 2.4.2. sowie RegE, BT-Drs. 18/10207, 49 f.; Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 12, 26.

⁴³⁶ RegE, BT-Drs. 18/10207, 50. Zu *Tipping* und *Winner-takes-it-all*-Märkten siehe bereits oben sub 2.4.1.

⁴³⁷ Podszun/Schwalbe, NZKart 2017, 98, 100.

„Aufwand, der für den Nutzer entsteht, wenn er eine andere als die bisherige Plattform oder ein anderes als das bisherige Netzwerk für denselben Zweck nutzen möchte“.⁴³⁸

Bei einer Vielzahl von Geschäftsmodellen wird der Aufwand vor allem abhängig sein von der Möglichkeit zur Datenportabilität (bzw. -migration).⁴³⁹ Umso höher der Wechselaufwand ist, desto stärker ist die Bindung des Nutzers an die Plattform; bestehende *Lock-in*-Effekte (und damit die Marktstellung) werden durch Netzwerkeffekte (etwa bei sozialen Netzwerken) zusätzlich verstärkt.⁴⁴⁰ Angesprochen sind damit auch und gerade das oben diskutierte *Multi-Homing* sowie Fragen der Datenportabilität und Interoperabilität.⁴⁴¹ Sämtliche Merkmale können je nach Grad die Neigung zum *Tipping* befördern bzw. verhindern und damit die Gefahr der Monopolisierung eines Marktes determinieren.⁴⁴² Die Neigung zum *Tipping* ist zumindest dann regelmäßig gemindert, wenn Nutzer mehrere Plattformen (wirtschaftlich sinnvoll) parallel nutzen (können).⁴⁴³

§ 18 ABS. 3A NR. 3 GWB: GRÖßENVORTEILE IM ZUSAMMENHANG MIT NETZWERKEFFEKTEN

Die Größenvorteile eines Unternehmens im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten sind nach § 18 Abs. 3a Nr. 3 GWB zu berücksichtigen. Größenvorteile eines Unternehmens stellen ab auf die Kostensituation, sprich auf die Skalenerträge (*economies of scale*). Damit überschneidet sich dieses Kriterium mit dem nach § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB zu beachtenden innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck. Allfällige Größenvorteile sind einerseits für die Beurteilung von Marktzutrittsschranken (vgl. § 18 Abs. 3 Nr. 5 GWB) von besonderer Relevanz, andererseits können Größenvorteile auch und gerade indirekte Netzwerkeffekte befördern. Aus diesem Grund ordnet die Regelung an,

„Größenvorteile nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit der Existenz und der Wirkung von Netzwerkeffekten zu würdigen“.⁴⁴⁴

Folgerichtig ist die kumulative Wirkung von Größenvorteilen und Netzwerkeffekten relevant.⁴⁴⁵

Die Ausnutzung von Größenvorteilen und Netzwerkeffekten wird (zukünftig) auch und gerade abhängig sein von den Möglichkeiten des Einsatzes immer komplexerer (bzw. aufwendigerer) technischer Systeme, die damit unter Umständen (eigenständige) Markteintrittsschranken bilden (können).⁴⁴⁶

§ 18 ABS. 3A NR. 4 GWB: ZUGANG ZU WETTBEWERBSRELEVANTEN DATEN

Der Zugang eines Unternehmens zu wettbewerbsrelevanten Daten ist nach § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB abzubilden. Die hervorgehobene Relevanz des Zugangs ist in der vorliegenden Untersu-

⁴³⁸ RegE, BT-Drs. 18/10207, 50.

⁴³⁹ Hierzu Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 42.

⁴⁴⁰ Podszun/Schwalbe, NZKart 2017, 98, 100.

⁴⁴¹ Siehe hierzu oben sub 2.4.3, 4.1.4 und 4.3.3.

⁴⁴² Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 35.

⁴⁴³ RegE, BT-Drs. 18/10207, 50 f.

⁴⁴⁴ RegE, BT-Drs. 18/10207, 51.

⁴⁴⁵ Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 49.

⁴⁴⁶ Stucke/Ezrachi, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267 (Mai 2015), S. 24.

chung bereits verschiedentlich betont worden.⁴⁴⁷ Die Marktstellung eines Unternehmens wird maßgeblich davon abhängen, ob und inwieweit wettbewerbsrelevante Daten zugänglich und nutzbar sind.⁴⁴⁸ Der Zugang eines Unternehmens zu wettbewerbsrelevanten Daten ist grundsätzlich wettbewerbsfördernd, da hierdurch regelmäßig Dienstleistungen verbessert und Produktionsentwicklungen unterstützt werden.⁴⁴⁹ Soweit bestimmte Daten im freien Wettbewerb erlangt werden (können), führt der Zugang zu diesen Daten für sich genommen grundsätzlich (noch) nicht zu einer marktbeherrschenden Marktmacht. Die Option zur Datenerhebung besteht hier vielmehr regelmäßig für sämtliche Wettbewerber.⁴⁵⁰

Exemplarisch sei die Relevanz von Daten für die Beurteilung der Marktstellung unterstrichen durch die Ausführungen des Präsidenten des BKartA, *Andreas Mundt*, in Bezug auf das Facebook-Verfahren:

„(...) Daten [stellen], wie bei Facebook, einen wesentlichen Faktor für die wirtschaftliche Dominanz eines Unternehmens [dar]. Auf der einen Seite steht mit dem sozialen Netzwerk eine kostenlose Dienstleistung, auf der anderen Seite stehen attraktive Werbepplätze, deren Wert gerade deshalb so hoch ist, weil Facebook über riesige Mengen personalisierter Daten verfügt. (...)“.⁴⁵¹

§ 18 ABS. 3A NR. 5 GWB: INNOVATIONSGETRIEBENER WETTBEWERBSDRUCK

Gemäß § 18 Abs. 3a Nr. 5 ist ferner der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck als Kriterium zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung zu berücksichtigen.⁴⁵² Das Kriterium ist gerichtet auf "Wirkungen von Innovationspotential" und dient der Erfassung von

„Möglichkeiten von disruptiven Veränderungen, die zur Angreifbarkeit auch einer starken Marktposition eines Unternehmens führen können“.⁴⁵³

Damit wird insbesondere Bezug genommen auf die oftmals nur vorübergehende Natur von Marktstellungen⁴⁵⁴; bei hohem Wettbewerbsdruck – und gegebenenfalls in Abwesenheit anderer in § 18 Abs. 3a GWB genannter Kriterien – kann daher regelmäßig selbst bei einer Marktstellung mit hohem Marktanteil eine Marktbeherrschung ausgeschlossen sein.⁴⁵⁵ Vor diesem Hintergrund entspricht der materielle Gehalt des § 18 Abs. 3a Nr. 5 GWB etwa auch den durch das BKartA zuvor im Verfahren *Online-Dating-Plattform* angelegten Maßstäben.⁴⁵⁶

⁴⁴⁷ Siehe etwa oben sub 4.3.2.

⁴⁴⁸ RegE, BT-Drs. 18/10207, 51.

⁴⁴⁹ Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 51.

⁴⁵⁰ Vgl. Esser/Höft, NZKart 2016, 259, 264.

⁴⁵¹ BKartA, Pressemitteilung vom 19.12.2017.

⁴⁵² Siehe auch BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017.

⁴⁵³ RegE, BT-Drs. 18/10207, 51.

⁴⁵⁴ Siehe hierzu bereits oben sub 4.3.2.

⁴⁵⁵ Siehe bereits oben sub 4.3.2.

⁴⁵⁶ Siehe hierzu oben sub 2.5.2. sowie BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 30.

INSBESONDERE: DATENMACHT

Im Gleichlauf zum unionalen Kartellrecht ist vor dem Hintergrund der aufgezeigten Kriterien (auch) die Frage nach einer Marktmacht durch "Datenmacht" zu beantworten. Für das nationale Recht gelten insoweit – und durch § 18 Abs. 3a GWB nun sogar ausdrücklich kodifiziert – die identischen Kriterien wie für das unionale Recht.⁴⁵⁷

Zusammenfassend heißt dies, dass auch im nationalen Recht für die Beurteilung der Marktbeherrschung der Zugriff auf Daten adäquat abzubilden ist.⁴⁵⁸ Ein "datenmächtiges" Unternehmen ist daher nicht ohne weiteres als marktbeherrschend einzustufen. Der Schluss von Datenmacht auf Marktmacht ist – wie oben dargelegt⁴⁵⁹ – vielmehr vor allem abhängig von den Charakteristika und Kategorien der jeweiligen Daten, ihrer konkreten Nutzung, der dafür maßgeblichen rechtlichen Rahmungen und weiteren externen Faktoren. Ebenso wie für das unionale Kartellrecht wird es insbesondere darauf ankommen, ob personenbezogene oder nicht-personenbezogene Daten in Rede stehen, welchen Grad der Exklusivität und der Interoperabilität die Daten aufweisen sowie welche Leistungsfähigkeit die eingesetzten Algorithmen zur Datenauswertung und -verwertung haben. Entscheidend ist ein *besonderer* Zugang zu Daten, durch den sich das Unternehmen dem Wettbewerbsdruck entziehen kann.⁴⁶⁰

Beispielhaft verwiesen sei an dieser Stelle auf das Referenzgebiet "soziale Netzwerke". Das BKartA geht im Verfahren gegen Facebook – vorläufig – davon aus, dass das Unternehmen auf dem Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend ist.⁴⁶¹ Das BKartA unterstreicht in diesem Kontext insbesondere auch die bestehenden *Lock-in*-Effekte:

"(...) Facebook-Nutzer [können] nicht auf andere soziale Netzwerke ausweichen (...). Die Teilnahme am Facebook-Netzwerk setzt eine Registrierung und eine uneingeschränkte Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen zwingend voraus. Der Nutzer wird vor die Wahl gestellt, entweder das „Gesamtpaket“ zu akzeptieren oder auf die Nutzung des Dienstes zu verzichten."⁴⁶²

4.4.3 MARKTMACHTMISSBRAUCH

Die relevanten Marktmachtmissbrauchsszenarien im nationalen Recht sind weitgehend deckungsgleich mit den bereits zum unionalen Kartellrecht diskutierten Fallgruppen.⁴⁶³ Nachfolgend soll daher (nur) auf besondere Entwicklungen des nationalen Rechts bzw. im nationalen Kontext eingegangen werden.

KONDITIONENMISSBRAUCH

Im Zusammenhang mit datengestützten Geschäftsmodellen steht aus kartellrechtlicher Perspektive die Relevanz des Datenschutzrechts für den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand (§ 19

⁴⁵⁷ Siehe oben sub 4.3.2.

⁴⁵⁸ Siehe zur allgemeinen Diskussion um Daten und "Datenmacht" im Kartellrecht die Nachweise in Fn. 258.

⁴⁵⁹ Siehe oben sub 4.3.2.

⁴⁶⁰ Grave, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, Kap. 2 Rn. 51.

⁴⁶¹ BKartA, Pressemitteilung vom 19.12.2017. Siehe auch bereits BKartA, Pressemitteilung vom 02.03.2016.

⁴⁶² BKartA, Pressemitteilung vom 19.12.2017.

⁴⁶³ Siehe oben sub 4.3.3.

GWB bzw. Art. 102 AEUV) im Fokus.⁴⁶⁴ Das BKartA führt hierzu in seinem Papier "Big Data und Wettbewerb" aus:

"Hat das Unternehmen, das die Daten erhebt und verwendet, große Marktmacht, bleibt dem Nutzer möglicherweise keine Alternative zur Einwilligung in die Verwendung seiner Daten, wenn er das Angebot des Unternehmens nutzen möchte."⁴⁶⁵

Kartellrechtlicher Anknüpfungspunkt ist ein potentieller Konditionenmissbrauch durch die Verwendung datenschutzwidriger Konditionen – und hier insbesondere Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Leitcharakter hat insoweit die Entscheidung des BGH in der Sache *VBL-Gegenwert* (2013), auf die sich auch das BKartA explizit⁴⁶⁶ bezieht.⁴⁶⁷ Hiernach kann die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen einen Konditionenmissbrauch darstellen, falls die entsprechenden Klauseln Ausdruck der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens sind.⁴⁶⁸ Konkret zu beantworten ist somit, ob die betreffenden datenschutzwidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von solchen Bedingungen abweichen, die bei einem wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit gefordert worden wären und ob die marktbeherrschende Stellung des jeweiligen Unternehmens hierfür ursächlich ist im Sinne einer Kausalität.⁴⁶⁹

In diesem Kontext steht insbesondere das Verfahren BKartA gegen Facebook⁴⁷⁰ im Fokus und unterstreicht, welche Relevanz der Beachtung von daten(schutz)rechtlichen Normen (auch) für die wettbewerbsrechtliche Betrachtung innewohnt bzw. innewohnen könnte. Denn ein Verstoß gegen das Daten(schutz)recht kann unter Umständen – und unter den zuvor dargelegten Voraussetzungen – auch einen Wettbewerbsverstoß bedingen. So führt das BKartA in seiner vorläufigen Stellungnahme zu dem andauernden Verfahren aus:

"Weiter ist das Amt der Ansicht, dass Facebook missbräuchlich handelt, indem das Unternehmen die Nutzung des sozialen Netzwerks davon abhängig macht, unbegrenzt jegliche Art von Nutzerdaten aus Drittquellen sammeln und mit dem Facebook-Konto zusammenführen zu dürfen. (...) Das Ausmaß und die Ausgestaltung der Datensammlung verstößt gegen zwingende europäische Datenschutzwertungen."⁴⁷¹

Facebook wird demnach die Verwendung datenschutzrechtswidriger Allgemeiner Geschäftsbedingungen vorgeworfen.

Gerade in diesem Verfahren dürfte allerdings bereits in einem ersten Schritt nicht ohne weiteres davon auszugehen sein, dass die von Facebook verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen

⁴⁶⁴ Siehe bereits oben sub 4.1.1.

⁴⁶⁵ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12.

⁴⁶⁶ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12.

⁴⁶⁷ BGH, NZKart 2014, 31. Siehe zuvor BGH, GRUR 1985, 318, 319 – Favorit.

⁴⁶⁸ BGH, NZKart 2014, 31. Siehe auch BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12.

⁴⁶⁹ Zum wettbewerbsrechtlichen *counterfactual* siehe nur Thomas, NZKart 2017, 92, 95 f.; zur Kausalität in diesem Zusammenhang etwa Körber, NZKart 2016, 348, 351 f.

⁴⁷⁰ BKartA, Pressemitteilung vom 02.03.2016, sowie BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12 f.; zum Verfahren und den damit verbundenen Rechtsfragen etwa Franck, ZWeR 2016, 137; Körber, NZKart 2016, 348, 351 ff.; Podszun/de Toma, NJW 2016, 2987, 2993; Rempe, K&R 2017, 149; Telle, WRP 2016, 814; Wiedmann/Jäger, K&R 2016, 217. Zur AGB-Kontrolle durch das Kartellrecht allgemein siehe Thomas, NZKart 2017, 92 sowie nun auch BGH, WRP 2017, 563 – VBL-Gegenwert II.

⁴⁷¹ BKartA, Pressemitteilung vom 19.12.2017.

von solchen unter Wettbewerbsbedingungen abweichen.⁴⁷² Denn auch bei wirksamem Wettbewerb verwenden viele vergleichbare Marktteilnehmer möglicherweise entsprechende datenschutzrechtswidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen. Etwas anderes wäre naheliegend, wollte man die Existenz eines Wettbewerbs um datenschutzfreundliche Angebote annehmen. Entsprechende nutzerseitige Präferenzen bestehen allerdings (wohl) für eine Vielzahl von Geschäftsmodellen nicht; vielmehr herrscht eine rationale nutzerseitige Apathie im Sinne eines sogenannten *privacy paradox* vor.⁴⁷³

Unterstellt man dagegen das Vorliegen der Kausalität (wie – anscheinend – das BKartA) ist die Konsequenz eine AGB-rechtliche Prüfung im Kartellrecht.⁴⁷⁴ Das BKartA führt in Bezug auf das Verfahren aus:

"[Es] muss geprüft werden, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Facebook zur Verwendung von Nutzerdaten unangemessen sind. Bei der erforderlichen kartellrechtlichen Interessenabwägung sind auch verfassungsrechtliche Wertungen wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie datenschutzrechtliche Wertungen zu berücksichtigen."⁴⁷⁵

Damit wird insbesondere auch die für datengestützte Geschäftsmodelle besonders relevante datenschutzrechtliche Einwilligung zu überprüfen sein.⁴⁷⁶ Diese Einwilligung unterfällt nach ständiger Rechtsprechung der AGB-Kontrolle.⁴⁷⁷ Eine AGB-rechtliche Unwirksamkeit kann sich daher ergeben bei einem Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)⁴⁷⁸, etwa bei pauschalen bzw. unbegrenzten Einwilligungsklärungen^{479, 480}. Im Übrigen war bislang nach der Rechtsprechung vor allem maßgeblich, ob eine Abweichung von dem gesetzlichen Grundfall vorlag (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Lag keine solche Abweichung vor, waren also insbesondere die Vorgaben der §§ 4, 4a BDSG erfüllt, schied im Lichte der *Payback*- und *Happy Digits*-Rechtsprechung des BGH eine (weitergehende) Inhaltskontrolle aus.⁴⁸¹ Auf der Grundlage und am Maßstab der

⁴⁷² Siehe zu alledem statt vieler Nuys, WuW 2016, 512, 517 ff.

⁴⁷³ Siehe hierzu bereits oben sub 2.5.3.

⁴⁷⁴ Siehe zur (eingeschränkten) Aussagekraft einer isolierten AGB-Prüfung für einen Konditionenmissbrauch Thomas, NZKart 2017, 92, 97 f.

⁴⁷⁵ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 13.

⁴⁷⁶ Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen in teilweiser Anlehnung an Hennemann, ZUM 2017, 544, 548 f.

⁴⁷⁷ Seit BGH, NJW 1986, 46, 46 – Schufa-Klausel; insbesondere BGH, NJW 1999, 1864. Ebenso für die Einwilligung zur Cookie-Nutzung OLG Frankfurt a. M., MMR 2016, 245, 246. Siehe hierzu auch Ohly, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 437 ff.

⁴⁷⁸ Hierzu etwa BGH, NJW 2003, 1237, 1241. In diesen Fällen wird zumeist auch ein Verstoß gegen Art. 4 Nr. 11 DS-GVO und Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO vorliegen. Siehe ferner Wendehorst/v. Westphalen, NJW 2016, 3745, 3750.

⁴⁷⁹ BGH, NJW 1986, 46, 47 – Schufa-Klausel.

⁴⁸⁰ Siehe statt vieler Krüger, ZRP 2016, 190, 191 f.

⁴⁸¹ BGH, NJW 2008, 3055, 3056 ff. – Payback: "Die Klausel (...) ist unter dem Gesichtspunkt datenschutzrechtlicher Bestimmungen nicht zu beanstanden, weil die in §§ 4 I, 4a I BDSG gestellten Anforderungen an das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung in die (...) erstrebte Datennutzung gewahrt sind (§ 307 III 1 BGB). Weitergehende inhaltliche oder formale Anforderungen an die von einer wirksamen Einwilligung gedeckte Datennutzung (...) bestehen nach den Bestimmungen des [BDSG] nicht." Ferner BGH, NJW 2010, 864, 865 – Happy Digits. Siehe jüngst auch OLG Frankfurt a. M., MMR 2016, 245, 247. Kritisch hierzu Hanloser, MMR 2010, 140, 141; Nord/Menzel, NJW 2010, 3756, 3756 f.

DS-GVO werden nunmehr andere Maßstäbe anzulegen sein.⁴⁸² Denn nach ErwGr. 42 DS-GVO soll die Einwilligung "keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten". Hieraus folgt, dass auch datenschutzkonforme Einwilligungen einer inhaltlichen Angemessenheitsprüfung für die jeweilige konkrete Verarbeitung unterliegen.⁴⁸³

In seiner vorläufigen Stellungnahme zum Facebook-Verfahren führt das BKartA bzw. der Präsident des BKartA, *Andreas Mundt*, hierzu aus:

„(...) Mithilfe von Schnittstellen fließen auch dann Daten an Facebook und werden dort gesammelt und verwertet, wenn man andere Internetseiten besucht. Dies geschieht sogar schon, wenn man z.B. einen „Gefällt Mir-Button“ gar nicht nutzt, aber eine entsprechende Seite aufgerufen hat, in die ein solcher Button eingebettet ist. Dies ist den Nutzern nicht bewusst. Wir sehen nach dem jetzigen Stand der Dinge auch nicht, dass zu diesem Verhalten von Facebook, dem Daten-Tracking und der Zusammenführung mit dem Facebook-Konto, eine wirksame Einwilligung der Nutzer vorliegt.“

Das BKartA betont in diesem Zusammenhang insbesondere auch die vorzunehmende Angemessenheitsprüfung:

(...) Dabei wird die private Nutzung des Netzwerks u.a. davon abhängig gemacht, dass Facebook unbegrenzt jegliche Art von Nutzerdaten aus Drittquellen sammeln, den Facebook-Konten der Nutzer zuordnen und zu zahlreichen Datenverarbeitungsvorgängen verwenden kann. Nach der vorläufigen Bewertung des Bundeskartellamtes sind die Nutzungsbedingungen von Facebook zumindest in diesem Punkt nicht angemessen und verstoßen zu Lasten der Nutzer gegen datenschutzrechtliche Wertungen. Angesichts der marktbeherrschenden Position des Unternehmens kann auch nicht von einer wirksamen Einwilligung der Nutzer zu dieser Form der Datensammlung und Weiterverarbeitung ausgegangen werden.“⁴⁸⁴

Im Einzelnen wird daher das Verhältnis von Datenschutz und Kartellrecht weiter auszutarieren sein. Diese Notwendigkeit manifestiert sich etwa auch in der Frage, ob und inwieweit die Information des Nutzers über die Datenerhebung nicht nur datenschutzrechtliche Pflicht (vgl. Art. 13 f. DS-GVO) ist, sondern auch kartellrechtlich Berücksichtigung finden muss. *Prima facie* könnte man annehmen, dass die AGB-Kontrolle (der Einwilligung) und datenschutzrechtliche Informationspflichten bereits einen ausreichenden Schutz des Nutzers gewährleisten. Eine andere Gewichtung nimmt dagegen das BKartA vor:

"In [solchen] Fällen[, in denen der Nutzer aufgrund der Marktmacht des Unternehmens keine Alternative zur datenschutzrechtlichen Einwilligung hat,] besteht für den Nutzer zudem die Gefahr, dass er nur schwer überblicken kann, welche Daten in welchem Ausmaß erhoben und inwieweit die Daten weitergegeben werden. Häufig ist den Verbrauchern nicht bewusst, welche Tragweite eine Zustimmung zur Verwendung ihrer persönlichen Daten hat. In diesem Zusammenhang können Wertungen des Datenschutzrechts auch in die kartellrechtliche Bewertung eines möglichen Missbrauchs von Marktmacht einfließen.

⁴⁸² Wendehorst/v. Westphalen, NJW 2016, 3745, 3748 f.

⁴⁸³ Schantz, NJW 2016, 1841, 1844 (unter Verweis auf Art. 3 Abs. 1, 4 RL 93/13/EWG); Schulz, in Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2017, Art. 7 Rn. 42; Wendehorst/v. Westphalen, NJW 2016, 3745, 3748. Siehe auch Härting, Datenschutz-Grundverordnung, 2016, Rn. 380. Siehe auch Becker, JZ 2017, 170, 173 f.

⁴⁸⁴ BKartA, Pressemitteilung vom 19.12.2017.

Dies gilt insbesondere, wenn das Geschäftsmodell des marktbeherrschenden Unternehmens im Wesentlichen auf der Erhebung und Nutzung von Daten basiert."⁴⁸⁵

Bestätigt wird dieser Ansatz auch durch die im Dezember 2017 eingeleitete Sektoruntersuchung zu Smart-TVs, wozu das BKartA ausführt:

"(...) Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass Smart-TVs auch personenbezogene Daten übertragen, ohne dass der Verbraucher hierüber im Einzelfall angemessen und umfassend aufgeklärt oder ihm eine Widerspruchsmöglichkeit eingeräumt würde. Die Sektoruntersuchung soll nun vor allem klären, ob und in welchem Umfang personenbezogene Daten von den Anbietern solcher Geräte erhoben, weitergegeben und kommerziell verwertet werden und inwieweit die Betroffenen hierüber ordnungsgemäß informiert werden. (...) [Es] sollen mögliche Schwachstellen bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Datenschutz und Datensicherheit offengelegt werden. Die gesammelten Erfahrungen werden dem Bundeskartellamt zudem bei der künftigen Identifizierung von Verbraucherschutzproblemen im *Internet of Things* helfen."⁴⁸⁶

WESENTLICHE EINRICHTUNGEN (*ESSENTIAL FACILITIES*)

Im Gleichlauf zum unionalen Kartellrecht stellt sich ferner auch aus der Perspektive des nationalen Kartellrechts (vgl. § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4 GWB) die Frage, ob und inwieweit Daten als eine wesentliche Einrichtung angesehen werden können. Im Einklang mit den obigen Ausführungen ist dies *de lege lata* allenfalls in Ausnahmefällen möglich.^{487, 488}

4.4.4 KARTELLVERBOT

Im Zuge der 7. GWB-Novelle (2005) ist das Kartellverbot des § 1 GWB weitgehend an das unionale Kartellverbot angeglichen worden. Vor diesem Hintergrund beurteilen sich horizontale und vertikale Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Wesentlichen gleichlaufend zu Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die nationale Norm des § 1 GWB unterscheidet sich von Art. 101 Abs. 1 AEUV grundsätzlich nur noch durch den fehlenden Zwischenstaatlichkeitsbezug und die fehlenden Regelbeispiele. Es kann für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung somit grundsätzlich auf die obigen Ausführungen zum unionalen Kartellverbot verwiesen werden.⁴⁸⁹

4.4.5 FUSIONSKONTROLLE

Daten können auch und gerade für die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen ein bedeutsamer Faktor sein. Materiell beurteilt sich die Fusion (§ 36 GWB) im Grundsatz im Gleichlauf zum unionalen Kartellrecht⁴⁹⁰ bzw. unter Rekurs auf Marktstellung und Marktbeherrschung nach

⁴⁸⁵ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, S. 12.

⁴⁸⁶ BKartA, Pressemitteilung vom 13.12.2017 (Hervorh. i. Original).

⁴⁸⁷ Siehe oben sub 4.3.3.

⁴⁸⁸ Siehe zu § 20 Abs. 1 GWB in diesem Zusammenhang etwa Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 279 f.; dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 83 f.

⁴⁸⁹ Siehe oben sub 4.3.4.

⁴⁹⁰ Hierzu Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 22 Rn. 96 ff.

§ 18 Abs. 3 und 3a GWB.⁴⁹¹ Auf die entsprechenden Ausführungen zur unionalen Fusionskontrolle sei deswegen an dieser Stelle zunächst Bezug genommen.⁴⁹²

Hervorzuheben sind überdies die im Zuge der 9. GWB-Novelle geänderten Aufgreifkriterien für die Fusionskontrolle: Nach § 35 Abs. 1a GWB ist nunmehr insbesondere auch der Wert der im Zuge der Fusion gezahlten Gegenleistung (näher definiert in § 38 Abs. 4a GWB) zu berücksichtigen.^{493, 494} Anlass für diese Regelung waren auch und gerade die Erfahrungen bei und mit datengestützten Geschäftsmodellen, insbesondere dem Verfahren *Facebook/WhatsApp* auf unionaler Ebene. Bei rein umsatzorientierten Aufgreifkriterien werden nämlich Unternehmen mit einem erheblichen Datenbestand, aber (noch) wenig Umsatz, nicht erfasst. Eine kartellrechtliche Kontrolle kann dann nicht stattfinden. Da allerdings gerade aufgrund der kombinierbaren Datenbestände auch beim Erwerb bzw. Zusammenschluss mit einem (nur) "datenmächtigen" Unternehmen wettbewerbliche Bedenken bestehen können, sind die Aufgreifkriterien des nationalen Rechts richtigweise modifiziert worden.⁴⁹⁵

Ebenso hinzuweisen ist für die nationale Fusionskontrolle auf die von der FKVO abweichenden Ausnahmetatbestände des § 36 Abs. 1 Satz 2 GWB.⁴⁹⁶ So dürfte auch und gerade die sogenannte Abwägungsklausel (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GWB) bei mehrseitigen Märkten erhebliche Bedeutung erlangen. Für die im Fokus dieser Untersuchungen stehenden Märkte (mit unentgeltlichen Leistungen) ist dagegen die Bagatellklausel (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GWB) im Nachgang der 9. GWB-Novelle nicht von hervorgehobener Relevanz, denn die Neufassung der Norm enthält nunmehr den Zusatz "es sei denn, es handelt sich um einen Markt im Sinne des § 18 Absatz 2a oder einen Fall des § 35 Absatz 1a". Der umsatzbezogene Ansatz der Bagatellklausel würde nämlich bei unentgeltlichen Leistungen im Austauschverhältnis oder bei den von § 35 Abs. 1a GWB erfassten Geschäftsmodellen ansonsten stets zu einem Ausschluss der Fusionskontrolle führen.⁴⁹⁷

4.4.6 AUßERÖKONOMISCHE ASPEKTE

Für das nationale Kartellrecht ist ebenso wie für das unionale Kartellrecht die Frage aufzuwerfen, ob und inwieweit auch außerökonomische Aspekte in der kartellrechtlichen Prüfung Berücksichtigung finden können. Besonders bedenkenswert erscheint dies mit Blick auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung für Wertungen des Datenschutzes unter Einschluss des damit verbundenen Schutzes der Privatheit. Ebenso wie für das unionale Kartellrecht wird eine Berücksichtigung außerökonomischer Aspekte zumindest von der herrschenden Meinung *de lege lata* grundsätzlich abgelehnt.⁴⁹⁸ Allerdings könnten die jüngeren Ausführungen des BKartA zur Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Wertungen (aus Anlass des Konditionenmissbrauchs)⁴⁹⁹

⁴⁹¹ Siehe hierzu oben sub 4.4.2.

⁴⁹² Siehe oben sub 4.3.5.

⁴⁹³ Hierzu etwa Esser/Höft, NZKart 2016, 259, 259 ff.; Lettl, WRP 2018, 145, 148 f.; Tamke, ZWeR 2017, 358, 379. Siehe auch zur vergleichbaren Novelle des österreichischen Kartellrechts etwa Harsdorf, 8 J. Eur. Comp. L. & Prac. (2017) 421.

⁴⁹⁴ Siehe im Übrigen zu § 35 Abs. 1a Nr. 4 GWB Esser/Höft, NZKart 2016, 259, 261; Lettl, WRP 2018, 145, 149.

⁴⁹⁵ Siehe allerdings zu den Auslegungsschwierigkeiten des Tatbestandsmerkmals "Gegenleistung" Esser/Höft, NZKart 2016, 259, 260 f.; Lettl, WRP 2018, 145, 148 f.

⁴⁹⁶ Hierzu Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 22 Rn. 99 f.

⁴⁹⁷ RegE, BT-Drs. 18/10207, 76.

⁴⁹⁸ Siehe ausführlich hierzu Ulmer, Kartellverbot und außerökonomische Rechtfertigung, 2014.

⁴⁹⁹ Siehe hierzu vorstehend 4.4.3.

durchaus als ein (erstes) Abrücken von einer Nichtbeachtung außerökonomischer Aspekte verstanden werden.

4.5 BEHÖRDLICHE ZUSAMMENARBEIT

Im Zuge der vorliegenden Untersuchung ist verschiedentlich und mit besonderem Fokus das Zusammenspiel verschiedener Rechtsmaterien, sprich Kartellrecht und Datenschutzrecht, betont worden.⁵⁰⁰ Mit den beiden Rechtsgebieten angesprochen sind auch unterschiedliche Behördenstrukturen, sprich Kartellbehörden einerseits und Datenschutzbehörden andererseits.⁵⁰¹ Behördliche Zusammenarbeit sowie Kooperation und Monitoring zwischen den Behörden(strukturen) sind daher bedeutende Faktoren zur adäquaten Erfassung und Beurteilung der zugrundeliegenden Rechtstatsachen. Hervorzuhebende normative Anknüpfungspunkte sind insoweit Art. 57 Abs. 1 lit. g DS-GVO und der im Zuge der 9. GWB-Novelle neugefasste § 50c GWB.

4.5.1 ART. 57 ABS. 1 LIT. G DS-GVO

Gemäß Art. 57 Abs. 1 lit. g DS-GVO muss jede Aufsichtsbehörde zwar unter anderem mit anderen Aufsichtsbehörden zusammenarbeiten, auch durch Informationsaustausch, um eine einheitliche Anwendung und Durchsetzung der DS-GVO zu gewährleisten. Hiermit angesprochen sind aber lediglich andere Datenschutzbehörden (vgl. Art. 4 Nr. 21, 51 DS-GVO), nicht dagegen Kartellbehörden.

4.5.2 § 50C GWB

Einen wichtigen Schritt zur Behördenkooperation unternimmt vor diesem Hintergrund nunmehr § 50c GWB. Die Norm regelt den Informationsaustausch zwischen den Kartell- und sonstigen Behörden. Ein Informationsaustausch ist nach der Neufassung des § 50c Abs. 1 GWB jetzt auch möglich mit dem bzw. der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) und den Landesdatenschutzbeauftragten. Die Regierungsbegründung zu § 50c weist zutreffend auf die (auch im Zuge des vorliegenden Gutachtens betonten) Überschneidungen zwischen Daten bzw. Datenschutzrecht und Kartellrecht hin:

"Insbesondere in der digitalen Wirtschaft können Daten und der Zugang zu Datenquellen eine erhebliche Bedeutung für die Marktstellung von Unternehmen haben. In kartellrechtlichen Verfahren können daher auch datenschutzrechtliche Fragen und Belange zu berücksichtigen sein. Umgekehrt kann auch die Marktmacht eines Unternehmens bei der Prüfung des Datenschutzrechts eine Rolle spielen. Für ihre Aufgabenerfüllung sind die Kartellbehörden und die Datenschutzbeauftragten von Bund und Ländern daher auf die Möglichkeit eines umfassenden Austauschs angewiesen, der auch personenbezogene Daten oder Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erfassen kann."⁵⁰²

Die entsprechende Kooperation wird etwa auch jüngst durch das BKartA in seiner vorläufigen Stellungnahme zum Facebook-Verfahren betont:

⁵⁰⁰ Siehe vor allem oben sub 4.1.1 und 4.4.3.

⁵⁰¹ Allgemein zum Verhältnis von Datenschutz- und Kartellaufsicht etwa Kieck, PinG 2017, 67.

⁵⁰² RegE, BT-Drs. 18/10207, S. 81 f.

"Das Bundeskartellamt arbeitet hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Bewertungen eng mit Datenschutzbehörden zusammen."⁵⁰³

4.6 ZWISCHENERGEBNIS

Das unionale und – auch und gerade in Ansehung der Modifikationen im Zuge der 9. GWB-Novelle – das nationale Kartellrecht bieten für Big-Data-Fallkonstellationen bzw. datenbezogene oder datengestützte Geschäftsmodelle dem Grunde nach ein tragfähiges Instrumentarium.⁵⁰⁴ Das kartellrechtliche Instrumentarium ist durch seine offenen Tatbestände zudem geeignet, neu(artig)en Herausforderungen bei entsprechenden Szenarien der Digitalwirtschaft durch eine entsprechende Normanwendungspraxis adäquat Rechnung zu tragen. Dabei gilt es stets, die Charakteristika und die wettbewerblichen Implikationen von Daten sowie die Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft angemessen zu berücksichtigen. Insbesondere für die Missbrauchs- und Fusionskontrolle ist die "Datenmacht" eines Unternehmens sorgfältig zu analysieren. Ob und inwieweit einem Unternehmen aufgrund von "Datenmacht" eine marktbeherrschende Stellung zukommt, ist abhängig von einer Vielzahl von Faktoren. Von hervorgehobener Bedeutung für die entsprechende wettbewerbliche Betrachtung ist jedenfalls der Zugang zu den relevanten Daten. Die Gewährung von Zugangsansprüchen wird kartellrechtlich *de lege lata* vornehmlich im Zuge und nach Maßgabe der *essential facilities*-Doktrin adressiert, die in Bezug auf Daten allerdings nur in Ausnahmefällen greifen wird.⁵⁰⁵

Darüber hinaus präformiert das Datenschutzrecht die Betrachtung von Markt- und Machtstellungen maßgeblich. So ist das Datenschutzrecht der prägende rechtliche Referenzrahmen für die Digitalwirtschaft. Denn die Vorgaben des Datenschutzrechts setzen den verschiedenen Geschäftsmodellen vielfältige Grenzen für die (rechtlich möglichen) Datenverarbeitung(en) – und damit auch Machtpositionen auf der Grundlage entsprechender Datenbestände. So besteht etwa mit dem Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO ein wettbewerb(srecht)liches Instrument im Gewande des Datenschutzrechts, das "datenmächtige" Stellungen (mittelbar) durch die Minderung von *Lock-in*-Effekten verhindern bzw. verringern könnte.

Außerökonomische Zielsetzungen, etwa der Schutz von Privatheit, können durch das Kartellrecht norm- und systembedingt allenfalls mittelbar adressiert werden, so etwa inzident im Zuge eines kartellrechtlichen Konditionenmissbrauchs. Nur auf diese Weise und nur im Ansatz kann neben datenschutzrechtlichen etwa auch persönlichkeits- und verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben Rechnung getragen werden. Das Kartellrecht ist insgesamt kein "Allheilmittel" oder "Reparaturbetrieb" für andere Rechtsgebiete – und sollte insbesondere die Durchsetzungsinstrumentarien anderer Rechtsgebiete nicht überspielen.⁵⁰⁶ Vielmehr sind die systemimmanenten Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts stets zu berücksichtigen, so insbesondere die Fokussierung und primäre Ausrichtung auf den ökonomischen Wettbewerb.

⁵⁰³ BKartA, Pressemitteilung vom 19.12.2017.

⁵⁰⁴ Anders in Ansehung von meinungsbildungsrelevanten Sachverhalten im Internet, siehe hierzu Paal/Hennemann, ZRP 2017, 76; dies., JZ 2017, 641.

⁵⁰⁵ Siehe oben sub 4.3.3.

⁵⁰⁶ Siehe etwa auch statt vieler Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 366, 368; Körber, NZKart 2016, 303, 306; ders., NZKart 2016, 348, 352 f.; Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 52.

5 HANDLUNGS- UND REGULIERUNGSOPTIONEN (DE LEGE FERENDA)

Auf der Grundlage der (kartell)rechtlichen Analyse *de lege lata* ist nunmehr zu fragen, ob und inwieweit Modifikationen des derzeitigen kartell- (und daten(schutz)rechtlichen) Normenbestands *de lege ferenda* angezeigt sind. Ganz grundlegend ist an dieser Stelle allerdings vorab anzumerken, dass durch die 9. GWB-Novelle (und auch durch die DS-GVO) gerade erst eine Vielzahl von relevanten Maßgaben gesetzlich verankert worden ist. Der Praxistest für den novellierten und neu geschaffenen Normenbestand durch Gerichte und Behörden (sowie den Markt allgemein) steht daher noch aus. Im Grundsatz ist vor diesem Hintergrund eine entsprechende Erfahrungssammlung zunächst wünschenswert, bevor erneute (weitere) Novellierungen des normativen Ordnungsrahmens in den Blick genommen werden – auch und gerade mit Blick auf die Tatsache, dass das unionale und das nationale Kartellrecht nach dem Vorherigen dem Grunde nach ein tragfähiges Instrumentarium für datenbezogene oder datengestützte Geschäftsmodelle bieten, stellt sich die Frage nach einem "new competition rulebook for the big data world"⁵⁰⁷ derzeit nicht.

Gleichwohl bzw. nichtsdestotrotz sollen nachfolgend potentielle Handlungs- und Regulierungsfelder *de lege ferenda* aufgezeigt werden, die aus Sicht der Verfasser die Diskussion um den angemessenen kartell- (und daten(schutz)rechtlichen) Rechtsrahmen für Daten prägen (werden und sollen). Dafür ist zunächst wiederum das Daten(schutz)recht – als (vorgreifliche) Frage nach der Prägung der wettbewerblichen Rahmenbedingungen – in den Blick zu nehmen.⁵⁰⁸ Auf der Grundlage und am Maßstab der systeminduzierten Grenzen des Kartellrechts ist sodann – auch und gerade in Ansehung der Novellierung des GWB – nach Ergänzungen des (von den vorgenannten Novellierungen nicht mit eingeschlossenen) unionalen Kartellrechts zu fragen, bevor eine Weiterentwicklung des Normenbestands im Übrigen betrachtet wird.

5.1 DATEN(SCHUTZ)RECHT

Aus daten(schutz)rechtlicher Perspektive soll zunächst im Überblick auf die Diskussion um Zuweisungsrechte ("Dateneigentum") an und Zugangsrechte zu Daten und auf datenschutzrechtlichen Reformbedarf sowie allgemein auf den (vertrags)rechtlichen Rahmen für die Datenwirtschaft eingegangen werden.

5.1.1 ZUWEISUNGS- UND ZUGANGSRECHTE BETREFFEND DATEN

Es ist derzeit eine rechtspolitisch offene Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Form ein "Dateneigentum", ein Datenerzeugerrecht, ein Ausschließlichkeitsrecht an oder Zugangsrechte zu Daten eine gesetzliche Ausgestaltung erfahren werden.⁵⁰⁹ Die damit verbundene Diskussion um ein

⁵⁰⁷ Siehe Vestager, Competition in a big data world (17.01.2016): "But I hope it makes clear that we don't need a whole new competition rulebook for the big data world."

⁵⁰⁸ Siehe im Übrigen allgemein(er) zu wettbewerbsrechtlichen Regulierungsoptionen in Bezug auf Online-Plattformen Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 55 ff.

⁵⁰⁹ Siehe auch bereits oben sub 4.1.5.

"Dateneigentum" wird derzeit kontrovers geführt⁵¹⁰ und hat auch bereits den politischen Raum erreicht.⁵¹¹ Insbesondere mit Blick auf die Industrie 4.0 und das Internet der Dinge wird die Einführung eines Ausschließlichkeitsrechts an nicht-personenbezogenen Daten (im Sinne eines Datenerzeugerrechts) erwogen.⁵¹² Als alternative (oder wohlmöglich auch kumulative) Zuordnungs-subjekte kommen hier in Betracht unter anderem der Nutzer, der Hersteller oder etwa auch ein die Verarbeitung durchführender Dritter. Mit einem "Ausschließlichkeitsrecht" an (nicht-personenbezogenen und personenbezogenen) Daten werden verschiedene Hoffnungen verbunden. So werden hierdurch nicht zuletzt eine Ermächtigung (im Sinne eines *Empowerments*) der Datensubjekte, eine Ein- bzw. Beschränkung einer als zu weit empfundenen "Datenausbeutung" sowie eine Entlastung der Datenschutzbehörden und Kostensenkungen erhofft.⁵¹³

Aus kartellrechtlicher Perspektive ist zu betonen, dass besondere vermögensrelevante Zuweisungs- oder Zugangsrechte an Daten *de lege ferenda* eine maßgebliche Vorfrage für die Beurteilung der Marktstellung aufgrund von Daten bzw. Datenmacht wären. Eine entsprechende Regelung *de lege ferenda* würde nämlich eine signifikante Abweichung der in dieser Untersuchung zugrunde gelegten wettbewerblichen Implikationen von Daten begründen – und wirft zudem erhebliche Abgrenzungsfragen auf.⁵¹⁴ Gleichwohl mag (auch) aus kartellrechtlicher Perspektive unter Umständen ein entsprechendes Regulierungsbedürfnis bestehen. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass die Marktkräfte des Wettbewerbs für den Datenhandel und den Datenzugriff für sich genommen nicht (mehr) zu interessengerechten Lösungen führen.⁵¹⁵ Ein solches Marktversagen setzte voraus, dass allgemein eine strukturelle Asymmetrie in der Verhandlungsmacht von Datensubjekten und den mit Daten handelnden Unternehmen zu konstatieren wäre.⁵¹⁶ Zumindest mit Blick auf personenbezogene Daten kann diese Möglichkeit – und damit Bedürfnis nach Regulierung – in Anbetracht "datenmächtiger" Unternehmen nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Von der grundsätzlichen Notwendigkeit einer Regulierung geht im Ansatz auch die EU-Kommission aus, wenn sie in ihrer Mitteilung zum "Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft"⁵¹⁷ verschiedene potentielle Regulierungsoptionen präsentiert. Dabei setzt die EU-Kommission im Grundsatz auf konsensorientierte Lösungen, so etwa durch den Vorschlag von Standardvertrags-

⁵¹⁰ Siehe zur Debatte um ein Recht an Daten bzw. ein "Dateneigentum" Berberich/Golla, PinG 2016, 165; Böhm, ZEuP 2016, 358; Drexler, 8 JIPITEC (2017) 257; ders., NZKart 2017, 339 und 415; ders. u. a., GRUR Int. 2016, 914; Ehlen/Brandt, CR 2016, 570; Ensthaler, NJW 2016, 3473; Grützmaker, CR 2016, 485; Härting, CR 2016, 646; Heymann, CR 2016, 650; ders., CR 2015, 807; Malgieri, PinG 2016, 133; Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697, 1698; Schwartmann/Hentsch, PinG 2016, 117; Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 58 ff.; Specht, GRUR Int. 2017, 1040; dies., CR 2016, 288; dies./Rohmer, PinG 2016, 127; Wiebe, CR 2017, 87; ders./Schur, ZUM 2017, 461; Zech, GRUR 2015, 1151.

⁵¹¹ Siehe oben sub 3.1 und 3.2.1.

⁵¹² Hierzu oben sub 3.2.1.

⁵¹³ Hierzu Paal, in: Körber/Kühling/Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, 2017, S. 147.

⁵¹⁴ Vgl. nur Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 22.

⁵¹⁵ Vgl. auch Körber, NZKart 2016, 303, 304; Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 279; dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 78.

⁵¹⁶ Siehe zum Verfahren des BKartA gegen Facebook oben sub 4.4.3.

⁵¹⁷ COM(2017) 9 final.

klauseln und von Leitfäden zur Anreizsetzung betreffend den Datenaustausch.⁵¹⁸ Ebenso will die EU-Kommission die Entwicklung technischer Lösungen für die zuverlässige Identifizierung und den Austausch von Daten fördern.⁵¹⁹ Es werden zudem Regeln für einen (entgeltlichen) Zugang zu Daten im öffentlichen Interesse oder für wirtschaftliche Zwecke (insbesondere auch für durch den Staat bzw. auf staatliche Anordnung gesammelte Daten) erwogen.⁵²⁰ Über den vorgenannten Zugriff hinaus geht dagegen ein von der EU-Kommission zur Diskussion gestelltes Datenerzeugerrecht.⁵²¹

Als Ansatzpunkt für die Beurteilung entsprechender Regulierungsoptionen könnten auch die in der vorliegenden Untersuchung hervorgehobenen relevanten Maßstäbe für die Bewertung von "Datenmacht" dienen.⁵²² Deutlich geworden ist in diesem Zusammenhang, dass für die wettbewerbliche Betrachtung der Zugang zu Daten von zentraler Bedeutung ist.⁵²³ Zu Recht werden daher aktuell bereits zugangsorientierte (und sektorspezifische) Regulierungsansätze betreffend Daten erwogen – womit auch einem etwaigen Ausschließlichkeitsrecht entgegengetreten wird.⁵²⁴

Gleichwohl soll das Themenfeld Zuordnung von und Zugang zu Daten in der vorliegenden Untersuchung nicht weiter vertieft werden, da hierzu eine gesonderte Begutachtung im Rahmen des ABIDA-Projekts stattfindet.

5.1.2 REFORM DES DATEN(SCHUTZ)RECHTS

Der neue datenschutzrechtliche Rechtsrahmen (DS-GVO und BDSG 2018) wirft mannigfaltige Herausforderungen für datengetriebene Geschäftsmodelle und Big-Data-Anwendungen auf, soweit diese Geschäftsmodelle und Anwendungen auf personenbezogenen Daten basieren.⁵²⁵ Stellvertretend sei hierfür auf die obigen Ausführungen zu den datenschutzrechtlichen Grundsätzen verwiesen.⁵²⁶ Stuft man (jedenfalls) im Ausgangspunkt Big-Data-Anwendungen als gesamtgesellschaftlich und -wirtschaftlich sinnvoll ein, so stellt sich folgerichtig die Frage nach einer Fortentwicklung des datenschutzrechtlichen Rechtsrahmens.

Eine solche grundsätzliche Fortentwicklung des Datenschutzrechts soll allerdings entsprechend der Zielsetzung der vorliegenden Untersuchung hier (ebenfalls) nicht weiter vertieft werden. In Ansehung der langwierigen Verhandlungen der DS-GVO über fünf Jahre hinweg ist eine solche grundlegende (weitergehende) Reform des (unionalen) Datenschutzrechts derzeit auch nicht als wahrscheinlich einzustufen. Diese Feststellung entbindet freilich nicht von einer kritischen Evaluation der normativen Grundlagen. Dieser Befund gilt aus Sicht des Gegenstands der vorliegenden Untersuchung besonders für das Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO.⁵²⁷

⁵¹⁸ COM(2017) 9 final, 13 f.

⁵¹⁹ COM(2017) 9 final, 13.

⁵²⁰ COM(2017) 9 final, 14 f.

⁵²¹ COM(2017) 9 final, 14.

⁵²² Siehe oben sub 4.3.2.

⁵²³ Zutreffend allerdings Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 277: "Mehr Zugang zu Daten ist keineswegs ein Ziel "an sich"."

⁵²⁴ Siehe insbesondere Drexler, NZKart 2017, 339, 342 ff.; ders., NZKart 2017, 415, 418 ff.; ders., 8 JIPITEC (2017) 257; ders. u. a., GRUR Int. 2016, 914; Surblytė, WuW 2017, 120.

⁵²⁵ Zu den datenschutzrechtlichen Herausforderungen für Big-Data-Anwendungen siehe Paal/Hennemann, NJW 2017, 1697.

⁵²⁶ Siehe oben sub 4.1.2.

⁵²⁷ Siehe hierzu bereits oben sub 4.1.4.

5.1.3 „DATENVERTRAGSRECHT“

Zumindest hingewiesen werden soll in diesem Kontext auch auf die vertragsrechtliche Diskussion über "Daten als Entgelt".⁵²⁸ Es wird insoweit diskutiert, ob und inwieweit Daten bzw. die datenschutzrechtliche Einwilligung bei personenbezogenen Daten als Gegenleistung im zivilrechtlichen Sinne einzustufen sind. Einen prominenten Vorstoß unternimmt diesbezüglich der Vorschlag für eine unionsrechtliche Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte.⁵²⁹ Der betreffende Richtlinien-Vorschlag sieht explizit in Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 Daten als Gegenleistung vor:

"Diese Richtlinie gilt für alle Verträge, auf deren Grundlage ein Anbieter einem Verbraucher digitale Inhalte bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet und der Verbraucher als Gegenleistung einen Preis zahlt oder aktiv eine andere Gegenleistung als Geld in Form personenbezogener oder anderer Daten erbringt."⁵³⁰

Ganz grundsätzlich – dies kann hier allerdings nur angedeutet werden – ist damit auch der Themenkomplex des Verhältnisses von Datenschutz- und Vertragsrecht aufgeworfen; etwa bei der Frage, ob im Falle eines Widerrufs der Einwilligung betreffend die "geleisteten" personenbezogene Daten eine Schadensersatzpflicht wegen Schlecht- bzw. Nichtleistung droht.⁵³¹

5.2 KARTELLRECHT

Bedeutsame Regulierungsoptionen bestehen auch für das Normenregime des unionalen und nationalen Kartellrechts. Bevor entsprechende Ansätze *de lege ferenda* in den Blick genommen werden, sind allerdings zunächst die system- und norminduzierten Grenzen des Kartellrechts zu benennen.

5.2.1 SYSTEM- UND NORMINDUZIERTE GRENZEN

Das Kartellrecht eröffnet klassischerweise für internes Unternehmenswachstum keine Kontrollmöglichkeiten – und ist Ausprägung des mit dem Wettbewerb einhergehenden Anreizmechanismus. Dies bedeutet insbesondere, dass das Kartellrecht keine Handhabung gegenüber "datensmächtigen" marktbeherrschenden Unternehmen bietet, wenn und soweit diese ihre Stellung nicht missbrauchen. Vermachtungen und Konzentrationen von Daten *per se* kann somit nicht entgegengewirkt werden. Dies ist im Kontext der vorliegenden Untersuchung bedeutsam, da nach dem zuvor Ausgeführten auf (mehrseitigen) Plattform-Märkten eine hohe Prädisposition für Konzentrationsentwicklungen besteht. Sind entsprechende Konzentrationen erst einmal eingetreten, ist – unbeschadet eines etwaigen *Tipping* – eine Rückabwicklung äußerst schwierig.

Gerade in Ansehung des Datenschutzes und des damit verbundenen Schutzes der Privatheit ist daher die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit außerökonomische Aspekte in der kartellrechtli-

⁵²⁸ Statt vieler Metzger, AcP 216 (2016), 817; Sattler, JZ 2017, 1036; Specht, JZ 2017, 763. Siehe ferner aus wettbewerblicher Sicht etwa Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 20 ff.

⁵²⁹ COM(2015) 634 final. Siehe zudem bereits die Nachweise in Fn. 62.

⁵³⁰ Hierzu Härting, CR 2016, 735; v. Westphalen/Wendehorst, BB 2016, 2179.

⁵³¹ Siehe nur Metzger, AcP 216 (2016), 817.

chen Prüfung Berücksichtigung finden können (sollen).⁵³² Das ökonomisch ausgerichtete Wettbewerbsrecht schützt systembedingt die Privatheit nicht unmittelbar bzw. nicht über die Fallkonstellationen des Konditionenmissbrauchs⁵³³ hinaus. Es liegt ferner systematisch außerhalb der unmittelbaren Steuerungsmöglichkeiten des ökonomischen Wettbewerbsrechts, ob und inwieweit (Internet-)Nutzer dem Schutz ihrer Privatheit tatsächlich eine (sich ökonomisch auswirkende) Relevanz beimessen. Jedenfalls zum aktuellen Zeitpunkt bestehen an der Relevanz des Privatheitsschutzes aus der Sicht der Nutzer zudem erhebliche Zweifel (rationale nutzerseitige Apathie bzw. sogenanntes *privacy paradox*).⁵³⁴ Allenfalls wenn und soweit Nutzer hier (zukünftig verstärkt) eine Wertschätzung entwickeln, vermögen die anpassungsflexiblen Bestimmungen des Kartellrechts zumindest als reflexhaftes Sekundärergebnis den Schutz der Privatheit zu befördern.⁵³⁵ Dies wäre insbesondere bei einem (durch Art. 20 DS-GVO bezweckten⁵³⁶) Wettbewerb um datenschutzfreundliche Technologien bzw. um datenschutzfreundliche Angebote der Fall.

Verschiedentlich erwogen wird vor dem soeben skizzierten Hintergrund die Einführung eines Entflechtungstatbestands, sprich eines kartellrechtlichen Instrumentariums zur "Zerschlagung" bzw. "Entflechtung" von (marktbeherrschenden) Unternehmen ohne konkreten Marktmissbrauchsvorwurf. Die Einführung einer solchen Regelung wurde bislang zumeist (nur) mit Blick auf außerökonomische Ziele, etwa den publizistischen Wettbewerb, in Betracht gezogen.⁵³⁷ Dies ist nachvollziehbar, stehen doch in diesen Konstellationen andere Schutzgüter als der ökonomische Wettbewerb in Rede, sodass eine rein wettbewerbliche Betrachtung unter Umständen zu kurz greift. Umgekehrt wird ein allgemeiner Entflechtungstatbestand im Kartellrecht zutreffend abgelehnt, da ansonsten rein organisches Wachstum eines Unternehmens sanktioniert und damit das Anreizsystem freien Wettbewerbs konterkariert werden würde.⁵³⁸

Vor diesem Hintergrund zu erwägen wäre daher *de lege ferenda* keinesfalls die Etablierung eines allgemeinen Entflechtungstatbestands, sondern vielmehr im Kontext der vorliegenden Untersuchung eine Regelung, die etwa an den Schutz der Privatheit anknüpft bzw. im Ausnahmefall auch an die Herrschaft über personenbezogene Daten. Tatsächlich greifen sollte eine solche Vorschrift allerdings (wohl) nur bei Datensammlungen, die eine gesamtgesellschaftliche Relevanz entfalten; etwa falls ein Unternehmen eine Vielzahl (detaillierter) personenbezogener Daten über (nahezu) jeden Nutzer vorhalten würde.

5.2.2 UNIONALES KARTELLRECHT

Für das unionale Kartellrecht ist zunächst zu erwägen, ob und inwieweit die Änderungen durch die 9. GWB-Novelle auf nationaler Ebene Anlass zu Neuregelungen geben. Hieran anknüpfend werden sodann Optionen für bestimmte ausgewählte Themenkreise zu diskutieren sein.

⁵³² Siehe auch bereits oben sub 4.3.6 und 4.4.6.

⁵³³ Siehe hierzu oben sub 4.3.3 und 4.4.3.

⁵³⁴ Siehe bereits oben sub 2.5.3.

⁵³⁵ Siehe zum Vorschlag, Nutzer zwischen einer Bezahlung mit Geld oder mit Daten entscheiden zu lassen, Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 118 sowie etwa Hacker/Petkova, 15 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. (2017) 1.

⁵³⁶ Siehe oben sub 4.1.4.

⁵³⁷ Siehe hierzu etwa Paal, JZ 2010, 647.

⁵³⁸ Siehe allgemeiner(er) in Bezug auf Online-Plattformen ebenso Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 57 f.

IMPULSE DURCH DIE 9. GWB-NOVELLE

Die 9. GWB-Novelle bedingt eine Vielzahl von Neuregelungen auf nationaler Ebene. Insbesondere die Neuregelungen in § 18 Abs. 2a und 3a GWB sowie in Art. 35 GWB sind durchgängig zu begrüßen.⁵³⁹ Ebenso ist es zu befürworten, dass der materielle Gehalt dieser Normen auch Eingang in das unionale Kartellrecht und dessen Anwendung findet.⁵⁴⁰

Die Neuregelungen in § 18 Abs. 2a und 3a GWB hatten (auch) im nationalen Recht ganz überwiegend nur klarstellenden Charakter. Es kann daher eine Rezeption im unionalen Kartellrecht im Zuge einer aktualisierten Normanwendungspraxis erfolgen. Auf dieser Grundlage ist in der vorliegenden Untersuchung auch das unionale Kartellrecht ausgelegt (und verstanden) worden.⁵⁴¹ *In praxi* setzt dieser Ansatz zur Verstetigung eine entsprechende Spruchpraxis der EU-Kommission und des EuG bzw. des EuGH voraus, da eine entsprechende Änderung bzw. Anpassung des AEUV (derzeit) wohl (politisch) als kaum umsetzbar erscheint. Handlungssicherheit (auch und gerade für die Kartellrechtspraxis) könnte gleichwohl ein entsprechender Leitfaden der EU-Kommission schaffen. Die Ausarbeitung eines solchen Dokuments böte überdies die Gelegenheit, einheitliche Maßstäbe für die kartellrechtliche Beurteilung von Daten und insbesondere marktbeherrschenden Stellungen aufgrund von "Datenmacht" festzulegen.⁵⁴²

Methodologisch ausgeschlossen ist es dagegen, die Neuregelung des § 35 Abs. 1a GWB im unionalen Kartellrecht mittels einer Auslegung abzubilden. Es besteht somit die Gefahr, dass "Datenmacht"-relevante Fusionen nicht der unionsrechtlichen Fusionskontrolle unterfallen. Deutlich geworden ist dies bereits im Verfahren *Facebook/WhatsApp*, bei dem mit WhatsApp ein umsatzschwaches Unternehmen beteiligt war.⁵⁴³ Eine entsprechende Anpassung der FKVO scheint deshalb erwägenswert.⁵⁴⁴ An dieser Stelle ist freilich darauf hinzuweisen, dass eine Anpassung der Aufgreifkriterien im Zuge einer entsprechenden Konsultation der EU-Kommission von der Mehrheit der (antwortenden) Stakeholder abgelehnt wurde; dabei wurde insbesondere betont, dass die bestehende Regelung in Art. 4 Abs. 5 FKVO und die nationalen Fusionskontrollsysteme ausreichend seien.⁵⁴⁵

WESENTLICHE EINRICHTUNGEN (*ESSENTIAL FACILITIES*)

Für das unionale Kartellrecht sollte – auf der Grundlage der in dieser Untersuchung hervorgehobenen Bedeutung von Daten bzw. des Zugangs zu Daten – auch erwogen werden, ob und inwieweit die (unionale) Rechtsfigur der wesentlichen Einrichtungen fortentwickelt werden kann. Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis ist es durchaus denkbar, unter bestimmten Voraussetzungen eine – moderne – wesentliche Einrichtung der Digitalwirtschaft (auch) aufgrund von Daten

⁵³⁹ Siehe im Einzelnen oben sub 4.4.2 und 4.4.5.

⁵⁴⁰ Ebenso Lettl, WRP 2018, 145, 149.

⁵⁴¹ Siehe oben sub 4.3.2.

⁵⁴² In diese Richtung geht bereits das Papier der französischen Wettbewerbsbehörde und des BKartA, siehe hierzu oben sub 3.2.4.

⁵⁴³ Siehe hierzu bereits oben sub 4.3.5.

⁵⁴⁴ So bereits Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, S. 156 f. sowie (das Sondergutachten erläuternd) Weck, NZKart 2015, 290, 292 f. Siehe auch BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis, 2017, S. 26. Sehr zurückhaltend dagegen etwa Lettl, WRP 2018, 145, 149; ebenso zweifelnd Esser/Höft, NZKart 2016, 259, 262.

⁵⁴⁵ Vgl. EU-Kommission, Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control (Juli 2017), S. 5 ff.

bzw. Datenmacht anzunehmen.⁵⁴⁶ Es wäre zu wünschen, dass sich auch hierzu Ausführungen in einem entsprechenden (zukünftigen) Leitfaden der EU-Kommission finden.

DATENPORTABILITÄT

Auf unionsrechtlicher Ebene ist die Datenportabilität bislang im Datenschutzrecht (Art. 20 DS-GVO) – und damit (nur) in Bezug auf personenbezogene Daten – geregelt worden. Art. 20 DS-GVO verfolgt zuvörderst wettbewerb(srecht)liche Ziele und kann als "überschießendes Wettbewerbsrecht" bezeichnet werden, da eine marktbeherrschende (oder eine sonstige besonders hervorgehobene) Stellung nicht erforderlich ist.⁵⁴⁷ Richtigerweise hätte daher eine entsprechende Regelung auch im Gewande des Wettbewerbsrechts gefasst werden können (und hätte dann auch systematisch kohärent an bestimmte – kartellrechtliche – Eingriffsschwellen geknüpft werden können). Vor diesem Hintergrund ist auch eine pauschale Ausweitung des Rechts auf Datenportabilität auf den b2b-Bereich (ohne Anknüpfung an die kartellrechtlichen Eingriffsschwellen) abzulehnen.⁵⁴⁸

Betreffend nicht-personenbezogene Daten ist in diesem Zusammenhang allerdings hinzuweisen auf den EU-Kommissions-Entwurf zu einer Verordnung zu einem Rahmen für den freien Verkehr von nicht-personenbezogenen Daten.⁵⁴⁹ Ziel ist insoweit ein freier grenzüberschreitender Datenverkehr, der nur aus Gründen der Sicherheit beschränkt sein soll (Art. 4 des Verordnungsvorschlags). Sonstige staatliche Beschränkungen sollen reduziert bzw. abgebaut werden und eine Selbstregulierung der Unternehmen betreffend Datenportabilität (inklusive technischer Standards) gefördert werden (vgl. Art. 6 des Verordnungsvorschlags).

5.2.3 NATIONALES KARTELLRECHT

Für das nationale Kartellrecht gelten die vorstehenden Ausführungen zum unionalen Kartellrecht in Bezug auf wesentliche Einrichtungen und Datenportabilität grundsätzlich entsprechend.

Sollte sich der Wunsch nach einem Leitfaden der EU-Kommission betreffend die Beurteilung von Daten und Big Data im Marktmissbrauchs- und Fusions Szenarien nicht realisieren, wäre ein entsprechend national(rechtlich)er Leitfaden des BKartA anzuempfehlen. Hierfür hat das BKartA bereits wesentliche und ausführliche Vorarbeiten geleistet.⁵⁵⁰

5.3 HARMONISIERUNG DER RECHTSMATERIEN

Eine weitere Aufgabe (*de lege lata* und *de lege ferenda*) wird es sein, das Zusammenspiel von Daten(schutz)- und Kartellrecht zu harmonisieren; insbesondere sollten demnach AEUV und GWB einerseits und DS-GVO und die nationalen Daten(schutz)gesetze andererseits aufeinander abgestimmt werden. Dies bedeutet zunächst, dass Redundanzen vermieden werden. So ist beispiels-

⁵⁴⁶ Siehe oben sub 4.3.3.

⁵⁴⁷ Hierzu bereits oben sub 4.1.4.

⁵⁴⁸ Zutreffend Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275, 280; dies., Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (18.10.2017), S. 84 ff.; Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (29.05.2016), S. 26 f. Vgl. auch Körber, NZKart 2016, 348, 350.

⁵⁴⁹ COM(2017) 495 final. Hierzu bereits oben sub 3.2.1.

⁵⁵⁰ Siehe oben sub 3.2.4.

weise die Regelung der Datenportabilität (betreffend personenbezogene Daten) stets mit Blick auf die datenschutzrechtliche Regelung in Art. 20 DS-GVO zu betrachten. Vor allem sind aber Friktionen zwischen Datenschutz- und Kartellrecht zu vermeiden. Solche Friktionen drohten insbesondere dann, wenn und soweit eine kartellrechtliche Verfügung im Widerspruch zu daten(schutz)rechtlichen Vorgaben stünde. Dies wäre – wie oben bereits ausgeführt⁵⁵¹ – etwa dann der Fall, wenn der Bestand von (bestimmten) personenbezogenen Daten als wesentliche Einrichtung im kartellrechtlichen Sinne eingestuft und das Unternehmen zur Zugangsgewährung zu diesen Daten verpflichtet werden würde. Eine solche Pflicht dürfte (im Regelfall) datenschutzrechtlich unzulässig sein, da die Übermittlung von Daten an Dritte einer eigenständigen datenschutzrechtlichen Erlaubnis bzw. sonstigen Rechtfertigung bedarf. In diesem Sinne ist zum Schutz personenbezogener Daten zu Recht im Schrifttum betont worden, dass hier dem Datenschutz im Grundsatz der Vorrang einzuräumen ist und das Datenschutzrecht damit die Anordnungsbefugnisse der Kartellbehörden begrenzt.⁵⁵²

Die vorgenannten Erwägungen unterstreichen schließlich, dass zukünftig ganz grundsätzlich das in dieser Untersuchung zu Einzelfragen verschiedentlich angesprochene⁵⁵³ Verhältnis von Kartell- und Daten(schutz)recht zu klären sein wird. Hierzu gehört dann auch und gerade die Diskussion, ob Fusionen mit Bezug zu personenbezogenen Daten durch eine Datenschutzbehörde genehmigt werden müssen.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ Siehe oben sub 4.3.3.

⁵⁵² Körber, NZKart 2016, 303, 309.

⁵⁵³ Siehe etwa sub 4.1.1 und 4.4.3.

⁵⁵⁴ Als Frage aufgeworfen bei Haucap, Ordnungspolitik und Kartellrecht im Zeitalter der Digitalisierung (Oktober 2015), S. 13.

6 RESUMÉE UND HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN

Daten und Datenmacht sind im Digitalzeitalter wichtige Referenzpunkte für die Wirkungskraft von Wettbewerb sowie die etwaige Notwendigkeit eines regulatorischen Eingreifens.⁵⁵⁵ Dabei besteht ein grundlegendes Spannungsfeld von Innovation und Offenheit einerseits sowie erdrosselnder Regulierung bzw. Sanktionierung andererseits. Insbesondere in Bezug auf personenbezogene Daten wird die Kollision von Zielsetzungen – hohe Marktdynamik zum einen und der Schutz der informationellen Selbstbestimmung zum anderen – besonders deutlich.

Das Kartellrecht bietet grundsätzlich ein tragfähiges Instrumentarium zur Erfassung von Daten und vor allem der maßgeblichen "Macht"- bzw. "Datenmacht"-Konstellationen, wenn und soweit die Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft angemessen adressiert und abgebildet werden. Für die kartellrechtliche Erfassung von Daten hat die vorliegende Untersuchung diesbezüglich verschiedene Handlungs- und Fortentwicklungsoptionen aufgezeigt, sei es im Wege einer Aktualisierung der Normanwendungspraxis oder im Zuge einer Regelung *de lege ferenda*.

Insgesamt entfaltet das Kartellrecht einen wichtigen Schutzmechanismus für die Geschäftsmodelle der Datenwirtschaft. Das Kartellrecht übernimmt und rezipiert dazu immer wieder – so etwa im Zuge des Konditionenmissbrauchs – auch Wertungen aus anderen Rechtsgebieten. Die entsprechende kartellrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen Normen anderer Rechtsgebiete sollte allerdings nicht zu der Annahme führen, das Kartellrecht sei etwa das "bessere" Datenschutzrecht. Vielmehr sind stets die systemimmanenten Möglichkeiten und Grenzen des Kartellrechts zu berücksichtigen, sprich insbesondere die Fokussierung auf den ökonomischen Wettbewerb. Daher können auch und gerade systembedingt die kartellrechtlich vermittelten Schutzwirkungen nicht allein ausreichend sein, um sämtliche Gefährdungslagen vollumfänglich zu erfassen. Hierzu ist nämlich mit Blick auf das Schutzgut der Privatheit insbesondere betreffend personenbezogene Daten ein (harmonisiertes) Zusammenspiel mit dem unionalen und nationalen Datenschutzrecht erforderlich.

Vor diesem Hintergrund und auf der Grundlage der hier erfolgten Untersuchung ist zusammenfassend eine Evaluation der folgenden Maßnahmen zu empfehlen bzw. eine weitergehende Regulierung zu erwägen:

1. Schaffung eines Leitfadens der EU-Kommission und bzw. oder des BKartA betreffend die Beurteilung von Daten und Big Data in Marktmissbrauchs- und Fusionsszenarien⁵⁵⁶;
2. Aktualisierung der Normanwendungspraxis im unionalen und nationalen Kartellrecht in Ansehung der Charakteristika von Daten und der Wesensmerkmale der Digitalwirtschaft betreffend Marktabgrenzung⁵⁵⁷, Marktbeherrschung⁵⁵⁸ und Marktmachtmissbrauch⁵⁵⁹, insbesondere in Bezug auf "Datenmacht" und die Annahme einer "wesentlichen Einrichtung" im kartellrechtlichen Sinne;

⁵⁵⁵ Siehe hierzu allgemein etwa Körber, NZKart 2016, 303 und 348; Kerber, GRUR Int. 2016, 639; Podszun, ZGE 8 (2016) 350; ders./de Toma, NJW 2016, 2987.

⁵⁵⁶ Siehe hierzu oben sub 5.2.2. und 5.2.3.

⁵⁵⁷ Siehe hierzu oben sub 4.3.1 und 4.4.1.

⁵⁵⁸ Siehe hierzu oben sub 4.3.2 und 4.4.2.

⁵⁵⁹ Siehe hierzu oben sub 4.3.3 und 4.4.3.

3. Erwägung einer Ergänzung der Aufgreifkriterien der FKVO nach dem Vorbild der Neuregelung in § 35 Abs. 1a GWB⁵⁶⁰;
4. Einführung von besonderen Regeln für den Zugang zu (nicht-personenbezogenen) Daten (anstelle eines "Ausschließlichkeitsrechts") anknüpfend an die im Zuge der vorliegenden Untersuchung angestellten Überlegungen zu "Datenmacht"⁵⁶¹;
5. Förderung der Datenportabilität (auch) für nicht-personenbezogene Daten⁵⁶²;
6. Harmonisierung von Daten(schutz)- und Kartellrecht unter Beachtung des Vorrangs des Daten(schutz)rechts⁵⁶³;
7. Harmonisierung von Daten(schutz)- und Vertragsrecht in Bezug auf Daten als "Entgelt" bzw. "Gegenleistung"⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Siehe hierzu oben sub 5.2.2.

⁵⁶¹ Siehe hierzu oben sub 5.1.1.

⁵⁶² Siehe hierzu oben sub 5.2.2.

⁵⁶³ Siehe hierzu oben sub 5.3.

⁵⁶⁴ Siehe hierzu oben sub 5.1.3.

LITERATURVERZEICHNIS

- Albrecht, Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, CR 2016, 88-98
- Armstrong, Competition in two-sided markets, The RAND Journal of Economics 2006, 668-691
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, "Big Data": Italian Regulators open a sector inquiry, 2017, <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2384-%E2%80%9Cdig-data%E2%80%9D-italian-regulators-open-a-sector-inquiry.html>, 2017
- Autorité de la Concurrence, The Autorité de la concurrence begins, at its own initiative, gathering information in order to assess data processing in the on-line advertising sector, 2016, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=630&id_article=2780&lang=en
- Autorité de la Concurrence/BKartA, Competition Law and Data, 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- BDI/Noerr, Industrie 4.0 – Rechtliche Herausforderungen der Digitalisierung – Ein Beitrag zum politischen Diskurs, 2015
- Bechtold, Zum Referentenentwurf für eine 9. GWB-Novelle – Ein kurzer Überblick, NZKart 2016, 391-396
- Bechtold/Bosch, Kartellgesetz: GWB, 8. Aufl. 2015
- Becker, Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 2017, 170-181
- Becker/Schwab, Big Data im Gesundheitswesen – Datenschutzrechtliche Zulässigkeit und Lösungsansätze, ZD 2015, 151-155
- Berberich/Golla, Zur Konstruktion eines "Dateneigentums" – Herleitung, Schutzrichtung, Abgrenzung, PinG 2016, 165-176
- Birstiel/Eckel, Das Paper „Competition Law and Data“ des Bundeskartellamts und der Autorité de la concurrence – eine zusammenfassende Analyse, WRP, 2016, 1189-1195
- BITKOM, Leitlinien für den Big-Data-Einsatz – Chancen und Verantwortung, 2015
- BKartA, Pressemitteilung vom 19.12.2017, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?nn=3591286
- BKartA, Pressemitteilung vom 13.12.2017, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/13_12_2017_SU_SmartTV.html?nn=3591286
- BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf?__blob=publicationFile&v=3

- BKartA, Innovationen – Herausforderungen für die Kartellrechtspraxis – Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht 5. Oktober 2017, 2017,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2017_Hintergrundpapier.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- BKartA, Pressemitteilung vom 02.03.2016,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html
- Boehme-Neßler, Big Data und Demokratie – Warum Demokratie ohne Datenschutz nicht funktioniert, DVBl. 2015, 1282-1287
- Böhm, Herausforderungen von Cloud Computing-Verträgen: Vertragstypologische Einordnung, Haftung und Eigentum an Daten, ZEuP 2016, 358-387
- Bork/Sidak, What does the Chicago School teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?, 8 Journal of Competition Law & Economics 2012, 663-700
- Brauneck, „Strategie für den digitalen Binnenmarkt“ – ein neues europäisches Urheberrecht?, GRUR Int. 2015, 889-896
- Brings-Wiesen, Zum ersten Entwurf eines Vorschlags zur Änderung der AVMD-Richtlinie, AfP 2016, 323-327
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017
- Bund-Länder-Kommission, Bericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz, 2016,
https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
- BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Zukunft wird aus Mut gemacht. Bundestagswahlprogramm, 2017,
https://www.gruene.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/BUENDNIS_90_DIE_GRUENEN_Bundestagswahlprogramm_2017_barrierefrei.pdf
- Busch/Dannemann/Schulte-Nölke, Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online-Plattformen im Digitalen Binnenmarkt?, MMR 2016, 787-792
- BusinessEurope/Noerr, Legal Issues of Digitalisation in Europe, 2017,
https://www.noerr.com/~/_media/Noerr/PressAndPublications/Brochures/2017_Studie_Legal_issues_of_Digitalisation_in_Europe.pdf
- Buttarelli, Grundrechte und Big Data, K&R 12/2016, Editorial
- Caillaud/Julien, Chicken & Egg: Competition Among Intermediation Service Providers, The RAND Journal of Economics 2003, 309-328

- CDU/CSU, Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne leben – Regierungsprogramm 2017 – 2021, 2017,
https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/170703regierungsprogramm2017.pdf?file=1&type=field_collection_item&id=9932
- CDU/CSU/SPD, Ergebnisse der Sondierungsgespräche (12.01.2018),
https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/ergebnis_sondierung_cdu_csu_spd_120118_2.pdf?file=1&type=field_collection_item&id=12434
- Competition & Markets Authority, The commercial use of consumer data – Report on the CMAs call for information, 2015,
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf
- Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, 88. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 8. und 9. Oktober 2014 in Hamburg, Entschließung Marktmacht und informationelle Selbstbestimmung,
https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/DSBundLaender/88DSK_Marktmacht.pdf?__blob=publicationFile&v=4
- Dewenter/Lüth, Big Data: Eine ökonomische Perspektive, in: Körber/Immenga (Hrsg.), Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 2017, S. 9-29
- Dewenter/Rösch, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2015
- Dietsch, Umsatzsteuerpflicht von kostenlosen sozialen Netzwerken, MwStR 2017, 868-874
- Dreher, Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, ZWeR 2009, 149-175
- Drexl, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? – Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz – Teil 1, NZKart 2017, 339-344
- Drexl, Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? – Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz – Teil 2, NZKart 2017, 415-421
- Drexl, Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access, 8 JIPITEC (2017) 257-292
- Drexl/Hilty/Desaunettes/Greiner/Kim/Richter/Surblyté/Wiedemann, Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, GRUR Int. 2016, 914-918
- Eckhardt, Anwendungsbereich des Datenschutzrechts – Geklärt durch den EuGH?, CR 2016, 786-790
- Ehlen/Brandt, Die Schutzfähigkeit von Daten – Herausforderungen und Chancen für Big Data Anwender, CR 2016, 570-575
- Ensthaler, Industrie 4.0 und die Berechtigung an Daten, NJW 2016, 3473-3478
- Ernst, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, ZD 2017, 110-114

- Esser/Höft, Fusions- und Missbrauchskontrolle 4.0 – Die 9. GWB-Novelle als Antwort auf die Herausforderungen der Digitalisierung?, NZKart 2017, 259-264
- EU-Kommission, Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service – Factsheet, MEMO/17/1785, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1785_en.htm
- EU-Kommission, Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control (Juli 2017), http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/summary_of_replies_en.pdf
- Europäischer Datenschutzbeauftragter, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy (Vorläufige Stellungnahme), https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf
- Evans, The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, 20 Yale J. on Reg. (2003) 325-381
- Evans/Schmalensee, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, 3 Competition Pol'y Int'l (2007) 151-179
- Ezrachi/Stucke, Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures, OECD DAF/COMP/WD(2017)25, 2017
- Ezrachi/Stucke, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, 2015
- Ezrachi/Stucke, Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, 2016
- Fehling, Die steuerlichen Herausforderungen bei der Digitalen Wirtschaft – Der OECD-Bericht zu Maßnahme 1 des BEPS-Aktionsplans, IStR 2014, 638-643
- Franck, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmissbrauch durch rechtswidrige Konditionen, ZWeR 2016, 137-164
- Frenz, Industrie 4.0 und Wettbewerbsrecht, WRP 2016, 671-678
- Frenz, Datenschutz durch Kartellrecht, EWS 2014, 193-200
- Früh/Lichtenegger, Immaterialgüterrecht und "Schlüsselgegenstände" – Zur schutzrechtsübergreifenden Behandlung von Gegenständen mit erhöhter Relevanz für die Allgemeinheit, ZGE, 2010, 119-164
- Geradin/Kuschewsky, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue (2013), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088
- Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 18. Edition (Stand: November 2017)

- Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2017
- Grave, Marktbeherrschung bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 17-43
- Grave/Nyberg, Die Rolle von Big Data bei der Anwendung des Kartellrechts, WuW 2017, 363-368
- Hamelmann/Haucap, Kartellrecht und Wettbewerbspolitik für Online-Plattformen, 2015, http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische_Perspektiven/078_OP_Hamelmann_Haucap.pdf
- Hanloser, BGH: Opt-out durch Streichen der Einwilligungsklausel – HappyDigits, MMR 2010, 140-141
- Harsdorf, Digital Economy: New Test in Austrian Merger Control, 8 Journal of European Competition Law (2017) 421-422
- Härting, Datenschutz-Grundverordnung, 2016
- Härting, "Dateneigentum" – Schutz durch Immaterialgüterrecht?, CR 2016, 646-649
- Härting, Digital Goods und Datenschutz – Daten sparen oder monetarisieren?, CR 2016, 735-740
- Haucap, Ordnungspolitik und Kartellrecht im Zeitalter der Digitalisierung, 2015, http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische_Perspektiven/077_OP_Haucap.pdf
- Haucap/Kehder, Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, 2015, <https://d-nb.info/1051232406/34>
- Heggmair/Riedl/Wutschke, Betriebsstätten von Unternehmen der Digital Economy – Eine kritische Analyse der zu erfüllenden Tatbestandsmerkmale für eine Betriebsstätte in der Digital Economy, IStR 2015, 92-97
- Heinemann, Google als kartellrechtliches Problem?, 2015
- Helbig, Big Data und der datenschutzrechtliche Grundsatz der Zweckbindung, K&R, 2015, 145-150
- Hempe, Digitalisierung und Vernetzung – absehbare Auswirkungen auf die -Steuerberatung, DStR 2017, 805-808
- Hennemann, Künstliche Intelligenz und Wettbewerbsrecht, ZWeR 2018, Heft 1 (erscheint demnächst)
- Hennemann, Personalisierte Medienangebote im Datenschutz- und Vertragsrecht, ZUM, 2017, 544-552
- Hennemann, Datenportabilität, PinG, 2017, 5-8
- Hennemann, Das Recht auf Löschung gemäß Art. 17 Datenschutz-Grundverordnung, PinG 2016, 176-179
- Heymann, Rechte an Daten – Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen, CR 2016, 650-657

- Hoeren, Big Data und Datenqualität – ein Blick auf die DS-GVO – Anforderungen an Qualitätsstandards und deren Harmonisierung, ZD 2016, 459-463
- Hoeren, Thesen zum Verhältnis von Big Data und Datenqualität – Erstes Raster zum Erstellen juristischer Standards, MMR 2016, 8-11
- Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, 43. Ergänzungslieferung, 2016
- Holzweber, Daten als Machtfaktor in der Fusionskontrolle, NZKart 2016, 104-112
- Höppner, Das Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhaltenanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht, WRP 2012, 625-637
- Höppner/Grabenschroer, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Internetsuche, NZKart 2015, 162-168
- Jaeger, Brauchen wir das Kartellrecht noch? – Kartellrechtsanwendung im digitalen Umfeld am Beispiel Google, WuW 2015, 702-716
- Kadar, European Union competition law in the digital era, ZWeR 2015, 342-363
- Kahlenberg/Heim, Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle: Mehr Effizienz für die private und behördliche Rechtsdurchsetzung, BB 2016, 1863-1871
- Kamann/Miller, Kartellrecht und Datenschutzrecht – Verhältnis einer „Hass-Liebe“?, NZKart 2016, 405-412
- Kempf, Braucht die Industrie 4.0 einen Wirtschaftsprüfer 4.0?, WPg 2017, 1299-1302
- Kerber, Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection, GRUR Int. 2016, 639-647
- Kerber/Schweitzer, Interoperability in the Digital Economy, 8 JIPITEC (2017) 39-58
- Kersting/Dworschak, Win-Win-Situation auf mehrseitigen Märkten: Google muss nicht zahlen! – Zum Leistungsschutzrecht für Presseverlage – Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016 – 92/ O 5/14 Kart (ZUM 2016, 879), ZUM 2016, 840-846
- Kersting/Dworschak, Leistungsschutzrecht für Presseverlage: Müsste Google wirklich zahlen? – eine kartellrechtliche Analyse, NZKart 2013, 46-53
- Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016
- König, Der Zugang zu Daten als Schlüsselgegenständen der digitalen Wirtschaft, in: Henneemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 89-103
- Körper, „Ist Wissen Marktmacht?“ – Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1, NZKart 2016, 303-310
- Körper, „Ist Wissen Marktmacht?“ – Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 2, NZKart 2016, 348-356
- Körper, Google im Fokus des Kartellrechts, WRP 2012, 761-772
- Körper/Immenga, Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 2017

- Kroh/Müller-Peltzer, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung – Das Aus für das Modell "Service gegen Daten"?, ZD 2017, 551-556
- Krüger, Datensouveränität und Digitalisierung, ZRP 2016, 190-192
- Kühling/Martini, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, 448-454
- Lettl, Digitale Plattformen: Setzt die 9. GWB-Novelle Maßstäbe für die Europäische Union?, WRP 2018, 145-150
- Lettl, Schadensersatz bei Kartellrechtsverstößen in der 9. GWB-Novelle, WM 2016, 1961-1966
- Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016
- Mäger/v. Schreitter, RefE zur 9. GWB-Novelle: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausweitung einer bußgeldrechtlichen Konzernhaftung, DB 2016, 2159-2165
- Malgieri, Property and (Intellectual) Ownership of Consumers' Information: A New Taxonomy for Personal Data, PinG 2016, 133-150
- Mallmann/Lübbig, Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, NZKart 2016, 518-522
- Martini, Big Data als Herausforderung für den Persönlichkeitsschutz und das Datenschutzrecht, DVBl. 2014, 1481-1489
- Mehra, Antitrust and the robo-seller: Competition in the time of algorithms, Minn. L. Rev. 100 (2015-2016) 1323-1375
- Mellinger, Digitalisierung heißt auch Bilanzbuchhaltung 4.0, BC 2017, 321
- Merkel, Rede beim Publishers' Summit des Verbands Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ), 2015, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Rede/2015/11/2015-11-03-merkel-publisher-summit.html>
- Metzger, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817-865
- Mitterer/Wiedemann/Zwissler, Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zu Industrie 4.0 und Digitalisierung, BB 2017, 3-13
- Monopolkommission, Hauptgutachten XX: Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte – 2013/2014, 2014, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/HG/HG20/HG_XX_gesamt.pdf
- Monopolkommission, Sondergutachten 68 "Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte", 2015, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf
- Moos/Arning/Schefzig (Hrsg.), Daten als Geschäftsmodell, K&R Beihefter, 3/2015
- Norberg/Horne/Horne, The privacy paradox: Personal information disclosure intentions versus behaviors, 41 Journal of Consumer Affairs (2007) 100-126

- Nord/Manzel, „Datenschutzerklärungen“ – misslungene Erlaubnisklauseln zur Datennutzung – „Happy-Digits“ und die bedenklichen Folgen im E-Commerce, NJW 2010, 3756-3758
- Nordemann/Wolters, Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und das Kartellrecht – Zugleich eine Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016 – 92 O 5/14 Kart (ZUM 2016, 879), ZUM 2016, 846-853
- Nuys, „Big Data“ – Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht, WuW, 2016, 512-520
- Odenthal, Big Data und Abschlussprüfung, WPg 2017, 546-554
- OECD, Algorithms and Collusion – Competition Policy in the digital age, 2017,
<http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>
- OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era – Background note by the secretariat, DAF/COMP(2016)14 (2016),
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)
- Oettinger, Big Data und Wettbewerbsrecht, NZKart 2016, 341
- Ohly, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002
- Ost/Roesen/Kallfaß, Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit im deutschen Kartellsanktionenrecht – Anmerkungen zum Entwurf der 9. GWB-Novelle, NZKart 2016, 447-458
- Ostendorf, Geplanter neuer Rechtsrahmen für Online-Warenhandel und Bereitstellung digitaler Inhalte im Europäischen Binnenmarkt ZRP 2016, 69-72
- Paal, Datenschutz – Regulierung – Wettbewerb: Online-Plattformen als Referenzgebiet, in: Körber/Kühling/Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, 2017, S. 143-164
- Paal, Online-Plattformen – eine Herausforderung für das Kartellrecht, in: Telemedicus e. V. (Hrsg.), Telemedicus Sommerkonferenz – Die Macht der Plattformen, 2017, S. 84-95
- Paal, GWB-Update für die Digitalisierung: Zur Erweiterung des Missbrauchstatbestands, WuW, 2016, 453
- Paal, Internet-Suchmaschinen im Kartellrecht, GRUR Int. 2015, 997-1005
- Paal, Vielfaltsicherung im Suchmaschinensektor, ZRP 2015, 34-38
- Paal, Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, GRUR Beilage 1/2014, 69-77
- Paal, Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, GRUR 2013, 873-881
- Paal, Netz- und Suchmaschinenneutralität im Wettbewerbsrecht, AfP 2011, 521-532
- Paal/Hennemann, Rechtspolitik im digitalen Zeitalter, ZRP 2017, 215-216
- Paal/Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, 641-652
- Paal/Hennemann, Meinungsvielfalt im Internet, ZRP 2017, 76-79

- Paal/Hennemann, Online-Archive im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung, K&R 2017, 18-23
- Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2017
- Parker/Van Alstyne/Choudary, Platform Revolution: How Networked Markets are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You, 2016
- Peitz, Perspektiven der Wirtschaftspolitik, PWP 2006, 317-333
- Peschel/Rockstroh, Big Data in der Industrie – Chancen und Risiken neuer datenbasierter Dienste, MMR 2014, 571-576
- Petit, Antitrust and Artificial Intelligence: A Research Agenda, 8 J. Eur. Comp. L. & Prac. (2017) 361-362
- Pinkernell, Der OECD-Diskussionsentwurf zu den steuerlichen Herausforderungen der „Digital Economy“ vom 24. 3. 2014, IStR 2014, 273-279
- Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016
- Podszun, Unentgeltliche Leistungen, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, 2017, S. 1-16
- Podszun, Die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Stellungnahme als Sachverständiger im Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestags zur Vorbereitung der Anhörung am 23.01.2017, 2017, <https://www.bundestag.de/blob/489168/effffe1ad50da2f28f43442b2d8be7c1/podszun-data.pdf>
- Podszun/de Toma, Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, NJW 2016, 2987-2994
- Podszun/Schwalbe, Digitale Plattformen und GWB-Novelle: Überzeugende Regeln für die Internetökonomie?, NZKart 2017, 98-106
- Pohlmann/Wismann, Digitalisierung und Kartellrecht – Der Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle, NZKart 2016, 555-563
- Preuß/Kersting, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 394-403
- Rauer/Ettig, Europäische Urheberrechtsreform X.0 – Weitere Schritte hin zu einem modernisierten Urheberrecht, K&R 2017, 7-13
- Rauer/Vonau, Urheberrechtsreform II: Ein Blick auf die kürzlich veröffentlichten Dokumente, GRUR-Prax 2016, 430-432
- Rempe, Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße, K&R 2017, 149-153
- Rochet/Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, 1 Journal of the European Economic Association (2003), 990-1029
- Rogge, Brennpunkte bei der Besteuerung der Digitalwirtschaft, BB 2015, 2966-2973

- Roßnagel/Richter/Nebel, Besserer Internetdatenschutz für Europa – Vorschläge zur Spezifizierung der DS-GVO, ZD 2013, 103-108
- Rubinfeld, Wettbewerb, Innovation und die Durchsetzung des Kartellrechts in dynamischen, vernetzten Industrien, GRUR Int. 1999, 479-488
- Ruhnke, Transformation der Abschlussprüfung durch Big Data Analytics, WPg 2017, 422-427
- Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Digitale Souveränität, 2017, http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/Gutachten_Digitale_Souver%C3%A4nit%C3%A4t_.pdf
- Sattler, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, 1036-1046
- Schantz, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, 1841-1847
- Schefzig, Wem gehört das neue Öl?, in Moos/Arning/Schefzig (Hrsg.), Daten als Geschäftsmodell, K&R Beihefter 3/2015, S. 3-7
- Schepp/Wambach, On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment, 7 J. Eur. Comp. L. & Prac. (2016) 120-124
- Scherzinger, Hat der Gesetzgeber aus den Fehlern bei der 7. GWB-Novelle gelernt? – Zu den Übergangsvorschriften im Regierungsentwurf für eine 9. GWB-Novelle, NZKart 2016, 513-517
- Schroeter, Der digitale Binnenmarkt für Europa und das UN-Kaufrecht, ZVglRWiss 115 (2016) 270-292
- Schulz, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2017
- Schwartzmann/Hentsch, Parallelen aus dem Urheberrecht für ein neues Datenverwertungsrecht, PinG 2016, 117-126
- Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Discussion Paper No. 16-042 (2016), <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16042.pdf>
- Schweitzer/Peitz, Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?, NJW 2018, 275-280
- Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 (2017), <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf>
- Seeliger/de Crozals, Zukunftsweisend: Die 9. GWB-Novelle, ZRP 2017, 37-40
- Shy, A Short Survey of Network Economics, Review of Industrial Organization 2011, 119-149
- Sokol/Comerford, Antitrust and Regulating Big Data, 23 Geo. Mason L. Rev. (2016) 1129-1161
- SPD, Zeit für mehr Gerechtigkeit. Unser Regierungsprogramm für Deutschland., 2017, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Regierungsprogramm/SPD_Regierungsprogramm_BTW_2017_A5_RZ_WEB.pdf
- Specht, Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR Int. 2017, 1040-1047

- Specht, Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, CR 2016, 288-296
- Specht/Rohmer, Zur Rolle des informationellen Selbstbestimmungsrechts bei der Ausgestaltung eines möglichen Ausschließlichkeitsrechts an Daten, PinG 2016, 127-132
- Spindler, Big Data und Forschung mit Gesundheitsdaten in der gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2016, 691-699
- Spindler, Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, DB 2016, 937-947
- Spindler, Die Modernisierung des europäischen Urheberrechts, CR 2016, 73-81
- Spindler, Verträge über digitale Inhalte – Haftung, Gewährleistung und Portabilität – Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, MMR 2016, 147-153 und 219-224
- Staudenmayer, Digitale Verträge – Die Richtlinienvorschläge der Europäischen Kommission, ZEuP 2016, 801-831
- Staudenmayer, Verträge über digitalen Inhalt, NJW 2016, 2719-2725
- Stucke/Ezrachi, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, 5/2015
- Suchsland/Rossmann, „Mit Netz und doppeltem Boden“ – Bußgeldhaftung nach dem Referentenentwurf zur 9. GWB-Novelle, NZKart 2016, 342-343
- Surblytè, Data-Driven Economy and Artificial Intelligence: Emerging Competition Law Issues?, WuW 2017, 120-127
- Tamke, Big Data and Competition Law, ZWeR 2017, 358-385
- Telle, Kartellrechtlicher Zugangsanspruch zu Daten nach der essential facility doctrine, in Henneemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 73-87
- Telle, Big Data und Kartellrecht, InTeR 2017, 3-10
- Telle, Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten, WRP 2016, 814-820
- Thomas, Wettbewerb in der digital economy: Verbraucherschutz durch AGB-Kontrolle im Kartellrecht?, NZKart 2017, 92-98
- Timm, Digitalisierung und Big Data in der Medizin, MedR 2016, 681-686
- Ulmer, Kartellverbot und außerökonomische Rechtfertigung, 2014
- Vestager, Competition in a big data world, 2016,
https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en
- Volmar, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen, ZWeR 2017, 386-408

- Weber, Information at the crossroads of competition and data protection law, ZWeR 2014, 169-183
- Weck, Fusionskontrolle in der digitalen Welt, NZKart 2015, 290-295
- Wendehorst/v. Westphalen, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745-3750
- Werkmeister/Brandt, Datenschutzrechtliche Herausforderungen für Big Data, CR 2016, 233-238
- v. Westphalen/Wendehorst, Hergabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte – Gegenleistung, bereitzustellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt?, BB 2016, 2179-2187
- Wiebe, Von Datenrechten zu Datenzugang – Ein rechtlicher Rahmen für die europäische Datenwirtschaft – Überblick und erste Bewertung zur Mitteilung der EU-Kommission vom 10.1.2017, CR 2017, 87-93
- Wiebe, Suchmaschinenmonopole und Kartellrecht, MR-Int 2007, 179-187
- Wiebe/Schur, Ein Recht an industriellen Daten im verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsschutz, Wettbewerbs- und Informationsfreiheit, ZUM 2017, 461-473
- Wiedmann/Jäger, Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße?, K&R 2016, 217-220
- Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten, 2016,
https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Allgemeines/DieBundesnetzagentur/WAR/Stellungnahmen/Stellungnahme_OTT.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- Zech, „Industrie 4.0“ – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151-1160
- Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012