

HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN



Forschungsinstitut für Recht und digitale Transformation

Working Paper Series

2019

Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft

Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale)
(zusammen mit Martin Schallbruch und Prof. Achim Wambach, PhD)

Working Paper No. 7

Zitiervorschlag: Heike Schweitzer et. al., „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“, Working Paper No. 7 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation (2019).



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft

Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0

Impressum

Herausgeber

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)
Öffentlichkeitsarbeit
11019 Berlin
www.bmwi.de

Stand

September 2019

Druck

BMWi

Gestaltung

PRpetuum GmbH, 80801 München

Bildnachweis

Seite 1

BMWi (Hansjörg Durz, Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff, Dr. Bernd Langeheine, Falko Mohrs, Martin Schallbruch, Prof. Dr. Jens-Peter Schneider, Prof. Dr. Monika Schnitzer, Prof. Dr. Heike Schweitzer, Prof. Dr. Daniela Seeliger, Prof. Dr. Gerhard Wagner), Laurence Chaperon (Dr. Matthias Heider), Anna Logue Fotografie (Prof. Achim Wambach)

Diese und weitere Broschüren erhalten Sie bei:

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat Öffentlichkeitsarbeit
E-Mail: publikationen@bundesregierung.de
www.bmwi.de

Zentraler Bestellservice:

Telefon: 030 182722721
Bestellfax: 030 18102722721

Diese Publikation wird vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit herausgegeben. Die Publikation wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbern oder Wahlhelfern während eines Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen sowie für Wahlen zum Europäischen Parlament.

Verfasser

Kommission Wettbewerbsrecht 4.0

Vorsitz



Martin Schallbruch



Prof. Dr. Heike
Schweitzer



Prof. Achim
Wambach, PhD

Mitglieder



Prof. Dr. Wolfgang
Kirchhoff



Dr. Bernd
Langeheine



Prof. Dr. Jens-Peter
Schneider



Prof. Dr. Monika
Schnitzer



Prof. Dr. Daniela
Seeliger



Prof. Dr. Gerhard
Wagner

Mitglieder ohne Stimmrecht



Hansjörg Durz,
MdB



Dr. Matthias Heider,
MdB



Falko Mohrs,
MdB

Inhalt

Zusammenfassung	4
Empfehlungen im Überblick	6
I. Mandat: Die EU-Wettbewerbsregeln an das digitale Zeitalter anpassen	8
II. Herausforderungen der digitalen Ökonomie für unsere Wirtschaftsstrukturen in den Blick nehmen	12
1. Grundzüge der Datenökonomie: Innovationspotentiale, Informationsasymmetrien und Vermachtungsgefahren.....	13
a. Daten als Inputfaktor zur Individualisierung von Diensten und Produkten und zu Effizienzsteigerungen in der Produktion.....	13
b. Vielseitige Einsetzbarkeit über Marktgrenzen hinweg: Neue Verbundvorteile.....	14
c. Steigende Grenzerträge der Datennutzung.....	14
d. Die Datenökonomie als neue Quelle von Informationsasymmetrien.....	15
2. Plattformen – Konzentrationstendenzen.....	15
a. Plattformen treten in verschiedenen Formen auf.....	15
b. Netzwerkeffekte sind kennzeichnend für die Plattformökonomie.....	16
c. Besondere Eigenschaften von Plattformen und Plattformmärkten im Überblick.....	16
3. Digitale Ökosysteme und konglomerate Effekte.....	17
a. Neuartige konglomerate Strukturen entstehen.....	17
b. Konglomerate Strukturen können zu wettbewerblichen Problemen führen.....	19
III. Innovation und Konsumentensouveränität in einer dynamischen Wirtschaft stärken	21
1. Ziel: Wettbewerb als Treiber von Innovationen schützen.....	22
2. Ziel: Wahlfreiheit der Konsumenten gewährleisten.....	23
3. Ziel: Regelungsstrukturen den Bedingungen des digitalen Wandels anpassen.....	24
IV. Marktgrenzen und Marktmacht differenzierter erfassen	27
1. Die Methoden der Marktabgrenzung für die digitale Ökonomie konkretisieren.....	28
2. Marktabgrenzung und Konzepte für die Erfassung von Machtpositionen digitaler Plattformen schärfen.....	31
3. Marktübergreifende Marktverschlussstrategien besser erfassen.....	32
V. Datenzugang und den selbstbestimmten Umgang mit Daten stärken	34
1. Zugang zu Daten als Quelle von Innovations- und Wettbewerbschancen.....	35
2. Wettbewerbsrechtliche Datenzugangsverpflichtungen konkretisieren.....	36
3. Selbstbestimmung der Verbraucher im Umgang mit ihren Daten sicherstellen.....	38
a. Datenportabilität stärken.....	39
b. Zugang Dritter zu Datenkonten ermöglichen.....	41
c. Schaffung neuer Datentreuhänder prüfen.....	43
4. Zugang zu öffentlichen Daten verbessern.....	45
a. Bereitstellung von Daten durch die öffentliche Hand verbessern.....	45
b. Nutzen aus Daten des öffentlichen Sektors erhöhen.....	46

VI. Klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen	48
1. Verfestigte Marktpositionen von Plattformen erfordern neue Regeln	49
a. Konzentrationstendenzen auf Plattformmärkten	49
b. Plattformen als „Gatekeeper“ und Regelsetzer	49
c. Hohe Kosten des Nichteingreifens oder verspäteter Intervention gegen Machtmissbrauch	50
2. Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen konkretisieren und schärfen	51
a. Plattform-Verordnung für marktbeherrschende Online-Plattformen	52
b. Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Selbstbegünstigungen	53
c. Verbesserte Datenportabilität und interoperable Datenformate	54
d. Alternative Dispute Resolution-Verfahren für Rechtsverletzungen auf Plattformen	55
VII. Innovationen durch Kooperationen ermöglichen	58
1. Kooperationen als Teil des Innovationsprozesses	59
2. Rechtsunsicherheit als Investitionshindernis	59
a. Neue Kooperationsformen in der digitalen Wirtschaft und außerrechtliche Umsetzungsprobleme	59
b. Rechtsunsicherheit für kooperationswillige Unternehmen: Ursachen und Unzulänglichkeit der bestehenden Instrumente	59
c. Kosten der Rechtsunsicherheit	61
3. Rechtssicherheit für Kooperationen erhöhen: Einführung eines Notifizierungsverfahrens für neuartige Kooperationen	62
VIII. Fusionskontrolle: Den Aufkauf von Start-ups durch marktbeherrschende Unternehmen besser kontrollieren	64
1. Keine transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle auf europäischer Ebene einführen	66
2. Das System der ex-ante-Kontrolle nicht durch eine ex-post-Kontrolle ersetzen	68
3. Neue Leitlinien für Aufkäufe von Start-ups durch marktbeherrschende Digitalunternehmen schaffen	69
IX. Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verbessern	72
1. Einstweilige Maßnahmen auf digitalen Märkten proaktiver einsetzen	74
2. Abhilfemaßnahmen flexibler einsetzen	76
a. Auferlegung „restaurativer Abhilfen“	77
b. Evaluierung und Nachjustierung von Abhilfemaßnahmen	78
X. Wettbewerbsrecht mit anderen Regelungsbereichen verzahnen	80
1. Verwaltungs- und Aufsichtsstrukturen besser verknüpfen: Einrichtung eines „Digital Markets Board“	81
2. Eine neue EU-Agentur zur Unterstützung der Digitalpolitik schaffen	82
3. Datenschutzaufsichten bündeln	84
Anhang	86

Zusammenfassung

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist im September 2018 vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie eingesetzt und beauftragt worden, Handlungsempfehlungen zur Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts im Lichte der digitalen Wirtschaft zu erarbeiten. Die neue Datenökonomie, die Verbreitung von plattformbasierten Geschäftsmodellen und die wachsende Bedeutung marktübergreifender digitaler Ökosysteme sind die „game changer“ der digitalen Ökonomie. Ein Charakteristikum der digitalen Ökonomie ist das Zusammenspiel dieser verschiedenen Aspekte in einem Prozess, der zur Entstehung neuer Machtpositionen, zu deren ständiger Verstärkung und zu einer Fähigkeit der Ausdehnung von Machtpositionen über herkömmliche Marktgrenzen hinausführen kann.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist der Überzeugung, dass die Bestreitbarkeit von Machtpositionen in der Digitalwirtschaft dauerhaft gewährleistet bleiben, ihre Ausnutzung zur Behinderung von Innovation und Wettbewerb unterbunden sowie eine machtbedingte Erstreckung auf weitere Märkte verhindert werden muss. Schlüssel für einen wirkamen Wettbewerb auch in Zukunft sind der Schutz der Entwicklung und Vermarktung von Innovationen und die Stärkung der Konsumentensouveränität im digitalen Raum. EU und Mitgliedstaaten müssen dazu die Geschwindigkeit des Wandels in der digitalen Ökonomie berücksichtigend einen verbesserten wettbewerblichen Regelrahmen und einen gestärkten Rahmen der Rechtsdurchsetzung entwickeln, um wettbewerbswidriges Verhalten mit hohem Gefahrenpotential schneller als bislang zu unterbinden. Wettbewerbsrecht und in bestimmten Bereichen sektorale Regulierung müssen hierzu weiterentwickelt und besser verknüpft werden.

Der Rechtsrahmen des europäischen Wettbewerbsrechts bedarf hierzu Anpassungen, ohne jedoch die Prinzipien des Wettbewerbsrechts in Frage zu stellen. Nach Auffassung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 müssen jedoch insbesondere die praktische und tatsächliche Verfügungsgewalt der Konsumenten über ihre eigenen Daten verbessert, klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen eingeführt, die Rechtssicherheit für Kooperationen in der Digitalwirtschaft erhöht sowie die institutionelle Verknüpfung von Wettbewerbsrecht und sonstiger Digitalregulierung verstärkt werden.

Datenzugang: Die Sammlung, Kombination und Auswertung von Daten steht im Zentrum digitaler Innovation und ist ein zentraler Bestandteil vieler digitaler Geschäftsmodelle.

Aus Vorteilen im Zugriff auf Daten können sich Wettbewerbsvorteile ergeben, die ihrerseits erneut zur Ausweitung des Datenzugriffs führen. Die marktübergreifende Bedeutung von Daten kann ferner einen Wettbewerbsvorsprung auf anderen Märkten begründen – eine neue Ausprägung konglomerater Effekte, die zur Entstehung integrierter digitaler Ökosysteme beiträgt. Damit hieraus resultierende Machtpositionen angreifbar bleiben, ist in diesen Fällen ein Zugang zu Daten zu gewährleisten, der wettbewerblichen Druck (wieder)herstellt. Missbräuchliche Datenzugangsverweigerungen können und sollten nach geltendem Recht als Wettbewerbsverstoß identifiziert, Anordnungen zum Datenzugang können getroffen werden. Wird die Verweigerung von Datenzugang zu einem systematischen Problem, kann dies jedoch das Kartellrecht und dessen Rechtsdurchsetzungsregime überfordern.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist der Auffassung, dass die Stärkung der Konsumentensouveränität ein wichtiges Instrument sein kann, um den Zugang zu Verbraucherdaten zu erleichtern und die Entstehung von Wettbewerbsproblemen zu vermeiden. Je einfacher Konsumenten ihre Daten von einem zum anderen Anbieter portieren oder neuen Anbietern den Zugang zu Daten gewähren können, desto eher können Wettbewerber datenbasierte Machtpositionen angreifen. Für marktbeherrschende Plattformen wird daher eine Verschärfung der im Datenschutzrecht bereits angelegten Pflicht zur Gewährleistung von Datenportabilität vorgeschlagen. Ergänzende sektorale Regulierung kann zudem nach dem Vorbild der Zahlungsdienstemärkte das Recht der Konsumenten vorsehen, Drittanbietern den Zugriff auf ihr Nutzerkonto zu gewähren. Zudem schlägt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 vor, die Etablierung von Datentreuhändern zu fördern, die im Auftrag und nach den Vorgaben der Konsumenten Datenzugänge für Unternehmen einräumen können.

Plattformregulierung: Digitale Plattformen sind Gatekeeper und Regelsetzer in der digitalen Ökonomie. Hat eine solche Plattform eine marktbeherrschende Stellung erlangt und profitiert in hohem Maße von positiven Netzwerkeffekten, so ist die Bestreitbarkeit dieser Machtposition deutlich reduziert. Angesichts der starken Steuerungswirkung, die Plattformen für das Verhalten ihrer Nutzer entfalten können, der häufig schnellen Entwicklung digitaler Märkte und der Bedeutung von „first mover“-Vorteilen sind die Kosten des Nichteingreifens bzw. einer nicht rechtzeitigen Unterbindung missbräuchlicher Verhaltensweisen in solchen Fällen typischerweise besonders hoch.

Um die Bestreitbarkeit bestehender Machtpositionen und einen unverfälschten Wettbewerb auf der Plattform sowie auf und um angrenzende Märkte zu gewährleisten, schlägt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Online-Plattformen im Rahmen einer Plattform-Verordnung vor. Eine solche Plattform-Verordnung sollte insbesondere das Verbot der Selbstbegünstigung eigener Dienste im Verhältnis zu Drittanbietern sowie eine Pflicht zur Gewährleistung erweiterter Datenportabilität in Echtzeit und interoperablen Datenformaten umfassen. Die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung bleibt vorbehalten.

Rechtssicherheit bei Kooperationen: Um in der Digitalwirtschaft zu bestehen und die Chancen der technologischen und Marktveränderungen zu nutzen, müssen Unternehmen mit neuen Möglichkeiten der Daten- und Plattformökonomie experimentieren können. Kooperationen in vielfältiger Form sind Teil dieses Such- und Innovationsprozesses. Von Unternehmen wird die Unsicherheit über die kartellrechtlichen Grenzen neuartiger Kooperationsformen jedoch regelmäßig als ein relevantes Hindernis für den Einstieg in und das Experimentieren mit solchen Kooperationen benannt. Tatsächlich können sowohl Datenkooperationen – also Vereinbarungen zwischen Unternehmen über das Austauschen, Teilen und Zusammenführen von Daten – als auch Kooperationen beim gemeinsamen Aufbau von Plattformen, digitalen Netzwerken und Ökosystemen schwierige kartellrechtliche Fragen aufwerfen, die Kooperationsbereitschaft bremsen.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist daher der Ansicht, dass es neuer verfahrensrechtlicher Instrumente bedarf, um Unternehmen die Möglichkeit zu geben, Rechtssicherheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit neuartiger Kooperationen zu erlangen. Vorgeschlagen wird, auf euro-

päischer Ebene ein freiwilliges Anmeldeverfahren für Kooperationen einzuführen, die offene Rechtsfragen aufwerfen und von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind. Die Generaldirektion Wettbewerb hätte innerhalb von 90 Arbeitstagen über die Zulässigkeit einer angemeldeten Kooperation zu entscheiden.

Vernetzte Digitalregulierung: Die Digitalisierung geht mit einer grundlegenden Umstrukturierung in nahezu allen Bereichen von Wirtschaft und Gesellschaft einher. Der Schutz funktionsfähiger, offener und innovativer Märkte führt zu Regeländerungen auch außerhalb des wettbewerbsrechtlichen Rahmens – etwa im Bereich des Vertrags-, Verbraucherschutz-, Datenschutz-, Haftungs- oder Verfahrensrechts.

Es ist nach Überzeugung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 geboten, die Zusammenarbeit der politischen Steuerungs- sowie der Verwaltungs- und Aufsichtsstrukturen durch eine institutionalisierte Vernetzung stärker als bisher abzusichern. Die angestrebte Verbesserung der politischen Koordinierung könnte durch die Einrichtung eines neuen „Digital Markets Board“ erreicht werden, das beim Generalsekretariat der EU-Kommission anzusiedeln wäre. Eine Mehrheit der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 plädiert ferner für die befristete Einrichtung einer EU-Agentur für die Begleitung der Digitalisierung der Märkte („Digital Markets Transformation Agency“), um eine bessere Vernetzung der Aufsichtsstrukturen zu erreichen. Ihr Auftrag sollte es sein, Informationen über Marktentwicklungen sowie technische Entwicklungen zu sammeln und aufzubereiten, sich mit einem entsprechenden Netzwerk mitgliedstaatlicher Einrichtungen zu koordinieren und die Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden sowie die politische Ebene umfassend zu unterstützen.

Empfehlungen im Überblick

1. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, die **Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes zu überarbeiten**.
2. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt die Veröffentlichung einer gesonderten **Mitteilung zur Marktabgrenzung und Marktmachtfeststellung bei digitalen Plattformen**.
3. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt eine **Untersuchung marktübergreifender Marktverschlussstrategien in der digitalen Ökonomie** und der Möglichkeiten, ihnen mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts zu begegnen.
4. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, in einer auf Art. 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gestützten **Rahmenrichtlinie marktübergreifend wettbewerbsrechtlich angeleitete Grundsätze zu formulieren**, wann und in welcher Weise Nutzern ein **Recht** eingeräumt werden sollte, **Drittanbietern ein digitales Nutzerkonto zugänglich zu machen**. Die EU-Kommission sollte ermächtigt werden, in Konkretisierung dieser Vorgaben sektorspezifische Verordnungen zu erlassen.
5. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, die **Möglichkeit der Einrichtung von Datentreuhändern zu untersuchen** und insoweit verschiedene Modelle zu prüfen. Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse sollte entschieden werden, mit welchen Instrumenten – möglichst auf europäischer Ebene – das Entstehen solcher Treuhänder gefördert werden kann.
6. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, in einer **weiter zu entwickelnden Open-Data-Gesetzgebung auf Europäischer Ebene wie auf Ebene der Mitgliedstaaten** festzulegen, dass alle öffentlichen Einrichtungen strukturierte Daten über standardisierte Plattformen und in offenen interoperablen Datenformaten bereitstellen. Der Kreis der Datenempfänger und die Kostentragung sind sektoral zu regeln. Zur Koordination und als Ansprechpartner für Interessenten sollte in Deutschland eine zentrale Einrichtung von Bund und Ländern unter Beteiligung der Wirtschaft aufgebaut werden, die auch die Führung von Verzeichnissen und Pflege von Standards übernimmt. Ein „Open Data Institute“ wie im Vereinigten Königreich könnte ein Vorbild sein.
7. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt die Erarbeitung übergreifender **Datenstrategien** auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene, die ein sektorübergreifendes Konzept und sektorübergreifende Rahmenbedingungen für die Sammlung, Nutzung und Bereitstellung von **Daten des öffentlichen Sektors und der Daseinsvorsorge** vorgeben.
8. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt der EU-Kommission und den Mitgliedsstaaten, Unternehmen dort, wo sie mit Aufgaben der Daseinsvorsorge betraut werden, wo ihnen, z. B. durch Vergabe einer begrenzten Anzahl von Konzessionen, ein privilegierter Zugang zu knappen Ressourcen eingeräumt wird, sowie im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe zu verpflichten, die **im Zuge dieser Tätigkeit für die öffentliche Hand generierten Daten** im Rahmen datenschutzrechtlicher Vorgaben und unter Respektierung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der öffentlichen Hand **nach einheitlichen Maßstäben zur Nutzung und – im Rahmen der OpenData-Gesetzgebung – Weitergabe an Dritte zur Verfügung zu stellen**.
9. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt mehrheitlich, **marktbeherrschenden Online-Plattformen** mit bestimmten Mindestumsätzen oder -nutzerzahlen durch eine Plattform-Verordnung bestimmte **Verhaltensregeln** aufzuerlegen.
10. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, marktbeherrschenden Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung fallen, die **Begünstigung eigener Dienste im Verhältnis zu Drittanbietern zu untersagen**, soweit diese nicht sachlich gerechtfertigt ist.
11. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, marktbeherrschende Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung fallen, zu verpflichten, ihren Nutzern die **Portabilität der Nutzer- bzw. Nutzungsdaten in Echtzeit und in einem interoperablen Datenformat zu ermöglichen sowie die Interoperabilität mit Komplementärdiensten** zu gewährleisten.
12. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt dem europäischen Gesetzgeber zu prüfen, ob marktbeherrschende Online-Plattformen mit bestimmten Mindestumsätzen oder -nutzerzahlen verpflichtet werden sollten, ein **Verfahren zur alternativen Streitbeilegung für Rechtsverletzungen auf Plattformen** einzuführen.

13. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, die Klärung neuer Rechtsfragen, wie sie durch **Kooperationen von Unternehmen im digitalen Bereich** (z. B. Datenaustausch und Datenpooling; Investition in kooperative Projekte zur Innovation im Bereich Internet der Dinge – IoT) aufgeworfen sind, für die kommenden Jahre zu einer **Priorität der EU-Kommission** zu erklären.
14. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, für neuartige Formen der Kooperation in der Digitalwirtschaft auf europäischer Ebene ein **freiwilliges Anmeldeverfahren** mit Anspruch auf eine Entscheidung in kurzer Frist einzuführen und hierzu die Generaldirektion Wettbewerb personell zu verstärken.
15. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hält eine Reform der Aufgreifschwelle der Fusionskontrollverordnung (FKVO) gegenwärtig für nicht erforderlich, plädiert aber für eine **systematische Beobachtung und Auswertung** des Umgangs mit einschlägigen Fällen durch die EU-Kommission und eine **zweijährliche Berichterstattung** an Rat und Parlament.
16. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 **rät** gegenwärtig **von der Einführung eines Systems der ex-post-Kontrolle von Zusammenschlüssen ab**. Im Rahmen der vorgeschlagenen Beobachtung und Auswertung von Fällen des frühzeitigen Aufkaufs von innovativen Start-ups sollte die EU-Kommission aber auch untersuchen und berichten, ob es mit dem derzeitigen System der ex-ante-Kontrolle gelingt, die Gefahr einer systematischen Verfestigung und Erweiterung von Machtpositionen im Wettbewerb zu unterbinden.
17. Bei der Anwendung des SIEC-Tests zur Erfassung der mit dem Aufkauf von jungen, innovativen Start-ups durch marktmächtige Digitalunternehmen verbundenen wettbewerblichen Gefahren muss besonderes Gewicht darauf gelegt werden, die Bestreitbarkeit verfestigter Machtpositionen zu gewährleisten. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt die Entwicklung entsprechender **Leitlinien**, die diesen Anforderungen Rechnung tragen. **Datenbasierte, innovationsbasierte und konglomerate Schadenstheorien** sind bei der Überarbeitung besonders zu berücksichtigen.
18. Eine **Reform von Art. 8 VO 1/2003** („**einstweilige Maßnahmen**“) hält die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 **nicht für erforderlich**. Auch sollte der Rechtsschutz in Verfahren zur Ergreifung von einstweiligen Maßnahmen nicht abgeschwächt werden. Angesichts der schnellen Entwicklungen auf digitalen Märkten sollte die **EU-Kommission jedoch proaktiv prüfen, ob die Anordnung einstweiliger Maßnahmen geboten ist**, um nicht wiedergutzumachende Schädigungen des Wettbewerbs zu verhindern.
19. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt den Wettbewerbsbehörden auf digitalen Märkten den **stärkeren Einsatz flexibler, zielorientierter Abhilfemaßnahmen**. Sie empfiehlt der EU-Kommission die Durchführung einer **Studie, welche die bisherige Abhilfenpraxis der Wettbewerbsbehörden in einschlägigen Fällen** (Microsoft, Google Shopping u. a.) **analysiert**.
20. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt der neu gewählten EU-Kommission, beim Generalsekretariat ein **Digital Markets Board einzurichten**, das für eine ständige Abstimmung und Koordinierung der verschiedenen Politikbereiche im Dienste einer übergreifenden und kohärenten europäischen Digitalpolitik zuständig ist.
21. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt mehrheitlich die befristete Einrichtung einer **EU-Agentur für die Begleitung der Digitalisierung der Märkte** („**Digital Markets Transformation Agency**“). Ihr Auftrag soll es sein, Informationen über Marktentwicklungen sowie technische Entwicklungen zu sammeln und aufzubereiten und sich mit einem entsprechenden Netzwerk mitgliedstaatlicher Einrichtungen zu koordinieren. Die Einrichtung soll die zuständigen Behörden auf EU-Ebene und das EU Digital Markets Board unterstützen.
22. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt den Mitgliedstaaten die stärkere **Bündelung der Datenschutzaufsicht** für den nicht-öffentlichen Bereich.

I. Mandat: Die EU-Wettbewerbsregeln an das digitale Zeitalter anpassen

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist im September 2018 vom Bundesminister für Wirtschaft und Energie, Peter Altmaier, eingesetzt und beauftragt worden, Handlungsempfehlungen zur Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts im Lichte der neuen Datenökonomie, der neuen Bedeutung plattformbasierter Geschäftsmodelle und der Entwicklung der „Industrie 4.0“ zu erarbeiten.

Insbesondere sollte die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 untersuchen, ob Änderungen des wettbewerbsrechtlichen Rahmens erforderlich sind, um in Deutschland und Europa international wettbewerbsfähige Digitalunternehmen zu ermöglichen; wie den Kooperations- und Skalierungsbedürfnissen deutscher und europäischer Digitalunternehmen besser Rechnung getragen werden kann; ob Anpassungsbedarf in der rechtlichen Regelung eines – stets mit den Erfordernissen des Datenschutzes in Einklang zu bringenden – Datenzugangs besteht; in welcher Weise Innovation und Investitionserfordernissen im Wettbewerbsrecht Rechnung getragen werden kann; wie die wettbewerbsrechtlichen Regeln für marktstarke Plattformbetreiber weiterentwickelt werden können; und ob Anpassungen im Kartellverfahrensrecht erforderlich sind, damit Wettbewerbsbehörden in sich dynamisch verändernden Märkten schneller reagieren können¹. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 war aufgefordert, bei ihren Überlegungen den vielfältigen Wechselbeziehungen und Schnittstellen zwischen dem Kartellrecht einerseits, dem Lauterkeits-, Verbraucherschutz-, Datenschutz- und Haftungsrecht sowie anderen digitalwirtschaftlich bedeutsamen Materien andererseits Rechnung zu tragen und Vorschläge für einen Regelrahmen zu unterbreiten, der ein gutes Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsmaterien mit dem Ziel eines innovationsfreundlichen, offenen Wettbewerbs ermöglicht. Die Vorschläge sollen der Bundesregierung unter anderem zur Vorbereitung der EU-Ratspräsidentschaft 2020 dienen.

Die interdisziplinär besetzte Kommission hat sechs Mal getagt. Die Sitzungen wurden in drei Arbeitsgruppen intensiv vorbereitet. Die Kommission hat ferner eine schriftliche Konsultation durchgeführt. 21 Stellungnahmen sind eingegangen und in die Arbeit der Kommission eingeflossen. Im Rahmen der Arbeitsgruppen und Sitzungen hat die Kommission darüber hinaus Experten und Stakeholder angehört. Auf der Grundlage dieser Bestandsaufnahme hat die Kommission eine weitgehend gemeinsame Sicht der Problem-

stellungen entwickelt. Die hieraus folgenden Handlungsempfehlungen sind zum Teil kontrovers diskutiert worden. In zentralen Punkten konnte Einigkeit erzielt werden. Wo dies nicht der Fall war, legt der vorliegende Bericht Handlungsoptionen offen und erörtert die Gründe, die für den einen oder anderen Weg sprechen.

Im Folgenden werden zunächst die Herausforderungen skizziert, vor welche die digitale Ökonomie die Märkte und Wirtschaftsstrukturen stellt: Die neue Datenökonomie, die Verbreitung von plattformbasierten Geschäftsmodellen und die zunehmende Bedeutung digitaler Ökosysteme sind die „game changer“ auf dem Weg zu einer digitalen Ökonomie (Kapitel II). Im Anschluss wird die Bedeutung von funktionsfähigem Wettbewerb für Innovation sowie die Bedeutung von Innovation für Wettbewerb und Verbraucher aufgezeigt. Die freien Wahlentscheidungen der Konsumenten sind ein unerlässlicher Steuerungsmechanismus eines unverfälschten Wettbewerbs. Innovationsoffenheit und die Stärkung der Konsumentensouveränität sind daher durchgängige Leitmotive dieses Berichts. Die Diskussion von Reformoptionen erfordert ferner ein Grundverständnis der „trade-offs“, die mit verschiedenen Regelungsstrukturen und mit verschiedenen Institutionen der Rechtsdurchsetzung in einem Regelungsfeld mit hoher Dynamik und Unsicherheiten verbunden sind. Dieses Grundverständnis leitet die Diskussion der Handlungsoptionen (Kapitel III). Ein Kennzeichen der digitalen Ökonomie ist, dass durch den Einsatz digitaler Technologien etablierte Geschäftsmodelle verdrängt werden und Märkte neu entstehen, entfallen oder sich wesentlich ändern. Das Wettbewerbsrecht ist vor allem bei der Marktabgrenzung und in der Bestimmung von Marktmacht vor neue Herausforderungen gestellt. In Kapitel IV werden daher eine Überarbeitung der Leitlinien zur Marktabgrenzung und die Entwicklung eines eigenständigen Analyserahmens für die Marktabgrenzung und Feststellung von Marktmacht auf Plattformmärkten empfohlen. Die folgenden Kapitel sind den der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 aufgegebenen Themenschwerpunkten gewidmet: In Kapitel V wird eine Stärkung der Position der Konsumenten im Umgang mit „ihren“ Daten empfohlen. Insbesondere dort, wo marktbeherrschende Unternehmen direkt mit Endkunden interagieren, wird für eine Stärkung des Rechts auf Datenportabilität plädiert. In Kapitel V wird die Einführung klar definierter Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen vorgeschlagen. Inhalt von

1 Das Mandat der Kommission ist abrufbar unter <https://www.wettbewerbsrecht-40.de/KW40/Redaktion/DE/Downloads/einsetzung-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

Kapitel VII ist der Vorschlag, einen Notifizierungsmechanismus für neuartige Kooperationsformen zu schaffen, um mehr Rechtssicherheit für Unternehmen zu gewährleisten. Kapitel VIII empfiehlt Leitlinien zum Umgang mit dem frühzeitigen Kauf von umsatzschwachen Start-ups mit erkennbarem Wettbewerbspotential. In Kapitel IX empfiehlt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 einen verstärkten Rückgriff auf das Instrument der „einstweiligen Maßnahmen“ und eine flexible, zielorientierte Ausgestaltung von Abhilfen. Im abschließenden Kapitel X betont die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 die Notwendigkeit, bei der Weiterentwicklung eines wettbewerblichen Regelungsrahmens für die Digitalökonomie verschiedene Regelungsbereiche zusammenzudenken, um einen funktionsfähigen Wettbewerb im Dienste der Verbraucher und einer wettbewerbsfähigen, innovationsfreundlichen europäischen Digitalwirtschaft zu gewährleisten.

Der vorliegende Bericht kann auf eine Reihe vorausgegangener Berichte zur Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts und eines wettbewerbs- und innovationsfördernden Regelungsrahmens für die Digitalwirtschaft aufbauen. Zu diesen Berichten zählen, in chronologischer Reihenfolge, der Bericht von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktbeherrschende Unternehmen für das deutsche Bundesministerium für Wirtschaft und Energie² (im Folgenden: „Marktmacht-Studie“), der Bericht „Unlocking digital competition“ zur

Reform des wettbewerblichen Regelungsrahmens im UK³ (im Folgenden: „Furman-Report“), der Bericht der Sonderberater von Kommissarin Vestager „Competition policy for the digital era“⁴ (im Folgenden: „Sonderberater-Bericht“) sowie die „Digital Platforms Inquiry“ der Australian Competition and Consumer Commission⁵ (im Folgenden: „ACCC-Report“). Eine Auswertung dieser Berichte im Hinblick auf die Themen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 findet sich im Anhang.

Eine große Anzahl weiterer Berichte und Veröffentlichungen zu angrenzenden, teilweise überlappenden Fragestellungen kommt hinzu.⁶ Ungeachtet unterschiedlicher Handlungsempfehlungen liegt den Berichten die gemeinsame Überzeugung zugrunde, dass die Digitalökonomie zu grundlegenden wirtschaftlichen Veränderungen führt, die rechtliche Anpassungen erforderlich machen. Auf die verschiedenen Berichte wird daher im Folgenden wiederholt Bezug genommen.

Parallel zur Arbeit der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 haben das deutsche Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, das französische Wirtschafts- und Finanzministerium und das polnische Ministerium für Wirtschaft und Technologie gemeinsame Vorschläge zur Reform der europäischen Wettbewerbspolitik vorgelegt.⁷ Auch auf diese Vorschläge wird Bezug genommen.

- 2 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018, im Folgenden: „Marktmacht-Studie“.
- 3 *Furman/Coyle/Fletcher/McAuley/Marsden*, Unlocking Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, im Folgenden: „Furman-Report“, abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).
- 4 *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, im Folgenden: „Sonderberater-Bericht“, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).
- 5 Australian Competition & Consumer Commission (ACCC), Digital Platforms Inquiry, Final Report, 2019, im Folgenden: „ACCC-Report“, abrufbar unter <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).
- 6 Siehe nur *Lear*, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, Final Report, im Folgenden: „Lear-Report“, 2019, abrufbar unter http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version-1.pdf; *Scott Morton/Bouvier/Ezrachi/Jullien/Katz/Kimmelman/Melamed/Morgenstern*, Report of the Committee for the Study of Digital Platforms – Market Structure and Antitrust Subcommittee, im Folgenden: „Stigler-Report“, 2019, abrufbar unter <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/market-structure-report.pdf?la=en&hash=E08C7C9AA7367F2D612DE24F814074BA43CAED8C>; *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power in the Platform Economy, 2019, abrufbar unter https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/2019_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).
- 7 BMWi/Ministère de L'Économie et des Finances/Ministerstwo Przemysłowosci i Technologii, Modernising EU Competition Policy, 2019, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 bedankt sich bei den folgenden Unternehmen, Verbänden und Einzelpersonen für ihre mündlichen Beiträge in Anhörungen:

Dr. Martin Beckmann (ver.di), Philipp Ehmann (eco), Dr. Dirk Förterer (Allianz Deutschland), Marit Hansen (ULD), Benjamin Hartmann (Europäische Kommission), Dennis Kaben (Google), Birgit Krueger (BKartA), Johannes Laitenberger (Europäische Kommission), Niels Lau (BDI), Dr. Thomas Laubert (Daimler), Dr. Otmar Lell (VZBV), Sabine Meinecke (Amazon), Dr. Rainer Nitsche (E.CA), Dr. Claire Nusselt (John Deere), Prof. Dr.-Ing. Boris Otto (Fraunhofer ISST), Prof. Dr. Martin Peitz (ZDW), Patrick Poeten (Fraunhofer ISST), Dr. Thomas Probst (Datenschutz-zentrum), Hildegard Reppelmund (DIHK), Frederick Richter (Stiftung Datenschutz), Dr. Robby Riedel (DGB), Maximilian Riege (Verimi), Marieke Scholz (Europäische Kommission), Björn Siebert (Door2Door), Prof. Dr.-Ing. Philipp Slusallek (DFKI), Dr. Ulrike Suchsland (BDI), Dr. Georg Thiel (destatis), Julia Topel (BKartA), Dr. Mathias Traub (Bosch), Felix Walter (BVDS), Katja Wilken (destatis).

Darüber hinaus bedankt sich die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 bei den Mitarbeitern des Referats „Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik, wettbewerbspolitische Grundsatzfragen der Digitalisierung (I B 2) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Dr. Thorsten Käseberg, Esmée Böhm und Dr. Daniel Fülling, für die Begleitung der Kommissionsarbeit.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 bedankt sich insbesondere bei Dr. Thiemo Engelbracht, Senior Analyst der Monopolkommission, sowie Robert Welker, Mitarbeiter der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung der Sitzungen und dem Abfassen des Abschlussberichts.

II. Herausforderungen der digitalen Ökonomie für unsere Wirtschafts- strukturen in den Blick nehmen

Die neue Datenökonomie, die Verbreitung plattformbasierter Geschäftsmodelle und die wachsende Bedeutung marktübergreifender digitaler Ökosysteme sind die „game changer“ der digitalen Ökonomie.⁸ Ein Charakteristikum der Digitalökonomie ist das Zusammenspiel dieser verschiedenen Aspekte in einem Prozess, der zur Entstehung neuer Machtpositionen und zu deren ständiger Verstärkung führen kann und einmal marktmächtige Unternehmen in besonderer Weise befähigt, ihre Machtposition über herkömmliche Marktgrenzen hinweg auszudehnen.

Die Bedeutung von Daten hat als Inputfaktor für eine Vielzahl von Produkten, Dienstleistungen und Wertschöpfungsprozessen erheblich zugenommen. In dem Maße, in dem der Zugriff auf Daten zu Wettbewerbsvorteilen führt, können selbstverstärkende „Feedback-Loops“ entstehen: Aus Vorteilen im Zugriff auf Daten können sich Wettbewerbsvorteile ergeben, die ihrerseits zur erneuten Ausweitung des Datenzugriffs führen können. Derartige Mechanismen sind nicht zuletzt für plattformbasierte Geschäftsmodelle kennzeichnend, bei denen sich Konzentrationstendenzen aufgrund positiver Netzwerkeffekte mit einer Ausweitung des Datenzugriffs verbinden. Die marktübergreifende Bedeutung von Daten kann Wettbewerbsvorteile auf anderen Märkten begründen – eine neue Ausprägung konglomerater Effekte, die zur Entstehung integrierter digitaler Ökosysteme beitragen kann, die mit hoher Dynamik existierende Sektorstrukturen aufbrechen und verändern. Wettbewerbsrecht und -politik sind damit vor neue Herausforderungen gestellt. Es ist die Frage aufgeworfen, ob es zum Schutz von Innovationschancen und Wettbewerb neuer Regelungen bedarf, um die Angreifbarkeit bestehender Machtpositionen zu gewährleisten. Zu solchen Regeln können neue Rechte für Marktakteure im Verhältnis zu marktmächtigen Unternehmen gehören – etwa betreffend den Datenzugang oder die Portabilität von Daten (näher s.u., Kapitel V.); aber auch Regeln, welche die Handlungsspielräume von marktmächtigen Akteuren beschränken (Kapitel VI.). Unternehmen sollten zugleich über die nötige Rechtssicherheit verfügen, die es ihnen ermöglicht, die neuen Chancen der Digitalökonomie auch in Kooperation miteinander wahrzunehmen (Kapitel VII.).

Im Folgenden werden wesentliche Besonderheiten der Digitalökonomie zusammengefasst. Für eine ausführlichere Darstellung wird u. a. auf den Stigler-Report und den Sonderberater-Bericht verwiesen.⁹

1. Grundzüge der Datenökonomie: Innovationspotentiale, Informationsasymmetrien und Vermachtungsgefahren

Die neue Verfügbarkeit von Daten – von personen- wie nicht personenbezogenen Nutzer- bzw. Nutzungsdaten, Standortdaten, Umweltdaten etc. – sowie die gesunkenen Kosten ihrer Speicherung und Verarbeitung sind ein Kennzeichen der neuen Digitalökonomie. Die Sammlung, Kombination und Auswertung von Daten steht im Zentrum digitaler Innovation und ist ein zentraler Bestandteil vieler digitaler Geschäftsmodelle.

a. Daten als Inputfaktor zur Individualisierung von Diensten und Produkten und zu Effizienzsteigerungen in der Produktion

Auf der Grundlage einer systematischen Datenauswertung können Unternehmen die Präferenzen von Verbrauchern und Bedarfe ihrer Kunden besser erkennen. Erhebliche Bedeutung hat die Erstellung von Nutzerprofilen zuerst in der Vermarktung erlangt: Die Auswahl an Produkten, Diensten oder Informationen, die Verbrauchern angezeigt wird, kann damit immer stärker auf die individuellen Nutzer zugeschnitten werden. Dasselbe gilt für die Werbung („targeted advertising“).

Detaillierte Einsichten in das Nutzerverhalten und Nutzerprofile ermöglichen darüber hinaus eine entsprechende Individualisierung von Produkten und Diensten, und damit nicht nur Vertriebs-, sondern auch Produktinnovation. Die kontinuierliche Verarbeitung von Nutzungsdaten im Verlaufe der Nutzung kann ferner zu einer stetigen Verbesserung und Anpassung der Produkte und Dienste an die Nutzerbedürfnisse führen. In dem Maße, in dem die Auswertung von Nutzungsdaten zu Produktinnovationen und -verbesserungen führt, können sodann positive Feedbackschleifen und auf individueller Ebene Lock-in-Effekte entstehen: Die datenbasierten Verbesserungen von Produkten und

8 Für eine ausführliche ökonomische Darstellung siehe Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 15 ff.; Furman-Report (Fn. 3), S. 32 ff.; Stigler-Report (Fn. 6), S. 11 ff.; Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 19 ff.

9 Stigler-Report (Fn. 6), S. 11 ff.; Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 19 ff.

Diensten durch Auswertung der Gesamtheit der Nutzerdaten steigern deren Attraktivität; mit der Ausweitung der Nutzung wächst der Datenpool als Grundlage der weiteren Produktverbesserung und -innovation. Steigert gerade die Individualisierung eines Produkts bzw. Dienstes den Nutzen, so erhöhen sich hierdurch – insofern die Nutzungsprofile nicht portiert werden können – die Wechselkosten für den Nutzer. Aus der Sicht von Wettbewerbern können positive Feedbackschleifen und Lock-in-Effekte zu Markteintrittsbarrieren werden. Hat ein Unternehmen einmal Marktmacht erlangt, so können sie dazu beitragen, die Marktmacht zu festigen.¹⁰

Neben der Individualisierung von Produkten und Diensten eröffnet die Datenökonomie weitere Innovationspotentiale, etwa Effizienzsteigerungen in Produktions- und Vertriebsprozessen. Bestehende Produkte können mithilfe der Auswertung von Nutzungsdaten verbessert werden. Ein klassisches Beispiel hierfür sind Fehlerprotokolle beim Einsatz von Software, die dem Hersteller eine Ausräumung von Fehlerquellen erlauben.

b. Vielseitige Einsetzbarkeit über Marktgrenzen hinweg: Neue Verbundvorteile

Ein Kennzeichen insbesondere von Nutzerdaten, die Aufschluss über besondere Bedürfnisse und Präferenzen geben können und Vorhersagen über Verhaltensweisen in verschiedenen Kontexten ermöglichen, ist die Vielfalt ihrer Einsatzmöglichkeiten über herkömmliche Marktgrenzen hinweg: Daten, die beim Einsatz eines Dienstes generiert wurden, können die Grenzkosten von Innovationen in anderen Märkten senken, wenn sie genutzt werden, um Marktlücken zu erkennen, in andere Märkte einzutreten und völlig neue, innovative Produkte zu entwickeln. Ökonomen sprechen von „Verbundvorteilen“¹¹ und, als Unterfall hiervon, von „datengetriebenen indirekten Netzwerkeffekten“.¹² So können Daten, die bei der Entwicklung und dem Einsatz eines Produktes entstehen, für die Verbesserung eines anderen, scheinbar unabhängigen Produkts, verwendet werden. Sobald Daten, die auch für andere Produkte

eingesetzt werden können, einmal erhoben sind, sinken also die noch benötigten Investitionen für den Eintritt in den anderen Markt. Dies führt dazu, dass die Entwicklung und Erstellung mehrerer Produkte oder Dienste innerhalb eines Unternehmens günstiger ist als in getrennten Unternehmen. So konnte beispielsweise Google die Daten, die es im Rahmen der Suchmaschine gesammelt hat, nutzen, um Google Maps im Markt für Navigationssysteme besser zu positionieren.

Diese Verbundvorteile entstehen vor allem auch deshalb, weil es bei Daten meist keine Rivalität im Konsum gibt. Dies bedeutet, dass durch die Nutzung von Daten diese nicht „verbraucht“ werden und somit beliebig oft bei der Entwicklung oder Verbesserung verschiedener Produkte eingesetzt werden können. Gleichzeitig sind die Daten-„Besitzer“ in der Lage, andere Marktteilnehmer mit technischen Mitteln von der Nutzung der Daten auszuschließen. Die Vorteile des Datenzugriffs bleiben dann – vorbehaltlich eines freiwilligen Datenaustausches oder von Datenzugangsrechten – auf den Daten-„Besitzer“ beschränkt.

c. Steigende Grenzerträge der Datennutzung

Teilweise werden dem Einsatz von Daten steigende Grenzerträge nachgesagt, d.h. der Wert zusätzlicher Daten steigt, je mehr Daten das Unternehmen bereits besitzt.¹³ Bei Vorliegen steigender Grenzerträge haben es datenärmere Unternehmen sehr schwer, mit Unternehmen zu konkurrieren, die große Datensätze kontrollieren. Die Frage, inwiefern steigende Grenzerträge vorliegen, wird in verschiedenen Märkten unterschiedlich zu beantworten sein.¹⁴ Dennoch ist davon auszugehen, dass in dem Maße, in dem die Auswertung von Daten zu einem wesentlichen Teil des Produkt- bzw. Dienstewettbewerbs wird, die Fähigkeit von Wettbewerbern, in einen Qualitätswettbewerb mit „datenreichen“ Unternehmen zu treten, erheblich beeinträchtigt ist. Dies gilt in besonderem Maße dort, wo selbstlernende Algorithmen zum Einsatz kommen, deren Training und Optimierung regelmäßig den Zugriff auf große oder zumindest besonders variantenreiche Datenmengen erfordert.

10 Furman-Report (Fn. 3), S. 33.

11 Siehe *Bourreau/de Streel*, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, März 2019, S. 11, abrufbar unter <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

12 *Prufer/Schottmüller*, Competing with Big Data, TILEC Discussion Paper 2017-006, 2017.

13 Siehe beispielsweise OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, Background Paper, 2016, S. 11.

14 Beispielsweise nehmen die Grenzerträge von Daten bei der Bilderkennung ab, *Varian*, Artificial Intelligence, Economics, and Industrial Organization, November 2017.

Zu kleine oder zu uniforme Datenbestände beeinträchtigen die Fähigkeit der auf ihrer Grundlage trainierten Algorithmen, die jeweilige Problemlösung zu generalisieren.

Ab welchem Punkt bei Daten demgegenüber mit deutlich abnehmenden Grenzerträgen zu rechnen ist, hängt vom konkreten Anwendungsfall ab. So wird das Training eines selbstlernenden Algorithmus zur Erkennung seltener Krankheiten einen sehr großen und variantenreichen Datenpool erfordern, während hinreichend belastbare Korrelationen zwischen Standortdaten und Cafébesuchen bereits auf der Grundlage kleinerer Datenmengen möglich sind.

Die potentielle Wettbewerbsrelevanz von Daten ist mittlerweile allgemein anerkannt.¹⁵ Besondere Probleme sind aufgeworfen, wo die Wettbewerbsrelevanz von Daten mit durch Netzwerkeffekte angetriebenen Konzentrationsprozessen zusammentrifft und positive Wechselwirkungen zu einer stetigen Verfestigung von Machtpositionen führen (dazu II.). Wettbewerbsprobleme neuer Art folgen ferner aus einer marktübergreifenden Wettbewerbsrelevanz von Daten, welche die Ausdehnung einer bestehenden Marktmachtstellung auf weitere Märkte erlaubt (dazu III.).

d. Die Datenökonomie als neue Quelle von Informationsasymmetrien

Der Zugriff von Unternehmen auf Nutzer- und Verbraucherdaten ist aber nicht nur wettbewerbsrechtlich relevant. Er begründet auch Informationsasymmetrien im Verhältnis von Unternehmen und Verbrauchern, die jedenfalls ihrem Ausmaß nach neuartig sind. Detaillierte Nutzerprofile und die Fähigkeit, Verbraucherverhalten in verschiedenen Konstellationen vorherzusagen, können das Risiko der Manipulation und Ausbeutung von bestimmten Verbrauchergruppen oder von Verbrauchern in bestimmten Situationen erhöhen. Treffen Informationsasymmetrien zum Nachteil der Verbraucher mit Eigeninteressen datenreicher Unternehmen zusammen, die von den Interessen der Verbraucher abweichen, können hieraus – je nach der Marktposition des Unternehmens – Wohlfahrtsverluste und erhebliche Wettbewerbsverzerrungen entstehen.

Auch jenseits der in engerem Sinne wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen stellt die neue Datenökonomie den Gesetzgeber damit vor die Herausforderung, den rechtlichen Rahmen in einer Weise weiter zu entwickeln, welche den Wettbewerb als einen Entdeckungsprozess zugunsten der Verbraucher erhält.

2. Plattformen – Konzentrationstendenzen

Ein weiteres Kennzeichen der Digitalökonomie ist es, dass immer öfter plattformbasierte Geschäftsmodelle zu einem Teil der Vertriebskette werden. Das Aufkommen von Plattformunternehmen führt zu Veränderungen der Branchen- und Wertschöpfungsstrukturen sowie der räumlichen und internationalen Verteilung der Wertschöpfung, und damit zu strukturellen Veränderungen des Wirtschaftssystems insgesamt.

a. Plattformen treten in verschiedenen Formen auf

Für analytische Zwecke kann es hilfreich sein, zwischen Aufmerksamkeitsplattformen (Werbeplattformen) einerseits und Vermittlungsplattformen andererseits zu unterscheiden.¹⁶ Eine Aufmerksamkeitsplattform ist eine Plattform, die einer Nutzergruppe die Aufmerksamkeit der anderen Nutzergruppe ermöglicht. Dagegen ist eine Vermittlungsplattform eine Plattform, die eine auf individuelle Präferenzen abgestimmte und von allen Nutzergruppen angestrebte Vermittlung zwischen den Mitgliedern verschiedener Nutzergruppen ermöglicht. Bei den Vermittlungsplattformen wird weiter zwischen Transaktionsplattformen und Nicht-Transaktionsplattformen unterschieden. Während bei den Transaktionsplattformen die Vermittlung zum Zwecke der Durchführung einer Transaktion im ökonomischen Sinne im Vordergrund steht, zielen Nicht-Transaktionsplattformen auf die Vermittlung einer anderen Art von Interaktion ab, also etwa auf einen „Match“ bei der Partnervermittlung. Eine solche Interaktion ist von den Plattformen häufig nicht beobachtbar. Eine Unterscheidung der verschiedenen Arten von Plattformen kann in der praktischen Anwendung allerdings schwierig sein; so weisen etwa Suchmaschinen häufig Elemente von Aufmerksamkeits- und Vermittlungsplattformen auf.

15 Siehe nur: Autorité de la Concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 2016, abrufbar unter <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

16 Vgl. zum Ganzen auch BKartA, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 19 ff., abrufbar unter <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.html?nn=3591568> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

Neben zwei- und mehrseitigen Plattformen, die zwei oder mehr Nutzergruppen zusammenbringen, gibt es auch einseitige Netzwerke, bei denen Interaktionen ausschließlich innerhalb einer einzigen Nutzergruppe stattfinden. Dies ist im Ausgangspunkt etwa bei sozialen Netzwerken der Fall. Da die Angebote aber häufig werbefinanziert sind, gibt es auch hier eine zweite Nutzergruppe – die Werbetreibenden –, so dass es sich insoweit doch wieder um (zweiseitige) Plattformen handelt. Dieser Bericht legt im Folgenden einen weiten Plattformbegriff zugrunde, der auch Netzwerke erfasst, die nur über eine Nutzergruppe verfügen.¹⁷

Unterscheiden lassen sich ferner Plattformen, die gegenüber dem Endkunden auftreten (sogenannte B2C – „business to consumer“ – Plattformen), und solche, die Teil der Wertschöpfungskette zwischen Unternehmen sind (sogenannte B2B – „business to business“ – Plattformen). Plattformbasierte Geschäftsmodelle im B2C-Bereich umfassen beispielsweise (Einzel-)Handelsplattformen, Hotelbuchungsplattformen, Reiseportale, Zahlungsdienstleister, Immobilien-, Fahrzeug- und Stellenbörsen oder soziale Netzwerke. Auch Betriebssysteme wie Android oder iOS sind Plattformen, da sie dazu beitragen, Nutzer mit den Anbietern von Apps zu verbinden. B2C-Plattformen streben in der Regel nach hohen Nutzerzahlen.

Im B2B-Bereich sind Plattformen als Intermediär zwischen Unternehmen tätig, beispielsweise als Einkaufs- oder Verkaufsplattform, oder als Diensteanbieter wie Softwareplattformen. Da die Nutzer dieser Plattformen auf beiden Plattformseiten Unternehmen sind, sind Verträge zwischen den Nutzern untereinander sowie zwischen den Nutzern und der Plattform häufig individueller und die Nutzerzahl in der Regel geringer als bei B2C-Plattformen.

b. Netzwerkeffekte sind kennzeichnend für die Plattformökonomie

Ein wesentliches Merkmal der Plattformökonomie sind die auf Plattformen wirkenden Netzwerkeffekte. Unterschieden wird zwischen direkten und indirekten Netzwerkeffekten.¹⁸ Positive direkte Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen eines Netzwerks mit der Anzahl seiner Teilnehmer bzw. der Nutzen einer Plattform mit der Größe der Nutzergruppe auf einer Plattformseite steigt. Positive indirekte Netzwer-

effekte treten auf, wenn eine steigende Anzahl der Nutzer auf einer Plattformseite die Nutzung für die andere Plattformseite attraktiver macht. Vereinfacht dargestellt bedeutet dies, dass der Nutzer aus derjenigen Plattform einen großen Nutzen zieht, auf der bereits möglichst viele andere Nutzer sind, und zwar entweder auf derselben (positive direkte Netzwerkeffekte) oder der anderen Plattformseite (positive indirekte Netzwerkeffekte). Um nur ein Beispiel zu nennen: Anbieter von Waren oder Dienstleistungen werden grundsätzlich auf einem solchen Online-Marktplatz tätig sein wollen, auf dem sie mit möglichst vielen interessierten Kunden rechnen können; umgekehrt werden Kunden eher solche Online-Marktplätze aufsuchen, bei denen sie hoffen, dass es dort ein möglichst breites Angebot an für sie relevanten Produkten oder Dienstleistungen gibt.

Negative (direkte oder indirekte) Netzwerkeffekte haben den gegenteiligen Effekt: Wird die Anzahl der Nutzer auf einer Plattformseite zu groß, sinkt die Attraktivität der Plattform für den Nutzer auf derselben oder der anderen Plattformseite. So wirken die Netzwerkeffekte etwa bei werbefinanzierten Produkten oder Dienstleistungen häufig nur in eine Richtung (asymmetrisch), d. h. sie sind ausschließlich für die Werbetreibenden positiv, haben auf die übrigen Nutzer aber eine abschreckende Wirkung.

c. Besondere Eigenschaften von Plattformen und Plattformmärkten im Überblick

Plattformen als neuartiger Teil von Wertschöpfungsketten führen zu Änderungen in der Wirtschaftsform. Für den vorliegenden Bericht sind die folgenden Eigenschaften von Plattformen und Plattformmärkten von Bedeutung:

In der arbeitsteiligen Wirtschaftswelt können Plattformen einen Mehrwert schaffen, indem sie die Marktteilnehmer der vor- und nachgelagerten Stufe zusammenbringen. Die Plattform wird zum „Gatekeeper“, wenn sie die Kontrolle über den Zugang zu der jeweils anderen Marktseite erlangt, etwa weil Verbraucher typischerweise nur auf einer Plattform aktiv sind („single homing“).

Die (direkten und indirekten) Netzwerkeffekte auf Plattformen führen dazu, dass digitale Geschäftsmodelle einfacher und schneller skalierbar sind. Innovationen im Markt sind

17 Ebenso: Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 21 f.

18 Vgl. zum Ganzen auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 37 f, abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

damit schneller umzusetzen. In der Gründungsphase von Plattformen ist es daher nicht unüblich, dass Plattformbetreiber zunächst und primär versuchen, eine hohe Marktdeckung zu erreichen, um Netzwerkeffekte zu generieren.

Plattformen berücksichtigen indirekte Netzwerkeffekte bei der Preisgestaltung, so dass häufig eine Nutzerseite Preise unterhalb der Grenzkosten zahlt oder die Dienstleistung sogar unentgeltlich erhält.

Indem Plattformen Marktplätze oder Interaktionsräume schaffen, werden sie zugleich als „Regelsetzer“ tätig: Durch ausdrückliche Regeln (z. B. in Form von AGB), implizite Regeln, wie sie etwa in Ranking-Algorithmen einer Plattform enthalten sind, sowie durch das Markt- bzw. Forumdesign mitsamt den zur Plattform gehörenden Institutionen (Empfehlungssysteme, „Buy box“ etc.) bestimmen Plattformen die Regeln der Interaktion.

Bei vertikal integrierten (hybriden) Plattformen ist der Plattformbetreiber gleichzeitig auch als Nutzer auf der Plattform – z. B. als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen – aktiv. Dies kann effizienzsteigernd sein, etwa wenn dadurch der Plattformbetreiber schneller auf Änderungen im Markt reagieren kann, bietet aber auch Potential für Wettbewerbsbehinderungen durch Selbstbevorzugung.

3. Digitale Ökosysteme und konglomerate Effekte

Durch den explosionsartig vermehrten Einsatz des Produktionsfaktors Daten bei Verwendung der immer häufiger eingesetzten Produktionstechnologie Plattform, ändern sich Wertschöpfungsketten und Wirtschaftsstrukturen, es entstehen neuartige digitale Ökosysteme.¹⁹ Auch wenn in vielen Märkten noch nicht abzusehen ist, wohin diese Entwicklung führen wird, so haben sich doch bereits jetzt Muster herausgebildet.

Ein Muster wird als „Industrie 4.0“ oder „Industrial Internet“ bezeichnet. Im industriellen Kontext wird hierunter der vermehrte Einsatz von Daten, getrieben durch den verstärkten Einsatz von Sensoren, die Verarbeitung der Daten

durch softwarebasierte Lösungen, und die Vernetzung der Produkte untereinander und mit den Nutzern und Herstellern („Internet of Things“, IoT) verstanden. So werden beispielsweise durch Sensoren gemessene Verschleißerscheinungen an Bremsbelägen eines Fahrzeugs übermittelt, informationstechnisch aufbereitet, den Herstellern zum Aufbau einer Datenbank zur Optimierung der Bremsbeläge und dem Nutzer des Fahrzeugs in Form einer Nachricht gesendet, die ihn zu einem Werkstattbesuch auffordert. Durch diesen Einsatz der Technologien können neue Wertschöpfungsketten entstehen und bestehende verändert werden, etwa indem Wertschöpfungsstufen verlagert werden. In diesem Umfeld kann es für Unternehmen zur Bewahrung und Schaffung von Wertschöpfung notwendig sein, eigene Daten zu generieren, diese mit anderen Daten zusammenzuführen und selbst Plattformen bereit zu stellen. Dies kann eine verstärkte Form der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen bedingen.

a. Neuartige konglomerate Strukturen entstehen

Ein weiteres Muster und ein besonderes Kennzeichen der digitalen Ökosysteme ist, dass vermehrt Daten aus verschiedenen Märkten in einem Unternehmen zusammengeführt werden und damit neue Formen von Konglomeraten entstehen.

In den traditionellen Wirtschaftsbereichen haben Konglomerate in den letzten Jahrzehnten an Bedeutung verloren: Im Rahmen einer Fokussierung auf das Kerngeschäft haben viele Mischkonzerne einzelne Unternehmensteile abgespalten. In der Digitalwirtschaft erleben konglomerate Strukturen hingegen ein Revival.²⁰ Prominente Beispiele für die zunehmende Bedeutung von Konglomeraten sind Facebook, Apple, Amazon, Netflix und Google, also insbesondere führende US-amerikanische Digitalkonzerne. Große chinesische Plattformanbieter wie Tencent agieren vergleichbar. Diesen Unternehmen ist gemein, dass sie aus ihren jeweils unterschiedlichen Kerngeschäften heraus in neue Märkte expandieren, die mit ihren Kerngeschäften zumindest auf den ersten Blick mitunter nur wenig zu tun haben. So ist etwa Amazon nicht nur Händler und Marktplatzbetreiber, sondern auch einer der weltweit wichtigsten Cloud-Computing-Anbieter.

19 Zum Begriff der Ökosysteme siehe unter anderem Autorité de la Concurrence / CMA, The economics of open and closed systems, Dezember 2014, S. 6 ff, abrufbar unter http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/economics_open_closed_systems.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

20 Lim, Tech Wars: Return of the Conglomerate - Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?, 2017, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3051560>; siehe auch die Marktmachtstudie, S. 56f.; Bourreau/de Streel, Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, abrufbar unter <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

Google ist nicht nur eine Suchmaschine, sondern auch in den Bereichen Videostreaming, Online-Werbung, Smartphone-Betriebssysteme, Smart Home, selbstfahrende Autos etc. tätig. Die zunehmend konglomeraten Strukturen vieler Digitalkonzerne sind dabei sowohl auf die eigene Neugründung von Unternehmen als auch auf zahlreiche Unternehmensübernahmen – häufig die Übernahme kleiner, innovativer Start-ups – zurückzuführen.

Die Gründe für die zunehmende Bedeutung konglomerater Strukturen in der digitalen Wirtschaft sind vielfältig. Unterscheiden lassen sich angebots- sowie nachfrageseitige Faktoren, wobei eventuell auftretende selbstverstärkende Effekte zwischen der Angebots- und Nachfrageseite die Anreize zu konglomeraten Aktivitäten noch verstärken können (sog. *feedback loops*).

Angebotsseitig sind vor allem Verbundvorteile bei der Entwicklung unterschiedlicher Produkte von Bedeutung, da viele digitale Produkte oder Dienstleistungen ähnliche Inputfaktoren benötigen. Dazu gehören Cloud-Dienste, Identifizierungs- und Bezahldienste sowie Softwareentwicklungskapazitäten oder auch und insbesondere Daten.²¹ Aufgrund dieser Verbundvorteile haben digitale Unternehmen einen Anreiz, ihr Produktangebot auszuweiten bzw. zu diversifizieren. Dieser Anreiz zur gemeinsamen Nutzung von Inputfaktoren wird zudem dadurch verstärkt, dass ungenutzte Ressourcen auf dem Markt häufig nicht oder nur in begrenztem Maße angeboten werden können (z. B. personenbezogene Daten). Daten – und insbesondere Nutzerdaten – kommt bei der Realisierung von Verbundvorteilen in der Digitalökonomie eine besondere Bedeutung zu (dazu bereits oben, Kapitel II. 1.). Die Zusammenführung von Nutzerdaten ermöglicht die Erstellung immer detaillierterer Nutzerprofile, die zum einen die kontinuierliche Optimierung und Personalisierung bestehender Dienste sowie gegebenenfalls die Identifizierung neuer Produkte oder Dienste erlauben, und damit im besten Fall einen wachsenden Wettbewerbsvorteil im Verhältnis zum Kunden vermitteln. Zum anderen kann durch den umfangreichen Zugriff auf Daten die Schaltung zielgerichteter Werbung optimiert werden, die für viele Angebote die zentrale Finanzierungsform darstellt.

Ein besonderer Mehrwert für die Positionierung der eigenen Dienste im Wettbewerb und für die Entwicklung neuer Angebote und die Erschließung neuer Märkte kann häufig durch die Kombination von Daten aus unterschiedlichen Quellen geschaffen werden. Der marktübergreifende Einsatz von Nutzerdaten gehört zu den besonderen Merkmalen der Digitalökonomie und kann als besondere Form von Verbundvorteilen betrachtet werden („datengetriebene“ Verbundvorteile).²² Anders als bei klassischen Konglomeraten bleiben die verschiedenen konglomeraten Aktivitäten bzw. die Märkte, auf denen das jeweilige Unternehmen tätig ist, durch den gemeinsamen Bezug auf das Nutzerprofil zugleich eng miteinander verbunden. Äußerungen von Digitalunternehmen, dass sie heutzutage nicht mehr primär auf Produktmärkten, sondern um den Zugang zu bzw. die Kontrolle von Nutzern konkurrieren, sind in diesem Lichte zu verstehen.

Von herausragender Bedeutung ist ein möglichst breiter Zugang zu Daten ferner in der wachsenden Zahl an Marktsegmenten, in denen die künstliche Intelligenz, und insbesondere das „Machine Learning“, zur Schlüsseltechnologie wird.

Neben diesen angebotsseitigen Faktoren können nachfrageseitige Faktoren ein Grund für konglomerate Aktivitäten sein.²³ Hingewiesen wird zum einen auf *consumption synergies*: Verbraucher können einen Nutzen daraus ziehen, wenn sie von dem gleichen Anbieter unterschiedliche Produkte erwerben (z. B. durch Produktbündelung). Auch stärkt jeder weitere digitale Dienst eines Anbieters seine Marke im digitalen Raum und dadurch tendenziell auch das Verbrauchervertrauen. Zum anderen kann für die Unternehmen der Anreiz bestehen, durch die Verknüpfung einzelner Produkte oder Dienstleistungen eigene Ökosysteme aufzubauen, um die Nutzer an das eigene Unternehmen zu binden.

Ein weiteres Ziel konglomerater Aktivitäten kann schließlich sein, durch eine strategische und frühzeitige Besetzung neuer Märkte, von denen potenziell eine Disruptionsgefahr ausgehen könnte, die eigene Marktposition langfristig abzusichern. Dies kann sowohl in Form von Unternehmensübernahmen (näher dazu: Kapitel VIII.) als auch durch die eigene Entwicklung neuer Produkte und Dienstleistungen bzw. die Nachahmung bestehender Produkte erfolgen.

21 Vgl. Bourreau/de Streeck, a. a. O., S. 9 ff.

22 Vgl. hierzu auch die Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 107 f.

23 Bourreau/de Streeck, a. a. O., Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, abrufbar unter <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019), S. 12 f.

24 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a. a. O., Rn. 478 f.

Die Identifikation neuer Märkte wird dabei möglicherweise nicht zuletzt durch die überlegenen Informationen (insbesondere zu Nutzerpräferenzen) erleichtert, die viele Digitalunternehmen aufgrund ihres umfangreichen Datenzugriffs haben.²⁴

b. Konglomerate Strukturen können zu wettbewerblichen Problemen führen

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist bei konglomeraten Aktivitäten digitaler Unternehmen von Bedeutung, ob Digitalkonzerne eine etwa vorhandene Marktmacht in einem spezifischen Markt missbräuchlich ausnutzen, etwa indem sie diese in einer nicht durch Leistungswettbewerb gerechtfertigten Weise auf andere Märkte übertragen (*leveraging* bzw. Hebelung von Marktmacht). Konglomerate Fusionen können unter bestimmten Bedingungen zu einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führen.

Allgemein – und unabhängig von den aktuellen Entwicklungen im Bereich der Digitalwirtschaft – wird mit Blick auf mögliche wettbewerbsbeschränkende Wirkungen von Konglomeraten häufig auf deren hohe Finanzkraft verwiesen („deep pockets“).²⁵ Demnach können Konglomerate aufgrund ihrer finanziellen Ressourcen auch länger anhaltende Verlustpreisstrategien durchhalten und so Wettbewerber aus dem Markt drängen oder vom Markteintritt abhalten. Daneben können wettbewerbsbeschränkende Wirkungen insbesondere von Kopplungen sowie von Sortiments- und Portfolioeffekten ausgehen.²⁶ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese sich aus der Ausnutzung von Verbundvorteilen ergebenden Effekte mit Effizienzgewinnen einhergehen. Aus ökonomischer Sicht sollte deshalb im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Prüfung konglomerater unternehmerischer Strategien oder konglomerater Zusammenschlüsse eine Abwägung zwischen den potenziellen wettbewerblichen Schäden und möglichen Effizienzvorteilen erfolgen. Wettbewerbsrechtlich ist eine solche Berücksichtigung von Effizienzvorteilen möglich, aber an strenge Voraussetzungen gebunden.

Die allgemein für Konglomerate angeführten Schadens-theorien gelten im Grundsatz auch für Konglomerate in der Digitalwirtschaft. So ist es insbesondere finanzstarken Digitalkonzernen möglich, auch für längere Zeit auf die Erzielung von Gewinnen zu verzichten, um neue Märkte möglichst schnell zu besetzen. Gerade wenn es sich um Märkte mit starken Netzwerkeffekten handelt, kann eine solche Strategie zielführend sein, um zunächst die erforderliche kritische Masse an Nutzern zu erreichen und den Markt im Idealfall zu eigenen Gunsten zu kippen. Insofern könnte dem Argument der Finanzkraft im Bereich der digitalen Wirtschaft möglicherweise sogar ein höherer Stellenwert als in traditionellen Wirtschaftsbereichen zukommen.²⁷

Ähnliches gilt im Grundsatz auch für Kopplungsstrategien. Zwar können die Effizienzvorteile digitaler Konglomerate aufgrund der beschriebenen angebots- und nachfrageseitigen Faktoren besonders ausgeprägt sein. Ebenso können diese Faktoren aber dazu beitragen, die negativen Wettbewerbswirkungen von Kopplungsstrategien marktbeherrschender Unternehmen zu verstärken.²⁸ Sie können insbesondere innovative Markteintritte erschweren. Gerade kleine und innovative Anbieter, die sich häufig zunächst auf eine Marktnische konzentrieren (müssen), da ein gleichzeitiger Markteintritt in allen von den großen Digitalkonzernen besetzten Märkten nicht möglich ist, können durch die Kopplungsstrategie eines Marktbeherrschers gegebenenfalls vom Markteintritt abgehalten werden. Speziell bei marktbeherrschenden digitalen Plattformen besteht zudem die Möglichkeit, dass diese die zu ihren Gunsten wirkenden Netzwerkeffekte in neue Märkte übertragen und damit den Markteintritt für potenzielle Wettbewerber erschweren bzw. in diesen Märkten bereits tätige Wettbewerber verdrängen.²⁹

Wettbewerbsprobleme können zudem auftreten, wenn einzelne Unternehmen exklusiv über bestimmte Ressourcen oder Technologien verfügen, die ihnen Wettbewerbsvorteile in anderen Produktmärkten verschaffen. Von besonderer Bedeutung kann dabei der exklusive Zugriff auf Daten sein. Wie bereits erwähnt, können insbesondere aus der Sammlung und Zusammenführung von Daten aus

25 Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 56, 106.

26 Kerber/Schwalbe, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 1, 2. Aufl. 2015, Einleitung B, Rn. 524 ff.

27 Stigler-Report (Fn. 6), S. 54.

28 Zu den folgenden Ausführungen siehe insbesondere Bourreau/de Streeck, a.a.O., Digital Conglomerates and EU Competition Policy, 2019, abrufbar unter <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019), S. 13 ff.

29 Siehe dazu unter anderem: Zhu, Journal of Economics & Management Strategy 28:1 (2019), 23.

unterschiedlichen Quellen Informationen gewonnen werden, die nicht nur zur Verbesserung bestehender, sondern auch zur Entwicklung neuer Produkte und Dienstleistungen genutzt werden können. Ähnlich dem Finanzkraftargument könnte der Zugriff auf Daten in einem Markt bzw. die Zusammenführung dieser Daten mit jenen aus anderen Märkten genutzt werden, um in profitabel erscheinende Märkte zu expandieren bzw. die eigene Stellung in anderen Märkten zu stärken.³⁰

Hingewiesen wird ferner auf die Gefahr, dass einzelne Digitalkonzerne durch die Ausweitung ihres Produkt- und Dienstleistungsangebots bzw. die Schaffung eigener Öko-

systeme zu „Gatekeepern“ werden können, die den Zugang zu ihren Nutzern kontrollieren, weil diese – etwa aufgrund der Bequemlichkeit der Nutzung gebündelter Produkte – überwiegend in einem Ökosystem verbleiben. Über eine Gatekeeper-Position verfügen etwa AppStores im Verhältnis zu Web-Developern³¹ oder Betriebssysteme im Verhältnis zu Anbietern von Komplementärdiensten. Sofern Drittanbieter auf den Zugang zu diesen Nutzern, etwa für die Vermarktung ihrer Produkte, angewiesen sind, weil die Nutzer diese Ökosysteme ausschließlich oder zumindest überwiegend benutzen, verfügen diese Digitalkonzerne über erhebliche Marktmacht gegenüber den Drittanbietern und können diesen die Zugangsbedingungen diktieren.

30 Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 107 f.

31 Ausführlich dazu: ACM, Market Study into mobile app stores, 2019, abrufbar unter <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

III. Innovation und Konsumenten- souveränität in einer dynamischen Wirtschaft stärken

Der deutsche und der europäische Gesetzgeber stehen gegenwärtig vor der Aufgabe, den geltenden Regelungsrahmen in einer Weise anzupassen, die den vielfältigen tatsächlichen Veränderungen in der digitalen Ökonomie Rechnung trägt. Aufgabe der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 war es, Handlungsoptionen zu identifizieren, die dazu beitragen können, den Wettbewerb und die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit deutscher und europäischer Unternehmen unter den Bedingungen der Digitalisierung zu schützen. Drei Leitmotive haben die Überlegungen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 angeleitet und liegen ihren Empfehlungen zugrunde: Die Bedeutung von Innovation für Wettbewerb und Wettbewerbsrecht (I.); die Bedeutung informierter und souveräner Nachfrageentscheidungen für einen unverfälschten Wettbewerb (II.) und die Suche nach Regeln und Institutionen, die auf die für die Digitalökonomie charakteristische Geschwindigkeit des Wandels angemessen, flexibel und auf der Grundlage hinreichender Information reagieren können (III.). Sie sollen vorab skizziert werden.

1. Ziel: Wettbewerb als Treiber von Innovationen schützen

Innovation ist ein wesentlicher Treiber von Wettbewerb und wirtschaftlicher Entwicklung. Die Fähigkeit von Unternehmen, im Innovationswettbewerb mithalten, ist eine Grundlage ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit. Dies gilt auch und in besonderem Maße unter den neuen Bedingungen der digitalen Ökonomie: plattformgetriebene Geschäftsmodelle haben sich in vielen Märkten als eine disruptive Innovation erwiesen und die Marktpositionen zuvor etablierter Unternehmen in Frage gestellt. Die Suche nach neuen Anwendungsfeldern für Plattformen in der Vermittlung zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C) wie auch zwischen Unternehmen (B2B) dauert an. Das Internet der Dinge (IoT) ist in vielfältiger Weise auf neuartige Formen der Vernetzung angelegt. Die Nutzung von Daten für eine effizientere Ausgestaltung von Produktions- und Vertriebsprozessen und für die Entwicklung neuer Produkte und

Dienste birgt auf absehbare Zeit ein immenses Innovationspotential.

Die digitale Ökonomie ist allerdings durch Konzentrations-tendenzen geprägt, die durch extreme Größenvorteile, Netzwerk- und Verbundeffekte angetrieben werden (s. o., Kapitel II) und zu ausgeprägten „First-Mover“-Vorteilen führen können. Zwar sind die Zusammenhänge zwischen Innovation und Wettbewerb auf theoretischer Ebene weiterhin strittig.³² Weithin anerkannt ist allerdings die Bedeutung der andauernden Bestreitbarkeit von Machtpositionen für die Innovationsanreize.³³ Unternehmen, die riskante Investitionen vornehmen, müssen in der Lage sein, im Falle des Erfolgs ihrer Innovationsanstrengungen Gewinne zu erzielen, die, multipliziert mit der Erfolgswahrscheinlichkeit, die Kosten der Investitionen übersteigen. Für Unternehmen, die gegen Wettbewerb abgeschirmt sind oder sich gegen Wettbewerb abschirmen können, sinken allerdings die Innovationsanreize, denn sie müssen nicht innovieren, um hohe Renditen zu erwirtschaften. Im Falle radikaler Innovationen müssen sie vielmehr mit einer Kannibalisierung der eigenen Rendite rechnen (sog. „replacement effect“). Marktbeherrschende Unternehmen, die keinem Wettbewerbsdruck unterliegen, haben daher erhebliche Anreize, ihre Innovationsanstrengungen in Richtungen zu lenken, welche die Grundlagen des eigenen Geschäftsmodells nicht gefährden. Es ist daher von zentraler Bedeutung, die Möglichkeiten dezentraler Innovation aufrecht zu erhalten. Der Schutz der Bestreitbarkeit von Machtpositionen dient zugleich dem Schutz von Innovation.

Im Einklang mit dem Furman-Report³⁴ und dem Sonderberater-Bericht³⁵ legt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 daher großes Gewicht auf den Erhalt der Bestreitbarkeit einmal erlangter Machtpositionen. Marktbeherrschende Unternehmen trifft eine besondere Verantwortung für die Aufrechterhaltung des noch bestehenden Wettbewerbs: Sie dürfen keine Verhaltensweisen ergreifen, welche diesen Wettbewerb oder seine Entwicklung in einer mit den Grundsätzen eines Leistungswettbewerbs nicht vereinbaren Weise behindern.³⁶ Je stärker die marktbeherrschende Stellung

32 In der Industrieökonomik besteht eine Kontroverse fort, ob monopolistische Märkte (so die Schumpeter zugeschriebene Position, vgl. *Schumpeter*, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, S. 106) oder wettbewerbliche Märkte (so die Arrow zugeschriebene Position, vgl. *Arrow*, *Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention*, in: NBER, *The Rate and Direction of Inventive Activity, Economic and Social Factors*, 1962, S. 609 (620)) ideale Bedingungen für Innovation schaffen. Vgl. zu dieser „Arrow-Schumpeter-Kontroverse“ etwa *Shapiro*, *Competition and Innovation*, in: *Lerner/Stern (Hrsg.)*, *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, 2012.

33 *Arrow*, *Economic Welfare and the Allocation of Resources to Invention*, in: NBER, *The Rate and Direction of Inventive Activity, Economic and Social Factors*, 1962, S. 609 (619 ff.).

34 Furman-Report (Fn. 3), S. 56 ff.

35 Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 14.

36 EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*.

eines Unternehmens, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Verhalten, welches das Unternehmen zur Absicherung seiner Marktstellung wählt, zu einem wettbewerbswidrigen Marktverschluss führt.³⁷ In einem Umfeld, das durch hoch konzentrierte und stark verfestigte Marktmacht geprägt ist, ist die Gefahr einer nachhaltigen Schädigung von Wettbewerb und Innovation besonders hoch. Das Nichteingreifen von Wettbewerbsbehörden gegen Verhaltensweisen, welche die Bestreitbarkeit der Machtposition potentiell mindern, kann daher zu besonders hohen Wohlfahrtseinbußen führen.

Innovationspolitische Argumente bestärken das Wettbewerbsrecht somit in seinem Fokus auf die Gewährleistung von Bestreitbarkeit. In einem wettbewerblichen Umfeld, in dem Innovation eine besondere Rolle spielt, wächst ferner die Bedeutung innovationsbasierter Schadenstheorien im Wettbewerbsrecht. Dies spiegelt sich in der jüngeren Entscheidungspraxis der EU-Kommission wider: Sie hebt den Schutz von Innovationswettbewerb neben dem Schutz der Wahlfreiheit der Nachfrager durchgängig hervor.³⁸

Innovation kann auch Kooperation erfordern. Das EU-Wettbewerbsrecht erkennt dies durchgängig an.³⁹ Erhebliche Rechtsunsicherheit besteht allerdings gegenwärtig über die Bedingungen, unter denen neuartige Formen der Kooperation – etwa im Austausch und Teilen von Daten – zulässig sind. Ein innovationsfreundliches Wettbewerbsrecht muss Unternehmen in Zukunft Möglichkeiten bieten, Rechtsicherheit über die Zulässigkeit investitionsträchtiger Innovationsvorhaben zu erlangen, die neue Rechtsfragen aufwerfen (s. u., Kapitel VII).

2. Ziel: Wahlfreiheit der Konsumenten gewährleisten

In offenen Märkten mit unverfälschtem Wettbewerb wird die Allokation von Ressourcen durch die Auswahlentschei-

dungen der Nachfrager getrieben. Wettbewerb als Entdeckungs- und Selektionsverfahren bezieht einen wesentlichen Teil seiner gesellschaftlichen Legitimation dadurch, dass Innovationen und Effizienzsteigerungen, die der Wettbewerb hervorbringt, im Ergebnis den Verbrauchern zugutekommen.

Die Digitalökonomie hat zu einer immensen Ausweitung der Wahlmöglichkeiten der Verbraucher geführt und deren Ausübung erheblich erleichtert. Sie verändert aber zugleich die Bedingungen, unter denen Verbraucher ihre Wahlentscheidungen ausüben. Verbraucher verlassen sich in wachsendem Maße auf die Dienste von Intermediären. Die Auswertung von Nutzerdaten und die Erstellung von Nutzerprofilen ermöglicht ein hohes Maß an Personalisierung von Produkten und Dienstleistungen, von denen Verbraucher erheblich profitieren können.

Aber der datengetriebene Produkt- und Vertriebswettbewerb kann die Fähigkeit der Verbraucher, mit ihren Wahlentscheidungen den Wettbewerb in ihrem Sinne zu steuern, unter bestimmten Voraussetzungen auch gefährden. Von Teilen der Literatur wird darauf hingewiesen, dass Informationsintermediäre mit Zugriff auf detaillierte Nutzerprofile die Fähigkeit und den Anreiz haben können, Informations- und Rationalitätsdefizite sowie Schwachsituationen von Verbrauchern im eigenen Interesse systematisch auszunutzen.⁴⁰ Ferner können durch den exklusiven Zugriff von Produkt- und Diensteanbietern auf individuelle Nutzerdaten „Lock-in“-Effekte entstehen, die einen Wechsel zu anderen Anbietern erheblich erschweren. Dieser Effekt wird dadurch verstärkt, dass einzelne digitale Plattformunternehmen vielfältige, aufeinander zugreifende Dienste in ihren Plattformen bündeln, die den Konsumenten die Mitwirkung am digitalen Markt überhaupt erst ermöglichen, etwa Kommunikationsdienste, digitale Identitäten, Bezahlvorgänge, Cloud-Dateiablagen oder die Verwaltung digitaler Inhalte.

37 Europäische Kommission, Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C/ 45/7, im Folgenden: „Prioritätenmitteilung“, Rn. 20.

38 Vgl. nur Europäische Kommission, Case AT.40220 – *Qualcomm*, Pressemitteilung v. 24.1.2018, abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-421_en.htm; Europäische Kommission, Entscheidung v. 21.3.2018, Case COMP/M.8084 – *Bayer/Monsanto*; Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.3.2017, Case COMP/M.7932 – *Dow/DuPont*. Vgl. zu letzteren *Wirtz/Schulz*, NZKart 2019, 20.

39 Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011/C 11/1, im Folgenden: „Horizontalleitlinien“, Rn. 2; Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014/C 89/3, im Folgenden: „Technologietransfer-Leitlinien“, Rn. 17; VO (EU) Nr. 316/2014 („Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung“), Erwägungsgrund 4; VO (EU) Nr. 1217/2010 („FuE-Gruppenfreistellungsverordnung“), Erwägungsgrund 4.

40 Stigler-Report (Fn. 6), S. 36.

Diesen neuen Bedingungen der Digitalökonomie muss bei der Ausgestaltung eines Regelungsrahmens, der den Schutz offener Märkte mit unverfälschtem Wettbewerb zum Gegenstand hat, in besonderer Weise Rechnung getragen werden: Ein solcher Regelungsrahmen muss insbesondere auch die Wahlfreiheit und Selbstbestimmung der Verbraucher schützen.⁴¹ Im vorliegenden Bericht wird daher in verschiedenen Zusammenhängen besonderes Gewicht auf die Stärkung der Position der Verbraucher gelegt. Diesem Ziel kann die Schaffung neuer „Datenintermediäre“ dienen, die den Interessen der durch die Datenverarbeitung betroffenen Personen verpflichtet sind; weiterhin kann dieses Ziel eine starke Ausgestaltung des Rechts auf Datenportabilität im Verhältnis zu marktbeherrschenden Unternehmen sowie eine weitergehende Stärkung von Wechselmöglichkeiten in typischen Lock-in-Situationen rechtfertigen (zu alledem siehe näher: Kapitel V. und Kapitel VI.). Die Stärkung der Verbraucher im Verhältnis zu marktbeherrschenden Unternehmen erhöht zugleich die Bestreitbarkeit bestehender Machtpositionen und schützt die Möglichkeit zu dezentraler Innovation. Sie hat damit – über den Verbraucherschutz im engeren Sinne hinaus – eine genuin wettbewerbspolitische Zielsetzung.

3. Ziel: Regelungsstrukturen den Bedingungen des digitalen Wandels anpassen

Kennzeichnend für das europäische Wettbewerbsrecht sind seine offenen Generalklauseln. Sie haben es den Wettbewerbsbehörden in den vergangenen Jahren ermöglicht, die neuen Marktgegebenheiten der digitalen Ökonomie Fall für Fall zu analysieren, besser zu verstehen und flexibel auf den digitalen Wandel und die damit einhergehenden Veränderungen der Marktstrukturen zu reagieren. Allerdings ist die Anwendung der Wettbewerbsregeln regelmäßig zeit- und ressourcenintensiv. Zwar hat die Fallpraxis auf der Grundlage von Erfahrung und weithin akzeptierten ökonomischen Erkenntnissen bestimmte Verhaltensweisen identifiziert, die schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden und

daher – vorbehaltlich einer Rechtfertigung im Einzelfall – ohne ausgiebige Wirkungsanalyse als verboten gelten. Dies gilt sowohl im Kontext des Kartellverbots als auch beim Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen.

Überwiegend wird jedoch eine Wirkungsanalyse auf der Grundlage des konkreten wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs verlangt. Die Anforderungen an diese Wirkungsanalyse sind mit dem sogenannten „more economic approach“ in den letzten 20 Jahren gestiegen. Dies führt dazu, dass mit jeder Entscheidung ein erhebliches Maß an Wissen über die sich verändernden Marktgegebenheiten generiert wird und im besten Fall ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit erreicht werden kann. Die Zahl der Fälle, die Wettbewerbsbehörden unter diesen Bedingungen bearbeiten können, ist jedoch zwangsläufig begrenzt.

Im Einklang mit dem Furman-Report⁴² und dem Sonderberater-Bericht⁴³ geht die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 davon aus, dass die Wohlfahrtskosten des Nicht-Einschreitens von Wettbewerbsbehörden gegen wettbewerbsbehindernde Verhaltensweisen von marktmächtigen Digitalunternehmen (sogenannte „false negatives“) erheblich gestiegen sind. Dies gilt in besonderem Maße im Verhältnis zu marktbeherrschenden Plattformen, die von starken positiven Netzwerkeffekten und dadurch bedingten anhaltend hohen Marktzutrittsschranken profitieren. Einigkeit besteht ferner darüber, dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die Verdrängungs- und Konzentrationsprozesse begünstigen und beschleunigen, eine schnelle Intervention erfordern können: Hat sich die Marktstruktur erst einmal verändert, so lassen sich diese Veränderungen nachträglich nur schwer wieder rückgängig machen. Der Geschwindigkeit des Wandels in der digitalen Ökonomie muss ein Regelungsrahmen gegenüberstehen, der wettbewerbswidriges Verhalten mit hohem Gefahrenpotential schnell unterbinden kann.

Vorausgegangene Berichte haben aus diesem Befund allerdings unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen. Während der Furman-Report für die Entwicklung eines

41 Auch die Entscheidungen der EU-Kommission nehmen in jüngerer Zeit vermehrt Fokus auf die Beeinträchtigung der Wahlfreiheit der Marktgegenseite, vgl. etwa Europäische Kommission, COMP/AT.40220 – *Qualcomm*, Pressemitteilung v. 24.1.2018, abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-421_en.htm (zuletzt abgerufen am 3.9.2019); Entscheidung v. 6.12.2016, COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, dort beispielhaft Rn. 348 ff., ferner Pressemitteilung v. 6.12.16, abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4284_en.htm (zuletzt abgerufen am 3.9.2019); Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/C-3/37.990 – *Intel*, Rn. 1598 ff. Für die durchgängige Bedeutung einer gehaltvollen Verbraucherefreiheit im aktuellen Regulierungsrecht als wichtiges Begleitregime zur Liberalisierung siehe *Schneider* in: Holznapel (Hrsg.), 20 Jahre Verantwortung für Netze, München 2018, S. 51 ff.

42 Furman-Report (Fn. 3), S. 91 f.

43 Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 50 ff.

dem Ziel der Wettbewerbsförderung verpflichteten Verhaltenskodex und ein Regulierungsregime plädiert, hat der Sonderberater-Bericht auf Möglichkeiten der Weiterentwicklung der Wettbewerbsregeln hingewiesen.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 geht davon aus, dass die folgenden Grundsätze bei der Suche nach einer optimalen Struktur von wettbewerbs- und innovationsfördernden Regeln für die digitale Ökonomie hilfreich sein können:

Regeln sind idealerweise so zu strukturieren, dass sie die Summe der Kosten minimieren, die aus Wohlfahrtsverlusten infolge falscher Entscheidungen (sogenannte „false positives“ und „false negatives“) und aus den Rechtsdurchsetzungskosten resultieren.

Unterscheidet man typisierend zwischen klaren, einfachen und eindeutigen Verhaltensregeln, die dem Rechtsanwender wenig Wertungsspielräume belassen (sogenannten „rules“) und weiten, wertungsoffen formulierten Generalklauseln (sogenannten „standards“), so weisen beide Regeltypen Vor- und Nachteile auf, denen in unterschiedlichen Kontexten unterschiedliches Gewicht beizumessen ist. Klare, einfache und eindeutige Verhaltensregeln lassen sich – sind die tatbestandlich relevanten Informationen gut verfügbar – im Einzelfall vergleichsweise schnell und mit geringen Kosten durchsetzen. Für die Normadressaten haben solche Regeln eine klare Signalwirkung und erleichtern die Planung. Negativ kann die Rigidität und der „Formalismus“ solcher Regeln ins Gewicht fallen: Können besondere Umstände des Einzelfalls in der Regelanwendung nicht berücksichtigt werden, so kann die Zahl ökonomisch falscher Entscheidungen steigen. Auch erweisen sich solche Regeln häufig als wenig entwicklungs offen. Damit kann ein häufigeres Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich werden. Der richtige Zuschnitt der Regeln auf Gesetzgebungsebene kann bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten mit hoher Varianz und in einer sich schnell verändernden Umgebung aufwändig und schwierig sein.

Der Einsatz von „standards“ bietet sich daher insbesondere dann an, wenn der Gesetzgeber (noch) nicht über ein hinreichendes Wissen über die Bandbreite der in Einzelfällen relevanten Umstände und der Wirkungen bestimmter Verhaltensweisen verfügt. Die relevanten Informationen lassen sich dann in der Fallpraxis generieren. Die Entscheidungen können tatsächlichen Unterschieden flexibel Rechnung tragen. „Standards“ sind damit zugleich stärker auf eine evolutive Rechtsentwicklung hin angelegt. Normadressaten

können im Einzelfall relevante Informationen in den Entscheidungsprozess „einspeisen“ und so an der Regelentwicklung mitwirken. Allerdings ist die Anwendung von „standards“ mit einer größeren Rechtsunsicherheit verbunden, und die Rechtsanwendung erfordert einen höheren Aufwand an Ressourcen und Zeit.

„Rules“ und „standards“ bilden sehr holzschnittartig die Extrempositionen tatsächlich existierender Regelungstypen ab. In der Praxis gibt es eine Vielfalt hybrider Regelungstypen, welche in Abhängigkeit von konkreten Normkontexten die Vorteile von „rules“ und „standards“ zu verbinden suchen. So können Regeln, die auf einer Vermutung unerwünschter Auswirkungen eines bestimmten Verhaltens beruhen, mit klar definierten Ausnahmen versehen werden, die besonders, in den Ausnahmetatbeständen näher eingegrenzten Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen. Vielfach wird auch von widerleglichen Vermutungen Gebrauch gemacht. Auch in diesem Fall werden unerwünschte Auswirkungen eines Verhaltens vermutet, dem Normadressaten wird aber die Möglichkeit eingeräumt, die Vermutung unter Rückgriff auf zuvörderst ihm zugängliche Informationen zu widerlegen.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist zu der Überzeugung gekommen, dass in Märkten, in denen starke und schnelle Konzentrationstendenzen ein schnelles Vorgehen gegen wettbewerbsverschließende Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen erfordern, ein Übergang zu klaren, verhältnismäßig einfachen Verhaltensregeln sinnvoll ist, weil diese dem Markt klare Signale zu den „Spielregeln“ vermitteln und die Rechtsanwendung vereinfachen und beschleunigen können. Die Einräumung einer Rechtfertigungsmöglichkeit gewährleistet, dass die Rechtsanwendung weiterhin wichtige Informationen über neue wirtschaftliche Zusammenhänge generiert, welche in die Weiterentwicklung der Verhaltensregeln einfließen können (näher: s. u., Kapitel VI.). Andere Problembereiche, wie etwa die Verpflichtung marktbeherrschender Unternehmen zur Gewährung eines Zugangs zu Daten, eignen sich aus Sicht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 gegenwärtig nicht für einen Übergang zu einfachen generalisierenden Verhaltensregeln: Die Sachverhaltskonstellationen sind zu vielfältig und die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu komplex. Die Fehlerkosten einfacher, klarer Verbote bzw. Verpflichtungen wären zu hoch. Stattdessen ist eine sektorale Ausweitung des Datenzugangs zu empfehlen, die es zugleich ermöglicht, in begrenzterem Umfang Erfahrungen zu sammeln und Lösungen zu erproben (s. u., Kapitel V).

Überlegungen zur optimalen Regelungsstruktur sind eng verknüpft mit der Struktur der Rechtsdurchsetzung. Die Veränderungen in der digitalen Ökonomie werfen insbesondere die Frage auf, ob Wettbewerbsbehörden allein in der Lage sind, für einen hinreichenden Schutz des Wettbewerbsprozesses zu sorgen, oder ob es der Einrichtung neuer Institutionen bedarf. Zudem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von wettbewerbsbehördlicher Rechtsdurchsetzung zur Rechtsdurchsetzung in anderen Bereichen des Digitalrechts, insbesondere dem Datenschutzrecht, die ebenfalls wettbewerbsordnende Wirkung entfalten kann. Der Furman-Report hat für die Einrichtung einer „Digital Markets Unit“ plädiert, die – gemeinsam mit der Gesamtheit der „stakeholder“ der digitalen Ökonomie – Verhaltensregeln für Plattformen mit einer strategischen Marktstellung entwickeln soll, die nicht nur Wettbewerbsbeschränkungen verbieten, sondern pro-aktiv Wettbewerb fördern und stärken. Ferner soll die „Digital Markets Unit“ die Einhaltung dieser Verhaltensregeln laufend überwachen und im Fall von Verletzungen schnell eingreifen.

Die Diskussion über die Vor- und Nachteile einer die allgemeinen Wettbewerbsregeln und ihre Durchsetzung ergänzenden Regulierung ist in der Vergangenheit vor allem mit Blick auf die Netzindustrien geführt worden, die von einem Monopolregime in den Wettbewerb überführt werden sollten. Die weitreichenden Eingriffe in die wirtschaftlichen Freiheitsrechte der regulierten Akteure – eine ständige Aufsicht und Überwachung, besondere Informationspflichten, Verhaltensgebote und womöglich Genehmigungserfordernisse – sind hier teils als Transformationsregime, teils durch den Infrastrukturcharakter der Netze gerechtfertigt. Die Frage, welche Märkte einer Regulierung unterworfen werden sollen, wird anhand von drei Kriterien geprüft:⁴⁴ (Nur) solche Märkte sind zu regulieren, die erstens durch beträchtliche und anhaltende, strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind und auf denen zweitens längerfristig keine Tendenz in Richtung Wettbewerb festzustellen ist. Voraussetzung ist drittens, dass das allgemeine Wettbewerbsrecht allein nicht reicht, um dem Marktversagen entgegenzuwirken.

Trotz einiger Parallelen zu den herkömmlichen Netzindustrien stellen sich die Verhältnisse in der digitalen Ökonomie anders dar. Hier haben sich die Machtstellungen im Wett-

bewerb entwickelt. Neben der Gewährleistung der Bestreitbarkeit besteht eine wesentliche Herausforderung im Umgang mit den oben skizzierten konglomeraten Effekten, die zu einer Ausdehnung von Machtpositionen führen können. Nahezu alle Sektoren unterliegen infolge der Digitalisierung rasanten, komplexen und häufig schwer vorhersehbaren Veränderungen. In einer Umgebung mit hoher Marktdynamik und hohem Innovationspotential kann ein eingriffsintensives Regulierungsregime mit erheblichen Fehlerkosten einhergehen. Zugleich ist gerade angesichts dieser Veränderungsprozesse in stärkerem Maße als in einem relativ stabilen, durch inkrementelle Innovation gekennzeichneten Marktumfeld eine nicht nur punktuelle, fallweise, sondern systemübergreifende Informationsgenerierung sowie ein engerer Austausch zwischen Wettbewerbsbehörden und weiteren Behörden (z.B. Verbraucherschutz- und Datenschutzbehörden) erforderlich, um die Regeln in Anpassung an die Eigenarten der digitalen Ökonomie weiterzuentwickeln. Auch kann eine schnellere Regelentwicklung geboten sein, als sie das evolutiv angelegte Wettbewerbsrecht leisten kann. Ferner kann im Fall von – womöglich systematischen – Regelverstößen ein schnelles Eingreifen erforderlich sein.

Dies alles spricht gegen die Einrichtung einer an den Netzindustrien orientierten „public utilities“-Regulierung für die Digitalökonomie, deutet aber zugleich darauf hin, dass die herkömmlichen Mechanismen der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln nicht durchgängig ausreichend sind, um angesichts der Geschwindigkeit des Wandels der digitalen Ökonomie auf neu auftauchende Vermachtungstendenzen zu reagieren. Andere Instrumente der systematischen Informationsgenerierung, der Regelentwicklung und der Rechtsdurchsetzung können geboten sein. Während die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hinsichtlich der Ausgestaltung eines solchen Regimes nicht zu durchgängig einstimmigen Empfehlungen gelangt, ist sie sich in diesem Ausgangsbefund einig. Einigkeit besteht auch, dass es sinnvoll sein kann, sektorale Regeln zu entwickeln, mit denen gezielt auf Probleme auf spezifischen Märkten reagiert werden kann. Solche sektorspezifischen Regeln – etwa zum Datenzugang, zur Datenportabilität oder zur Interoperabilität – können zugleich als Experimentierfeld für verallgemeinerungsfähige Regeln dienen.

44 Sogenannter „Drei-Kriterien-Test“, rechtlich verankert etwa in § 10 Abs. 2 TKG.

IV. Marktgrenzen und Marktmacht differenzierter erfassen

Ziel des Wettbewerbsrechts ist es, durch Kontrolle wirtschaftlicher Machtpositionen einen offenen Wettbewerbsprozess zu gewährleisten, Innovation zu ermöglichen und hierdurch die Wahlfreiheit der Nachfrager zu schützen. Machtpositionen und Wettbewerbsbeschränkungen werden im Wettbewerbsrecht mit Blick auf sachlich und räumlich relevante Märkte ermittelt, die den Gegenstand und das Gebiet des Wettbewerbs eingrenzen sollen. Mit dem Begriff der „marktbeherrschenden Stellung“ nehmen Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und die Fusionskontrollverordnung (FKVO)⁴⁵ in ihrem Wortlaut unmittelbar auf das Markt-konzept Bezug.

Die Feststellung des relevanten Marktes zielt darauf ab, diejenigen Marktakteure zu identifizieren, die ein Unternehmen in einem bestimmten Tätigkeitsbereich wettbewerblich disziplinieren.⁴⁶ Der sachlich relevante Markt umfasst dabei alle Produkte oder Dienste, die Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks für austauschbar halten.⁴⁷ Der räumlich relevante Markt umfasst „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“.⁴⁸ Der Begriff des relevanten Marktes ist damit ein wirtschaftswissenschaftlich geprägter juristischer Zweckbegriff.⁴⁹ Aus dem „gesamten Universum der marktwirtschaftlichen Beziehungen“ soll gedanklich der in einer konkreten Fallkonstellation relevante Bereich herausgeschnitten werden.⁵⁰

Die neuen Bedingungen der digitalen Ökonomie können bestehende Wettbewerbsbeziehungen strukturell verändern. Für bestimmte Fallkonstellationen – insbesondere beim Angebot unentgeltlicher Dienste – wird nach neuen Methoden gesucht, um den Grad wettbewerblicher Disziplinierung durch andere Marktakteure zu messen. Plattformmärkte werfen bei der Markt-abgrenzung eigene Fragen auf. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt daher eine

Überarbeitung der mittlerweile über 20 Jahre alten Bekanntmachung der EU-Kommission über die Definition des relevanten Marktes⁵¹ (siehe dazu a.).

Digitale Plattformen können außerdem zu neuen Formen der Kontrolle über den Zugang zu Märkten führen und damit Machtpositionen begründen, die einer präzisen konzeptionellen Erfassung bedürfen. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 schlägt deshalb die Veröffentlichung einer Bekanntmachung zur Anwendung des Konzepts der Marktmacht auf digitale Plattformen vor (b.).

Die Bedeutung der Werbefinanzierung für Geschäftsmodelle verbrauchergerichteter digitaler Plattformen und datengetriebene Verbundeffekte zwischen Märkten können dazu führen, dass sich unternehmerische Strategien nicht mehr an einzelnen Produkt- oder Dienstleistungsmärkten orientieren. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob es neuer Prüfungskategorien im Wettbewerbsrecht bedarf, um die Fähigkeit von Unternehmen, im Rahmen marktübergreifender Strategien Wettbewerber zu behindern oder Wettbewerb zu verschließen, angemessen zu erfassen. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, Studien in Auftrag zu geben, um diese Frage vertieft zu prüfen (c.).

1. Die Methoden der Markt-abgrenzung für die digitale Ökonomie konkretisieren

Die Bekanntmachung der EU-Kommission zur Definition des relevanten Marktes datiert aus dem Jahr 1997. Bei der Ermittlung derjenigen Wettbewerbskräfte, die Unternehmen in ihrer unternehmerischen Planung und Tätigkeit disziplinieren, sind Wettbewerbsbehörden und Gerichte in der digitalen Ökonomie vor neue Herausforderungen gestellt, die eine Aktualisierung der Bekanntmachung auf der Grundlage der Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden im Umgang mit den neuen Fallkonstellationen nahelegen. Die Herausforderungen sind teils konzeptioneller, teils praktischer Natur.

45 Allerdings dient das Kriterium der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der FKVO nur als Regelbeispiel für eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs.

46 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. München 2014, § 26 Rn. 39.

47 Siehe die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl 1997 C 372/5, Rn. 7.

48 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl 1997 C 372/5, Rn. 8.

49 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. München 2014, § 26 Rn. 36.

50 *Hoppmann*, Fusionskontrolle, Tübingen 1972, S. 48.

51 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl 1997 C 372/5.

Neue konzeptionelle Fragen sind durch die Mehrseitigkeit digitaler Plattformen aufgeworfen. So gilt es zu klären, unter welchen Bedingungen von einem plattformseitenübergreifenden Markt oder aber von separaten Märkten auf den jeweiligen Plattformseiten auszugehen ist;⁵² wann und wie bei Prüfung separater Märkte die Interdependenz der Marktseiten berücksichtigt werden kann;⁵³ und wie Sachverhaltskonstellationen zu erfassen sind, in denen Nutzer einer Plattform gleichzeitig andere Plattformen und Nicht-Plattformdienste nutzen (d. h. „Multi-homing“ betreiben).⁵⁴

Zu klären ist umgekehrt, wann nicht mehr von Märkten für Online-Dienste einer spezifischen Art und Funktionalität, sondern im Kontext digitaler Ökosysteme mit starker Bindungswirkung von Ökosystem-spezifischen Sekundärmärkten auszugehen ist.⁵⁵ Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Lock-in-Effekte auf einem Primärmarkt zur Annahme von separaten Sekundärmärkten führen – auf denen der Anbieter des Primärproduktes dann häufig über eine marktbeherrschende Stellung verfügen wird –,⁵⁶ gewinnt auch im Kontext von Industrie 4.0 zunehmende praktische

Bedeutung. Die immer häufigere Verbindung des Produktvertriebs mit einer datengetriebenen Dienstleistungskomponente und die Bedeutung der Datenauswertung für eine Individualisierung dieser Dienstleistungen kann der sogenannten „Aftermarket“-Doktrin in der digitalen Ökonomie einen wachsenden Anwendungsbereich verschaffen.⁵⁷ Die Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes von 1997 behandelt den Fragenkreis der Sekundärmärkte bislang nur sehr knapp.⁵⁸

Praktische Probleme treten unter anderem dann auf, wenn es um die Abgrenzung von Märkten geht, auf denen Dienste „unentgeltlich“ angeboten werden (sogenannte „Nullpreismärkte“).⁵⁹ Hier versagen Analysemethoden wie der SSNIP-Test,⁶⁰ die auf eine Ermittlung der Wechselbereitschaft der Kunden bei einer hypothetischen Preiserhöhung abstellen. Die Wettbewerbsbehörden lösen diese Fälle weiterhin auf Grundlage des Bedarfsmarktkonzepts.⁶¹ Diskutiert wird, ob das Ausmaß der Wechselbereitschaft auf solchen Märkten auf der Grundlage einer hypothetischen Qualitätsverschlechterung ermittelt werden kann.⁶²

- 52 Vgl. dazu Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 119 f.; Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 46; *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power in the Platform Economy, Report, May 2019, S. 22 ff. m. w. N. Zum U.S.-Antitrust-Recht siehe *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274 (2018). Das Urteil des U.S. Supreme Court wird in der Literatur weithin kritisch rezipiert – siehe z. B. *Carlton*, The Anticompetitive Effects of Vertical Most-Favored-Nation Restraints and the Error of Amex, COLUM. BUS. L. REV. (forthcoming 2019)
- 53 *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power (Fn. 5), S. 39 ff.
- 54 *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power (Fn. 5), S. 54 ff.
- 55 Siehe den Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 88 ff.
- 56 Zu sogenannten „Aftermarkets“ siehe z. B. *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten: Eine juristische und ökonomische Untersuchung im Kartell- und Immaterialgüterrecht, 2007; *Shapiro*, Aftermarkets and consumer welfare: making sense of Kodak, Antitrust Bulletin 1995, Vol. 63, S. 483 ff. – jeweils m. w. N.
- 57 Vgl. Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 88 ff.
- 58 Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl 1997 C 372/5, Rn. 56.
- 59 Siehe dazu u. a. den Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 44. Zur konzeptionellen Erfassung und Marktabgrenzung bei „unentgeltlichen“ Diensten siehe u. a.: Stigler-Report, (Fn. 6) S. 33, 45, 66; *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power in the Platform Economy (Fn. 5), S. 46–54. Zur Frage der sogenannten „attention markets“ siehe unten, III.
- 60 Der SSNIP-Test („small but significant and non-transitory increase in price“) oder auch „hypothetischer Monopolistentest“ beschreibt folgendes Gedankenexperiment: Märkte sollen (nur) so eng abgegrenzt werden, dass ein hypothetischer Monopolist auf diesem Markt über ausreichend Marktmacht verfügen würde, dass eine nicht nur vorübergehende Erhöhung des Preises um 5-10% über den Wettbewerbspreis profitabel wäre – der zusätzliche Umsatz also nicht durch den Absatzzrückgang aufgrund der Abwanderung von Marginalverbrauchern zu Substituten überwogen wird. Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 2011, S. 77–81; zur Zurückhaltung der deutschen Rechtsprechung gegenüber dem SSNIP-Test vgl. BGH, Beschluss vom 4.3.2008 – KVR 21/07, BGHZ 176, 1, Rn. 18 f. – *Soda-Club II*.
- 61 So lag etwa der Fokus der Marktabgrenzung im Google Shopping-Verfahren auf der funktionalen Austauschbarkeit verschiedener Internet-such-Produkte und damit letztlich der Frage, welche Dienste bei funktionaler Betrachtung einen konkret definierten Bedarf der Nutzer decken können; vgl. Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740, Rn. 145 ff., insb. Rn. 161 ff., sowie Rn. 245 zur Ablehnung des SSNIP-Tests durch die Kommission. Siehe dazu u. a. den Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 45.
- 62 *Gebicka/Heinemann*, World Competition 37 (2014), 149, 156 ff.; *Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt*, Journal of Competition Law and Economics 10 (2014), 293; *Capobianco*, Big Data: Bringing Competition Policy to the digital era, OECD, 2016, DAF/COMP(2016)14, S. 15; *Filistrucchi*, Market Definition in Multi-Sided Markets, OECD, 2018, DAF/COMP/WD(2017)27/FINAL, S. 15. Skeptisch dazu: Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 45; *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power in the Platform Economy (Fn. 5), S. 65; Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 45 f; *Podszun/Schwalbe*, NZKart 2017, 98, 102.

Besondere Herausforderungen konzeptioneller wie praktischer Natur können schließlich aus der Schnellebigkeit digitaler Märkte und der Unvorhersehbarkeit digitaler Innovation folgen.⁶³ Dies gilt in besonderem Maße in der Fusionskontrolle, in deren Rahmen der Einfluss des Zusammenschlusses auf den in Zukunft zu erwartenden Wettbewerb zu beurteilen ist. Trotz übereinstimmender ökonomischer Bestimmungsgründe kann die Marktabgrenzung in der Fusionskontrolle daher von derjenigen bei Art. 102 AEUV abweichen, bei der Verhaltensweisen aus der Vergangenheit zu beurteilen sind.⁶⁴ Insbesondere (aber nicht nur) in der Fusionskontrolle stellt sich daher die Frage, wie Wettbewerbsbehörden mit genuiner und nicht auflösbarer Prognoseunsicherheit umgehen sollen und welche Prognosezeiträume zugrunde zu legen sind.⁶⁵

Eng damit verknüpft ist die Frage nach den Voraussetzungen, unter denen von einem potentiellen Wettbewerb mit disziplinierender Wirkung ausgegangen werden kann.⁶⁶ Allerdings wird potentieller Wettbewerb nach der Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes gegenwärtig nicht im Rahmen der Marktabgrenzung, sondern erst bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt.⁶⁷ Gleichwohl liegt es nahe, in einer aktualisierten Bekanntmachung die Bedeutung von Internet und Digitalisierung für den Marktzutritt näher auszuführen: So kann das Internet den Zutritt in bestimmte Märkte erleichtern und damit die räumliche Marktabgrenzung beeinflussen.⁶⁸ Die Bedeutung von Daten und deren beschränkte Verfügbarkeit können demgegenüber zu neuen Marktzutrittsschranken führen.

Die Ausführungen der Bekanntmachung zu Möglichkeiten und Grenzen der Angebotssubstitution⁶⁹ wären mit Blick

auf mögliche Substitutionsbeziehungen zwischen herkömmlichen und neuen digitalen Produkten und Diensten zu ergänzen (etwa gedruckte Bücher vs. E-Books; CDs vs. Musik-Streaming, Tageszeitungen vs. Online-Nachrichtendienste).

Auf allgemeinerer Ebene lässt sich fragen, welche Funktion die Marktabgrenzung in der wettbewerbsbehördlichen Praxis in einem unsicheren, innovationsgetriebenen Marktumfeld haben kann und soll. Während die Technik der Marktabgrenzung es in einem relativ stabilen Marktumfeld regelmäßig erlaubt, aus der Marktstruktur – insbesondere aus Marktanteilen – Marktmarktvermutungen abzuleiten, ist dies in noch jungen, stark innovationsgetriebenen Märkten häufig nicht der Fall. Die Marktabgrenzung ist in einem solchen Umfeld nicht mehr Grundlage marktstruktureller Vermutungsregeln, sondern lediglich ein erster Filter für die wettbewerbliche Analyse, mit dessen Hilfe die verschiedenen Wettbewerbskräfte systematisierend und differenziert abgebildet werden können. Werden Märkte eher weit abgegrenzt, so sind im Rahmen der weiteren wettbewerblichen Analyse die unterschiedlichen Näheverhältnisse zu berücksichtigen. Werden Märkte eher eng abgegrenzt, so hat die wettbewerbliche Analyse die Disziplin zu berücksichtigen, die von Unternehmen außerhalb des relevanten Marktes ausgeht.⁷⁰ Insbesondere in der fusionskontrollrechtlichen Praxis trägt die EU-Kommission diesen Gesichtspunkten bereits heute Rechnung.

Hinzuweisen ist schließlich auf die jüngere Entscheidungspraxis der EU-Kommission in Kontexten, in denen zwar von einem Innovationswettbewerb auszugehen ist, ein hinreichend konkreter Bezug auf einen Produkt-, Dienstleistungs- oder Technologiemarkt aber noch nicht besteht.

63 Siehe dazu den Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 47.

64 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 2.

65 Eine Analyse der Entscheidungspraxis aus dem Jahr 2011 hat ergeben, dass die EU-Kommission zur Bewertung von aus Sicht der Zusammenschlussparteien negativen Entwicklungen teilweise einen längeren Zeitraum herangezogen hat (3–5 Jahre) als zur Abschätzung der für die Parteien positiven Entwicklungen (2–3 Jahre) – siehe *Schröder*, Der Prognosezeitraum in der Fusionskontrolle, in: FS Säger, 2011, 985 ff., 997 f.

66 Siehe dazu EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004 Nr. C 31/5 Rn. 9; und EU-Kommission, Leitlinien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2008 Nr. C 265/6 Rn. 20: Berücksichtigt werden Änderungen im Markt, die mit einiger Sicherheit erwartet werden können. Für eine Diskussion der Berücksichtigung von Möglichkeiten eines schnellen Markteintritts („rapid entry“/„swing capacity“) siehe *Fletcher/Lyons*, Geographic Market Definition in European Commission Merger Control, 2016, p. 57–58, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/study_gmd.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

67 EU-Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 Nr. C 372/5 Rn. 24.

68 Etwa im Bereich des Handels.

69 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes i. S. d. Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997 C 372/5, Rn. 20 ff.

70 *Fletcher/Lyons*, Geographic Market Definition in European Commission Merger Control, (Fn. 6), p. 12 f.

Anstelle von Märkten grenzt die EU-Kommission in diesen Fällen „Innovationsräume“ ab,⁷¹ die diejenigen Unternehmen umfassen, die über die notwendigen Ressourcen und Fertigkeiten verfügen, um in bestimmten Bereichen von Forschung und Entwicklung erfolgreich tätig zu sein.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt eine Aktualisierung der Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes, die diesen neueren Entwicklungen und Fragen Rechnung trägt. Ausführungen zu den Marktabgrenzungsfragen, die speziell bei digitalen Plattformen auftreten, könnten in einer gesonderten Bekanntmachung behandelt werden, die zudem die Formen von und Anforderungen an die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung digitaler Plattformen adressiert (dazu im Folgenden in 2.).

Empfehlung 1:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, die **Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes zu überarbeiten.**

2. Marktabgrenzung und Konzepte für die Erfassung von Machtpositionen digitaler Plattformen schärfen

Die besonderen Fragen, welche sich bei der Abgrenzung digitaler Plattformmärkte stellen, sind bereits im Vorabschnitt skizziert worden. Aber auch in der Erfassung der möglichen Machtpositionen von Plattformen ist das Wettbewerbsrecht mit neuen Problemen konfrontiert.⁷² Die in den letzten Monaten veröffentlichten Berichte zu den Herausforderungen der Digitalisierung für das Wettbewerbsrecht erkennen dies durchgängig an, arbeiten allerdings mit unterschiedlichen Begrifflichkeiten:

Die Marktmachtstudie für das BMWi verweist mit dem Begriff der Intermediationsmacht auf die besondere Machtstellung, die Plattformen in der Kontrolle über einen Absatzkanal oder über den Zugang zu bestimmten Kundengruppen erlangen können,⁷³ – eine Machtstellung, die

auch bei Existenz verschiedener paralleler Vertriebskanäle bestehen kann, wenn ein Waren- oder Diensteanbieter auf keinen dieser Kanäle verzichten kann.

Der Sonderberater-Bericht weist auf die Verwandtschaft dieses Konzepts mit dem anerkannten Konzept des „unvermeidlichen Handelspartners“ („unavoidable trading partner“) hin und hebt hervor, dass die Kontrolle von Plattformen über Daten und die mögliche Steuerungsmacht von Plattformen in die Machtermittlung einzubeziehen sind.⁷⁴ Erkenntnisse aus der Verhaltensökonomik können in die Analyse einzubeziehen sein.

Dies unterstreicht auch der Stigler-Report. Er verwendet dabei den Begriff der „bottleneck“-Macht⁷⁵ – eine Machtposition, von der dann auszugehen sei, wenn Nachfrager jeweils primär auf einen einzigen Anbieter zurückgreifen („single-homing“), so dass Anbieter für den Zugang zu diesen Nachfragern auf den Zugang zur Plattform angewiesen seien. Faktoren, die eine solche Situation begünstigten, seien hohe Wechselkosten für Nachfrager – etwa wegen eines damit verbundenen Datenverlusts oder wegen vertraglicher oder technischer Wechselhindernisse bzw. fehlender Interoperabilität; ferner Kopplungspraktiken oder die Trägheit der Nachfrageseite, begünstigt etwa durch bestimmte Voreinstellungen. Digitalunternehmen, die einen Anreiz und die Fähigkeit hätten, eine „single-homing“-Umgebung zu schaffen bzw. aufrecht zu erhalten, seien als Unternehmen mit „bottleneck“-Macht zu behandeln.

Der Furman-Report schließlich spricht in ähnlichem Zusammenhang von einem sogenannten „strategic market status“, bei dessen Vorliegen ein besonderes Regulierungsregime greifen soll. Von einem „strategic market status“ sei auszugehen, wenn ein oder mehrere Digitalunternehmen über ein hohes Maß an Kontrolle und Einfluss über das Verhältnis zwischen Käufern und Verkäufern oder über den Zugang von Werbetreibenden zu potentiellen Käufern verfügten. Die hieraus folgende Möglichkeit, als „Türsteher“ („gatekeeper“) zwischen Unternehmen und ihren potentiellen Kunden zu agieren, verschaffe Plattformen eine spezifische Art von Macht. Neben der Kontrolle über den Zugang

71 Europäische Kommission, Entscheidung v. 11.4.2018, COMP/M.8084 – Bayer/Monsanto; Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.3.2017, COMP/M.7932 – Dow/Dupont.

72 Siehe dazu den Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 48 f.; Franck/Peitz, Market Definition and Market Power in the Platform Economy (Fn. 5), S. 69 ff. m. w. N.

73 Siehe die Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 85 ff.

74 Siehe Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 49 f.

75 Siehe Stigler-Report (Fn. 6), S. 84 ff.

zum Markt bzw. zu Kunden seien die Möglichkeit, Rankings zu manipulieren und die Fähigkeit, Reputation von Unternehmen zu beeinflussen, weitere Facetten dieser Machtposition.⁷⁶

Durchgängig wird damit der Kontrolle über den Zugang zum Markt oder zu wichtigen Kundengruppen eine eigenständige Bedeutung für die Feststellung einer wettbewerbsrechtlich relevanten Machtstellung eingeräumt. Dies ist für das Wettbewerbsrecht nicht neu: Wer über den Zugang zum Markt entscheidet, beherrscht den Markt. Wer unter diesen Bedingungen andere ohne objektive Rechtfertigung vom Zugang ausschließt, nutzt seine beherrschende Stellung missbräuchlich aus.⁷⁷ Diese Tatbestandsgruppe hat die Liberalisierung der Netzindustrien maßgeblich vorangetrieben. In der Digitalisierung erlangt sie nun eine neue Bedeutung, und sie bedarf einer besonderen Ausformung, welche der Rolle von Plattformen und Daten für den Zugang zu Kunden Rechnung trägt. Die Marktanteile auf einem übergreifenden Plattformmarkt sind für die Annahme wettbewerbsrechtlich relevanter Macht nicht allein entscheidend.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hält eine Klärung und Schärfung des Konzepts von Marktmacht in seiner Anwendung auf Plattformen für notwendig. Sie würde es den Wettbewerbsbehörden erleichtern, in Zukunft schneller auf etwaige Missbräuche zu reagieren. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 schlägt daher eine besondere Mitteilung zu wettbewerbsrechtlichen Fragen digitaler Plattformen vor, die außer Ausführungen zur Marktabgrenzung auf Plattformmärkten (dazu a.) Hinweise zu den Besonderheiten bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung enthält.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 regt an, in diese Mitteilung auch Hinweise zum Verhältnis zwischen der Marktmachtanalyse, der Analyse der Wettbewerbskonformität bestimmter Verhaltensweisen und der Wirkungsanalyse in der wettbewerbsrechtlichen Praxis aufzunehmen.

Ähnlich wie bei Art. 101 Abs. 1 AEUV die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung Hinweise auf die Abgrenzung des relevanten Marktes geben kann, weil bestimmte Vereinbarungen nur unter der Voraussetzung von Marktmacht unternehmerisch sinnvoll sind, so können bestimmte Verhaltensweisen, verbunden mit Verdrängungswirkungen im Wettbewerb, auf eine fehlende Disziplinierung durch Wettbewerb und damit auf eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV hindeuten.⁷⁸

Empfehlung 2:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt die Veröffentlichung einer gesonderten **Mitteilung zur Marktabgrenzung und Marktmachtfeststellung bei digitalen Plattformen**.

3. Marktübergreifende Marktverschlussstrategien besser erfassen

Besonders grundlegende Fragen für das Wettbewerbsrecht wirft die Digitalisierung dort auf, wo sich unternehmerische Strategien von einem herkömmlichen Marktkontext, also von der Ausrichtung auf eingrenzbar Produkt- oder Dienstleistungsmärkte, lösen (siehe dazu Abschnitt II.3). Unternehmen, die im digitalen Kontext mit Ausrichtung auf Endverbraucher tätig sind, stehen oft nicht nur in einem Wettbewerb auf einem spezifischen Dienstemarkt, sondern vor allem in einem Wettbewerb um die Aufmerksamkeit und Bindung von Kunden. Die Aufmerksamkeit von Kunden ist nicht zuletzt dort zentral, wo Dienste durch Werbung finanziert werden. Kundenbindung ist dann primäres Ziel im Aufbau digitaler Ökosysteme.

Um die Bedeutung der Aufmerksamkeit von Kunden für die Werbefinanzierung zu erfassen, haben Ökonomen das Konzept der „Aufmerksamkeitsmärkte“ („attention markets“) entwickelt.⁷⁹ Verschiedene wettbewerbsbehördliche Entscheidungen haben sich hiermit bei der Marktabgrenzung gegenüber Werbekunden auseinandergesetzt.⁸⁰ Tendenziell

76 Siehe Furman-Report, para. 1.117. Siehe auch para. 2.116 – 17: Der Furman-Bericht verweist hier auf das Konzept der „beträchtlichen Marktmacht“ aus der TK-Regulierung sowie auf die Konzepte ökonomischer Abhängigkeit und relativer Marktmacht.

77 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 4.

78 Näher dazu: Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 47 ff. Siehe auch Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17 Rn. 3.

79 Für frühe Untersuchungen zur Bedeutung des Wettbewerbs um Aufmerksamkeit in Rundfunk- und Fernsehmärkten siehe Anderson/Coate, Market Provision of Broadcasting: A Welfare Analysis, The Review of Economic Studies (2005) Vol. 72(4), 947–972. Für neuere Untersuchungen im Kontext des Internet siehe Ambrus/Argenziano, Asymmetric Networks in Two-Sided Markets, American Economic Journal: Microeconomics (2016), Vol. 1(1), p. 17–52; Anderson/Foros/Kind, Competition for Advertisers and for Viewers in Media Markets, The Economic Journal 128 (2018), p. 34; Prat/Valletti, Attention Oligopoly (2018). Für einen Überblick: Lear-Report, S. 6, 28 und Annex A.2.

führt dieses Konzept allerdings zu sehr weiten Marktabgrenzungen: Um die Aufmerksamkeit von Kunden konkurrieren höchst unterschiedliche Dienste.⁸¹ Die Funktion der Marktabgrenzung, diejenigen Faktoren einzugrenzen, die das unternehmerische Verhalten faktisch disziplinieren, und auf dieser Grundlage die Identifikation von Machtpotentialen zu ermöglichen, kann ein solches Konzept daher nur eingeschränkt erfüllen. Zu Recht verweist das Konzept der „Aufmerksamkeitsmärkte“ allerdings auf die hohe praktische Relevanz der Werbemärkte in der Digitalökonomie. Die Funktionsweise dieser Märkte bedarf einer weitergehenden Analyse. Verschiedene Wettbewerbsbehörden haben in jüngerer Zeit entsprechende Sektoruntersuchungen eingeleitet.⁸²

Zu fragen ist daher, ob die wettbewerbliche Analyse marktübergreifender unternehmerischer Strategien neuer Ansätze bedarf. Der Sonderberater-Bericht hat dafür plädiert, die Marktabgrenzung als Instrument zur Ermittlung und Systematisierung wirksamer Wettbewerbskräfte zwar nicht aufzugeben, jedoch der Identifizierung ggfs. anti-kompetitiver unternehmerischer Strategien und Schadenstheorien besondere Bedeutung einzuräumen.⁸³ In der Fusionskontrolle wird auf der Grundlage des sogenannten SIEC-Tests (näher dazu s.u., Kapitel VIII) auf die Anreize und Fähigkeit der Zusammenschlussparteien abgestellt, den Zugang zu bestimmten Kunden und Märkten zu erschweren oder zu verschließen.

Im Kontext des Art. 102 AEUV könnte eine relevante Machtposition aus der Kontrolle über Ressourcen und Fertigkeiten folgen, welche die Fähigkeit zum Verschluss bestimmter Märkte oder zur Verdrängung von Wettbewerbern vermitteln. Dies entspricht im Ausgangspunkt der sogenannten „Essential Facilities“-Doktrin (näher dazu, mit Blick auf ihre Bedeutung im Kontext des Zugangs zu Daten: s.u., Kapitel V). Die „Essential Facilities“-Doktrin beruht aber zugleich auf der Erkenntnis und Erfahrung, dass das Wettbewerbsrecht in der Anordnung von Zugangspflichten zu bestimmten Ressourcen grundsätzlich große Vorsicht walten lassen muss, da diese regelmäßig negative Auswirkungen auf Innovations- und Investitionsanreize haben. Eine Interessenabwägung ist erforderlich, die diesen Gesichtspunkten Rechnung trägt. Es bedarf weiterer Erfahrungen und theoretischer Grundlegung, um diese Interessenabwägung unter den Bedingungen der digitalen Ökonomie in neuen Fallgruppen zu konturieren.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt vor diesem Hintergrund Studien in Auftrag zu geben, welche die verschiedenen Dimensionen marktübergreifender Marktverschlussstrategien in der digitalen Ökonomie sowie die Möglichkeiten des Wettbewerbsrechts untersuchen sollen, diese frühzeitig zu adressieren.

Empfehlung 3:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt eine **Untersuchung marktübergreifender Marktverschlussstrategien in der digitalen Ökonomie** und der Möglichkeiten, ihnen mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts zu begegnen.

80 Vgl. EU-Kommission, Beschluss v. 3.10.2014, M.7217, Rn. 73 ff. – *Facebook/WhatsApp*; EU-Kommission, Beschluss v. 6.12.2016, M.8124, Rn. 153 ff. – *Microsoft/LinkedIn* – allerdings jeweils ohne den Begriff der „Aufmerksamkeitsmärkte“ zu verwenden und ohne eine Festlegung im Ergebnis.

81 So auch der Lear-Report (Fn. 6), S. 28.

82 So bereits mit Nachdruck der Lear-Report (Fn. 6), S. 45 (Werbemärkte als ein „blind spot“ der Wettbewerbsbehörden) 117 f. Die französische Autorité de la Concurrence hat eine Sektoruntersuchung zur Online-Werbung durchgeführt – siehe den Abschlussbericht Avis no. 18-A-03 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/18a03.pdf>. Die CMA hat am 3. Juli 2019 eine Marktstudie in Auftrag gegeben – siehe <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>. Auch das Bundeskartellamt hat eine Untersuchung der Marktverhältnisse bei der Online-Werbung gestartet – siehe Pressemitteilung v. 1.2.2018 – siehe https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2018/01_02_2018_SU_Online_Werbung.html (zuletzt abgerufen am 3.9.2019). Der ACCC-Report (Fn. 5) widmet den Wettbewerbsverhältnissen auf Werbemärkten ein eigenes Kapitel (Chap. 3). Siehe ferner *Adsheed/Forsyth/Wood/Wilkinson*, Online advertising in the UK. A Report commissioned by the Department for Digital, Culture, Media & Sport, January 2019.

83 Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 46. Kritisch dazu: *Franck/Peitz*, Market Definition and Market Power (Fn. 6), S. 10 f.

V. Datenzugang und den selbstbestimmten Umgang mit Daten stärken

1. Zugang zu Daten als Quelle von Innovations- und Wettbewerbschancen

Die digitale Ökonomie geht mit grundlegenden strukturellen Veränderungen der informationellen Rahmenbedingungen einher, die Grundlage wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Organisation und Transaktionen sind.

Im Wirtschaftsleben sind Informationen – ob über (potenzielle) Kunden, Geschäftspartner, Produkt- und Marktentwicklungen – seit jeher zentrale Wettbewerbsparameter. In der digitalen Welt können die im Kontext einer bestimmten unternehmerischen Tätigkeit generierten Daten jedoch weit über den ursprünglichen Marktkontext hinaus Bedeutung und Wert erlangen – und damit auch weit über den ursprünglichen Marktkontext hinaus unternehmerische Chancen und Wettbewerbsvorteile vermitteln. Zugleich kann der Zugang zu Daten über Innovations- und Wettbewerbschancen entscheiden.

Dieser Befund hat zunächst zu der Frage geführt, wem Abschluss- und Verfügungsrechte über Daten zustehen oder zustehen sollten – eine Debatte, die unter dem Schlagwort „Eigentumsrechte an Daten“ geführt wird.⁸⁴ Das geltende Recht weist gewisse Ausschluss- und Zugangsrechte an Daten gegenwärtig vor allem unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes⁸⁵ bzw. des allgemeinen Persönlichkeits-

rechts⁸⁶ und unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen⁸⁷ zu. Dem Schutz von Investitionen in die Datensammlung und -aufbereitung dient in gewissem – allerdings eng begrenztem – Umfang der Datenbankschutz⁸⁸. Ob die Einführung weitergehender Immaterialgüterrechte an Daten opportun ist, um zusätzliche Anreize für Investitionen in die Datengewinnung zu schaffen und den Handel mit Daten zu erleichtern, oder ob hinreichende Investitionsanreize und Möglichkeiten zum Datenaustausch bereits aus den tatsächlichen, nämlich technischen Kontrollmöglichkeiten über Datenbestände folgen, ist umstritten.⁸⁹ Auch in der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 werden hierzu verschiedene Ansichten vertreten.

Einigkeit besteht hingegen darüber, dass die Chancen im Wettbewerb von einem Zugang zu Daten abhängen können. Wo das Recht eigentumsrechtliche Positionen schützt – ob für physische Sachen oder für Immaterialgüter – spezifiziert der Gesetzgeber neben Ausschließungs-, Nutzungs- und Verwertungsrechten regelmäßig auch die Grenzen von Eigentumsrechten. In Ermangelung von Eigentumsrechten an Daten ist die Frage aufgeworfen, ob – und ggfs. wie – eine rein faktische Kontrolle über Daten rechtlich zu begrenzen ist, und unter welchen Voraussetzungen es also spezieller Zugangsrechte zu Daten bedarf, um Wettbewerb und Innovationschancen Dritter zu schützen.

84 Siehe dazu nur: Zech, Information als Schutzgegenstand; Kerber, GRUR Int. 2016, 989; Wandtke, MMR 2017, 6; Determann, MMR 2018, 177; Deng, NJW 2018, 1371; Hoeren, MMR 2019, 5 u. a.

85 Verordnung (EU 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (DSGVO).

86 z.B. § 22 Kunsturhebergesetz (KURhG).

87 EU-Richtlinie 2016/943 vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, umgesetzt durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – GeschGehG vom 18. April 2019, BGBl. I S. 466

88 Richtlinie 96/9/EG vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken. Eine Evaluation der Richtlinie samt öffentlicher Konsultation wurde jüngst durch die EU-Kommission durchgeführt und könnte in künftige Reformvorhaben resultieren; vgl. hierzu Europäische Kommission, Zusammenfassender Bericht über die Ergebnisse der Konsultationstätigkeiten zur Bewertung der Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, 2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=52316.

89 Siehe dazu etwa Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht v. 15.5.2017, abrufbar unter https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019), S. 8 ff.; Kühling/Sackmann, Rechte an Daten: Regulierungsbedarf aus Sicht des Verbraucherschutzes?, Rechtsgutachten im Auftrag des vzbv v. 20.11.2018, abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/11/26/18-11-01_gutachten_kuehling-sackmann-rechte-an-daten.pdf; Europäische Kommission, SWD(2017)2 fin.; aus der Wissenschaft: Kerber, GRUR Int. 2016, 989; Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data: Between Propertisation and Access, Max-Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13; ders., NZKart 2017, 339; Drexel/Hilty et. al., GRUR Int. 2016, 914 – sämtlich gegen die Schaffung neuer Eigentumsrechte an Daten. Siehe aber: BMVI, „Eigentumsordnung“ für Mobilitätsdaten?, 2017, S. 90: „Auch Daten sind heute ein Immaterialgut, so dass es nahe liegt, deren gewachsene Bedeutung mit einem eigenständigen Ausschließlichkeitsrecht zu Gunsten des Investors anzuerkennen“. Für ein Experiment, ob „absolute“ Eigentumsrechte effizienter sind als „relative“ Rechte – allerdings nicht im Kontext von Daten – siehe Bar-Gill/Engel, Bargaining in the Absence of Property Rights: An Experiment, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2015/19.

Informationspflichten von Unternehmen im Verhältnis zu Wettbewerbern oder dem Markt sind primär sach- oder sektorspezifisch geregelt. Auf der Basis von Informationspflichten Privater werden vielfältige öffentliche Register (z. B. Handelsregister, Grundbuch) schon lange als öffentlich oder bei Nachweis eines besonderen Interesses zugängliche Informationsressourcen genutzt. Gelegentlich werden Unternehmen Informationspflichten gegenüber Behörden auferlegt, welche die Information der Öffentlichkeit oder der Allgemeinheit von Marktakteuren sodann aggregiert zur Verfügung stellen – so etwa im Falle des Infrastrukturatlases der BNetzA im Bereich der TK-Breitband-Regulierung. Insbesondere das Regulierungsrecht kennt in wachsendem Maße Informationspflichten, durch die (konkurrierende) Unternehmen in die Lage versetzt werden sollen, Wettbewerbschancen zu ergreifen. Solche Informationspflichten knüpfen häufig an besondere Marktstellungen der Verpflichteten an, so etwa im Falle der Transparenzpflichten von Übertragungsnetzbetreibern in der Energiewirtschaft. Sie müssen nach der EU-Transparenzverordnung Informationen über die Verfügbarkeit von Netzen, Kapazität grenzüberschreitender Verbindungsleitungen, Erzeugung, Last und Netzausfälle zur Verfügung stellen, damit Marktteilnehmer effiziente Erzeugungs-, Verbrauchs- und Handelsentscheidungen treffen können. Dies ist gerade in der Phase des Übergangs zu stark schwankenden regenerativen Energiequellen von Bedeutung.⁹⁰ Ihren Zweck erreichen solche Informationspflichten nur, wenn die „Datenbesitzer“ angemessen kooperieren, eine hinreichend hohe Datenqualität gewährleistet ist und die Daten sachgerecht aufgearbeitet werden. Um dies sicherzustellen, müssen Informationspflichten durch geeignete Anreizsysteme und Kontrollstrukturen ergänzt werden. So wird beispielsweise die Umsetzung der oben genannten Transparenzpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber in Deutschland durch die Markttransparenzstelle von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt überwacht. Datenschutzrechtliche Vorgaben und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen beschränken die Informationspflichten. Ferner ist sicherzustellen, dass keine wettbewerbsschädlichen privilegierten Datenzugänge etwa für die Datenaggregatoren ent-

stehen.⁹¹ Aus den bestehenden sach- und sektorspezifischen Regelungen ergeben sich Hinweise auf die Arten von Interessenkonflikten, mit denen bei der Normierung von Informationspflichten zu rechnen ist.

2. Wettbewerbsrechtliche Datenzugangsverpflichtungen konkretisieren

Sektorübergreifend können sich Pflichten zur Gewährung von Datenzugang aus dem Wettbewerbsrecht ergeben. Rechtliche Grundlage einer solchen Verpflichtung kann das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV; § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)) oder von relativer Marktmacht sein (§ 20 GWB). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen aus diesen Missbrauchsverboten eine Verpflichtung zur Gewährung von Datenzugang folgen kann, ist für das deutsche Recht insbesondere in der Marktmacht-Studie⁹² und für das europäische Recht im Sonderberater-Bericht untersucht worden.⁹³ Auf diese Berichte nehmen wir Bezug. Für das deutsche Recht wird über die Einfügung einer neuen Vorschrift zum Datenzugang im Rahmen der 10. GWB-Novelle nachgedacht.

In der Diskussion über Datenzugangsverpflichtungen marktbeherrschender Unternehmen gilt es, zwischen verschiedenen Fallgestaltungen zu unterscheiden. In der Öffentlichkeit breit diskutiert wird die Frage, ob bestimmte „datenmächtige“ Unternehmen verpflichtet sein können oder verpflichtet werden sollten, anderen Unternehmen Zugang zu ihren Daten zu gewähren, um neue Chancen in der dezentralen Suche nach datengetriebener Innovation zu eröffnen. Dieser Gedanke wird auch unter der Überschrift eines „Daten-für-alle-Gesetzes“ diskutiert. Nach einem Vorschlag der SPD sollten marktbeherrschende Unternehmen mit quasi-Monopolstellung im Bereich datengetriebener Geschäftsmodelle verpflichtet werden, für konkrete, gesetzlich festgelegte Anwendungsbereiche über elektronische Abfrageschnittstellen (APIs) Sachdaten unverändert, personenbezogene Daten hingegen anonymisiert zu teilen.⁹⁴ Derartige Vorschläge gehen über das

90 Verordnung 543/2013 der EU-Kommission über die Übermittlung und die Veröffentlichung von Daten in Strommärkten (EU-Transparenzverordnung), ABl L 163/1.

91 Vgl. die Diskussion über das Verhältnis von Übertragungsnetzbetreibern und Verteilnetzbetreibern im Energieinformationsmanagement, Säcker, EnWZ 2016, 294; grundlegend Günnewicht, Reguliertes Informationsmanagement in der Elektrizitätswirtschaft, 2015.

92 Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 162–180.

93 Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 98–108. Siehe außerdem Schweitzer, GRUR 2019, 569 ff.

94 SPD, Digitaler Fortschritt durch ein Daten-für-alle-Gesetz, Diskussionspapier der Parteivorsitzenden der sozialdemokratischen Partei Deutschlands Andrea Nahles, abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Sonstiges/Daten_fuer_Alle.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019), S. 6.

geltende Wettbewerbsrecht hinaus. Die konkrete Ausgestaltung solcher Datenteilungspflichten ist bislang ungeklärt. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 teilt zwar das Ziel, Datenzugang für Zwecke dezentraler datengetriebener Innovationsprozesse zu fördern. Die Überlegungen zu einem „Daten-für-alle“-Gesetz haben aber noch keinen Stand erreicht, der einen konkreten Vorschlag ermöglicht. Auf der Grundlage der Konsultation und der Anhörungen von Stakeholdern ist die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 vielmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass zunächst andere Wege zur Verbesserung des Datenzugangs beschritten und auf der Grundlage sektorspezifischer Regelungen ein genaueres Verständnis verschiedener Interessenlagen und Sachverhalte gewonnen werden sollte, bevor eine breite, sektorübergreifende Regelung angestrebt werden kann.

Größere praktische Bedeutung misst die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 gegenwärtig zwei anderen Fallkonstellationen zu, in denen eine wettbewerbsrechtliche Pflicht zur Gewährung von Datenzugang in Betracht kommt.⁹⁵ In einem ersten Szenario (Szenario 1) kontrolliert ein Unternehmen den Zugang zu „individual level data“ – also die nicht aggregierten Nutzungsdaten einer spezifischen Person oder Maschine. Dies kann etwa ein Auto- oder Flugzeughersteller sein, an den über die in der Maschine verbauten Sensoren laufend Daten verschiedenster Art übermittelt werden.⁹⁶ Andere Unternehmen, die Zusatzdienste für den Betreiber der Maschine oder für den Nutzer eines Dienstes anbieten wollen, benötigen Zugang zu den individualisierten Nutzungsdaten, um ihren Dienst an die Bedürfnisse des Nutzers anpassen zu können. Es kann sich hierbei um klassische „Aftermarket“-Dienste handeln, wie Wartung und Reparatur, aber auch um innovative komplementäre Dienste. Denkbar ist schließlich auch, dass ein Unternehmen Zugang verlangt, welches mit dem „Datenbesitzer“ auf dem Primärmarkt konkurriert, dem Betreiber einer Maschine oder Nutzer eines Dienstes also ein alternatives Produkt oder einen alternativen Dienst anbieten möchte, für ein konkurrenzfähiges Angebot jedoch das Nutzungsmuster dieses Nutzers kennen muss. Szenario 1 ist denkbar in Konstellationen, in denen auf dem Primärmarkt für die Maschine oder den Dienst Wettbewerb besteht; aber auch in Konstellationen, in denen ein Unternehmen auf dem Primärmarkt über eine beherrschende Stellung verfügt.

In einem zweiten Szenario (Szenario 2) begehren Unternehmen nicht nur Zugang zu den Nutzungsdaten einer spezifischen Person oder Maschine, sondern zu den aggregierten Nutzungsdaten einer Vielzahl von Nutzern oder Maschinen, weil sie auf dieser Grundlage z. B. vorhersagen können, wann bei welcher Maschine eine bestimmte Störung auftritt, oder weil Nutzerbedürfnisse so besser vorhergesagt werden können. Auch hier kann der Datenzugang dem Angebot von Komplementärdiensten auf einem nachgelagerten Markt dienen, oder er kann den Eintritt in den Primärmarkt ermöglichen. Wie bei Szenario 1 kann auch hier auf dem Primärmarkt Wettbewerb herrschen oder es kann sich um einen vermachteten Markt handeln.

Für die Missbräuchlichkeit einer Verweigerung des Zugangs zu Daten ist in beiden Szenarien entscheidend, ob hierdurch effektiver Wettbewerb auf und um den Primärmarkt vollständig ausgeschlossen wird oder ob eine nicht durch Leistungswettbewerb gerechtfertigte Übertragung von Marktmacht in angrenzende Märkte droht.

Da auch die Generierung und Speicherung von Daten regelmäßig Investitionen voraussetzt, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wie sie der „essential facilities“-Doktrin zugrunde liegt, anhand derer Fälle der vollständigen Zugangsverweigerung zu wichtigen Input-Faktoren im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht herkömmlich geprüft werden: Der Schutz des Rechts, Einrichtungen und Güter nur für die eigene Geschäftstätigkeit zu verwenden und sich die Handelspartner frei auszuwählen, ermöglicht die Erzielung von Gewinnen, die aus den eigenen Investitionsentscheidungen folgen, schafft Anreize für konkurrierende Investitionen und fördert so längerfristig den Wettbewerb.⁹⁷ Verpflichtungen zur Zugangsgewährung sind ferner mit Folgeproblemen verbunden, auf die Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht zugeschnitten sind. Insbesondere müssen detaillierte Vorgaben zu Bedingungen und Preisen der Zugangsgewährung angeordnet und ggfs. regelmäßig angepasst werden. Sie müssen den Investitionskosten und Ertragschancen des verpflichteten Unternehmens Rechnung tragen. Das Wettbewerbsrecht steht bei der Anordnung von Zugang daher stets an der Schwelle zur Regulierung.⁹⁸ Die Anordnung von Zugang kann gleichwohl geboten sein,

95 Siehe hierzu auch Schweitzer, GRUR 2019, 569, 572 f.

96 Für eine Auflistung der Arten von Daten, um die es sich bei „in-car“-Daten handeln kann, siehe u. a. Metzger, GRUR 2019, 129, 130.

97 Siehe GA Jacobs, Schlussanträge, ECLI:EU:C:1998:264 Rn. 56 – Bronner.

98 Siehe Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 19 Rn. 53.

wenn andernfalls eine nicht mehr angreifbare Machtposition entsteht. Diese grundsätzlichen Überlegungen gelten im Grundsatz auch für den Zugang zu Daten. Allerdings weisen Daten im Vergleich zu „klassischen“ Inputfaktoren Besonderheiten auf, die in der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind.⁹⁹

Bei der Anwendung des Verbots eines Missbrauchs marktbeherrschender Stellung auf Fälle einer Datenzugangsverweigerung ist zunächst die Feststellung entscheidend, ob tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung besteht. Eine solche kann, muss aber nicht aus der exklusiven Datenkontrolle folgen. Die Datenkontrolle kann auch die Folge einer anderweitig begründeten Machtstellung sein. In der neuen Datenökonomie sind aber immer häufiger Fallkonstellationen zu verzeichnen, in denen – ungeachtet eines auf dem Primärmarkt für ein Produkt oder einen Dienst zunächst bestehenden Wettbewerbs – die längerfristige Nutzung des Produkts oder Dienstes aufgrund der dabei anfallenden Daten und der immer weitergehenden, datengetriebenen Anpassung des Produkts oder Dienstes an individuelle Bedürfnisse zu einer Situation führt, in welcher Nutzer das Produkt oder den Dienst nicht mehr ohne prohibitive Kosten wechseln können. Gewährleistet in einer solchen Situation auch der verbleibende Wettbewerb um Neukunden auf dem Primärmarkt keine Disziplinierung des Anbieters im Verhältnis zu Altkunden, so kann eine Situation eintreten, in der Wettbewerb nur noch gewährleistet werden kann, indem Kunden die Möglichkeit zur Portierung ihrer Daten erhalten. Soll Wettbewerb auf angrenzenden Märkten ermöglicht werden, so kann ein Zugang zu Daten in Echtzeit erforderlich sein.

Eine Verpflichtung zur Gewährung von Datenzugang kommt auch im Szenario 2 in Betracht, wenn ein Wettbewerb auf dem Primärmarkt oder auf Sekundärmärkten nur noch auf der Grundlage einer Auswertung von Datennutzungsprofilen einer Vielzahl von Kunden möglich ist. In solchen Fällen kommt unter Umständen ein Direktanspruch von Drittanbietern gegen das marktbeherrschende Unternehmen auf Zugang zu aggregierten und anonymisierten Datenbeständen in Betracht.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist der Ansicht, dass Fälle der Datenzugangsverweigerung mit diesen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen im Ausgangspunkt gut erfasst werden können. Ein Problem in der Anwendung des Art.

102 AEUV und der §§ 19, 20 GWB auf Fälle der Verweigerung eines Datenzugangs bleibt jedoch, dass (1) die Anwendung dieser Grundsätze auf einzelne Fallkonstellationen ein detailliertes Wissen über die Markt- und Wettbewerbsgegebenheiten in den jeweiligen Sektoren voraussetzt und damit zeit- und ressourcenaufwändig ist; dass (2) dort, wo eine Datenzugangsverpflichtung festgestellt wird, eine detaillierte technische Ausgestaltung, die Festlegung einer sowohl Investitionsanreize als auch Wettbewerb schützenden Vergütung und ggfs. ein eigenständiger Überwachungsmechanismus erforderlich ist; und dass (3) ein Regime für die Anpassung der Datenzugangsbedingungen an sich verändernde Markt- und Wettbewerbsbedingungen vorgehalten werden muss. Diese Gesichtspunkte legen in Sektoren mit verfestigten Marktpositionen, in denen eine verbreitete Verweigerung des Datenzugangs zu strukturellen Wettbewerbsproblemen führt, eine von der Verfolgung von Einzelfällen unabhängige regulatorische Ausgestaltung eines Datenzugangs nahe – etwa im Rahmen einer Verordnung.

Auf die Schaffung solcher Regime wird im Folgenden unter III. eingegangen.

3. Selbstbestimmung der Verbraucher im Umgang mit ihren Daten sicherstellen

Die Frage, wann die Verweigerung des Zugangs zu Daten einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, wirft komplexe Fragen auf, die eine Einzelfallprüfung erfordern. Wird der Datenzugang in einem bestimmten wettbewerblichen Umfeld zu einem systemischen Problem, so kann dies das Kartellrecht überfordern.

Geht es um den Zugang zu personenbezogenen Daten, so ist die datenschutzrechtlich starke Position der Betroffenen zu beachten; insbesondere wird eine Zugangsgewährung regelmäßig die Einwilligung der Betroffenen voraussetzen. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob kartellrechtliche Zugangsfragen in diesem Bereich nicht durch eine Stärkung der Kontrolle der Betroffenen über „ihre“ Daten vermieden werden können, weil und wenn Wettbewerber eines marktbeherrschenden Unternehmens so eine alternative Datenzugangsoption erlangen. Die Stärkung der Kontrolle von Verbrauchern über „ihre“ Daten wird damit auch zu einem Anliegen des Wettbewerbsschutzes.

⁹⁹ Näher dazu: Schweitzer, GRUR 2019, 569, 577 ff.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 plädiert für eine Stärkung der Verbraucherrechte in dreierlei Hinsicht:

(1) für eine Stärkung des Rechts von Verbrauchern auf Datenportabilität, insbesondere im Verhältnis zu marktbeherrschenden Unternehmen; (2) sektorspezifisch und selektiv für die Schaffung von Datenzugangsregimen, mit deren Hilfe Dritte auf der Basis einer entsprechenden Entscheidung eines Verbrauchers Zugang zu deren Nutzerkonten erlangen können; (3) für eine Prüfung, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen die Schaffung neuer „Datentreuhänder“ – nämlich von Institutionen, die für die Verbraucher ihre vorab erklärten Datennutzungspräferenzen individuell und kollektiv durchsetzen und zugleich einen gebündelten Datenzugang für Unternehmen zu solchen Daten und für solche Zwecke ermöglichen, mit denen die Betroffenen einverstanden sind – sowohl die Selbstbestimmung von Verbrauchern mit Blick auf die Verarbeitung „ihrer Daten“ als auch den Wettbewerb stärken und die Möglichkeiten für datengetriebene Innovation erweitern können.

Bei der praktischen Wahrnehmung der Rechte von Verbrauchern im Hinblick auf ihre von Diensteanbietern gespeicherten persönlichen Daten spielen die Begrifflichkeiten der Datenportabilität, des Datenzugangs und der Interoperabilität eine Rolle. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 versteht diese Begrifflichkeiten für die nachfolgenden Ausführungen wie folgt: Datenportabilität oder Datenübertragbarkeit meint das Recht eines Betroffenen, die bei einem Anbieter zu seiner Person gespeicherten persönlichen Daten selbst und in digitaler Form so abzurufen, dass sie einem anderen Anbieter zur weiteren Verarbeitung übergeben werden können. Datenportabilität kann auch in der Form ausgeübt werden, dass der andere Anbieter unmittelbar im Auftrag des Betroffenen die Daten abrufen. Datenzugang steht für die Möglichkeit Dritter, auf die bei einem Anbieter gespeicherten Daten zuzugreifen. Der Zugang ist hierbei als unmittelbarer Zugriff zu verstehen, durch den auf die jeweils aktuellen Daten „live“ zugegriffen werden kann. Interoperabilität meint die Fähigkeit von verschiedenen informationstechnischen Systemen, miteinander möglichst nahtlos und ohne Verluste zusammenzuarbeiten. Die effektive Stärkung der Konsumentensouveränität durch Datenportabilität und Datenzugang erfordert interoperable Datenformate, also syntaktische und semantische Standards, die sicherstellen, dass Daten eines Systems von einem anderen System ohne Daten- oder Bedeutungsverlust weiterverarbeitet werden können.

a. Datenportabilität stärken

Durchschnittliche Internet-Nutzer verfügten schon 2015 über 90 Nutzerkonten, 2020 sollen es bereits 200 sein.¹⁰⁰ Mit jedem dieser Nutzerkonten sind Informationen über durchgeführte Transaktionen, aber auch über Suchanfragen, Stöbern im Angebot etc. verbunden – Daten, die den Nutzerinnen und Nutzern selbst regelmäßig gar nicht mehr bekannt und bewusst sind. Wird das so entstehende Nutzerprofil für eine Ausrichtung der Dienste an den Präferenzen der Nutzer verwendet, so führt dies zu einer zunehmenden Bindung der Betroffenen an den jeweiligen Anbieter. In dem Maße, in dem jeder Einzelne jedoch rechtlich und praktisch in die Lage versetzt wird, auf die Daten aus seinem Nutzerkonto selbst zuzugreifen und sie ggfs. Dritten zur Verfügung zu stellen, sinken die Kosten eines Wechsels oder einer parallelen Nutzung mehrerer Anbieter („multi-homing“) und damit der „Lock-in“-Effekt, und es wächst die wirtschaftliche Wahlfreiheit. Dies gilt auch bei der Nutzung komplementärer Dienste.

Zur Verhinderung dieses „Lock-in“-Effekts¹⁰¹ räumt die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) den durch eine Datenverarbeitung Betroffenen in Art. 20 DSGVO ein „Recht auf Datenübertragbarkeit“ ein. Danach kann der Betroffene von einem Datenverarbeiter die Herausgabe der personenbezogenen Daten in maschinenlesbarer Form verlangen sowie unter bestimmten Umständen auch eine Übertragung an einen anderen Datenverarbeiter, mithin eine Art „Mitnahme“ der persönlichen Daten. In seiner Ausgestaltung ist das Recht auf Datenportabilität in der DSGVO vor allem auf eine Mitnahme personenbezogener Daten im Rahmen eines Anbieterwechsels ausgerichtet. Es kann daneben auch die Dateneingabe bei der (erstmaligen) zusätzlichen Nutzung anderer Diensteanbieter unter fortgesetzter Nutzung des ursprünglichen Anbieters und damit ein Multi-Homing erleichtern. Auf eine ständige Übermittlung von Daten an Anbieter komplementärer Dienste zielt Art. 20 DSGVO in seiner gegenwärtigen Form demgegenüber nicht ab.

Zentrale Fragen zur Ausgestaltung der Datenportabilität sind bislang noch offen. Ungeklärt ist zunächst, welche Daten von Art. 20 DSGVO erfasst werden. Seinem Wortlaut nach bezieht sich das Recht auf Datenportabilität nur auf Daten, die der Betroffene dem Verarbeiter „bereitgestellt“ hat. Was damit gemeint ist, ist umstritten. Während die

¹⁰⁰ Schallbruch, Schwacher Staat im Netz, Wiesbaden 2018, S. 2.

¹⁰¹ Siehe Dix in Simitis/Hornung/Spieker, Datenschutzrecht, Rn. 1 zu Art. 20 DSGVO; Veil in Gierschmann u.a., Kommentar DSGVO, Art. 20, Rn. 3.

Datenschutzbeauftragten hierunter alle Daten verstehen, die ein Verarbeiter auf Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen oder eines Vertrages vom Betroffenen aktiv erhält oder durch Beobachtung des Betroffenen (z. B. des Nutzungsverhaltens) aufzeichnet,¹⁰² sind Daten über das Nutzungsverhalten nach anderer Ansicht nicht umfasst.¹⁰³ Einigkeit besteht, dass Daten, die zwar einem Betroffenen zugeordnet werden können, jedoch vom Verarbeiter ohne jegliche Mitwirkung des Betroffenen gesammelt oder erzeugt wurden, etwa durch Übermittlung Dritter oder durch eigene Berechnungen oder Veredelungen (z.B. Score-Werte), nicht vom Recht auf Datenportabilität erfasst sind.¹⁰⁴

Umstritten ist ferner die Reichweite der dem Recht auf Datenportabilität gezogenen Schranken. Gemäß Art. 20 Abs. 4 DSGVO darf dieses Recht die Rechte und Freiheiten Dritter nicht beeinträchtigen. Fragen ergeben sich, wenn die personenbezogenen Daten eines Betroffenen mit personenbezogenen Daten Dritter verknüpft sind.¹⁰⁵ Gerade bei sozialen Netzwerken besteht eine derart starke Verknüpfung („Likes“), dass eine strenge Interpretation des Art. 20 Abs. 4 DSGVO die Datenportabilität ins Leere laufen lassen würde, weil es dem Verarbeiter in solchen Fällen faktisch unmöglich ist, die Daten verschiedener Personen zu trennen.¹⁰⁶ Wie dieser Zielkonflikt zu lösen ist, ist noch offen. Während die Datenschutzbeauftragten für eine großzügige Übertragung von Daten auch dritter Personen bei gleichzeitig „vererbter“ Verantwortung des neuen Datenverarbeiters für die gesonderte Behandlung dieser Drittdaten plädieren, sehen andere die Verantwortung beim Betroffenen, eine Weitergabe der durch das Datenportabilitätsrecht erlangten Daten Dritter an andere Verarbeiter zu verhindern.¹⁰⁷

Art. 20 DSGVO gestaltet das Recht auf Datenportabilität als ein Recht auf Übermittlung der bis zum Zeitpunkt der Antragstellung bereitgestellten oder gespeicherten Daten aus. Für eine Aktualisierung ist jeweils ein erneuter Antrag erforderlich. Eine Art Dauerverlangen des Betroffenen, ihm oder einem anderen Verarbeiter auch jede Aktualisierung oder Ergänzung der Daten mitzuteilen oder einen ständigen Datenzugriff (ggfs. in Echtzeit) für Anbieter von konkurrierenden oder komplementären Produkten zu eröffnen, ist nicht vorgesehen.¹⁰⁸

Eine weitere praktische Schwierigkeit ist die nur rudimentäre Festlegung des technischen Formats der Datenherausgabe durch die DSGVO. Die Herausgabe muss in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format erfolgen. Hiervon sind auch Formate erfasst, die eine Weiterverarbeitung ganz erheblich erschweren, möglicherweise nahezu unmöglich machen, etwa die Herausgabe von Datenbankinhalten in Form von PDF oder anderen Dokumentenformaten. Die Entwicklung interoperabler Formate durch die Anbieter ist lediglich als Appell in den Erwägungsgründen der DSGVO erwähnt, nicht als Verpflichtung.¹⁰⁹ Die im Gesetzgebungsverfahren erwogene Ermächtigung an die EU-Kommission, die technischen Standards, Modalitäten und Verfahren festzulegen, wurde nicht aufgenommen.¹¹⁰ Die Datenportabilität in Form einer direkten Übertragung an einen anderen Anbieter ist zudem in Art. 20 Abs. 2 DSGVO unter den nicht näher spezifizierten Vorbehalt der „technischen Machbarkeit“ gestellt.¹¹¹

In Summe stellt sich das Recht auf Datenübertragbarkeit der DSGVO als ein Instrument zur Stärkung des Betroffenen dar, das allerdings noch nicht vollständig ausgereift ist.

102 Data Protection Working Party, Guidelines on the Right to Data Portability, WP 242rev.01 v. 5.4.2017, S. 9f.

103 Z.B. *Veil* in Gierschmann u. a., Kommentar DSGVO, Art. 20, Rn. 97 ff. Siehe auch Richter, PinG 2017, 231; *Piltz* in Gola, Art 20 Rn. 14; *Westphal/Wichtermann*, ZD 2019, 191, 192: bereitgestellte“ Daten i. S. v. Art. 20 DSGVO sind nur aktiv und wissentlich durch den Betroffenen übermittelte Daten. vermittelnd *Strubel*, ZD 2017, 355, 358 ff.

104 A. a. O., Rn. 92f., ebenso z.B. *Dix* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Rn. 8 zu Art. 20 DSGVO.

105 Umstritten ist insoweit bereits, ob Daten mit Drittbezug vom Recht auf Datenportabilität umfasst sind (bejahend bspw. *Herbst* in Kühling/Buchner, DSGVO Art. 20 Rn. 3; *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1845; ablehnend etwa *Jülich/Röttgen/v. Schönfeld*, ZD 2016, 358, 359; *Piltz* in Gola, Art. 20 DSGVO Rn. 36).

106 *Veil* in Gierschmann u. a., Kommentar DSGVO, Art. 20, Rn. 97 ff.

107 Vgl. die Gegenüberstellung bei *Veil* in Gierschmann u. a., Kommentar DSGVO, Art. 20, Rn. 128ff.

108 Vgl. z. B. *Spiecker gen. Döhmman*, GRUR 2019, 341 (348).

109 *Hennemann*, PinG 2017, 5 (7).

110 *Veil* in Gierschmann u. a., Kommentar DSGVO, Art. 20, Rn. 110.

111 Zum Streit darüber, welche Anforderungen an die Interoperabilität des Datenformats zu stellen sind, zusammenfassend von *Lewinski*, BeckOK DatenschutzR, Art. 20 DSGVO Rn. 68 ff.; ferner *Schätzle*, PinG 2016, 71, 74.

Die praktische Bedeutung des Rechts auf Datenportabilität als Instrument zur Öffnung und Offenhaltung von Wahlmöglichkeiten der Betroffenen auf komplementären Produkt- und Dienstleistungsmärkten ist durch den noch nicht abschließend geklärten Anwendungsbereich sowie vor allem durch das Fehlen eines Rechts auf Echtzeit-Zugang und Interoperabilität eingeschränkt. Einer Umgestaltung des Art. 20 DSGVO in ein Recht der Betroffenen auf Echtzeit-Übermittlung ihrer Daten und Herstellung von Interoperabilität mit von ihnen benannten Diensteanbietern stünden allerdings auch erhebliche wettbewerbspolitische Bedenken entgegen: Eine allgemeine Verpflichtung von Datenverarbeitern zur Echtzeit-Bereitstellung von Daten und zur Herstellung von Interoperabilität mit Wettbewerbern und/oder Anbietern von Komplementärdiensten könnte die Marktzutrittskosten für kleinere Anbieter deutlich erhöhen. Investitionsanreize und -chancen können hier gerade auch aus einer exklusiven Bündelung verschiedener Dienstangebote und einer längerfristigen Bindung von Kunden folgen. Bei einer „starken“ Ausgestaltung des Rechts auf Datenportabilität als Recht auf Datenübermittlung in Echtzeit und auf Interoperabilität könnten marktmächtige Unternehmen mit einer intensiven Kundenbindung, die von starken positiven Netzwerk- und Verbundeffekten profitieren (z.B. die Plattformunternehmen), kleinere Wettbewerber schnell verdrängen. Für Kunden könnte es attraktiv sein, ihre Daten aus selten genutzten Nutzerkonten bei kleinen Unternehmen den großen Plattformanbietern zu übertragen, um möglichst viele Informationen an einem Ort zu verwalten.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 plädiert daher für eine auf marktbeherrschende Unternehmen beschränkte Stärkung der Nutzerrechte auf Datenportabilität, etwa durch eine Pflicht zur Verwendung interoperabler Datenformate und zur Gewährleistung einer Echtzeit-Übertragung von Daten. Eine entsprechende Sonderregelung für marktbeherrschende Plattformbetreiber wird in Kap. 6 vorgeschlagen. Dieser Vorschlag hat eine wettbewerbspolitische Zielsetzung; die Stärkung von Wettbewerb wird aber durch eine Stärkung der Zugangs- und Verfügungsrechte der Betroffenen über ihre Daten erreicht.

Eine solche Stärkung des Rechts auf Datenportabilität oder Datenzugang muss sich nicht auf marktbeherrschende Plattformbetreiber beschränken, sondern kann durch

sektorale Regulierung auch auf andere Unternehmen erstreckt werden. Umgekehrt sollte eine verschärfte Datenportabilitätsverpflichtung nicht immer pauschal und unabhängig von einer auf dem konkreten Marktkontext beruhenden Wirkungsanalyse für alle marktbeherrschenden Unternehmen gelten. Welche Art von Datenzugang erforderlich ist, um effektiven Wettbewerb um den Markt oder auf angrenzenden Märkten zu schützen, kann sich in unterschiedlichen Kontexten unterschiedlich darstellen. Auch können sich die Rechtfertigungen für eine Beschränkung des Datenzugangs von Sektor zu Sektor unterscheiden. Denkbar sind vor diesem Hintergrund sektorale Regelungen, die unter Berücksichtigung der jeweiligen sektoralen Besonderheiten erweiterte Datenzugänge schaffen (s.u. III.2), sei es für Wettbewerber, sei es für Anbieter komplementärer Angebote.

b. Zugang Dritter zu Datenkonten ermöglichen

Möglichkeiten für einen deutlich weitergehenden Zugang Dritter zu den Daten eines Betroffenen hat der europäische Gesetzgeber für den Bereich der Zahlungsdienste vorgesehen: Mit der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie¹¹² wird neuartigen sogenannten „dritten Zahlungsdienstleistern“ die Möglichkeit gegeben, auf der Grundlage eines entsprechenden Vertrags mit einem Verbraucher auf dessen Zahlungskonten zuzugreifen. Solche dritten Zahlungsdienstleister sind zum einen Zahlungsauslösedienste, deren Hilfe sich ein Kunde bedienen kann, um eine Zahlung zu Lasten seines (Bank-)Kontos auszuführen. Darunter fallen Fintechs wie z.B. sofortueberweisung.de, aber auch große Konzerne wie PayPal. Zum anderen fallen Kontoinformationsdienstleister in diese Kategorie, die beispielsweise Apps anbieten, mit deren Hilfe Kunden die Umsätze ihrer verschiedenen Konten bei unterschiedlichen Banken an einem Ort sammeln und verwalten können. Banken müssen ihre Kernbankensysteme öffnen, um den Anbietern den Zugang zum Kundenkonto zu ermöglichen. Sie können aber auch selbst Gebrauch von den neuen Rechten machen und ihren Kunden z.B. die Einbindung eines bei einem Wettbewerber geführten Kontos in die eigene App anbieten. Mit dieser Regelung wird über den Datenzugang eine gezielte Öffnung eines Marktes erzwungen.¹¹³

112 Richtlinie (EU) 2015/2366, umgesetzt durch das Gesetz zur Umsetzung zur Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie v. 17.7.2017 und das darin enthaltene Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG), BGBl. I S. 2446.

113 Ausführlich *Elteste*, CR 2018, 98.

Der Zugang zu Nutzerkonten der Bürger wirft Sicherheits- und Datenschutzfragen auf. Sie werden im Bereich der Zahlungsdienste dadurch adressiert, dass ein Unternehmen, das solche Zahlungsauslösedienste bzw. Kontoinformationsdienste erbringen möchte, nach dem Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz die Erlaubnis bzw. Registrierung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) benötigt. Eine wesentliche Voraussetzung für die Zulassung des Datenzugangs zum Nutzerkonto ist eine starke Authentifizierung der Kunden. Bei bestimmten Zahlungsvorgängen und Daten, im Übrigen aber mindestens alle 90 Tage, muss sich der Kunde mittels eines Verfahrens der 2-Faktor-Authentisierung gegenüber dem Zahlungsdienstleister identifizieren; Benutzername und Passwort reichen nicht aus, zusätzlich ist eine Chipkarte, ein Token oder ein Smartphone erforderlich.

Die auf Wunsch des Kunden ermöglichte Öffnung der Bankkonten für den Zugang Dritter stellt einen über die Datenportabilität i. S. d. Art. 20 DSGVO hinausgehenden Datenzugang dar. Im Hinblick auf die von einem Unternehmen gesammelten Daten über einen Kunden wird dadurch Wettbewerbern oder nachgelagerten Diensteanbietern die Möglichkeit gegeben, die Kundendaten unmittelbar und sofort in eigene Angebote zu integrieren (wie bei Kontoinformationsdienstleistern) oder sogar die Durchführung von Transaktionen zu vermitteln (wie bei Zahlungsauslösedienstleistern). Da der Zugangsanspruch gegenüber allen Banken – nicht nur marktbeherrschenden Banken – greift, lässt er sich nicht aus dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen herleiten. Allerdings sind die Wechselkosten für Bankkunden im Verhältnis zu ihren Banken herkömmlich hoch. Die hieraus folgenden „Lock-in“-Effekte, die sich aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive zu einer Machtposition des Altanbieters auf einem Sekundärmarkt („Aftermarket“) verfestigen können, werden durch die Zweite Zahlungsdiensterichtlinie aufgebrochen. Darüber hinaus wird durch die Schaffung weitgehender Datenzugangsansprüche Innovation im Bereich von Finanzdiensten und Geschäftsmodellen ermöglicht und gefördert. Vermittelt werden die Wettbewerbs- und Innovationseffekte durch erweiterte Wahlmöglichkeiten der Kunden: Sie können entscheiden, ihre Daten aus bestehenden vorgelagerten oder wettbewerbslichen Kundenbeziehungen mitzunehmen bzw. bisherige Anbieter und neue Anbieter gemeinsam zu nutzen („Multi-Homing“).

Der Ansatz der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie zur Öffnung von Nutzerkonten lässt sich grundsätzlich auf andere Märkte übertragen, die durch langfristige Vertragsbeziehungen geprägt sind und auf denen die exklusive Kontrolle eines Altanbieters über Nutzerkonten zu hohen Wechselkosten und verfestigten Marktstrukturen führt. Im digitalen Umfeld kann dies insbesondere dann der Fall sein, wenn längerfristig bestehende Nutzerkonten mit einer hohen und regelmäßigen Zahl von Transaktionen Aussagen über Nutzerverhalten und Präferenzen von Kunden erlauben und erst die Stärkung der Kontrolle der Kunden über diese Information Chancen für Anschlussinnovation und Wettbewerb eröffnen. Entsprechende Konstellationen mit hohem „Lock-in“-Potential können etwa im Verhältnis zu Energie-, Telekommunikations-, Mobilitäts- oder eCommerce-Anbietern auftreten. Sie können in Zukunft ferner auch im Kontext des IoT verstärkt vorkommen. In solchen Konstellationen ist sektorspezifisch zu prüfen, ob die Kontrolle eines Alt-Anbieters über ein Nutzerkonto die Angreifbarkeit langfristig erheblich herabsetzt oder zu einer Machtposition auf angrenzenden Produkt- oder Dienstleistungsmärkten führt. Eine Stärkung der Kontrolle der Kunden über den Zugriff auf ihr Nutzerkonto kann dann geeignet sein, verfestigte Marktstrukturen aufzubrechen und innovative Angebote zu ermöglichen.

Allerdings kann das Instrument der Öffnung von Nutzerkonten, wird es an falscher Stelle eingesetzt, Wettbewerb auch schwächen. In Märkten mit funktionsfähigem Wettbewerb – der auch einen Wettbewerb zwischen verschiedenen Systemanbietern sowie zwischen offenen und geschlossenen Systemen umfassen kann¹¹⁴ – kann die Öffnung von Nutzerkonten zur Offenlegung wettbewerbssensibler Informationen im Verhältnis zu Wettbewerbern führen. Sie kann es ferner großen, ggfs. marktbeherrschenden und marktübergreifend agierenden Unternehmen erleichtern, die in einem Kernmarkt aufgebaute Kundenbeziehung auf weitere Märkte zu erstrecken. Unter Umständen ist es erst die exklusive Kontrolle über ein Kundenkonto im Rahmen einer längerfristigen Vertragsbeziehung, die einem nicht marktmächtigen Unternehmen die nötigen Investitionen in eine attraktive Dienstleistung ermöglicht. Die Anordnung der Öffnung von Nutzerkonten ist daher nur in solchen Märkten gerechtfertigt, in denen der Wettbewerb wegen einer exklusiven Kontrolle über Nutzerkonten nachhaltig beeinträchtigt ist und

114 Siehe dazu Autorité de la Concurrence/CMA, The economics of open and closed systems, 16 December 2014, S. 16 ff.

sich Unternehmen in erheblichem Umfang der Disziplinierung durch den Wettbewerb entziehen können. Zu prüfen ist also, ob die Kontrolle über Nutzerkonten in einem Markt mit verfestigten Marktpositionen die Bestreitbarkeit dieser Marktpositionen außer Kraft setzt oder zu Machtpositionen auf Sekundärmärkten führt.

Denkbar ist auch, dass in bestimmten Märkten nur marktmächtige Unternehmen durch sektorale Regulierung zur Öffnung von Nutzerkonten für Drittanbieter verpflichtet werden.

Sektorspezifisch festzulegen ist ferner, was unter einem Nutzerkonto zu verstehen ist und welchen Datenzugang die Öffnungsverpflichtung umfasst.

Sektorspezifisch zu konkretisieren ist weiterhin, in welcher Weise Rechte Dritter zu berücksichtigen sind, etwa mit Blick auf die Anforderungen der DSGVO. Ähnlich wie bei der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie gilt es zudem, die Anforderungen an die technische Umsetzung wie die Authentifizierung von Kunden oder die Interoperabilität auszuformen. Hierzu müssen ggfs. Standards unter Beteiligung der relevanten Marktteilnehmer erarbeitet werden.

Angesichts der wachsenden Bedeutung, die der Kontrolle über Kundenkonten für die Gewinnung von Marktmacht in Zukunft zukommen kann – auch und insbesondere im Kontext des IoT – hält die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 es für sinnvoll, allgemeine Grundsätze zur Öffnung von Nutzerkonten in einem sektorübergreifenden Regelungsrahmen auszuformen. Dieser Rahmen sollte definieren, unter welchen – regelmäßig dem Wettbewerbsrecht entlehnten – Bedingungen das Instrument der Öffnung von Nutzerkonten in Betracht kommt, und sollte ferner Leitprinzipien und Methoden für die Öffnung der Konten definieren. Die EU-Kommission könnte ermächtigt werden, die in einer solchen Rahmenrichtlinie aufgeführten Grundsätze sektorspezifisch zu konkretisieren. Hierdurch könnte im Falle sich verfestigender Marktstrukturen ein schnelleres Eingreifen ermöglicht werden.

Empfehlung 4:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, in einer auf Art. 114 AEUV gestützten **Rahmenrichtlinie marktübergreifend wettbewerblich angeleitete Grundsätze zu formulieren**, wann und in welcher Weise Nutzern ein **Recht** eingeräumt werden sollte, **Drittanbietern ein digitales Nutzerkonto zugänglich zu machen**. Die EU-Kommission sollte ermächtigt werden, in Konkretisierung dieser Vorgaben sektorspezifische Verordnungen zu erlassen.

c. Schaffung neuer Datentreuhänder prüfen

Eine weitere Option zur Stärkung des Wettbewerbs in einem datengetriebenen Wettbewerbsumfeld ist die Stärkung der Möglichkeiten Betroffener, ihre Daten selbstgewählten Datentreuhändern zur Verfügung zu stellen, die sodann im Auftrag des Betroffenen die Datenbereitstellung organisieren.

Nach der DSGVO bleibt die Einwilligung des Betroffenen in die Datenverarbeitung ein zentraler Rechtfertigungstatbestand (siehe Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO). Nicht beantwortet ist damit die Frage nach den Voraussetzungen einer hinreichenden Informiertheit und Freiwilligkeit der Einwilligung,¹¹⁵ und ungelöst bleiben die bekannten Probleme der rationalen Apathie von Betroffenen bei der Einwilligung in mitunter unvermeidlich komplexe Datenschutzpolitiken und der fehlenden individuellen Verhandlungsmacht im Verhältnis zu Unternehmen, deren Attraktivität nicht selten aus starken positiven Netzwerkeffekten resultiert (s.o., Kapitel II). Auch die Einforderung von Datenportabilität und die Öffnung von Nutzerkonten kann einen erheblichen individuellen Aufwand und die Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Datenschutzpolitiken bedeuten. Angesichts der oben beschriebenen hohen Anzahl von Online-Nutzerkonten, über die jeder Nutzer durchschnittlich verfügt, stößt das Verfahren individueller Einzelfallentscheidungen der Kunden als Instrument der digitalen Selbstbestimmung an praktische Grenzen.¹¹⁶

115 Zu diesen Anforderungen siehe Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

116 Vgl. Aretz, DuD 2019, 13.

In der Konsequenz fehlt es oft an einem effektiven Wettbewerb zwischen Anbietern digitaler Dienste um Datenschutzpolitiken, die den Nutzerpräferenzen entsprechen. Zwar existieren bereits „Personal Information Management Systems“ (PIMS) mit sehr unterschiedlichen Funktionalitäten,¹¹⁷ auch Personal Data Store (PDS) oder Personal Data Banks (PDB) genannt; sie sollen Betroffenen einen Dienste- und Anbieter-übergreifenden Überblick ermöglichen, welche Daten wo gespeichert sind, und es ihnen erleichtern, ihre Datenschutzpräferenzen Dienste-übergreifend geltend zu machen. Am Markt haben sich diese Angebote bislang allerdings nicht durchgesetzt.¹¹⁸

Auch im Falle eines künftig breiteren Einsatzes können diese Initiativen für sich genommen nicht ein weiteres Problem lösen: Aus der Sicht von datennachfragenden Unternehmen, die – etwa zur Entwicklung selbstlernender Algorithmen – am Zugriff auf größere Datenmengen interessiert sind, fehlt ein Instrument, einer Vielzahl von Betroffenen gemeinschaftlich ein Angebot zu machen, ihre Daten unter bestimmten Bedingungen zu nutzen. Umgekehrt fehlt den Betroffenen ein Instrument, eine Entscheidung, in die Datenübertragung bzw. –verarbeitung zu bestimmten Zwecken einzuwilligen, gleichzeitig einer Mehrzahl von Anbietern zu kommunizieren, etwa die Entscheidung, ihre Daten unter bestimmten Voraussetzungen zu Zwecken der Gesundheitsforschung oder für Produktinnovation anzubieten. Obwohl die DSGVO mit der Ermächtigung der Betroffenen zur Kontrolle über die „eigenen“ Daten im Grundsatz einen zusätzlichen „Datenzugangspunkt“ schafft, bleiben die Möglichkeiten seiner Nutzung somit eingeschränkt. Die Wettbewerbsvorteile, über die datenmächtige Digitalunternehmen im Bereich datengetriebener Innovation verfügen, werden hierdurch verstärkt.

Die Entwicklung einer neuen Form von „Datentreuhändern“ könnte diese Ausgangsbedingungen grundlegend verändern. Diese neue Form von „Datenintermediären“ könnte im Interesse und im Auftrag der Betroffenen einerseits mit deutlich stärkerer Verhandlungsmacht in Verhandlungen mit digitalen Diensteanbietern über Datenschutzpolitiken eintreten und sie bei der Ausübung datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte unterstützen. Auf der Grundlage der Vorgaben der Betroffenen könnte sie andererseits einen gebündelten Zugang zu Daten der Betroffenen bereitstellen.

Verschiedene, sich teilweise überschneidende Ansätze in diese Richtung werden bereits diskutiert.¹¹⁹ Sie bedürfen aber weiterer Ausarbeitung und Diskussion.¹²⁰ Bestehende Angebote von PIMS- oder Datenschutzmanagement-Diensten können sich zu Datentreuhändern im skizzierten Sinne weiterentwickeln. „Datentreuhänder“ bedürfen angesichts ihrer zentralen Stellung in der Wahrnehmung datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte angemessener rechtlicher Rahmenbedingungen. Um die Entstehung neuer Machtpositionen zu vermeiden und eine konsequente Ausrichtung an den diversen Präferenzen der Betroffenen zu gewährleisten, wäre ein Wettbewerb zwischen Datentreuhändern sicherzustellen.¹²¹

Empfehlung 5:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, die Machbarkeit **der Einrichtung von Datentreuhändern zu untersuchen** und insoweit verschiedene Modelle zu prüfen. Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse sollte entschieden werden, mit welchen Instrumenten – möglichst auf europäischer Ebene – das Entstehen solcher Treuhänder gefördert werden kann.

117 Eine Liste findet sich in Jentsch, Die persönliche Datenökonomie: Plattformen, Datentresore und persönliche Clouds. Gutachten. Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), S. 36 f., Anhang 2 zur Studie Neue Wege bei der Einwilligung im Datenschutz. Studie. Leipzig 2017. Abrufbar unter https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Bilder/Abschluss_Studie_30032017/stiftungdatenschutz_broschuere_20170611_01.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2019).

118 Der Europäische Datenschutzbeauftragte hat in der Stellungnahme 9/2016 eine Untersuchung empfohlen, wie Betroffene motiviert werden können, von solchen Angeboten breiteren Gebrauch zu machen. European Data Protection Supervisor, Opinion on Personal Information Management Systems, abrufbar unter https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-20_pims_opinion_en.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2019).

119 Vgl. ausführlich Stiftung Datenschutz, Neue Wege bei der Einwilligung im Datenschutz. Studie. Leipzig 2017. Abrufbar unter https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Bilder/Abschluss_Studie_30032017/stiftungdatenschutz_broschuere_20170611_01.pdf (zuletzt abgerufen am 16.5.2019); vgl. auch Fezer, Dateneigentum. Studie für die Konrad-Adenauer-Stiftung, St. Augustin/Berlin 2018, insbesondere S. 77ff.

120 Siehe in diesem Zusammenhang etwa den Stigler-Report (Fn. 6), S. 8, 33, 89.

121 Zu Vermachtungsgefahren siehe Stigler-Report (Fn. 6), S. 89.

4. Zugang zu öffentlichen Daten verbessern

a. Bereitstellung von Daten durch die öffentliche Hand verbessern

Öffentliche Einrichtungen verfügen schon heute über erhebliche Datenbestände, die für Zwecke der Produkt-, Dienst- und Geschäftsmodellinnovation geeignet sind. Dies gilt beispielsweise für Mobilitätsdaten, Gesundheitsdaten, Umweltdaten oder Daten der amtlichen Statistik. Mit einer weitergehenden Digitalisierung werden die Datenbestände weiter wachsen.

Zwar haben sich die G8-Staaten bereits 2013 in der Open-Data-Charta dazu entschlossen, die Daten der öffentlichen Hand standardmäßig in offenen Datenformaten öffentlich bereitzustellen.¹²² An einem einheitlichen Rechtsrahmen für den Zugang zu offenen Daten fehlt es jedoch. Das 2018 in Kraft getretene Open-Data-Gesetz des Bundes¹²³ gilt nur für die Bundesverwaltung und gewährt keinen subjektiven Rechtsanspruch auf Datenzugang. Durch den Verweis auf die §§ 3 bis 6 des Informationsfreiheitsgesetzes erhalten die Behörden zudem weitreichende Möglichkeiten, die Herausgabe unter Verweis auf öffentliche Belange wie die öffentliche Sicherheit, auf Geheimhaltungsinteressen Dritter oder auf Datenschutzrechte zu verweigern.

Mit der neuen Richtlinie über „Open Data und zur Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors“ (PSI-Richtlinie 2019/1024 (ABl. 2019 Nr. L 172/56)) werden die bestehenden Regeln und Pflichten zur Datenweitergabe auch auf öffentliche Unternehmen erweitert. Ziel der PSI-Richtlinie ist es, dass Daten des öffentlichen Sektors, die bereits nach nationalen Vorschriften öffentlich zugänglich sind, grundsätzlich, d.h. auch für kommerzielle Zwecke, weiterverwendet werden können. Daneben bestehen verschiedene bereichsspezifische Regelungen, oftmals auf Grundlage europäischen Rechts wie die INSPIRE-Richtlinie für Geodaten.

Viele öffentliche Einrichtungen errichten derzeit Dateninfrastrukturen, um öffentliche Daten bereitzustellen oder Unternehmen den Datenaustausch zu ermöglichen (z. B. mCloud des BMVI).

Ungeachtet der neuen rechtlichen Vorgaben und tatsächlichen Bemühungen bleibt die Verfügbarkeit von Daten der öffentlichen Hand nach den Erkenntnissen der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 unzureichend. Die neu geschaffenen Dateninfrastrukturen sind oftmals nur sektoral oder nur auf Ebene einer öffentlichen Körperschaft standardisiert (z. B. Plattformen für Mobilitätsdaten). Dies ist zurückzuführen auf

- die Zersplitterung der Datenhaltung (im Föderalismus und zwischen Verwaltungssektoren),
- eine mangelnde Standardisierung von Datenformaten und Schnittstellenformaten,
- einen gesetzlich zu eingeschränkten Auftrag zur Datenbereitstellung (z. B. für die Datenbestände der Statistischen Ämter),
- fehlende Ressourcen bei den jeweiligen Fachbehörden für die Aufgabe der Datenbereitstellung,
- fehlende Lösungen für eine datenschutzkonforme Nutzung und Weitergabe sowie
- die Sorge der Behörden, dass ein zu hohes Maß an Transparenz die eigene Arbeit erschwert oder zu einer Umformung der heute punktuellen Staatsaufsicht in eine umfassende Begleitkontrolle und Detailsteuerung führt.

Eine geeignete Strukturierung der Daten sowie standardisierte interoperable Datenformate sind zentrale Voraussetzungen für eine sinnvolle unternehmerische Nutzung von Daten der öffentlichen Hand. Die Entwicklung und Förderung von Interoperabilitätsstandards kann die tatsächliche Datennutzung erheblich fördern. Wo öffentliche Einrichtungen Datenplattformen anbieten, sollten diese zur Strukturierung der Daten und zur Nutzung standardisierter Datenformate verpflichtet werden. Dies müsste auf europäischer und nationaler Ebene festgelegt werden. Das bestehende EU-Recht sollte überdies daraufhin evaluiert werden, wo Rechtsvorschriften der Union Datenaustausche und Datenbereitstellung festlegen und ob jeweils offene Interoperabilitätsstandards gefordert oder ermöglicht werden könnten. Die EU sollte ihre Investitionen in die

122 Englische Version der G8-Charta abrufbar unter:

<https://www.gov.uk/government/publications/open-data-charter/g8-open-data-charter-and-technical-annex> (zuletzt abgerufen am 4.8.2019).

123 Vgl. Richter, NVwZ 2017, 1408.

Unterstützung der Standardisierung von Datenaustauschformaten ausweiten. Hierzu gehören auch weitergehende technische und organisatorische Modelle für die Anonymisierung, Pseudonymisierung und datenschutzkonforme Nutzung personenbezogener Daten.

Empfehlung 6:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, in einer **weiter zu entwickelnden Open-Data-Gesetzgebung auf Europäischer Ebene wie auf Ebene der Mitgliedstaaten** festzulegen, dass alle öffentlichen Einrichtungen strukturierte Daten über standardisierte Plattformen und in offenen interoperablen Datenformaten bereitstellen. Der Kreis der Datenempfänger und die Kostentragung sind sektoral zu regeln. Zur Koordinierung und als Ansprechpartner für Interessenten sollte in Deutschland eine zentrale Einrichtung von Bund und Ländern unter Beteiligung der Wirtschaft aufgebaut werden, die auch die Führung von Verzeichnissen und Pflege von Standards übernimmt. Ein „Open Data Institute“ wie im Vereinigten Königreich¹²⁴ könnte ein Vorbild sein.

b. Nutzen aus Daten des öffentlichen Sektors erhöhen

Aus der wachsenden Menge an Daten in allen Bereichen des Wirtschaftslebens folgen auch neue Möglichkeiten ihrer Nutzung für öffentliche, gemeinwohlorientierte oder gemeinwohlförderliche Zwecke. Zu diesen zählen etwa staatliche Planungsprozesse: Mit Mobilitätsdaten kann die Verkehrsplanung und das Angebot multimodaler Verkehrsdienstleistungen, mit Verbrauchs- und Erzeugungsdaten die Planung und dezentrale Versorgung im Bereich der Energie, mit Gesundheitsdaten die Gesundheitsplanung und das Angebot ganzheitlicher Gesundheitsdienste verbessert werden.

Zu den gemeinwohlförderlichen Zwecken zählt aber auch die Datennutzung für Zwecke der Wissenschaft und Forschung. Die Auswertung von Daten birgt ein ganz erhebliches Innovationspotential.

Ferner sind die Daten des öffentlichen Sektors ein bedeutender Faktor für unternehmerische Innovation – die ebenfalls der Öffentlichkeit zugutekommen kann. Gerade in Anwendungsbereichen wie SmartCity, Gesundheitswesen, Energie oder Mobilität fallen viele Daten im Verantwortungsbereich des Staates oder öffentlich gesteuerten Daseinsvorsorge an. Hätten Unternehmen die Möglichkeit, diese Daten marktgerecht zu nutzen, so würde dies ihre Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit stärken und könnte – jedenfalls mittelbar – auch wesentlichen Nutzen für Verbraucher und die Allgemeinheit stiften (z.B. im Bereich des Umweltschutzes).

Es muss ein Anliegen der öffentlichen Hand sein, den Nutzen, der aus „ihren“ Daten generiert werden kann, tatsächlich zu realisieren. Dabei sollte die öffentliche Hand von den ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten Gebrauch machen, auch Daten, die unter Einschaltung bzw. Indienstnahme Privater im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben generiert werden, einer Nutzung für das Gemeinwesen und für Marktteilnehmer zu öffnen: Wo Mitgliedstaaten Unternehmen mit Aufgaben der Daseinsvorsorge betrauen, ihnen einen privilegierten Zugang zu knappen Ressourcen einräumen (z.B. bei der Vergabe zahlenmäßig begrenzter Konzessionen) oder öffentliche Aufträge vergeben, sollten diese Unternehmen verpflichtet werden, die im Zuge dieser Tätigkeit generierten Daten im Rahmen datenschutzrechtlicher Vorgaben und unter Respektierung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zur Nutzung durch die öffentliche Hand zur Verfügung zu stellen. Im Rahmen der OpenData-Gesetzgebung und der dortigen Abwägungen wird damit grundsätzlich auch eine Weitergabe an Dritte möglich.

Um den Nutzen der unmittelbar oder mittelbar vom Staat verantworteten Datensammlung, -speicherung und -weitergabe tatsächlich zu realisieren, sollte sowohl auf europäischer wie auch auf deutscher Ebene in einer Datenstrategie festgelegt werden, welche Daten unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form unter der Verantwortung der öffentlichen Hand gesammelt und bereitgestellt werden. Hierbei gilt es auch zu prüfen, warum bislang teilweise auch Daten, die in einem öffentlichen Kontext generiert

124 Eine Beschreibung der Tätigkeitsfelder kann den Jahresberichten entnommen werden, z.B. dem 6. Bericht für 2018, abrufbar unter <https://theodi.org/wp-content/uploads/2019/03/ODI-2018-Annual-Report-High-2019-03-07.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2019); zu den Aufgaben einer solchen Servicestelle vgl. auch Technologiestiftung Berlin, Open Data in der Berliner Verwaltung. Bericht. Berlin 2018, S. 44ff., abrufbar unter https://www.technologiestiftung-berlin.de/fileadmin/user_upload/Open_Data_in_der_Verwaltung_WEB.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2019).

werden, von privaten Plattformen oder globalen Datenhändlern in einer besseren Qualität aggregiert und bereitgestellt werden als die öffentliche Hand dies tut (z.B. Google Maps oder HERE für Karten, INRIX für Mobilitätsdaten, Google Books für digitalisierte Bücher etc.). Leitbild der Datenstrategie sollte ein möglichst umfassender und qualitativ hochwertiger Zugang zu Daten aus dem öffentlichen Sektor und der öffentlichen Daseinsvorsorge auch für Unternehmen sein. Einschränkungen – insbesondere mit Blick auf den Schutz persönlicher Daten, den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und die Belange der öffentlichen Sicherheit – sollten auf das jeweils erforderliche Maß beschränkt werden.

Typischerweise ist die Datengenerierung und -nutzung durch sektorale Besonderheiten geprägt. Der wirtschaftliche, politische und regulatorische Rahmen für die Datennutzung ist von Sektor zu Sektor unterschiedlich und eng mit der Marktordnung des jeweiligen Sektors verknüpft. Daher sollte die konkrete Strategie für die Sammlung, Aufbereitung und den Zugang zu Daten primär sektoral festgelegt werden. Dazu gehört auch, dass sektoral sichergestellt wird, dass alle Daten, die im Zusammenhang mit staatlicher Aufgabenwahrnehmung, mit Privaten übertragenen Daseinsvorsorge-Aufgaben oder in Ausführung öffentlicher Aufträge entstehen, der öffentlichen Hand so zur Verfügung stehen, dass sie für öffentliche Zwecke ebenso wie für die Nutzung durch Marktteilnehmer bereitstehen können, soweit öffentliche Interessen nicht entgegenstehen.

Neben der sektoralen Datennutzung entstehen zunehmend auch neue Geschäftsmodelle durch die Verknüpfung von Sektoren. Dadurch wächst der Bedarf nach sektorübergreifendem Datenzugang und nach horizontalen Festlegungen, z.B. für Interoperabilitätsstandards, Standards für die technische Verknüpfung von Systemen (Konnektoren), Sicherheitsvorgaben, Datenschutzregeln, Zertifizierungsverfahren, Anforderungen an vertrauenswürdige Plattformen etc., die eine sektorübergreifende Strategie aufgreifen und als Rahmen vorgeben kann.

Empfehlung 7:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt die Erarbeitung übergreifender **Datenstrategien** auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene, die ein sektorübergreifendes Konzept und sektorübergreifende Rahmenbedingungen für die Sammlung, Nutzung und Bereitstellung von **Daten des öffentlichen Sektors und der Daseinsvorsorge** vorgeben.

Empfehlung 8:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt der EU-Kommission und den Mitgliedstaaten, Unternehmen dort, wo sie mit Aufgaben der Daseinsvorsorge betraut werden, wo ihnen, z.B. durch Vergabe einer begrenzten Anzahl von Lizenzen, ein privilegierter Zugang zu knappen Ressourcen eingeräumt wird, sowie im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe zu verpflichten, die **im Zuge dieser Tätigkeit für die öffentliche Hand generierten Daten** im Rahmen datenschutzrechtlicher Vorgaben und unter Respektierung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der öffentlichen Hand **nach einheitlichen Maßstäben zur Nutzung und – im Rahmen der Open-Data-Gesetzgebung – Weitergabe an Dritte zur Verfügung zu stellen.**

VI. Klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen

1. Verfestigte Marktpositionen von Plattformen erfordern neue Regeln

Neben den Strukturveränderungen, die mit der neuen Datenökonomie einhergehen, sind digitale Plattformen und Netzwerke zentrale Bestandteile der Digitalökonomie: Immer öfter sind Plattformen in den Vertrieb von Produkten und Dienstleistungen zwischengeschaltet.

Die ökonomischen Besonderheiten der Plattformökonomie wurden bereits in Kap. 2 dargestellt. Zwei Aspekte stellen das Wettbewerbsrecht vor besondere Herausforderungen: Die durch starke positive Netzwerkeffekte bedingten Konzentrationstendenzen, die zugleich die Bestreitbarkeit einer einmal erlangten Machtposition erschweren (1.); und die Kontrolle, die eine Plattform über den Wettbewerb auf der Plattform (und potentiell auf angrenzenden Märkten) erlangt (sog. „Gatekeeper“-Funktion, s.u., 2.). Unter beiden Gesichtspunkten sind die Kosten des Nichteingreifens und des nicht rechtzeitigen Vorgehens gegen missbräuchliche Verhaltensweisen besonders hoch. Die Wettbewerbsbehörden sind in jüngerer Zeit in verschiedenen Konstellationen gegen Missbräuche marktbeherrschender Plattformen vorgegangen und haben dabei Verhaltensweisen mit potentieller Verdrängungswirkung identifiziert. Die Verfahren bilden eine Grundlage für die Herausbildung von Vermutungstatbeständen, die ein schnelleres Eingreifen ermöglichen (3.).

a. Konzentrationstendenzen auf Plattformmärkten

Positive Netzwerkeffekte bedingen Konzentrationstendenzen auf Plattformmärkten (s.o., Kapitel II). Sie können zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führen oder eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärken. Da die Attraktivität von Plattformen häufig gerade aus der großen Anzahl der Nutzer und Matching-

Optionen folgt, kann die Konzentration auf eine oder wenige Plattformen effizient sein.¹²⁵ Die positiven Netzwerkeffekte können aber zugleich zu hohen Marktzutrittsschranken führen.¹²⁶ Eine einmal erlangte marktbeherrschende Stellung kann sich besonders schnell und stark verfestigen, so dass sie von (potentiellen) Wettbewerbern kaum noch angegriffen werden kann. Hier spricht man dann von einem „Tipping“, d.h. dem Kippen eines zunächst wettbewerblich geprägten Marktes in einen monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt.¹²⁷

b. Plattformen als „Gatekeeper“ und Regelsetzer

Plattformen werden häufig als „Gatekeeper des Internets“ bezeichnet.¹²⁸ Je stärker die Stellung der Plattformen in der Informationsvermittlung und im Vertrieb, desto mehr können Anbieter von Waren oder Dienstleistungen für den Zugang zur jeweiligen Marktgegenseite auf die Intermediationsleistungen bestimmter Plattformen angewiesen sein. Mit der wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung von Plattformen als Intermediäre können sich neue Formen der Abhängigkeit insbesondere von Produkt- und Dienstleistungsanbietern von Plattformen ergeben.

Eine verbreitete Strategie von Plattformanbietern ist es, ihre Vermittlungsleistungen um weitere Funktionalitäten anzureichern und diese mit der Vermittlungsleistung zu bündeln – etwa Sprachsteuerung, SmartHome-Anbindung, Beahldienste, Cloud-Ablagen etc. Ist der Plattformbetreiber auf dem Vermittlungsmarkt marktbeherrschend, so kann dies – insbesondere wenn offene Schnittstellen für konkurrierende Anbieter fehlen – zu einer Übertragung von Marktmacht in angrenzende Märkte führen.

Im Ausgangspunkt unabhängig von ihrer Stellung als „Gatekeeper“ ist die Rolle der Plattformen als Regelsetzer:¹²⁹ Plattformen können mithilfe Allgemeiner Geschäftsbedingungen

125 Monopolkommission, Sondergutachten 68, a.a.O., Rn. 43.

126 Hauptgutachten XXII: Wettbewerb 2018, 2018, Rn. 730 f. Hinzu kommt, dass Digitalunternehmen ihre Marktmacht einfacher von einem Markt auf benachbarte Märkte übertragen können. Denn eine bestehende Nutzergruppe wird in vielen Fällen gemeinsam ein etwaiges Zusatzangebot desselben Unternehmens in Anspruch nehmen, als zu einem Wettbewerber zu wechseln. Allerdings ist dies kein plattformspezifisches Problem, sondern ein solches der Digitalökonomie insgesamt.

127 Allerdings ist eine solche Entwicklung auch auf Plattformmärkten keinesfalls zwangsläufig. Hier hängt viel davon ab, wie einfach und sinnvoll ein Plattformwechsel („Switching“) oder eine parallele Tätigkeit auf mehreren Plattformen („Multihoming“) auf demselben Markt ist; vgl. dazu die Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 21.

128 Vgl. nur Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM/2018/238 final – 2018/0112 (COD), 26.4.2018, S. 1; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a.a.O., Rn. 43; Marktmacht-Studie (Fn. 2), S. 17.

129 Siehe dazu den Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 55 ff.

und technischer Vorrichtungen die Bedingungen der Interaktion auf der Plattform festlegen. Die Ranking-Parameter und das Plattformdesign mitsamt seinen Bewertungs- und Empfehlungssystemen nehmen Einfluss auf die Auswahlentscheidungen der Nachfrageseite und steuern den Wettbewerb auf der Plattform. Diese Regelsetzungsfunktion von Plattformen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Sie ist einem Geschäftsmodell, mit dem ein neuer Interaktionsraum geschaffen wird, geradezu inhärent. Trifft die Regelsetzungsfunktion von Plattformen allerdings mit einer marktbeherrschenden Stellung oder einer besonderen Abhängigkeit einer oder verschiedener Marktseiten von der Plattform zusammen, so folgt aus der Marktmacht eine besondere Verantwortung, einen unverfälschten Wettbewerb auf der Plattform zu gewährleisten¹³⁰ und einen unverfälschten Wettbewerb auf angrenzenden Märkte zu ermöglichen.

Mit Fehlanreizen einer marktbeherrschenden Plattform, nämlich mit Anreizen zur systematischen Selbstbegünstigung im Wettbewerb auf der Plattform und/oder mit Anreizen zum Einsatz von Praktiken zur Übertragung bestehender Marktmacht auf angrenzende Märkte, ist insbesondere bei Hybrid-Plattformen zu rechnen, deren Betreiber gleichzeitig als Nutzer der Plattform aktiv sind.

c. Hohe Kosten des Nichteingreifens oder verspäteter Intervention gegen Machtmissbrauch

Hat eine Plattform eine marktbeherrschende Stellung erlangt und profitiert in hohem Maße von positiven Netzwerkeffekten, so ist die Bestreitbarkeit dieser Machtposi-

tion deutlich reduziert. Aus der Verbindung der marktbeherrschenden Stellung auf dem Plattformmarkt mit der Gatekeeper-Position und Regelsetzungsmacht folgt die Gefahr einer Verfälschung des Wettbewerbs auf der Plattform und der Ausdehnung der Marktmacht vom Plattformmarkt auf angrenzende Märkte. Angesichts der starken Steuerungswirkung, die Plattformen für das Verhalten ihrer Nutzer entfalten können, der häufig hohen Geschwindigkeit der Entwicklung auf digitalen Märkten und der Bedeutung von „first mover“-Vorteilen sind die Kosten des Nichteingreifens oder einer nicht rechtzeitigen Unterbindung missbräuchlicher Verhaltensweisen in solchen Fällen typischerweise besonders hoch.

Sowohl die EU-Kommission als auch das Bundeskartellamt sind in jüngerer Zeit wiederholt gegen Missbräuche von marktbeherrschenden Stellungen digitaler Plattformen vorgegangen. Auf EU-Ebene sind insbesondere die drei Untersagungsentscheidungen der EU-Kommission gegen Google zu nennen.¹³¹ Am 17.7.2019 hat die EU-Kommission darüber hinaus ein Verfahren gegen Amazon eingeleitet¹³² und geht dabei dem Vorwurf nach, Amazon nutze wettbewerbssensible Daten, die es über den Amazon Marketplace von Marktplatzhändlern erlangt, für die eigenen Verkaufstätigkeiten auf dem Marktplatz.¹³³ Die vom EuG mit Urteil v. 17.7.2007¹³⁴ bestätigte Microsoft-Entscheidung der EU-Kommission¹³⁵ ist ein weiterer, früher Präzedenzfall. Diskussionen auch auf europäischer Ebene hat das (allerdings auf Normen des GWB gestützte¹³⁶) Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes gegen Facebook¹³⁷ ausgelöst. Ein Missbrauchsverfahren gegen Amazon hat das Bundeskartellamt zeitgleich mit der Eröffnung des Verfahrens durch die EU-Kommission gegen Verpflichtungszusagen eingestellt.¹³⁸

130 Siehe Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 55 ff. S. auch – tendenziell weitergehend – BKartA, Fallbericht v. 17.7.2019, B2-88/18 – *Verpflichtungszusagen Amazon*.

131 EU-Kommission, Beschluss vom 20.3.2019, AT.40411 – *Google Search (AdSense)*; Beschluss vom 18. Juli 2018, AT.40099 – *Google Android*; Beschluss vom 27. Juni 2017, AT.39740 – *Google Search (Shopping)*. Vgl. auch die Übersicht – allerdings mit Fokus auf die Marktabgrenzung und nicht beschränkt auf Missbrauchsfälle – zu Verfahren der Europäischen Kommission betreffend Plattformen bei *Franck/Peitz*, *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*, Mai 2019, S. 19 f. abrufbar unter <https://www.cerre.eu/publications/market-definition-and-market-power-platform-economy> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

132 Europäische Kommission, Case AT.40462 – *Amazon Marketplace*, vgl. Pressemitteilung vom 17.7.2019, abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_de.htm (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

133 Die EU-Kommission untersucht hierbei sowohl die Standardvereinbarungen zwischen Amazon und Marktplatzhändlern auf einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV, als auch die Frage, ob Amazon wettbewerbssensible Daten missbräuchlich verwendet, um die Händler auszuwählen, die auf Produktseiten im Amazon Marketplace besonders prominent (in der sog. „Buy Box“) platziert werden.

134 EuG, Urt. v. 17.7.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 – *Microsoft Arbeitsgruppenserver*.

135 Europäische Kommission, Entscheidung v. 24.3.2004, Case AT.37792 – *Microsoft Arbeitsgruppenserver*.

136 Kritisch dazu: *Wils*, *The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt*, 2019, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3424592> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

137 BKartA, Entscheidung v. 6.2.2019, B6-22/16, *Facebook Konditionenmissbrauch*.

138 BKartA, Fallbericht v. 17.7.2019, B2-88/18 – *Verpflichtungszusagen Amazon*.

Die Liste der Verfahren – die durch weitere Verfahren nationaler Wettbewerbsbehörden ergänzt werden könnte – gibt einen Eindruck von denjenigen Verhaltensweisen, mit denen bei marktbeherrschenden digitalen Plattformen zu rechnen ist, und von den wettbewerbsverzerrenden Wirkungen, die hiermit verbunden sein können. Insbesondere bei Verhaltensweisen, die typischerweise nicht mit klaren Effizienzvorteilen für Plattformnutzer verbunden sind und bei denen das Risiko einer Wettbewerbsverzerrung nahe liegt, können die bisherigen Verfahren damit eine Grundlage zur Herausbildung allgemeiner Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen bilden, die allerdings mit einem Rechtfertigungsvorbehalt verbunden bleiben sollten. Solche Verbote mit Rechtfertigungsvorbehalt sind insbesondere dann gerechtfertigt, wenn bei einem zu späten Eingreifen mit Verdrängungswirkungen zu rechnen ist, die nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten wieder rückgängig gemacht werden können.

2. Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen konkretisieren und schärfen

Um die Bestreitbarkeit bestehender Machtpositionen, einen unverfälschten Wettbewerb auf der Plattform und einen unverfälschten Wettbewerb auf und um angrenzende Märkte zu gewährleisten, schlägt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 daher die Formulierung klarer Verhaltensregeln für marktbeherrschende Online-Plattformen in Form von Verboten mit Rechtfertigungsvorbehalt vor. Eine wichtige Funktion solcher Verhaltensregeln ist es, den Marktakteuren klare Signale zu den „Spielregeln“ zu vermitteln, um hierdurch eine Beschleunigung der Verfahren zu erreichen. Die Einräumung einer Rechtfertigungsmöglichkeit gewährleistet, dass Verhaltensweisen möglich bleiben, die einen Nutzen für Verbraucher generieren, der etwaige Verdrängungswirkungen im Verhältnis zu Wettbewerbern überwiegt. Zugleich werden auf diese Weise in der Rechtsanwendung weiterhin wichtige Informationen über neue wirtschaftliche Zusammenhänge generiert, die in die Weiterentwicklung der Verhaltensregeln einfließen können (s.o., Abschnitt III.3).

Solche Verhaltensregeln könnten sich grundsätzlich auf der Grundlage der Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden in der Konkretisierung des Verbots eines Missbrauchs marktbe-

herrschender Stellungen evolutiv herausbilden. Die Entwicklung neuer Fallgruppen in der Fallpraxis ist allerdings ein langsamer Prozess, der neben weiteren Missbrauchsverfahren einschlägige höchstrichterliche Entscheidungen voraussetzt. Dieser Prozess ließe sich durch die Veröffentlichung einer Mitteilung zu missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Plattformen nicht abkürzen. Mit einer solchen Mitteilung würde sich die EU-Kommission für die Auslegung des Art. 102 AEUV in Anwendung auf marktbeherrschende digitale Plattformen zwar festlegen. Eine solche Mitteilung kann jedoch die Rechtsprechung der Unionsgerichte nicht binden. Würde die EU-Kommission in einer solchen Mitteilung neue Verhaltensregeln für missbräuchliches Verhalten digitaler Plattformen vorschlagen, sähe sie sich der Kritik ausgesetzt, dass ihre bisherigen Verfahren auf einer wettbewerblichen Wirkungsanalyse im Einzelfall beruhten. Der Übergang zu einem Verbot mit Ausnahmevorbehalt müsste auf der Grundlage hinreichender Erfahrung mit einschlägigen Verhaltensweisen oder einer starken theoretischen Unterfütterung beruhen. Es ist unklar, ob der Hinweis auf erhöhte Irrtumskosten im Falle der Nicht-Intervention oder einer zu späten Intervention eine durch einschlägige Fallpraxis nicht abgesicherte Weiterentwicklung des Rechts in Form von Leitlinien rechtfertigen könnten.

Angesichts dieser Hindernisse und Unsicherheiten schlägt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 vor, die Herausbildung neuer wettbewerbsrechtlicher Verhaltensregeln für marktbeherrschende digitale Plattformen durch eine die Wettbewerbsregeln konkretisierende und ergänzende europäische Plattform-Verordnung zu beschleunigen.¹³⁹ Insoweit eine solche Verordnung das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) für digitale Plattformen konkretisiert, ließe sie sich auf Art. 103 AEUV stützen. Im Übrigen kommt Art. 114 als Rechtsgrundlage in Betracht. Bei der Verabschiedung einer Verordnung ist auf eine hinreichende Flexibilität der Verhaltensregeln und ihre Entwicklungsoffenheit zu achten. Dies wird durch die Fassung der Verhaltensregeln als Verbot mit Ausnahmevorbehalt gewährleistet.

Eine solche Plattform-Verordnung träte neben die jüngst verabschiedete sog. P2B-Verordnung (EU) 2019/1150 v. 20. Juni 2019,¹⁴⁰ die Online-Vermittlungsdiensten¹⁴¹ im

139 In dieselbe Richtung zielt das deutsch-französisch-polnische Manifest „Modernising EU Competition Policy“ v. 4.7.2019.

140 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. 2019 Nr. L 186/57.

141 Für die Definition dieses Begriffs s. Art. 2 Nr. 2 der P2B-VO.

Verhältnis zu gewerblichen Nutzern marktmachtunabhängig Pflichten zur transparenten Gestaltung ihrer Geschäftsbedingungen, Begründungspflichten bei Einschränkung, Aussetzung oder Beendigung von Vermittlungsdiensten, Transparenzpflichten mit Blick auf die Ranking-Kriterien und Transparenzpflichten im Fall einer Selbstbegünstigung oder Drittbegünstigung bei der Vermittlung von Waren oder Dienstleistungen und/oder im Datenzugang auferlegt. Die hier vorgeschlagene Plattform-Verordnung ginge in den Verhaltenspflichten deutlich über die P2B-Verordnung hinaus, ihr Anwendungsbereich wäre allerdings auf marktbeherrschende Plattformen beschränkt.

Im Folgenden wird der mögliche Inhalt einer solchen Plattform-Verordnung skizziert. Zunächst werden die Adressaten der hier vorgeschlagenen Plattformregulierung spezifiziert (dazu unter a.). In den anschließenden Unterabschnitten werden einzelne Ge- und Verbote, die Inhalt der Verordnung sein könnten, dargestellt. Diese umfassen das Verbot der Selbstbegünstigung (dazu unter b.); und die Datenportabilität und -interoperabilität (dazu unter c.). Die Pflicht zur Einführung eines besonderen ADR-Verfahrens für Rechtsverletzungen auf Plattformen bildet einen separaten Aspekt, der die hier vorgeschlagene Plattform-Verordnung sinnvoll ergänzen kann (dazu unter d.).

Für die Durchsetzung der in der Plattform-Verordnung enthaltenen Pflichten sollten die allgemeinen Regeln zur Durchsetzung des Kartellrechts gelten.

a. Plattform-Verordnung für marktbeherrschende Online-Plattformen

Eine das Wettbewerbsrecht ergänzende Plattform-Verordnung sollte sich ausschließlich an marktbeherrschende Online-Plattformen mit bestimmten Mindestumsätzen oder -nutzerzahlen richten. Mithilfe der Mindestumsatz- oder -nutzerzahlen¹⁴² sollten Bagatellfälle vom Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung ausgenommen werden. Plattformen mit einem sehr kleinen Nutzerkreis und Umsatz können in einer Nische über eine Monopolstellung verfügen.

Besonders kleine Plattformen sollten gleichwohl nicht mit zusätzlichen Regulierungskosten belastet werden. Die Geltung der allgemeinen Wettbewerbsregeln reicht aus Sicht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 in solchen Fällen aus.

Grundsätzlich sollten alle Typen von Online-Plattformen (s. o., Abschnitt II.2.a) erfasst sein. Der Anwendungsbereich der Verordnung ginge insoweit über den der P2B-Verordnung hinaus, die nur das Verhalten von Vermittlungsdiensten und -suchmaschinen im Verhältnis zu gewerblichen Nutzern erfasst. Betriebssysteme oder Zahlungsplattformen sind von der P2B-Verordnung nicht erfasst. Allerdings sollten zum gegenwärtigen Zeitpunkt nur solche Plattformen erfasst werden, die in der Intermediation zwischen Unternehmen und Verbrauchern tätig sind (B2C). Eine hinreichende Fallpraxis und Erfahrung mit Blick auf reine B2B-Konstellationen, die eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auch auf die in diesem Bereich tätigen Plattformen rechtfertigen würde, existiert bislang nicht.

Inhaltlich soll die Plattform-Verordnung das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) konkretisieren. Nur marktbeherrschende Unternehmen trifft eine besondere Verantwortung dafür, dass ihr Verhalten den verbleibenden Wettbewerb nicht weitergehend beeinträchtigt. Über die Kriterien und Methoden, mithilfe derer die marktbeherrschende Stellung digitaler Plattformen zu ermitteln ist, wird gegenwärtig diskutiert. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit liegt es nahe, die Erkenntnisse der bisherigen Fallpraxis in einer Mitteilung zusammenzufassen (s. o., Kapitel IV). Zu konkretisieren sind dabei auch die Kriterien, nach deren Maßgabe die Machtposition von „Gatekeepern“ bzw. Formen von „Intermediationsmacht“¹⁴³ erfasst werden können. Der Furman-Report hat vorgeschlagen, Plattformen mit „strategischem Marktstatus“ besonderen regulatorischen Verhaltensregeln zu unterwerfen, und die Regulierung damit an ein eigenständiges regulatorisches Marktmachtkonzept zu knüpfen.¹⁴⁴ Die besonderen Verhaltensregeln würden dann nur für solche Plattformen gelten, deren Adressatenstellung in einem eigenständigen Verfahren festgestellt ist.¹⁴⁵

142 Fehlende oder geringe Umsätze eines Unternehmens spiegeln in der Plattformökonomie, und insbesondere im B2C-Bereich, häufig nicht das wirtschaftliche Potenzial eines Unternehmens wider.

143 Dazu Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 85–99.

144 Furman-Report (Fn. 3), S. 58 ff.

145 Ähnlich das deutsch-französisch-polnische Manifest „Modernising EU Competition Policy“ v. 4.7.2019, wenn es die Identifizierung bestimmter systemrelevanter Akteure, insbesondere digitaler Plattformen, vorschlägt, die einer besonderen Kontrolle unterworfen werden sollten.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist demgegenüber mehrheitlich der Ansicht, dass an das wettbewerbsrechtliche Konzept der Marktbeherrschung angeknüpft werden sollte und die in der Plattform-Verordnung konkretisierten Verhaltensregeln alle in der B2C-Vermittlung tätigen Plattformen treffen sollten, die nach diesen Kriterien marktbeherrschend sind. Marktakteure – und auch digitale Plattformen – können auf der Grundlage der bisherigen Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden regelmäßig mit hinreichender Sicherheit einschätzen, ob sie als Adressaten des Missbrauchsverbots in Betracht kommen oder nicht. Eine Minderheit hält ein zweistufiges Verfahren nach dem Muster der Telekommunikationsregulierung oder den Vorschlägen des Furman-Reports beim heutigen Wissensstand für sachgerechter.¹⁴⁶

Empfehlung 9:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt mehrheitlich, **marktbeherrschenden Online-Plattformen** mit bestimmten Mindestumsätzen oder -nutzerzahlen durch eine Plattform-Verordnung konkrete **Verhaltensregeln** aufzuerlegen.

b. Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Selbstbegünstigungen

Betreiber digitaler Plattformen sind häufig vertikal integriert, nämlich als Anbieter von Produkten oder Diensten auf der eigenen Plattform tätig. Ein Beispiel für eine solche „Hybrid“-Plattform (s.o., Abschnitt II.2.c) ist der Betreiber eines Online-Marktplatzes, der zugleich als Händler auf dem Marktplatz tätig ist und insofern im Wettbewerb mit anderen auf der Plattform tätigen Drittanbietern steht. Ein anderes Beispiel ist der Anbieter eines Mobil-Betriebssystems, der auf dieser Plattform auch einen App-basierten Zahlungsdienst anbietet und insofern im Wettbewerb zu anderen App-basierten Zahlungsdiensten auf der Plattform steht; oder der Anbieter eines App-Stores, der über diesen App-Store auch eigene Apps vertreibt, die in Konkurrenz zu Apps von Drittan-

bietern stehen. Zwar kann die vertikale Integration effizienzsteigernd sein, etwa wenn der Plattformanbieter hierdurch eigene Erfahrung in nachgelagerten Märkten sammeln und dadurch schneller auf Veränderungen im Markt reagieren kann. Es steigt aber auch die Gefahr, dass marktbeherrschende Plattformbetreiber ihre Machtposition als Regelsetzer, in der Ausgestaltung des Ranking-Algorithmus oder im Zugriff auf Daten ausnutzen, um ihre eigenen Angebote gegenüber denen anderer Nutzer zu begünstigen.¹⁴⁷

In ihrer Entscheidung *Google Search (Shopping)* hat die EU-Kommission festgestellt, dass Google seine marktbeherrschende Stellung als Suchmaschinenbetreiber missbraucht habe, indem es seinen eigenen Preisvergleichsdienst bei den Suchergebnissen stets besser als konkurrierende Angebote platziert habe, dadurch „Traffic“ von diesen auf jenen umgeleitet und auf diese Weise seine Marktmacht aus dem Bereich der allgemeinen Internetsuche in den Bereich der Vergleichsdienste übertragen habe.¹⁴⁸ Die Feststellung des Missbrauchs erfolgte auf der Grundlage einer ausführlichen Prüfung der Verdrängungswirkung des missbilligten Verhaltens. Der *Google Search (Shopping)*-Beschluss ist damit ein Präzedenzfall für eine wirkungs-basierte Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Selbstbegünstigung durch eine marktbeherrschende Hybrid-Plattform. Ein Rechtsmittelverfahren ist vor dem EuG anhängig.¹⁴⁹

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist der Ansicht, dass ein Verhalten, mit dem sich eine marktbeherrschende Plattform entgegen der für die anderen Plattformnutzer geltenden Regeln selbst begünstigt und dadurch prima facie einen Wettbewerbsvorteil verschafft, vorbehaltlich einer sachlichen Rechtfertigung verboten sein sollte. Die marktbeherrschende Plattform verstößt durch ein solches Verhalten gegen die Grundsätze des Leistungswettbewerbs. Die grundsätzliche Eignung zur Wettbewerbsverzerrung kann in einem solchen Fall angenommen werden. Bei der hohen Dynamik digitaler Märkte können diese häufig bereits nach kurzer Zeit nicht wieder rückgängig gemacht werden.

146 Furman-Report (Fn. 3), Annex D, Strategic recommendations A and C.

147 Für Beispiele siehe ACCC, Digital Platforms Inquiry, Final Report 2019, S. 135 f.

148 EU-Kommission, Beschluss vom 27.6.2017, AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, insb. Rn. 341 ff.

149 Klage v. 11.9.2017, T-612/17 – *Google und Alphabet*. Ein Verhalten, das die eigenen Produkte gegenüber den von anderen Anbietern bevorzugt, war auch Gegenstand weiterer Entscheidungen der Europäischen Kommission; vgl. nur EU-Kommission, Beschluss v. 18.7.2018, AT.40099 – *Google Android*; Beschluss v. 16.12.2009, AT.39530 – *Microsoft (Tying)*. Das Verbot der Selbstbegünstigung stand in dem Fall *Google Search (Shopping)* jedoch besonders im Fokus und wurde von der Europäischen Kommission – soweit ersichtlich – nur dort ausdrücklich als solches bezeichnet.

Das hier vorgeschlagene Verbot der Selbstbegünstigung verbietet es marktbeherrschenden Online-Plattformen grundsätzlich nicht, die Produkte oder Dienstleistungen von Wettbewerbern nicht oder nur nachrangig zu listen, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist, etwa das Ergebnis einheitlich zugrunde gelegter Ranking-Kriterien ist. Dasselbe gilt etwa für die Berücksichtigung von (Zusatz-)Angeboten, die für die Abwicklung von über die Plattform vermittelten Transaktionen erforderlich sind, wie etwa Zahlungs-, Identifizierungs- oder Versanddienste, deren Zulassung nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund verwehrt werden darf. Drittanbieter müssen die Gelegenheit bekommen, sich in einem Leistungswettbewerb um den Zugang zu der Plattform bzw. die besten Plätze auf der Plattform gegen die Angebote des Plattformbetreibers durchzusetzen. Der Plattformbetreiber ist insofern verpflichtet, für ein faires Verfahren zu sorgen.

Empfehlung 10:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, marktbeherrschenden Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung fallen, die **Begünstigung eigener Dienste im Verhältnis zu Drittanbietern zu untersagen**, soweit diese nicht sachlich gerechtfertigt ist.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 schlägt hingegen keine Verschärfung des allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbots für marktbeherrschende Unternehmen vor, wie es in Art. 102 AEUV verankert ist. Auch beim Verbot einer Zugangsverweigerung für Diensteanbieter sollte es bei den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen bleiben. Die Statuierung eines allgemeinen, wirkungsunabhängig ausgestalteten Diskriminierungsverbots hat ein hohes regulatorisches Potential. Die Gestaltungsfreiheit von marktbeherrschenden Plattformen würde erheblich eingeschränkt. Die Regulierungskosten, die mit einer Konkretisierung etwaiger sachlicher Rechtfertigungen verbunden sind, sind aus der Diskussion über den US-amerikanischen Robinson-Patman-Act bekannt.¹⁵⁰ Angesichts der großen Vielfalt unternehmerisch legitimer Differenzierungen ist eine allgemeine Umkehr der Rechtfertigungslast für Diskriminierungen nicht gerechtfertigt.

c. Verbesserte Datenportabilität und interoperable Datenformate

Die Bestreitbarkeit der Position einer marktbeherrschenden Online-Plattform hängt von der Möglichkeit der Nutzer zum „Multi-homing“ und Plattformwechsel ab. Unter den neuen Gegebenheiten der Datenökonomie kann hierfür die Möglichkeit der Nutzer entscheidend sein, konkurrierenden Plattformen Zugang zu ihren Nutzungsdaten zu verschaffen. Ähnliches kann für den Wettbewerb auf Märkten gelten, die zum Plattformmarkt komplementär sind: Ein exklusiver Zugang der marktbeherrschenden Plattform zu den auf der Plattform generierten Nutzer- oder Nutzungsdaten kann der Plattform auf solchen Märkten einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Ein unverfälschter Wettbewerb auf solchen Märkten kann von der Möglichkeit der Nutzer abhängig sein, Drittanbietern einen effektiven und schnellen Zugang zu „ihren“ Daten zu gewähren.

Gemäß Art. 20 DSGVO hat eine betroffene Person bereits heute das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem für die Datenverarbeitung Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem gängigen, maschinenlesbaren Format zu erhalten und sie einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung zu übermitteln oder eine direkte Übermittlung an diesen anderen Verantwortlichen zu erwirken. Die Reichweite von Art. 20 DSGVO ist in Teilen umstritten (s. o., Abschnitt V.3.a). Einen Anspruch auf Übertragung der Daten an Dritte in Echtzeit, d.h. unmittelbar nach Anforderung und ggf. fortlaufend, umfasst Art. 20 DSGVO nach allgemeiner Ansicht nicht (s. o., Kapitel V). Gerade ein Echtzeitzugang kann für die Wettbewerbsfähigkeit der Angebote konkurrierender komplementärer Dienste jedoch von entscheidender Bedeutung sein. Dies gilt etwa für Zahlungs-, Cloud- oder Identifizierungsdienste.

Ein über Art. 20 DSGVO hinausgehender Anspruch auf Echtzeitzugang zu all denjenigen Daten, die für effektiven Wettbewerb auf angrenzenden Märkten erforderlich sind, kann sich im Einzelfall aus Art. 102 AEUV ergeben. So hat die EU-Kommission Microsoft in ihrer auf Art. 102 AEUV gestützten Entscheidung v. 24.3.2004 verpflichtet, Anbieter konkurrierender Arbeitsgruppenserver Schnittstelleninformationen zur Herstellung voller Interoperabilität mit seinem PC-Betriebssystem bereitzustellen.¹⁵¹

150 Vgl. etwa *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice, S. 774 ff.; *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, S. 97 ff., insb. S. 98, u. S. 187 ff.

151 Europäische Kommission, Entscheidung v. 24.3.2004, Case AT.37792 – *Microsoft Arbeitsgruppenserver*.

Die Anforderungen der sog. „essential facilities“-Doktrin, auf die sich die Microsoft-Entscheidung stützte, sind allerdings streng. Der Nachweis eines Verstoßes ist zeit- und ressourcenintensiv. Auch hier ist eine Wirkungsanalyse im Einzelfall erforderlich.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist der Ansicht, dass angesichts der starken Konzentrationstendenzen auf Plattformmärkten, der hohen Hürden für Angriffe auf einmal bestehende Machtpositionen und der Expansionstendenzen, die einer einmal erlangten Machtposition auf einem Plattformmarkt unter den Bedingungen der Datenökonomie innewohnt, eine allgemeine Verpflichtung marktbeherrschender Plattformen gerechtfertigt ist, ihren Nutzern die Portabilität ihrer Daten in Echtzeit zu ermöglichen und auf Verlangen eines Plattformnutzers zudem die Interoperabilität der Datenformate mit Komplementärdiensten zu gewährleisten.¹⁵² Beschränkungen der Portabilität bzw. Daten-Interoperabilität müsste die marktbeherrschende Plattform objektiv rechtfertigen. Die Verpflichtung zur Gewährleistung einer über Art. 20 DSGVO hinausgehenden Datenportabilität und Interoperabilität ist ausdrücklich auf marktbeherrschende Plattformen im Sinne der neuen Plattform-Verordnung zu beschränken. Eine reziproke Verpflichtung von nicht marktbeherrschenden Anbietern von Komplementärdiensten würde den Wettbewerb eher behindern als fördern.

Unbeschadet dieser erweiterten Datenportabilitätsverpflichtung für marktbeherrschende Plattformen kann ein durch sektorspezifische Regulierung eingeführtes Recht auf Zugang von Drittanbietern zu einem digitalen Nutzerkonto sinnvoll sein (Empfehlung 4, Abschnitt V.3.b.). Dies geht über die Datenportabilität in Echtzeit hinaus, weil es einen bidirektionalen Charakter hat, da über den Zugang zum Nutzerkonto grundsätzlich auch Transaktionen durchgeführt werden können.

Empfehlung 11:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, marktbeherrschende Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung fallen, zu verpflichten, ihren Nutzern die **Portabilität der Nutzer- und Nutzungsdaten in Echtzeit und in einem interoperablen Datenformat** zu ermöglichen sowie **die Interoperabilität mit Komplementärdiensten** zu gewährleisten.

d. Alternative Dispute Resolution-Verfahren für Rechtsverletzungen auf Plattformen

Online-Plattformen schaffen neue, nicht selten grenzüberschreitende Interaktionsräume, welche die Gefahr einer Verletzung der Rechte Dritter durch Plattformnutzer bzw. die Reichweite der Wirkungen einer solchen Verletzung erhöhen können. Die Bandbreite möglicher Verletzungen reicht von Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch unrichtige Tatsachenbehauptungen oder rechtswidrige Meinungsäußerungen über das Hochladen urheberrechtsverletzender Inhalte, die Verletzung von Markenrechten bis hin zum Vertrieb von Produkten, die nicht den geltenden Anforderungen der Produktsicherheit genügen.

Vor diesem Hintergrund hat sich eine in den verschiedenen Kontexten separat geführte Diskussion um die Sorgfaltspflichten von Plattformbetreibern und die Voraussetzungen einer Eigenhaftung der Plattformen für solche Rechtsverletzungen entwickelt. Ausgangspunkt ist weiterhin der in Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG verankerte Grundsatz, dass eine sogenannte Hosting-Plattform nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen und Tätigkeiten verantwortlich ist, sofern sie sich diese nicht zu eigen macht, keine Kenntnis von rechtswidrigen Tätigkeiten oder Informationen hat und, sobald sie Kenntnis erlangt, unverzüglich tätig wird, um die Informationen zu entfernen und den Zugang zu ihr zu sperren (sog. „Notice and Takedown“-Verfahren). Die neue Urheberrechts-Richtlinie 2019/790 hat die Haftung von sogenannten Filesharing-Plattformen jüngst insoweit verschärft, als diese Plattformen gemäß Art. 17 der Richtlinie nunmehr selbst als Rechtsverletzer im Sinne des Urheberrechts qualifiziert werden, wenn sie der Öffentlichkeit Zugang zu von Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschaffen. Ferner ist eine europäische Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte in Vorbereitung, die Plattformen zur zeitnahen Entfernung entsprechender Inhalte verpflichten soll.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) eine Verpflichtung für Anbieter sozialer Netzwerke geschaffen, ein wirksames und transparentes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorzuhalten, so dass solche Inhalte unverzüglich entfernt und gesperrt werden. Offensichtlich rechtswidrige Inhalte im Sinne des NetzDG sind innerhalb von

¹⁵² Ebenfalls für erweiterte Datenportabilitätsverpflichtungen marktbeherrschender Plattformen: Furman-Report, S. 5. Für eine andere Einschätzung siehe ACCC, Digital Platforms Inquiry, Final Report 2019, S. 115 f.

24 Stunden nach Eingang der Beschwerde zu entfernen und zu sperren. Eine ähnliche Regelung ist in Deutschland auf Basis der verabschiedeten europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD) und einer Änderung des Telemediengesetzes (TMG) für Videosharing-Plattformen geplant.

Die Ausgestaltung von Sorgfaltspflichten für Plattformbetreiber kann auch wettbewerbliche Relevanz entfalten: Zum einen gilt es, einen fairen Wettbewerb zwischen digitalen Plattformen und funktional äquivalenten Anbietern der analogen Welt zu gewährleisten. Darüber hinaus trifft marktbeherrschende Plattformen in ihrer Funktion als Regelsetzer eine besondere Verpflichtung, einen unverfälschten Wettbewerb auf der Plattform zu gewährleisten (s. o.). Gelingt es Plattformen und/oder Plattformnutzern, die in der analogen Welt bestehende Haftung für Verletzungen der Rechte Dritter in der online-Welt faktisch abzuschütteln, so wird der Wettbewerb verzerrt.

Die Lösung kann allerdings nicht in einer allgemeinen Eigenhaftung der Plattformen liegen. Einer solchen steht nicht nur die E-commerce-Richtlinie 2000/31/EG entgegen. Auch mit Blick auf die Bedeutung der Kommunikationsfreiheit im Internet (insoweit die Haftung für Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen betroffen ist) und den Schutz der Innovation und der Vielfalt von Geschäftsmodellen, die Plattformen als Intermediäre und Matchmaker verfolgen können, ist eine allgemeine Eigenhaftung nach heutigem Wissensstand keine verhältnismäßige Option. Eine Eigenhaftung von Plattformen für Rechtsverletzungen auf der Plattform kommt nur dann in Betracht, wenn diese eine aktive Rolle wahrnehmen, indem sie Inhalte und Angebote der Nutzer kuratieren, d. h. vereinheitlichen, aufbereiten und prüfen sowie anderen Nutzern geordnet darbieten, um den dabei anfallenden Aufwand durch Provisionen (Verkaufsplattformen) oder Werbeeinnahmen (Filesharing-Dienste) zurückzuerwerben. Die Frage, ab welchem Maß an Kuratierung eine Eigenhaftung in Betracht kommt,¹⁵³ ist nicht Gegenstand dieses Berichts, kann allerdings Relevanz für die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs zwischen digitalen Plattformen und funktional äquivalenten Anbietern der analogen Welt haben.

Die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs auf der Plattform setzt voraus, dass Streitigkeiten über die Zulässigkeit eines Angebots, die Nutzung einer Marke, eines durch andere Rechte des geistigen Eigentums geschützten Werkes oder einer Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung als Konflikte zwischen Nutzern oder zwischen Nutzern und externen Dritten ernst genommen werden – also als Konflikte, die in einem tri- oder gar multipolaren Verhältnis angesiedelt sind. Wird die Plattform in solchen Streitigkeiten für eine mögliche Rechtsverletzung verantwortlich gemacht, so muss sie über die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit entscheiden. Sind Tatsachenbehauptungen oder Meinungsäußerungen im Streit, gerät die Plattform in die Rolle einer Zensurinstanz. Generell besteht die Gefahr eines Overblocking, wenn und weil die Plattform einen Anreiz hat, eine Haftung durch großzügige Sperrung beschwerdefangener Inhalte und Tätigkeiten zu vermeiden. Dies gilt insbesondere in dem Maße, in dem Plattformen keiner gegenläufigen Verpflichtung unterliegen, bestimmte Grundrechtspositionen der Beteiligten – etwa die Meinungsäußerungsfreiheit – zu schützen.¹⁵⁴

Einen Ausweg kann die Schaffung und Ausgestaltung eines Alternative Dispute Resolution (ADR)-Verfahrens auf europäischer Ebene bieten, das einen effektiven Schutz vor Rechtsverletzungen auf Plattformen bietet, ohne die Gefahren von Overblocking und einer Zensur durch Plattformbetreiber heraufzubeschwören. In einem ADR-Verfahren werden dritte Parteien hinzugezogen, um Streitigkeiten beizulegen. Zentrale Elemente eines solchen Verfahrens bei Rechtsverletzungen auf Plattformen wären:

- Streitentscheidung durch neutrale und kompetente Streitbeilegungsstellen, die von den Plattformen unabhängig sind und von staatlichen Behörden zertifiziert werden müssten.
- Streitentscheidung binnen kurzer Frist, um irreversible Schäden durch die fortdauernde Verfügbarkeit rechtswidriger Inhalte im Internet zu vermeiden.
- Die Entscheidung der Streitbeilegungsstelle ist unter den Parteien und für die Plattform vorläufig verbindlich. Den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten schließt sie

153 Umfangreiche Nachweise zu dieser Diskussion bei *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz*, TMG, § 7 Rn. 11 ff und Rn. 18 ff.

154 Zur Bindung von Social-Media-Plattformen – konkret: Facebook – an das Grundrecht des Art. 5 I GG existiert eine Reihe (noch) uneinheitlicher aktueller Urteile der Instanzgerichte: OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.6.2018, 15 W 86/18 = NJW 2018, 3110, Rn. 21; OLG Dresden, Urt. v. 8.8.2018, 4 W 577/18 = NJW 2018, 3111, Rn. 18 ff.; OLG München, Urt. v. 24.8.2018, 18 W 1294/18 = NJW 2018, 3115, Rn. 27 f.; OLG Stuttgart, Urt. v. 6.9.2018, 4 W 63/18 = NJW-RR 2019, 35, Rn. 29; OLG Oldenburg, Urt. v. 1.7.2019; 13 W 16/19 = BeckRS 2019, 16526; BVerfG, Urt. v. 22.5.2019, 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935, Rn. 15 ff.

nicht aus. Auch der einstweilige Rechtsschutz durch Zivilgerichte steht weiter zur Verfügung. Solange es allerdings an einer Entscheidung eines staatlichen Gerichts fehlt, gilt die Entscheidung der ADR-Stelle.

- Die Kommunikation im Internet ist weiterhin anonym möglich. Wird allerdings eine Beschwerde erhoben, muss der Urheber des inkriminierten Inhalts entscheiden, ob er seine Anonymität aufgeben und an dem ADR-Verfahren teilnehmen oder ob er an seiner Anonymität festhalten will. In diesem Fall wird der inkriminierte Inhalt auf die Beschwerde des vermeintlich Verletzten hin gelöscht.
- Die Kosten des ADR-Verfahrens sind grundsätzlich von der marktbeherrschenden Plattform, die den inkriminierten Inhalt zugänglich gemacht hat, zu tragen.

Die Einrichtung eines solchen ADR-Verfahrens kommt grundsätzlich auch für Streitigkeiten über Handlungen auf nicht-marktbeherrschenden Plattformen in Betracht: Die praktische Bedeutung von Online-Plattformen in der Vermittlung von Informationen, Produkten und Diensten, die damit verbundene Risikoerhöhung für Rechtsverletzungen, die Erschwernis der Rechtsverfolgung durch den Rechtsverletzer, die aus der geographischen Reichweite der Tätigkeit einer Plattform und ggfs. der Anonymität der Nutzer folgen kann und schließlich der Umstand, dass Plattformen aus dieser Tätigkeit einen Gewinn ziehen rechtfertigt eine infrastrukturelle Verantwortung für Streitigkeiten zwischen Plattformnutzern und Dritten, die mittelbar aus der Intermediationstätigkeit erwachsen.

Gleichzeitig ist nicht zuletzt unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten Vorsicht vor der Begründung neuer Verpflichtungen von Plattformen geboten, welche die Marktzutrittsschranken für neue Plattformen erhöhen könnten.

Die letztgenannte Gefahr besteht nicht, insoweit es um marktbeherrschende Plattformen geht. Angesichts ihrer besonderen Verantwortung für die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs auf der Plattform und ihrer Relevanz für Kommunikations- und Handlungsfreiheiten in der digitalen Welt könnten jedenfalls sie verpflichtet werden, ein unabhängiges ADR-Verfahren für einschlägige Streitigkeiten bereitzuhalten und im Regelfall¹⁵⁵ die Kosten für ein solches Verfahren zu tragen. Dort, wo die Streitigkeiten Bezüge zu einem von den Interessen der Parteien verschiedenen öffentlichen Interesse aufweisen (z. B. Gesichtspunkte des Jugendschutzes), wäre die Vertretung dieses öffentlichen Interesses sicherzustellen. Denkbar wäre, dort, wo spezifische öffentliche Interessen durchgängig eine wichtige Rolle spielen – etwa bei Produktsicherheitsfragen auf Online-Marktplätzen – eine Verpflichtung zur Einrichtung von Schnittstellen für zuständige Behörden vorzusehen, mit deren Hilfe diese im Gefahrenfall schnell auf Plattformen zugreifen können und ihre gesetzliche Aufgabenwahrnehmung in den Konfliktlösungsprozess einbringen könnten. Zugleich würde auf diese Weise ähnlich wie über die regulierungsrechtlichen Verbraucherbeschwerdeverfahren bei den zuständigen Behörden wertvolles Risikowissen gebündelt generiert.

Die Ausgestaltung eines solchen ADR-Verfahrens im Einzelnen bliebe zu prüfen. Es könnte jedoch eine Möglichkeit bieten, sowohl der Rolle von Plattformen als Intermediäre als auch der hieraus folgenden, spezifischen Verantwortung Rechnung zu tragen.

Empfehlung 12:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt dem europäischen Gesetzgeber zu prüfen, ob marktbeherrschende Online-Plattformen mit bestimmten Mindestumsätzen oder -nutzerzahlen verpflichtet werden sollten, ein **Verfahren zur alternativen Streitbeilegung für Rechtsverletzungen auf Plattformen** einzuführen.

155 Ausnahmen müssen bei einer missbräuchlichen oder offensichtlich unbegründeten Anrufung gelten.

VII. Innovationen durch Kooperationen ermöglichen

1. Kooperationen als Teil des Innovationsprozesses

Die Digitalisierung führt in vielen Bereichen zu einer radikalen Neuordnung von Märkten (s. o., Kapitel II). In der Industrie 4.0 und durch Nutzung von IoT-Technologien werden Produkte in neuartiger Weise mit Dienstleistungen verzahnt. Die Daten- und Plattformökonomie führen vielfach dazu, dass Nutzerbedürfnisse auf neue Weise befriedigt werden. Bisher etablierte Marktakteure werden dadurch herausgefordert, Wertschöpfungsketten werden aufgebrochen und umstrukturiert. Neue Netzwerke und „digitale Ökosysteme“ entstehen. Um in diesem neuen Umfeld zu bestehen und die Chancen der technologischen und Marktveränderungen zu nutzen, müssen Unternehmen mit den neuen Möglichkeiten der Daten- und Plattformökonomie experimentieren können. Kooperationen in vielfältiger Form sind Teil dieses Such- und Innovationsprozesses. So haben viele Unternehmen begonnen, Nutzungsdaten für ihre Produkte und Dienste zu sammeln und – ggfs. kombiniert mit anderen Daten – für die kontinuierliche Verbesserung und Individualisierung von Produkten und Diensten einzusetzen, Produkte mit neuartigen Softwarekomponenten zu versehen und ggfs. über die etablierten Marktgrenzen hinauszugreifen, wie dies beispielsweise im Mobilitätssektor zu beobachten ist. Neue Chancen ergeben sich ferner häufig aus dem Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI). Das hierfür erforderliche Training von Algorithmen erfordert allerdings regelmäßig besonders große und variantenreiche Datenbestände und kann daher ebenfalls die Zusammenführung von Daten verschiedener Wettbewerber notwendig machen. Die Bedeutung von Kooperationen zwischen Unternehmen im Bereich des Datenaustausches nimmt vor diesem Hintergrund zu.

Ähnliches gilt für Kooperationen in der Entwicklung neuer Plattformen und Netzwerke – nicht zuletzt im B2B-Bereich. Während die großen digitalen Plattformen, welche die Interaktion zwischen Verbrauchern oder zwischen Verbrauchern und Unternehmen organisieren, infolge starker positiver Netzwerkeffekte in ihren Machtpositionen häufig nur noch schwer angreifbar sind, befindet sich die Entwicklung unternehmerischer digitaler Plattformkooperationen und Netzwerke noch in einer verhältnismäßig frühen Phase. Ziel müssen Rahmenbedingungen sein, die sicherstellen, dass

Unternehmen die hier liegenden Wettbewerbs- und Innovationschancen nutzen können.

2. Rechtsunsicherheit als Investitionshindernis

a. Neue Kooperationsformen in der digitalen Wirtschaft und außerrechtliche Umsetzungsprobleme

Neue Formen der Kooperation, welche die skizzierten Innovations- und Wettbewerbschancen der neuen digitalen Ökonomie pro-aktiv nutzen, werden gegenwärtig zwar viel erörtert. Es besteht allerdings weithin der Eindruck, dass sie sich eher langsam entwickeln. Dies gilt in besonderem Maße für Kooperationen zwischen Unternehmen, die aktuelle oder potentielle Wettbewerber umfassen. Soweit es um Kooperationen im Bereich des Datenaustausches geht, lassen unter anderem Unsicherheiten über den Wert und die Einsatzpotentiale der eigenen Datenbestände und die wirtschaftlichen Potentiale von Kooperationen Unternehmen zögern, anderen Unternehmen einen Zugriff auf diese Daten zu ermöglichen. Bei einem im Vorfeld schwer abzuschätzenden Nutzen einer Datenkooperation überwiegt häufig die Sorge um den Verlust der Kontrolle über eigene Daten und mit deren exklusiver Nutzung verbundenen Innovations- und Wettbewerbsvorteilen.

b. Rechtsunsicherheit für kooperationswillige Unternehmen: Ursachen und Unzulänglichkeit der bestehenden Instrumente

Zudem können neuartige Datenkooperationen auf kartellrechtliche Bedenken stoßen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn wettbewerbsrelevante Daten betroffen sind. Die Kriterien für die kartellrechtliche Beurteilung sind bislang in weiten Teilen ungeklärt.¹⁵⁶ Unternehmen sind mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit konfrontiert.¹⁵⁷ Netzwerk- bzw. plattformbezogene Kooperationsvorhaben können vor ähnlichen Schwierigkeiten stehen.

Mit der VO 1/2003 – und im deutschen Recht parallel der 7. GWB-Novelle – ist das früher praktizierte Anmeldesystem für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen abgeschafft und auf ein System der Legalausnahme umgestellt worden.

¹⁵⁶ Für eine Skizze kartellrechtlicher Grundprinzipien betreffend die Zulässigkeit von Datenpools bzw. von Praktiken des Datenteilens s. Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 92 ff. Siehe außerdem *Lundqvist*, EuCML 2018, 146.

¹⁵⁷ Datenschutzrechtliche Bedenken, die auch auftreten können, bleiben an dieser Stelle unberücksichtigt.

Unternehmen sind seitdem zur Selbsteinschätzung aufgerufen und tragen das damit verbundene rechtliche Risiko. Dieses Risiko wird durch Gruppenfreistellungsverordnungen und durch Leitlinien der EU-Kommission zwar reduziert. Viele der neuartigen Kooperationen werden jedoch weder von den Gruppenfreistellungsverordnungen noch von den Leitlinien erfasst.

Das geltende Recht stellt auf europäischer und deutscher Ebene verschiedene Instrumente zur Verfügung, um auch in solchen Fällen Rechtssicherheit zu ermöglichen. Zu diesen Instrumenten zählen auf europäischer Ebene

- die Negativtabelle nach Art. 10 VO 1/2003, mit denen die EU-Kommission die Nichtanwendbarkeit von Art. 101 AEUV und/oder Art. 102 AEUV auf ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten feststellt, sofern dies „aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft [...] erforderlich“ ist und
- informelle Beratungsschreiben, welche die EU-Kommission bei neuartigen Fragen in Einzelfällen veröffentlichen kann.¹⁵⁸

Aus verschiedenen Gründen ist es aber bislang mithilfe dieser Instrumente nicht gelungen, dem Bedürfnis von Unternehmen nach mehr Rechtssicherheit mit Blick auf die skizzierten neuartigen Kooperationsprojekte nachzukommen:

- Negativtabelle nach Art. 10 VO 1/2003 sind ausweislich der Begründungserwägung 14 VO 1/2003 nur für „Ausnahmefälle“ vorgesehen. In Betracht kommen sie vor allem in Fällen, in denen eine Entscheidung zur Klärung einer neuen oder ungelösten Rechtsfrage erforderlich ist oder wenn die EU-Kommission eine unterschiedliche Beurteilung der Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens durch mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden verhindern will.¹⁵⁹ Die EU-Kommission hat von ihrer Kompetenz nach Art. 10 VO 1/2003 bislang allerdings noch keinen Gebrauch gemacht.¹⁶⁰ Ein subjektives Recht auf Tätigwerden der EU-Kommission gewährt Art. 10 VO 1/2003 den Unternehmen nicht.¹⁶¹

- Auch von dem Instrument der Beratungsschreiben hat die EU-Kommission bislang in keinem Fall Gebrauch gemacht. Unternehmen können die EU-Kommission um ein Beratungsschreiben ersuchen, wenn eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV eine ungeklärte Rechtsfrage aufwirft und wenn die wirtschaftliche Bedeutung der von der Vereinbarung betroffenen Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der Verbraucher und/oder der Umfang der mit der Transaktion einhergehenden Investitionen im Verhältnis zur Größe der beteiligten Unternehmen und die Verbindung der Transaktion mit einem strukturellen Vorgang wie der Gründung eines Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmens eine Klärung der Frage durch ein Beratungsschreiben prima facie zweckmäßig erscheinen lässt (Rn. 8 der Bekanntmachung über informelle Beratung). Die informelle Beratung muss mit den Durchsetzungsprioritäten der EU-Kommission vereinbar sein (Rn. 7 der Bekanntmachung). Der Sache nach soll Unternehmen mit einem Beratungsschreiben eine sachkundige Beurteilung ihrer Vereinbarung zur Verfügung gestellt werden. Informelle Beratungsschreiben erscheinen daher nach geltendem Recht als dasjenige Instrument, mit dessen Hilfe Unternehmen bei neuartigen Fragen Rechtssicherheit bekommen sollten. Beratungsschreiben hindern die EU-Kommission zwar nicht daran, die fraglichen Verhaltensweisen später in einem Untersuchungsverfahren zu prüfen. Dies hat allerdings unter Berücksichtigung des früheren Beratungsschreibens zu geschehen (Rn. 22 ff. der Bekanntmachung). Die Verhängung eines Bußgeldes für ein durch ein Beratungsschreiben gedecktes Verhalten ist ebenso unwahrscheinlich wie die Feststellung eines Verschuldens bezüglich eines solchen Verhaltens, das Voraussetzung für einen privaten Schadensersatzanspruch Geschädigter wäre.

Jedoch haben Unternehmen auch auf die Ausstellung eines Beratungsschreibens keinen Anspruch. Ob und in welcher Zahl Unternehmen die EU-Kommission in der Vergangenheit vergeblich um ein solches Schreiben ersucht haben, ist nicht bekannt.

158 EU-Kommission, Bekanntmachung über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 [Art. 101 und Art. 102 AEUV], die in Einzelfällen auftreten, ABl. 2004 Nr. C 101/78.

159 Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 10 VO 1/2003, Rn. 4.

160 Wils, JECLaP 4 (2013), 293, 299, Fn. 47.

161 Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 10 VO 1/2003, Rn. 3.

Der Befund unzureichender Instrumente auf europäischer Ebene wird durch die auf nationaler Ebene zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht ausgeglichen. Der Erlass von Negativattesten ist der EU-Kommission vorbehalten.¹⁶² Das Bundeskartellamt kann lediglich in einer Entscheidung nach § 32c GWB feststellen, dass für das Kartellamt kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Unternehmen müssen in diesem Fall nicht mehr mit der Verhängung eines Bußgeldes durch das Bundeskartellamt rechnen. Gegen ein Verfahren auf europäischer Ebene oder private Schadensersatzklagen sind sie allerdings nicht geschützt.

Dasselbe gilt für die informelle Beratung, die das Bundeskartellamt Unternehmen anbietet, und deren Ergebnis in der Praxis in einem sog. „Vorsitzendenschreiben“ festgehalten und häufig in Form eines Fallberichts veröffentlicht wird.¹⁶³ Das Bundeskartellamt räumt der Beratung von Unternehmen bei digitalen Kooperationen erhebliches Gewicht ein. Die Beratung wird von Unternehmen bei neuartigen und schwierigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit einem Kooperationsvorhaben auch häufig in Anspruch genommen. Ein Vorsitzendenschreiben schützt Unternehmen zwar nicht vor der späteren Einleitung eines Verbotsverfahrens. Unternehmen müssen nach einem positiven Vorsitzendenschreiben aber nicht mehr mit einem Bußgeld durch das Bundeskartellamt rechnen. Eine rechtliche Absicherung gegen die Verhängung eines Bußgeldes durch die EU-Kommission bietet ein solches Vorsitzendenschreiben allerdings nicht.¹⁶⁴ Gegenwärtig hat das Vorsitzendenschreiben keine rechtliche Grundlage im GWB. Fristen, innerhalb derer eine Beratung durch das Bundeskartellamt abgeschlossen werden muss, gibt es nicht. In der Praxis variiert die Dauer informeller Beratungen erheblich.

c. Kosten der Rechtsunsicherheit

Auch nach Konsultation und Anhörung von Unternehmen und Verbänden kann die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 keine belastbaren Aussagen dazu machen, in welchem Ausmaß die gegenwärtige Rechtsunsicherheit Unternehmen davon abhält, mit neuartigen Formen der Kooperation zu experimentieren. Von Unternehmen und Anwälten wird die Unsicherheit über die kartellrechtlichen Grenzen neuartiger Kooperationsformen jedoch durchgängig als ein relevantes Hindernis für den Einstieg in und das Experimentieren mit solchen Kooperationen benannt. Tatsächlich können sowohl Datenkooperationen – also Vereinbarungen zwischen Unternehmen über das Austauschen, Teilen und Zusammenführen von Daten – als auch Kooperationen beim gemeinsamen Aufbau von Plattformen, digitalen Netzwerken und Ökosystemen neue Rechtsfragen aufwerfen. Wo die Kooperationen aus dem Anwendungsbereich der geltenden Gruppenfreistellungsverordnungen herausfallen, lassen sich in den Leitlinien der EU-Kommission¹⁶⁵ häufig keine Hinweise zum Umgang mit diesen neuen Kooperationsformen entnehmen. Auch gibt es bislang keine breite Fallpraxis zu diesen Kooperationsformen, die Unternehmen und Anwälte in der Ausgestaltung der Kooperationen anleiten könnte.¹⁶⁶

Bei Verstößen gegen das Kartellverbot müssen Unternehmen mit hohen Bußgeldern rechnen. Eine auf der Grundlage der bisherigen Rechtspraxis und der Leitlinien der Wettbewerbsbehörden nicht auflösbare Rechtsunsicherheit trägt zu den Kosten und Risiken einer Kooperation bei und ist daher grundsätzlich geeignet, Unternehmen vom Eingehen einer solchen Kooperation abzuschrecken.

162 Mitgliedstaatliche Wettbewerbsbehörden können die EU-Kommission und ggfs. andere mitgliedstaatliche Behörden nicht mit Negativentscheidungen binden. Siehe EuGH, Urt. v. 3.5.2011, Rs. C-375/09, Rn. 19-30 – *Tele2 Polska*. Hierzu van de Walle de Ghelcke, JECLaP 2 (2011), 477.

163 So etwa bei den Industrie-Plattformen ECEMENT (BKartA, Pressemitteilung v. 7.12.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/07_12_2017_Zementplattform.html) (zuletzt abgerufen am 3.9.2019) und XOM Metals (BKartA, Fallbericht v. 27.3.2018, B5-1/18-001).

164 EuGH, Urt. v. 18.6.2013, Rs. C-681/11 – *Schenker*.

165 EU-Kommission, Horizontalleitlinien, ABl. 2011 Nr. C 11/1; EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 Nr. C 130/1.

166 Auf europäischer Ebene ist bislang – allerdings zur Fusionskontrolle – zu nennen: Europäische Kommission, Entscheidung v. 7.11.2018, Case M.8744 – *Daimler/BMW/Car Sharing JV*. Zur deutschen Praxis BKartA, Pressemitteilung v. 7.12.2017, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/07_12_2017_Zementplattform.html (zuletzt abgerufen am 3.9.2019) – ECEMENT; BKartA, Fallbericht v. 27.3.2018, B5-1/18-001 – XOM Metals.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist daher der Ansicht, dass es, insbesondere auf europäischer Ebene, neuer verfahrensrechtlicher Instrumente bedarf, um Unternehmen die Möglichkeit zu geben, Rechtssicherheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit neuartiger Kooperationen zu erlangen. Es ist ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit,¹⁶⁷ dass Unternehmen als Adressaten der notwendig weit und auslegungsoffen gefassten kartellrechtlichen Verbotstatbestände bei einer auf der Grundlage der bisherigen Fallpraxis und der etablierten Auslegungsmethoden nicht auflösbaren Rechtsunsicherheit – also in Fällen, in denen tatsächlich neuartige Rechtsfragen aufgeworfen sind – ein verfahrensrechtliches Instrument zur Verfügung steht, um diese Rechtsunsicherheit aufzulösen: Zwar ist die Verwendung von Generalklauseln und auslegungsoffenen Begriffen und, damit verbunden, eine schrittweise Klärung des Norminhalts durch Anwendungspraxis und Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht erforderlich, um der Vielfalt der zu erfassenden Sachverhalte Rechnung zu tragen. Die mit den Verbotsnormen verbundenen Eingriffe in die unternehmerische Freiheit dürfen aber nicht weitergehen, als dies durch den Schutzzweck der Wettbewerbsregeln, einen unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten, gerechtfertigt ist. Auch die volkswirtschaftlichen Kosten einer für Unternehmen nicht auflösbaren Rechtsunsicherheit können gerade in einem Umfeld, in dem die Innovationsfähigkeit vom Experimentieren mit neuen Kooperationsformen abhängt, erheblich sein.

3. Rechtssicherheit für Kooperationen erhöhen: Einführung eines Notifizierungsverfahrens für neuartige Kooperationen

Es gibt mittlerweile Signale, dass die Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission das Instrument der informellen Beratungsschreiben in Zukunft stärker nutzen will. Ferner werden in den kommenden Jahren viele Instrumente (Gruppenfreistellungsverordnungen, ggfs. auch Mitteilungen) überarbeitet. Dies wird der EU-Kommission Gelegenheit geben, größere Rechtssicherheit für neuartige Formen von Unternehmenskooperationen im Digitalbereich – insbesondere hinsichtlich von Fragen der Datenkooperation, der Kooperation bei der Errichtung von Plattformen und

digitalen Ökosystemen – herzustellen. Insbesondere die anstehende Revision der Horizontal-Leitlinien böte eine gute Gelegenheit, die Kriterien für die Zulässigkeit neuer Kooperationsformen in der Digitalwirtschaft zu konkretisieren.

So wünschenswert die Berücksichtigung neuartiger Kooperationsformen in einer neuen Generation von Gruppenfreistellungsverordnungen und Mitteilungen ist: Die Rechtsunsicherheiten werden sich auf diese Weise mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht ausräumen lassen. Hierzu trägt die bislang fehlende Fallpraxis und Erfahrung der EU-Kommission mit diesen Kooperationen und die fehlende Rechtsprechungspraxis bei. Belastbare wettbewerbsrechtliche Beurteilungskriterien entwickeln sich zumeist erst auf der Grundlage einer breiteren Fallpraxis, die zugleich ein wichtiges Instrument der Generierung von Wissen über Veränderungen in Märkten, unternehmerische Strategien und deren Wirkungen auf den Wettbewerb ist. Entsprechende Informationen können zwar teilweise auch durch die sogenannte „Sektoruntersuchungen“ nach Art. 17 VO 1/2003¹⁶⁸ generiert werden, und auch eine proaktive Nutzung dieses Instruments ist wünschenswert. Sektoruntersuchungen helfen allerdings dort nicht weiter, wo sich neue Kooperationsformen erst entwickeln und bestimmte Formen der Kooperation wegen Rechtsunsicherheit womöglich unterbleiben.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt daher, auf europäischer Ebene ein freiwilliges Anmeldeverfahren für solche Kooperationen einzuführen, die

- (a) neue Rechtsfragen aufwerfen, die bislang nicht unionsgerichtlich geklärt oder vor Unionsgerichten anhängig sind; und
- (b) aus Sicht der Nachfrager der von der Vereinbarung betroffenen Waren oder Dienste von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind.

Sind diese Anforderungen erfüllt, so wäre das Verfahren binnen 90 Arbeitstagen nach Anmeldung mitsamt Vorlage sämtlicher relevanter Informationen mit einer Entscheidung

¹⁶⁷ Zum Legalitätsgebot im europäischen Recht siehe Art. 49 Abs. 1 der Grundrechtecharta. Zu den Anforderungen, die im deutschen Recht aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) für das Kartellrecht folgen, siehe zuletzt BGH, Beschluss v. 14.11.2017, KVR 57/16 – EDEKA/Kaiser's Tengelmann, Rn. 68 f.

¹⁶⁸ Art. 17 VO 1/2003 umfasst aber auch die Möglichkeit sektorübergreifend bestimmte Arten von Vereinbarungen einer Untersuchung zu unterziehen. Ausgangspunkt einer solchen Untersuchung muss gem. Art. 17 Abs. 1 allerdings eine Vermutung sein, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht sei. Ob eine solche Vermutung hinsichtlich von Datenkooperationen gegenwärtig gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft.

abzuschließen. Ähnlich wie bei Zusagenentscheidungen nach Art. 9 VO 1/2003 müsste die EU-Kommission die Möglichkeit haben, die Entscheidungen bei Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse aufzuheben (s. Art. 9 Abs. 2 VO 1/2003). Angesichts der Neuartigkeit der Rechtsfragen und der Ungewissheit über die Auswirkungen solcher Kooperationen unter sich schnell verändernden Marktgegebenheiten hält jedenfalls ein Teil der Kommissionsmitglieder es für sinnvoll zu prüfen, ob eine Aufhebung der Entscheidung mit Wirkung für die Zukunft auch dann möglich sein sollte, wenn eine genehmigte Kooperation wider Erwarten doch negative Wettbewerbswirkungen zeitigt. Dies könnte der EU-Kommission zugleich ein gewisses „Experimentieren“ mit neuartigen Kooperationsformen erleichtern. Für Unternehmen bliebe der Vorteil eines umfassenden Schutzes vor Bußgeldern und privaten Schadensersatzklagen. Dem steht ein Verlust an Rechtssicherheit und das Risiko mehr oder weniger großer Fehlinvestitionen in die Kooperation gegenüber.

Mit der vorgeschlagenen Möglichkeit zur freiwilligen Anmeldung bestimmter Kooperationen soll das alte Notifizierungssystem der VO 17/62 nicht wieder eingeführt werden. Die Vor- und Nachteile eines solchen Notifizierungssystems sind im Vorfeld der Verabschiedung der VO 1/2003 ausgiebig erörtert worden.¹⁶⁹ Ein zentrales Argument gegen das Anmeldesystem war, dass damit ein Großteil der personellen Ressourcen der Generaldirektion Wettbewerb für die Sichtung unproblematischer Vereinbarungen oder geringfügiger Grenzüberschreitungen eingesetzt wurde, für die Konzentration auf schwere Kartellrechtsverstöße hingegen nur noch wenig Kapazität verblieb. Mit einer Wiedereinführung eines allgemeinen Anmeldesystems – auch in freiwilliger Form – würde dieses Dilemma in unveränderter Form zurückkehren.

Die Einführung eines freiwilligen Anmeldesystems wird allerdings dann zu einer Option, wenn es gelingt, seinen praktischen Anwendungsbereich auf Fälle solche Kooperationen zu beschränken, die neue und grundlegende Rechtsfragen aufwerfen.¹⁷⁰ Ein zusätzliches Kriterium könnte – wie in Rn. 8b der Bekanntmachung zu Beratungsschreiben – die näher zu konkretisierende wirtschaftliche Bedeutung

der Transaktion und/oder der Umgang der mit der Transaktion einhergehenden Investitionen im Verhältnis zur Größe der beteiligten Unternehmen sein. Die Entscheidung würde auf der Grundlage der von den Unternehmen vorgelegten Informationsbasis ergehen und wäre auf den so umrissenen Sachverhalt begrenzt.

Das neue Anmeldesystem soll die Verfolgung schwerer Kartellverstöße nicht beeinträchtigen. Die GD Wettbewerb sollte personell verstärkt werden, um den personellen Mehraufwand zu decken, den ein solches Anmeldeverfahren bedeuten würde. Eine Mehrheit der Kommissionsmitglieder schlägt vor zu prüfen, ob das Anmeldesystem als ein gebührenfinanziertes System ausgestaltet werden kann, um die mit einer solchen Dienstleistung einhergehenden Kosten zu refinanzieren – auch wenn dies im europäischen Wettbewerbsrecht ein Novum wäre.

Empfehlung 13:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, die Klärung neuer Rechtsfragen, wie sie durch **Kooperationen von Unternehmen im digitalen Bereich** (z. B. Datenaustausch und Datenpooling; Investition in kooperative Projekte zur Innovation im Bereich Internet der Dinge – IoT) aufgeworfen sind, für die kommenden Jahre zu einer **Priorität der EU-Kommission** zu erklären.

Empfehlung 14:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, für neuartige Formen der Kooperation in der Digitalwirtschaft auf europäischer Ebene ein **freiwilliges Anmeldeverfahren** mit Anspruch auf eine Entscheidung in kurzer Frist einzuführen und hierzu die Generaldirektion Wettbewerb personell zu verstärken.

169 Zusammenfassend *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 14 Rn. 9 f.; ferner *Wils*, The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt, 2019, S. 7 f., abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3424592> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019). Vgl. aus der damaligen Literatur etwa *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523; *Deringer*, EuZW 2000, 5; *Schaub/Dohms*, WuW 1999, 1055; *Ehlermann*, CMLR 2000, 537 ff.; *Geiger*, EuZW 2000, 165 ff.; *Wils*, European Law Review 24 (1999), 139; ders., The Reform of Competition Law Enforcement – Will it Work?, 2004, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=1319249> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

170 Siehe insoweit die Formulierung in Rn. 8a der Bekanntmachung der EU-Kommission zu Beratungsschreiben, ABl. 2004 Nr. C 101/78.

VIII. Fusionskontrolle: Den Aufkauf von Start-ups durch marktbeherrschende Unternehmen besser kontrollieren

In jüngerer Zeit ist eine intensive Diskussion darüber entbrannt, ob im Rahmen des geltenden Fusionskontrollrechts die möglichen Schäden für den Wettbewerbs- und Innovationsprozess hinreichend erfasst werden, die aus dem Aufkauf kleiner, junger, innovativer, zum Zeitpunkt des Aufkaufs aber (noch) umsatzschwacher Unternehmen durch marktbeherrschende Unternehmen folgen können.¹⁷¹ Die Frage ist nicht nur im digitalen Kontext aufgeworfen; sie kann sich etwa auch im Pharmasektor stellen.¹⁷² Die großen Digitalkonzerne haben aber eine vergleichsweise hohe Akquisitionsaktivität entwickelt.¹⁷³ Es besteht die Sorge, dass ein Teil der Aufkäufe die frühzeitige Übernahme möglicher künftiger Wettbewerber bezweckt und so dazu beiträgt, die Machtstellung digitaler Ökosysteme auszudehnen und gegen Angriffe abzusichern und zugleich Innovationsbemühungen in deren Umfeld abschreckt. Daher wird die Debatte um eine Reform der Fusionskontrolle hinsichtlich des Aufkaufs von Start-ups insbesondere mit Blick auf die Akquisitionsstrategien von Digitalunternehmen geführt.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 teilt die Einschätzung, dass der Aufkauf von Start-ups in einer frühen Entwicklungsphase durch marktbeherrschende Digitalunternehmen, insbesondere durch digitale Plattformen, unter bestimmten Umständen wettbewerbschädigende Wirkungen haben und Innovationsanreize in problematischer Weise beeinflussen kann. Angesichts der ohnehin starken Konzentrationstendenzen und hohen Marktzutrittsschranken von Plattformmärkten (s. o., Kapitel VI) muss es ein besonderes Anliegen des Wettbewerbsrechts sein, die Bestreitbarkeit dieser Machtpositionen sicherzustellen (s. o., Kapitel III). Marktbeherrschende Plattformbetreiber haben starke Anreize, die Bestreitbarkeit herabzusetzen, indem sie mögliche Angriffe auf ihre Machtposition – häufig Angriffe, die zunächst aus einer Marktnische kommen oder von einer komplementären Dienstleistung ausgehen – frühzeitig identifizieren und durch Nachahmung oder Aufkauf neutralisieren. Der Aufkauf von innovationsstarken Start-ups mit schnellem Nutzerwachstum kann dann zur weiteren

Verfestigung bestehender Machtpositionen führen. Systematische Aufkaufstrategien können ferner zur Folge haben, dass junge Unternehmen nicht mehr versuchen, in solche Märkte vorzudringen, die sich im Umfeld der etablierten Unternehmen befinden (sog. „kill zones“),¹⁷⁴ oder dies primär mit dem Ziel ihrer Gesellschafter tun, von einem etwaigen Aufkauf durch ein großes Digitalunternehmen zu profitieren. Damit wird der Anreiz reduziert, in „radikale“ Innovation oder in „Wettbewerb um den Markt“ zu investieren. Innovationsbemühungen werden stattdessen in Richtungen umgelenkt, die komplementär zu denen großer Digitalunternehmen liegen. Andererseits gilt es, die Dispositionsfreiheit auch von Start-up-Unternehmen im Hinblick auf die von ihnen favorisierte Exit-Strategie zu schützen und ein attraktives Regulierungsumfeld für Gründungen in Europa zu schaffen.

Zudem kann der Aufkauf von Start-ups durch marktbeherrschende Digitalunternehmen auch mit erheblichen Vorteilen für Verbraucher einhergehen. Mitunter ist es erst mithilfe der Ressourcen solcher Unternehmen möglich, bestimmte innovative Produkte oder Dienste weiterzuentwickeln oder attraktiven Innovationen im Markt zum Durchbruch zu verhelfen. Auch ist die Hoffnung auf einen Aufkauf des Start-ups für viele Unternehmensgründer und Geldgeber ein wichtiger Investitions- und Innovationsanreiz. Solche Aufkäufe – auch Aufkäufe durch marktbeherrschende Digitalunternehmen – können daher nicht per se verboten sein. Geboten ist vielmehr eine Einzelfallprüfung, die der Bedeutung des Schutzes eines Wettbewerbs um den Markt Rechnung trägt und besonderes Gewicht auf die fortwährende Bestreitbarkeit verfestigter Machtpositionen legt.

Voraussetzung hierfür ist, dass potentiell wettbewerbschädigende Akquisitionen in den Anwendungsbereich der Fusionskontrolle fallen und im Falle ihrer unionsweiten Relevanz auch auf europäischer Ebene geprüft werden können. Dies muss auch für den Aufkauf von zum Zeitpunkt der Akquisition umsatzschwachen Unternehmen gelten, die

171 Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 151-157; Furman-Report (Fn. 3), S. 91 ff.; Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 110-124; Lear-Report (Fn. 6); Stigler-Report (Fn. 6), S. 89 ff.; *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption, 2019, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3393911> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019); *Costa-Cabral*, Yearbook of European Law 37 (2018), 305. Siehe auch ACCC-Report (Fn. 5), S. 74 ff.

172 Hierzu *Cunningham/Ederer/Ma*, Killer Acquisitions, 2019, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3241707> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

173 Siehe dazu den Furman-Report (Fn. 3), Rn. 3.48; Lear-Report (Fn. 6), S. 11 ff.

174 Stigler-Report (Fn. 6), S. 54; Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 117; Marktmacht-Studie (Fn. 1), S. 152; Economist v. 2.6.2018, nto the danger zone: American tech giants are making life tough for startups, abrufbar unter <https://www.economist.com/business/2018/06/02/american-tech-giants-are-making-life-tough-for-startups> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019); The Guardian v. 20.10.2017, As tech companies get richer, is it ‚game over‘ for startups?, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/technology/2017/oct/20/tech-startups-facebook-amazon-google-apple> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019); Bloomberg, 7.11.2018, Big Tech Sets Up a ‚Kill Zone‘ for Industry Upstarts, abrufbar unter <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-11-07/big-tech-sets-up-a-kill-zone-for-industry-upstarts> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

nicht unter die Aufgreifschwelle des Art. 1 Abs. 2 FKVO fallen. Gleichwohl hält die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 es gegenwärtig nicht für erforderlich, neue Aufgreifschwelle in die FKVO einzuführen, wenn und soweit das europäische Verweisungssystem ausreichend sicherstellt, dass problematische Akquisitionen von der EU-Kommission untersucht werden können (siehe dazu im folgenden 1.). Sie ist ferner der Ansicht, dass das gegenwärtige System der Ex-ante-Kontrolle derzeit nicht durch ein System der ex-post-Kontrolle ersetzt werden sollte (siehe 2.). Die materiell-rechtliche Prüfung, bei welchen Aufkäufen eine wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs droht, bleibt bei sehr frühen Aufkäufen unvermeidlich schwierig. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist gleichwohl der Ansicht, dass es keiner Änderung des SIEC-Tests¹⁷⁵ bedarf. Bei dessen Anwendung ist aber dem Grad der Marktmacht des aufkaufenden Unternehmens und den Eigenarten des jeweiligen Marktes sowie der unternehmerischen Strategien in besonderer Weise Rechnung zu tragen. Im Lichte dieser Kriterien bedarf es eines neuen Nachdenkens über Schadenstheorien, die geeignet sind, die Gefahr für den Wettbewerb frühzeitig zu erfassen (siehe 3.).

1. Keine transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle auf europäischer Ebene einführen

Die Aufgreifschwelle der Fusionskontrollverordnung¹⁷⁶ knüpfen maßgeblich an Umsatzschwellen der beteiligten Unternehmen an (siehe Art. 1 Abs. 2 FKVO). In Reaktion auf einige viel diskutierte Fälle, in denen große Technologieunternehmen Start-ups mit erheblichem wettbewerblichen

Potential zu hohen Kaufpreisen aufgekauft haben, die Akquisitionen jedoch wegen der Umsatzschwäche des Start-ups weder der FKVO noch der Mehrzahl der nationalen Fusionskontrollregime unterfielen, haben Deutschland¹⁷⁷ und Österreich¹⁷⁸ in jüngerer Zeit neue Aufgreifschwelle eingeführt, die sich auf den Wert der jeweiligen Transaktion beziehen (sog. Transaktionswertschwellen).¹⁷⁹ Transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle basieren auf der Annahme, dass ein hoher Kaufpreis bei niedrigem Umsatz die wettbewerbliche Relevanz einer Transaktion indizieren kann.¹⁸⁰ Andere Jurisdiktionen stellen von jeher auf nicht (rein) umsatzbezogene Aufgreifschwelle ab.¹⁸¹

Fehlende oder geringe Umsätze eines noch relativ jungen Start-ups spiegeln in der Digitalökonomie nicht notwendig dessen wirtschaftliches Potenzial wider. Dies gilt insbesondere, wenn ein Start-up zunächst stark auf Größen- oder Nutzerwachstum setzt und die Entwicklung eines tragfähigen Geschäftsmodells auf einen späteren Zeitpunkt verschiebt. Ein viel zitiertes Beispiel hierfür ist WhatsApp, das von Facebook im Jahr 2014 aufgekauft wurde. WhatsApp erzielte zu diesem Zeitpunkt kaum Umsätze, besaß jedoch einen großen Stamm von 450 Millionen Kunden. Ungeachtet der niedrigen Umsätze von WhatsApp zahlte Facebook für die Übernahme einen Kaufpreis in Höhe von ca. 19 Milliarden US-Dollar.

Seit geraumer Zeit wird daher diskutiert, ob auch die Aufgreifschwelle der FKVO einer Reform bedürfen.¹⁸² Die EU-Kommission hat hierzu eine Konsultation durchgeführt. Nicht zuletzt wegen der vielfältigen Kritik hat sie aber vorerst keine Änderungen der Aufgreifschwelle vorgeschlagen.¹⁸³

175 Mit dem Begriff „SIEC-Test“ wird der materiell-rechtliche Prüfungsmaßstab für die Freigabe oder Untersagung von Zusammenschlüssen in Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 FKVO bezeichnet: Maßgeblich ist, ob ein Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb erheblich behindert („significant impediment to effective competition“ = SIEC).

176 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 Nr. L 24/1.

177 § 35 Abs. 1a GWB, eingef. mit Wirkung zum 9.6.2017 durch die 9. GWB-Novelle (BGBl. I 2017, 1416).

178 § 9 Abs. 4 KartG, eingef. mit Wirkung zum 1.5.2017 durch das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017.

179 Geprüft wird die Einführung eines transaktionswertbezogenen Schwellenwertes auch in den Niederlanden.

180 Begr. RegE, BT-Drs. 18/10207, S. 71.

181 Die Fusionskontrolle des UK greift bspw. auch umsatzunabhängig ein, wenn die Transaktion zu einem kombinierten inländischen Marktanteil der beteiligten Unternehmen von mindestens 25% führt, vgl. Furman-Report (Fn. 3), Rn. 4.14. Ein auf den Marktanteil bezogenes Aufgreifkriterium kennt auch das spanische Fusionskontrollrecht, vgl. *Hahn*, in: MüKo EuWettbR, Fusionskontrolle EWR, Rn. 196. Die US-amerikanische Notifizierungspflicht greift in Abhängigkeit vom Betriebsvermögen der beteiligten Parteien ein, vgl. *Sullivan/Grimes/Sagers*, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, § 8.2, S. 489.

182 Siehe neuerdings auch das deutsch-französisch-polnische Manifest „Modernising EU Competition Policy“ v. 4.7.2019, das eine erneute Prüfung dieser Frage durch die EU-Kommission vorschlägt.

183 Siehe insoweit „Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control“ [DG Comp Juli 2017], wo insbesondere die Berechnung des Transaktionswerts und die Feststellung eines EU-Bezugs als problematische Punkte aufgeführt werden.

Bei Einführung einer neuen transaktionswertbezogenen Aufgreifschwelle müsste sichergestellt werden, dass Unternehmen nur dort zusätzliche Bürokratiekosten auferlegt werden, wo diese durch einen spürbar verbesserten Wettbewerbsschutz gerechtfertigt sind. Es müsste ein Regime gefunden werden, dass weder Unternehmen noch die EU-Kommission mit der Prüfung einer hohen Zahl wettbewerblich vollkommen unproblematischer Transaktionen belastet. Das Regime sollte außerdem weiterhin eine sinnvolle Zuständigkeitsverteilung zwischen EU-Kommission und Mitgliedstaaten gewährleisten – etwaige transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle sollten daher grundsätzlich deutlich über den in den Mitgliedstaaten geltenden Schwellenwerten liegen. Gleichzeitig müssten die Aufgreifschwelle aber geeignet sein, die potentiell problematischen Fälle zu erfassen. Wie ein System von Aufgreifschwelle aussehen könnte, dass die damit aufgeworfenen Zielkonflikte in angemessener Weise löst, zeichnet sich gegenwärtig nicht ab.

Nicht zuletzt angesichts dieser Schwierigkeiten erlangt der Umstand Bedeutung, dass die FKVO die Aufgreifschwelle des Art. 1 Abs. 2 FKVO, die eine originäre Kompetenz der EU-Kommission für die Prüfung von Zusammenschlüssen begründen, bereits jetzt durch ein Verweisungsregime ergänzt, das bei originärer Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Behörden gleichwohl zu einer Prüfung durch die EU-Kommission führen kann. Ein Zusammenschluss, der nicht in die originäre Zuständigkeit der EU-Kommission fällt, jedoch nach dem Wettbewerbsrecht mindestens dreier Mitgliedstaaten geprüft werden könnte, kann auf Antrag der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen an die EU-Kommission verwiesen werden (Art. 4 Abs. 5 FKVO), die ihre Prüfung sodann für den gesamten EWR durchführen kann.¹⁸⁴ Alternativ können mitgliedstaatliche Behörden einen nach mitgliedstaatlichem Recht notifizierungspflichtigen Zusammenschluss an die EU-Kommission verweisen, wenn der Zusammenschluss den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des beziehungsweise der antragstellenden Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen droht (Art. 22 Abs. 1 FKVO).

Von diesem Verweisungsregime ist im Digitalkontext bereits mehrfach Gebrauch gemacht worden. So haben im Fall *Facebook/WhatsApp*,¹⁸⁵ der in mehreren Mitgliedstaaten anmeldepflichtig war, die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine Verweisung gemäß Art. 4 Abs. 5 FKVO beantragt, sodass der Zusammenschluss schließlich von der EU-Kommission geprüft wurde. Der Fall *Apple/Shazam*¹⁸⁶ wurde von der österreichischen Wettbewerbsbehörde nach Art. 22 FKVO an die EU-Kommission verwiesen, so dass diese die Auswirkungen des Zusammenschlusses im österreichischen Markt sowie in den Märkten der anderen der Verweisung zustimmenden Mitgliedstaaten prüfen konnte.¹⁸⁷ Die Marktuntersuchungen der Kommission können sich auch auf das Gebiet von Mitgliedstaaten beziehen, die keinen Verweisungsantrag gestellt haben, sofern das für die Würdigung der Zusammenschlussfolgen im Gebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten erforderlich ist, insb. weil der räumlich relevante Markt über das Hoheitsgebiet der antragstellenden Mitgliedstaaten hinausgeht.¹⁸⁸

Art. 4 Abs. 5 und Art. 22 FKVO eröffnen daher auch in Fällen einer fehlenden „Primärzuständigkeit“ der EU-Kommission die Möglichkeit, bedeutende Aufkäufe von innovativen, umsatzschwachen Unternehmen im Wege der Verweisung durch die EU-Kommission prüfen zu lassen, sofern die Aufgreifschwelle eine Notifizierungspflicht auf mitgliedstaatlicher Ebene begründen und wenn die nationalen Behörden gewillt sind, den Zusammenschluss zu verweisen oder einer Verweisung nicht zu widersprechen.

Nach gegenwärtigem Erkenntnisstand hat dieses System bislang in allen Fällen, in denen die EU-Kommission eine Prüfung auf EU-Ebene für geboten hielt, auch zu einer Prüfung durch die EU-Kommission geführt. Nach Auffassung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist deswegen gegenwärtig keine Reform der Aufgreifschwelle der FKVO erforderlich, sie hält aber eine systematische Beobachtung einschlägiger Fälle auf europäischer Ebene für angeraten.

184 Allerdings besteht für Mitgliedstaaten, die selbst für eine Kontrolle des fraglichen Zusammenschlusses zuständig wären, ein Widerspruchsrecht. Wird hiervon Gebrauch gemacht, so kann hierdurch die Verweisung insgesamt verhindert werden. Widerspricht kein Mitgliedstaat, so wird hingegen angenommen, dass der Zusammenschluss eine gemeinschaftsweite Bedeutung hat.

185 Kommission, Entscheidung v. 3.10.2014, Case M. 7217.

186 Europäische Kommission, Entscheidung v. 6.9.2018, Case M. 8788.

187 Namentlich FR, IT, ES, SE sowie NO und IS. Deutschland hatte sich diesem Verweisungsantrag nicht angeschlossen.

188 Europäische Kommission, Mitteilung über die Verweisung von Fusionssachen, ABl. 2005/C 56/2, Fn. 45; zustimmend *Körber* in: Immenga/Mestmäcker, Art. 22 FKVO Rn. 55.

Empfehlung 15:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hält eine Reform der Aufgreifschwelle der Fusionskontrollverordnung gegenwärtig für nicht erforderlich, plädiert aber für eine **systematische Beobachtung und Auswertung** des Umgangs mit einschlägigen Fällen durch die EU-Kommission und eine **zweijährliche Berichterstattung** an Rat und Parlament.

2. Das System der ex-ante-Kontrolle nicht durch eine ex-post-Kontrolle ersetzen

Als Alternative zur Einführung neuer Schwellenwerte wird mitunter die Einführung einer ex-post Kontrolle erwogen – also der Verzicht auf eine ex-ante-Prüfung, verbunden jedoch mit der Möglichkeit einer nachträglichen Entflechtung, wenn sich nach einem Zusammenschluss innerhalb einer bestimmten Zeitspanne gravierende Wettbewerbsprobleme zeigen. Über die Einführung einer ex-post-Fusionskontrolle wird gegenwärtig vor allem in Frankreich diskutiert.¹⁸⁹ Sie soll an das Vorliegen schwerwiegender wettbewerblicher Bedenken geknüpft sein und nur während eines überschaubaren Zeitraums nach dem Zusammenschluss (gedacht ist an 6 bis 24 Monate) stattfinden können.¹⁹⁰ In einem Bericht für das französische Wirtschafts- und Finanzministerium ist die Einführung einer ex-post-Kontrolle von Zusammenschlüssen auch auf europäischer Ebene vorgeschlagen worden.¹⁹¹ Marktverschließende Transaktionen würden damit rechtlich als das behandelt, was sie tatsächlich seien – nämlich ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Eine ex-post-Kontrolle erlaube es den Wettbewerbsbehörden ferner, sich auf diejenigen Transaktionen zu konzentrieren, die tatsächlich Wettbewerbsprobleme verursachen.

Zugestanden wird allerdings auch, dass die Möglichkeit, Zusammenschlüsse nachträglich in Frage zu stellen, zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde.¹⁹² Der Verweis auf das englische und das US-amerikanische Fusionskontrollrecht, in dem eine Notifizierung optional ist, die Behörden im Falle der Nicht-Notifizierung aber ex post

einschreiten können, geht als Referenz für eine ex-post-Kontrolle ohne Notifizierungsoption fehl, denn bei einem optionalen Anmeldesystem liegt die Entscheidung darüber, ob eine behördliche Entscheidung zur Herstellung hinreichender Rechts- und Investitionssicherheit erforderlich ist, eben bei den Unternehmen.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist der Ansicht, dass die Einführung eines Systems der ex-post-Kontrolle für die hier in Frage stehenden Transaktionen – den Aufkauf innovativer Start-ups zu einem hohen Kaufpreis bei niedrigem Umsatz – gegenwärtig nicht zu empfehlen ist. Die mit einem solchen System verbundene Rechtsunsicherheit könnte die Zusammenschlussparteien daran hindern, während der „Wartezeit“, in der (noch) mit einer Rückabwicklung gerechnet werden muss, Synergien auszuschöpfen und sinnvolle Maßnahmen zur Integration der Unternehmen zu ergreifen. Solche Maßnahmen würden dann strategisch auf einen Zeitpunkt verschoben, zu dem eine ex-post-Intervention nicht mehr möglich ist. Rechtlich würde sich bei einem solchen Regime die schwierige Frage stellen, welche nachträglichen wettbewerblichen Wirkungen dem Zusammenschluss zugerechnet werden können und welche auf anderen Umständen beruhen.

Eine strikte Durchsetzung des Verbots eines Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) in der Folge einer Akquisition, das auch strukturelle Abhilfen erlaubt,¹⁹³ ist dadurch selbstverständlich nicht ausgeschlossen, hat dann aber an konkrete missbräuchliche Verhaltensweisen nach dem Zusammenschluss anzuknüpfen. Eine Entflechtung kann nur angeordnet werden, wenn sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem festgestellten Verstoß gegen das Missbrauchsverbot steht.

Allerdings ist das System der ex-ante-Kontrolle bei den hier in Frage stehenden Transaktionen mit einer besonders großen und nicht ausräumbaren Prognoseunsicherheit konfrontiert (näher dazu s. u., III.). Sollte sich in der Zukunft zeigen, dass dieses Regime auch bei der in der Folge vorgeschlagenen Erweiterung der Schadenstheorien seine

189 Für derartige Überlegungen s. Autorité de la Concurrence, Reform of merger law and ex-post control, 2018, abrufbar unter http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/note_controle_expost_en_final.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

190 Siehe dazu die Presseerklärung der französischen Wettbewerbsbehörde vom 7.6.2018, Modernization and simplification of merger control, abrufbar unter http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=684&id_article=3182&lang=en (zuletzt abgerufen am 3.9.2019).

191 Blonde/Catoire/Mariton, La Politique de la Concurrence et les Intérêts Stratégiques de L'UE, April 2019, S. 22 f.; Siehe auch Jean/Perrot/Philipon, Competition and Trade: Which Policies for Europe?, Les notes du conseil d'analyse économique, No. 51, May 2019, S. 8.

192 Jean/Perrot/Philipon, Competition and Trade: Which Policies for Europe?, Les notes du conseil d'analyse économique, No. 51, May 2019, S. 8.

193 Art. 7 Verordnung 1/2003 des Rates.

Aufgabe, problematische Zusammenschlüsse herauszufiltern und zu unterbinden, systematisch verfehlt, so wäre neu über die Einführung einer (allerdings stets auf die besonders problematischen Fallgruppen beschränkten) missbrauchsunabhängigen nachträglichen Entflechtung nachzudenken.

Empfehlung 16:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 rät gegenwärtig **von der Einführung eines Systems der ex-post-Kontrolle von Zusammenschlüssen ab**. Im Rahmen der vorgeschlagenen Beobachtung und Auswertung von Fällen des frühzeitigen Aufkaufs von innovativen Start-ups sollte die EU-Kommission aber auch untersuchen und berichten, ob es mit dem derzeitigen System der ex-ante-Kontrolle gelingt, die Gefahr einer systematischen Verfestigung und Erweiterung von Machtpositionen im Wettbewerb zu unterbinden.

3. Neue Leitlinien für Aufkäufe von Start-ups durch marktbeherrschende Digitalunternehmen schaffen

Zu fragen bleibt, ob es für die hier erörterten Akquisitionen einer Reform des materiell-rechtlichen Kontrollmaßstabs oder jedenfalls einer Ergänzung der fusionskontrollrechtlichen Leitlinien bedarf, um die skizzierten Gefahren für den Wettbewerb besser zu erfassen.

Diese Frage wird in jüngerer Zeit intensiv diskutiert. Dabei wird allerdings nicht die Eignung des in Art. 2 Abs. 2, 3 FKVO verankerten Kontrollmaßstabs in Zweifel gezogen, dem zufolge zu prüfen ist, ob durch den Zusammenschluss „wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde“ (sog. SIEC-Test).

Umstritten ist vielmehr, ob das in der Zusammenschlusskontrolle normalerweise zugrunde gelegte Beweismaß abgesenkt werden soll. Für eine Untersagung verlangen die

Unionsgerichte in ständiger Rechtsprechung den Nachweis, dass der fragliche Zusammenschluss mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs führt („more likely than not“).¹⁹⁴ Die große Herausforderung in den hier diskutierten Fällen liegt jedoch darin, dass die Zielunternehmen zum Zeitpunkt des Aufkaufs häufig (noch) keine aktuellen Wettbewerber in dem vom aufkaufenden Unternehmen beherrschten Markt sind oder nur dort horizontale Überlappungen bestehen, wo der Erwerber zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht über eine starke Marktposition verfügt. Die Frage, ob aus den Zielunternehmen ohne den Zusammenschluss in Zukunft (potentielle) Wettbewerber würden, ist oft mit hoher Prognoseunsicherheit behaftet.¹⁹⁵ Eine Untersagung käme auch in Betracht, wenn durch den Aufkauf andere (potentielle) Wettbewerber behindert oder in ihrem wettbewerblichen Potential geschwächt würden. Eine anderweitige Aufkauf- oder Kooperationsperspektive für das Zielunternehmen ist allerdings ebenfalls zu substantiieren. Dasselbe gilt für eine Schadenstheorie, die auf der Annahme beruhen würde, dass durch den Aufkauf die Marktzutrittsschranken für (potentielle) Wettbewerber erhöht werden: stets sind die Wettbewerbsbehörden vor die Herausforderung gestellt, in einem entwicklungs-offenen, innovationsgetriebenen Marktumfeld nicht nur die Entwicklung des Wettbewerbs mit dem Zusammenschluss vorherzusagen, sondern auch ein plausibles, der Eigenart und Dynamik des Marktes Rechnung tragendes „counterfactual“, d.h. eine Vorstellung von der Situation ohne den angemeldeten Zusammenschluss, zu entwickeln und zu substantiieren.¹⁹⁶

Angesichts der hohen Prognoseunsicherheit, die mit den hier erörterten Zusammenschlüssen typischerweise verbunden ist, wird die Eignung des Beweismaßes der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ für die hier in Frage stehenden Akquisitionen in Zweifel gezogen. Am weitesten geht der Bericht für das französische Wirtschafts- und Finanzministerium, der eine Umkehr der Beweislast für Transaktionen diskutiert, bei denen ungeachtet niedriger Umsätze ein sehr hoher Kaufpreis gezahlt wird.¹⁹⁷ Die Unzulässigkeit solcher Zusammenschlüsse würde

¹⁹⁴ EuGH, Urt.v. 15.2.2005, Rs. C-13/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, Rn. 42 f. – *Kommission/Tetra Laval*; EuGH, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, ECLI:EU:C:2008:392, Rn. 43, 52 – *Sony und Bertelsmann/Impala*.

¹⁹⁵ Dazu auch: *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption, 2019, S. 15 ff., abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3393911>; Lear-Report (Fn. 6), S. 44 f., Rn. I.152-I.154.

¹⁹⁶ Auf die Schwierigkeiten, ein überzeugendes „counterfactual“ zu entwickeln, weist mit Nachdruck insb. der Lear-Report (Fn. 6), S. 44 f., Rn. I.152-I.154, hin.

¹⁹⁷ *Blonde/Catoire/Mariton*, La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE, 2019, S. 22 f. Siehe auch *Jean/Perrot/Philipon*, Competition and Trade: Which Policies for Europe?, Les notes du conseil d'analyse économique, No. 51, May 2019, S. 8. Allerdings spricht sich der Bericht im Ergebnis nicht für eine Umkehr der Beweislast, sondern für eine ex-post-Kontrolle aus, s.o.

also zunächst vermutet. Eine solche Vermutung wird in der Mehrzahl der anderen Berichte und auch von der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 als zu weitgehend abgelehnt.¹⁹⁸

Im Furman-Report wird stattdessen gefordert, das Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ durch einen sog. „balance of harms“-Ansatz zu ersetzen:

*„A more economic approach to assessing mergers would be to weigh up both the likelihood and the magnitude of the impact of the merger. This would mean mergers being blocked when they are expected to do more harm than good.“*¹⁹⁹

Dem „balance of harms“-Ansatz stehen allerdings praktische Schwierigkeiten entgegen: Kosten und Nutzen des Zusammenschlusses für den Wettbewerb und die Wahrscheinlichkeiten ihrer Realisierung werden sich regelmäßig nicht mit der nötigen Präzision beziffern lassen. In der praktischen Anwendung liefe ein Kontrollmaßstab, der eine Kosten-Nutzen-Analyse in den Mittelpunkt stellt, damit auf einen gerichtlich nur schwer kontrollierbaren Beurteilungsspielraum der EU-Kommission hinaus.

Vorzuziehen ist daher ein Ansatz, der auf relativ einfache und klare, ökonomisch fundierte Kriterien und Grundsätze abstellt.²⁰⁰ Auf der Grundlage von Irrtumskostenerwägungen²⁰¹ schlagen *Federico, Scott Morton und Shapiro* vor, dem Grad der Marktmacht des Erwerbers besondere Bedeutung beizumessen: Werde ein potentieller Wettbewerber von einem Unternehmen mit so stark verfestigter Machtposition aufgekauft, dass der Wettbewerb im Wesentlichen auf einen Wettbewerb „um“ den Markt beschränkt sei, und gebe es in dem Markt keinen besser platzierten potentiellen Wettbewerber, so müsse für eine Untersagung bereits eine

geringe Wahrscheinlichkeit genügen, dass das aufgekaufte Unternehmen sich zu einem potentiellen Wettbewerber entwickeln werde.²⁰²

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 teilt die Ansicht, dass das Ausmaß der Marktmacht des Erwerbers ein wichtiges Kriterium für die fusionskontrollrechtliche Prüfung in den hier erörterten Fällen ist: Bei besonders verfestigten Marktmachtpositionen erlangt die Gewährleistung der Bestreitbarkeit besonderes Gewicht (s. o., Kapitel III). Von einer wesentlichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs kann in solchen Fällen bereits dann ausgegangen werden, wenn ein Zusammenschluss, verglichen mit einer Situation ohne den angemeldeten Zusammenschluss, die Bestreitbarkeit einer verfestigten Machtposition des marktmächtigen Erwerbers spürbar senkt, ohne dass eine überwiegende Erfolgswahrscheinlichkeit eines möglichen Angriffs nachgewiesen werden müsste. Maßgeblich ist die Offenhaltung des Wettbewerbs- und Innovationsprozesses. Für den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Behinderung dieses Prozesses fällt die unvermeidliche Ungewissheit in der Vorhersage der konkreten Marktentwicklungen nicht ins Gewicht.

Auf eine Entwicklung geeigneter Schadenstheorien, welche die mit den hier diskutierten Fällen verbundenen, unter Umständen auch neuartigen Gefahren für den Wettbewerbsprozess frühzeitig erfassen, ist angesichts der besonderen Bedeutung der Offenhaltung von Märkten im digitalen Kontext besonderes Gewicht zu legen.²⁰³ Neben den Eigenarten des Marktes kommt dabei einem Verständnis der digitalen Märkte antreibenden Innovationsprozesse und unternehmerischen Strategien besondere Bedeutung zu.²⁰⁴ Bei Aufkäufen durch digitale Plattformen ist nicht nur ein

198 Siehe z. B. den Furman-Report (Fn. 3): eine solche Vermutung sei unverhältnismäßig – siehe S. 101, Rn. 3.103; ähnlich der Sonderberater-Bericht (Fn. 4), S. 124: „[...] does not create a presumption against the legality of such mergers“. Anders jedoch der Stigler-Report (Fn. 6), S. 89 f., der die Einführung eines sektorspezifischen Fusionskontrollregimes für die Digitalwirtschaft vorschlägt, in dessen Rahmen die Beweislast auf die beteiligten Parteien eines Zusammenschlusses verlagert wird. Im Besonderen sollen Unternehmen mit „bottleneck power“ diesen erweiterten Verpflichtungen unterzogen werden. Offenlassend ACCC-Report (Fn. 5), S. 109: „The ACCC considers it may be worthwhile to consider whether a rebuttable presumption should also apply, in some form, to merger cases in Australia. [...] it signals that, absent clear and convincing evidence put by the merger parties, the starting point for the court is that the acquisition will substantially lessen competition.“

199 Furman-Report (Fn. 3), S. 99, Rn. 3.88.

200 So mit Nachdruck auch *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption, 2019, S. 12, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3393911>.

201 *Federico/Scott Morton/Shapiro*, a. a. O., S. 15.

202 *Federico/Scott Morton/Shapiro*, a. a. O., S. 22.

203 Für eine ausführliche Untersuchung der in der Praxis bislang angewandten sowie etwaiger weitergehender Schadenstheorien siehe den Lear-Report (Fn. 6), S. 21 ff.

204 Siehe auch Lear-Report (Fn. 6), S. 46, mit dem Hinweis, dass „counterfactuals“ in einem unsicheren Marktumfeld notwendig spekulativ und „somewhat imaginative“ sind.

möglicher Schaden auf der Verbraucherseite zu untersuchen, sondern auch ein möglicher Machtzuwachs auf einer weiteren Marktseite, zumal wenn das Geschäftsmodell auf einer Monetarisierung auf der weiteren Marktseite beruht. Zu prüfen ist ferner, ob der Aufkauf unmittelbar oder mittelbar zu einer Verstärkung oder Ausweitung der Machtstellung eines digitalen Ökosystems führt. Eine spürbare Herabsetzung der Bestreitbarkeit und damit eine wesentliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs kann ferner aus einer systematischen Strategie einer digitalen Plattform mit verfestigter Machtstellung folgen, junge start-ups mit schnellem Nutzerwachstum und dementsprechendem Wettbewerbspotential frühzeitig zu identifizieren und aufzukaufen, insbesondere, wenn gezeigt werden kann, dass dies zu einem wesentlichen Anwachsen der Marktzutrittschranken geführt hat.²⁰⁵ Eine nützliche Frage kann ferner sein, welche Faktoren den hohen Kaufpreis für das Zielunternehmen erklären.²⁰⁶

Auch wenn es daher keiner Änderung des materiell-rechtlichen Kontroll- und Beweismaßstabs bedarf, erscheint es angesichts der Besonderheiten bei der Beurteilung der hier

erörterten Zusammenschlüsse angebracht, Leitlinien zu entwickeln, die diesen Besonderheiten mit hierauf zugeschnittenen, auch neuartigen Schadenstheorien Rechnung tragen. Datenbasierten, innovationsbasierten und konglomeraten Schadenstheorien kommt dabei eine besondere Bedeutung zu. Weitere Forschung ist erforderlich, um die ökonomische Belastbarkeit neuer Schadenstheorien zu testen und ihre Voraussetzungen zu präzisieren.

Empfehlung 17:

Bei der Anwendung des SIEC-Tests zur Erfassung der mit dem Aufkauf junger, innovativer Start-ups durch marktmächtige Digitalunternehmen verbundenen wettbewerblichen Gefahren muss besonderes Gewicht darauf gelegt werden, die Bestreitbarkeit verfestigter Machtpositionen zu gewährleisten. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt die Entwicklung entsprechender **Leitlinien**, die diesen Anforderungen Rechnung tragen. **Datenbasierte, innovationsbasierte und konglomerate Schadenstheorien** sind bei der Überarbeitung besonders zu berücksichtigen.

205 Ebenso: *Federico/Scott Morton/Shapiro*, Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption, 2019, S. 22, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3393911> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019); Stigler-Report (Fn. 6), S. 68.

206 *Federico/Scott Morton/Shapiro*, a. a. O., S. 22.

IX. Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verbessern

Zu den besonderen Herausforderungen des Staates im Umgang mit der Digitalökonomie zählt die Geschwindigkeit der durch die Digitalisierung bewirkten Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft und die hohe Eigendynamik, die Wettbewerbsvorteile, die Unternehmen einmal erlangt haben, entfalten können – so etwa, wenn Größenvorteile zu positiven Netzwerkeffekten und Vorteilen im Datenzugriff führen und sich diese Vorteile in einer Feedback-Schleife immer weiter verstärken.

Für einen wirksamen Wettbewerbsschutz ist es daher von zentraler Bedeutung, dass Wettbewerbsbehörden dort, wo das Marktverhalten eines marktmächtigen Unternehmens leistungswettbewerbswidrige Behinderungs- oder Verdrängungswirkung entfaltet, schnell und effektiv intervenieren können. Sind zuvor aussichtsreiche Wettbewerber erst einmal aus dem Markt gedrängt, so lässt sich nicht nur der Schaden für die betroffenen Wettbewerber regelmäßig nicht wieder gutmachen; auch eine anderweitige Wiederherstellung von Wettbewerb ist dann häufig auf absehbare Zeit unwahrscheinlich.²⁰⁷ Das gilt in besonderem Maße in den ohnehin konzentrationsgeneigten Plattformmärkten. Dort kann die Verdrängung von Wettbewerbern mit einem Anstieg der positiven Netzwerkeffekte einhergehen, welcher die Marktzutrittsschranken weiter erhöht.²⁰⁸ Machtzuwachs auf dem Plattformmarkt kann angesichts datengetriebener Verbundeffekte zudem Ausstrahlungswirkungen auf angrenzende Märkte haben.

Wettbewerbsrechtliche Verfahren sind oft zeit- und ressourcenintensiv: Die Marktgegebenheiten und die Wirkweise bestimmter unternehmerischer Strategien im fraglichen Umfeld müssen jeweils neu ermittelt und beurteilt und Verteidigungsrechte gewahrt werden. Missbrauchsverfahren können daher mehrere Jahre dauern, bevor sie zu einem Abschluss gebracht werden können. Das Google

Shopping-Verfahren der EU-Kommission, das von der Einleitung bis zum Abschluss über 6 Jahre gedauert hat,²⁰⁹ mag hierbei als ein Ausreißer gelten. Eine Verfahrensdauer von drei Jahren oder mehr ist im Wettbewerbsrecht aber nicht ungewöhnlich.²¹⁰

In den vorausgegangenen Kapiteln haben wir vorgeschlagen, in bestimmten Fällen von wirkungsbasierten Verbotstatbeständen zu allgemeinen Verhaltensregeln für marktbeherrschende Akteure (Kapitel V – z. B. Datenportabilität) oder zu Verboten überzugehen, die auf Vermutungstatbeständen beruhen (Kapitel VI). Dies ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn bestimmte leistungswettbewerbswidrige Verhaltensweisen typischerweise Verdrängungswirkung entfalten, wenn die Informationen für eine mögliche Effizienzrechtfertigung bei den Normadressaten liegen, wenn mögliche Effizienzgewinne typischerweise auch auf andere, weniger wettbewerbsbeschränkende Weise realisiert werden können und wenn die Wohlfahrtskosten der fehlerhaften Nichtintervention besonders hoch sind.

In anderen Fällen bleibt die sorgfältige Ermittlung der Tatsachengrundlage und, wo erforderlich, der wahrscheinlichen Wettbewerbswirkungen eines unternehmerischen Verhaltens im jeweiligen Einzelfall eine Stärke des Wettbewerbsrechts und kann eine Bedingung dafür sein, dass behördliche Interventionen den Wettbewerb tatsächlich schützen und nicht behindern.

Auch in diesen Fällen muss aber verhindert werden, dass prima facie missbräuchliches Verhalten erst dann unterbunden wird, wenn die Behinderungs- und Verdrängungswirkungen, die dem Verbot zugrunde liegen, bereits eingetreten sind. Vor diesem Hintergrund hat eine Debatte eingesetzt, ob das auf europäischer Ebene bislang wenig genutzte Instrument der einstweiligen Maßnahmen geschärft

207 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Tz. 504. Ebenso Art, Italian Antitrust Review 2:1 (2015), 55, 61.

208 *Lowe/Maier-Rigaud*, Fordham Comp. L. Inst. 2007, 597, 609: Die Gefahr irreversibler Wettbewerbschäden bestehe in Tipping-geneigten Märkten.

209 Europäische Kommission, Case AT.39740 – *Google Shopping*: Das Missbrauchsverfahren wurde am 30.11.2010 eingeleitet und am 27.6.2017 durch eine Abstellungsverfügung abgeschlossen. Eine Übersicht aller Verfahrensschritte ist abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_39740.

210 Siehe z.B. Europäische Kommission, Case AT.40099 – *Google Android*: Das Verfahren wurde am 15.4.2015 eröffnet und mit Entscheidung vom 18.7.2018 abgeschlossen; Europäische Kommission, Case AT.37792 – *Microsoft (Arbeitsgruppenserver)*: Das Verfahren wurde am 3.8.2000 eröffnet und mit Entscheidung vom 24.3.2004 abgeschlossen. Eine Verfahrensdauer von etwa drei Jahren ist auch bei Missbrauchsverfahren vor nationalen Behörden nicht ungewöhnlich – siehe das Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts, Fall B6-22/16 – *Facebook*: Das Missbrauchsverfahren wurde am 2.3.2016 eröffnet (vgl. Pressemitteilung v. 2.3.2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (zuletzt abgerufen am 3.9.2019) und am 6.2.2019 mit einer Untersagungsverfügung beendet.

werden sollte²¹¹ (dazu im folgenden 1.). Gelingt es nicht, eine nachhaltige Schädigung des Wettbewerbs ex ante zu unterbinden, so stellt sich die Frage, welche Mittel den Wettbewerbsbehörden – insbesondere der EU-Kommission – zur Verfügung stehen, um Wettbewerb nach Feststellung eines Verstoßes wiederherzustellen (dazu 2.).

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist zu dem Ergebnis gelangt, dass es insoweit gegenwärtig keiner gesetzlichen Änderungen bedarf. Allerdings sollten die bestehenden Möglichkeiten umfassender ausgeschöpft werden.

1. Einstweilige Maßnahmen auf digitalen Märkten proaktiver einsetzen

Art. 8 VO 1/2003 ermächtigt die EU-Kommission, in „dringenden Fällen“ auf der Grundlage eines prima facie festgestellten Verstoßes gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anzuordnen, wenn „die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb“ besteht.²¹²

Von der Befugnis zum Erlass einstweiliger Maßnahmen hat die EU-Kommission bislang allerdings nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht.²¹³ So hat die EU-Kommission erst in zehn Fällen einstweilige Maßnahmen angeordnet.²¹⁴ Nach der gerichtlichen Aussetzung des Vollzugs einer von der EU-Kommission angeordneten einstweiligen Maßnahme im Missbrauchsverfahren *IMS Health*²¹⁵ im Jahr 2001 hat

die EU-Kommission bis zum Jahr 2019 keine einstweiligen Maßnahmen mehr erlassen. Mit Beschluss vom 26.6.2019 hat die EU-Kommission das Instrument aber nunmehr in einem Verfahren gegen Broadcom reaktiviert und in Beschwerdepunkten eine Reihe von prima facie wettbewerbsverschließenden Praktiken (ausschließliche Abnahmeverpflichtungen, die Gewährung marktverschließender Rabatte, verbunden mit Ausschließlichkeits- oder Mindestabnahmeverpflichtungen, Produktbündelung und die vorsätzliche Verschlechterung von Interoperabilität) auf dem Markt für TV- und Modem-Chipsätze beanstandet.²¹⁶

Als Gründe für die Zurückhaltung beim Einsatz einstweiliger Maßnahmen werden zum Teil die anspruchsvollen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 8 VO 1/2003, vor allem aber die auch hier geltenden hohen verfahrensrechtlichen Anforderungen an die EU-Kommission genannt: Auch im Verfahren zum Erlass einer einstweiligen Maßnahme muss die EU-Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übermitteln, Akteneinsicht gewähren, Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen, eine Anhörung durchführen und den beratenden Ausschuss konsultieren.²¹⁷ Verfahren nach Art. 8 VO 1/2003 können daher oftmals zusätzliche Ressourcen binden und damit die Hauptsacheentscheidung weiter verzögern.²¹⁸

Hinzu kommt, dass die Anordnung einstweiliger Maßnahmen zwar grundsätzlich auch in Verfahren möglich ist, die neuartige Rechtsfragen aufwerfen.²¹⁹ Bei der Entscheidung, ob einstweilige Maßnahmen während der Dauer einer Nichtigkeitsklage des betroffenen Unternehmens gegen

211 Siehe z.B. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015, abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf (zuletzt abgerufen am 3.9.2019), Tz. 509: Eine stärkere Aktivierung des Instruments der einstweiligen Maßnahmen könne ein Schlüssel zur besseren Bewältigung der Wettbewerbsprobleme auf schnelllebigem, digitalen Märkten sein.

212 Der Schaden darf sich nicht ausschließlich auf einen Schaden für einzelne Marktteilnehmer oder einen Beschwerdeführer im Hauptverfahren beschränken, s. Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 8 VO 1/2003 Rn. 4; hierzu auch Lowe/Maier-Rigaud, Fordham Comp. L. Inst. 2007, 597, 602. § 32c GWB sieht wortgleich eine Befugnis des Bundeskartellamts zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen vor. Für einen Überblick über die entsprechenden Vorschriften in anderen Mitgliedstaaten s. ECN, Recommendation on the power to adopt interim measures.

213 Dazu Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 8 VO 1/2003 Rn. 2. Dasselbe gilt für das Bundeskartellamt.

214 Art, Italian Antitrust Review 2:1 (2015), 55, 60, abrufbar unter <http://iar.agcm.it/article/view/11379/10557> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019). Eine Auflistung aller Verfahren findet sich ebd., S. 72 f. Sechs dieser Fälle betrafen Marktmachtmissbrauchsverfahren, die verbliebenen drei Vertikalvereinbarungen – s. Jaspers, Diskussionsbeitrag v. 8.6.2018, zitiert nach <https://www.concurrences.com/fr/conferences/interim-measures-and-eu-competition-proceedings-is-there-a-case-for-reform>, S. 2.

215 EuG, Beschluss v. 10.8.2001, Rs. T-184/01 R – IMS Health. Die EU-Kommission nahm darauf ihre Entscheidung v. 3.7.2001, Case COMP D3/38.044 – IMS Health: Interim Measures mit Entscheidung vo 13.8.2003 zurück.

216 Siehe IP/19/3410 v. 26.6.2019.

217 Jaspers, Diskussionsbeitrag v. 8.6.2018, (Fn. 210), S. 1.

218 Lowe/Maier-Rigaud, Fordham Comp. L. Inst. 2007, 597, 609; Jaspers, Diskussionsbeitrag v. 8.6.2018, (Fn. 210), S. 1; Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 8 VO 1/2003 Fn. 5.

219 EuG, Beschluss v. 26.10.2001, T-184/01 R – IMS Health, Rn. 93.

die einstweilige Maßnahme²²⁰ ausgesetzt werden, steht den Unionsgerichten aber ein weiter Einschätzungsspielraum zu.²²¹ Die Aussetzung des Vollzugs im Verfahren *IMS Health* wird als ein Indiz für ein hohes Aussetzungsrisiko insbesondere in neuartigen oder auf einer veränderten Auslegung der Wettbewerbsvorschriften beruhenden Fällen gesehen.²²² Wegen der langen Verfahrensdauer von Nichtigkeitsklagen vor dem EuG kommt eine solche Aussetzung aber regelmäßig der Aufhebung der einstweiligen Maßnahme gleich.²²³

In einigen Jurisdiktionen – vor allem Belgien und Frankreich²²⁴ – mit deutlich niedrigeren Anforderungen an den Erlass einstweiliger Maßnahmen, einem gerichtlich anerkannten Beurteilungsspielraum der Behörden und kurzen Klage- und Entscheidungsfristen²²⁵ haben einstweilige Maßnahmen eine deutlich größere praktische Bedeutung erlangt.²²⁶ Im Furman-Report wird ein solches Modell auch für das Vereinigte Königreich gefordert, um einstweiligen Maßnahmen einen größeren Anwendungsbereich zu verschaffen.²²⁷ Auch mit Blick auf das europäische (und deutsche) Recht werden entsprechende Vorschläge diskutiert.²²⁸ Die Prüfung der Erforderlichkeit einer einstweiligen Maßnahme sei daran auszurichten, ob im Markt wesentliche Veränderungen (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a VO 1/2003) schon innerhalb von zwei Jahren zu erwarten seien.²²⁹ Die gerichtliche Kontrolle einstweiliger Maßnahmen im Verfahren nach Art. 278 AEUV²³⁰ könne auf eine Plausibilitätskontrolle der Kommissionsentscheidung beschränkt werden.²³¹

Als Vorteil des belgischen und französischen Modells wird unter anderem geltend gemacht, dass die behördlichen Beurteilungsspielräume beim Erlass einstweiliger Maßnahmen die Kooperationsbereitschaft der betroffenen Unternehmen erhöhten und ihr Interesse an einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung durch Verpflichtungszusagen steigerten.²³² Gerade unter diesem Gesichtspunkt kann eine Schwächung des Rechtsschutzes gegen vorläufige Maßnahmen aber auch Bedenken begegnen (s.o.): Bei der Anordnung einstweiliger Maßnahmen steht ein Wettbewerbsverstoß naturgemäß noch nicht fest. Da sie gleichwohl erheblich in die unternehmerische Freiheit eingreifen, ist die Gewährleistung vollen vorläufigen Rechtsschutzes umso mehr geboten. Die Anreize für Unternehmen, Verpflichtungsentscheidungen nach Art. 9 VO 1/2003 zu akzeptieren, sind in der Praxis ohnehin hoch – auf EU-Ebene machen Verpflichtungsentscheidungen im Verhältnis zu Verbotsentscheidungen einen hohen Anteil aus. Verpflichtungsentscheidungen können dazu führen, dass neue Rechtsfragen keiner gerichtlichen Klärung zugeführt werden, Rechtsunsicherheit damit fortbesteht und sich die Fortentwicklung des Rechts immer mehr von den Gerichten auf die Exekutive verlagert.²³³ Nicht eine Schwächung des vorläufigen Rechtsschutzes ist daher erstrebenswert – wo möglich aber eine Beschleunigung der Verfahren.

220 Verfahren nach Art. 278 AEUV.

221 Art, Italian Antitrust Review 2:1 (2015), 55, 62 ff., insb. 65, mit Bezug auf EuG, Beschluss d. Präsidenten v. 10.8.2001, Rs. T-184/01 R – *IMS Health*.

222 Art, Italian Antitrust Review 2:1 (2015), 55, 65 u. 66; *Jaspers*, Diskussionsbeitrag v. 8.6.2018, (Fn. 210), S. 3.

223 Art, Italian Antitrust Review 2:1 (2015), 55, 67.

224 *Jaspers*, Diskussionsbeitrag v. 8.6.2018 (Fn. 210), S. 2. Eine umfangreiche Analyse der französischen Praxis findet sich in Giraud/Blanc, Les mesures conservatoires à la française: Un modèle réellement enviable?, *Concurrences* No. 3-2018, abrufbar unter <https://fr.lw.com/thought-leadership/mesures-contradictaires-une-solution-souhaitable>. Dort werden auch alle Entscheidungen seit 2001 tabellarisch aufgeführt. Für die Situation in Spanien s. Art, Italian Antitrust Review 2:1 (2015), 55, 61.

225 *Thill-Tayara*, Diskussionsbeitrag v. 8.6.2018, zitiert nach <https://www.concurrences.com/fr/conferences/interim-measures-and-eu-competition-proceedings-is-there-a-case-for-reform>, S. 4.

226 Giraud/Blanc, Les mesures conservatoires à la française: Un modèle réellement enviable?, Tz. 3 ff.

227 Furman-Report (Fn. 3), Rn. 3.128 ff.

228 Siehe etwa *Jean/Perrot/Philippon*, Competition and Trade: Which Policies for Europe?, Les notes du conseil d'analyse économique, no. 51, May 2019; und das Deutsch-französisch-polnische Manifest „Modernising EU Competition Policy“ v. 4.7.2019, das eine Vereinfachung einstweiliger Anordnungen anregt.

229 Monopolkommission, Sondergutachten 68, Tz. 510; zustimmend *Guérin/Wolf-Posch*, JECLaP 7 (2016), 30, 44.

230 Zum Maßstab gerichtlicher Kontrolle siehe EuGH, Beschluss v. 11.4.2002, Rs. C-481/01 P(R) – *IMS Health*, Rn. 57 ff.

231 Art, Italian Antitrust Review 2:1 (2015), 55, 69.

232 *Lowe/Maier-Rigaud*, Fordham Comp. L. Inst. 2007, 597, 610.

233 Für kritische Stellungnahmen: von *Kalben*, Verpflichtungszusagen im EU-Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2018, insb. S. 427 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 21 Rn. 60-63; *Schweitzer*, Verpflichtungszusagen im Gemeinschaftsrecht, in: FS Möschel, S. 637 ff.; dies., Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and Risks of a New Instrument of Competition Law Enforcement within a Federal Enforcement Regime, 2012, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2101630>.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 ist der Ansicht, dass der Normtext des Art. 8 VO 1/2003 selbst keiner Reform bedarf. Entscheidend ist vielmehr eine Auslegung und Handhabung, welche die Substantiierungslast der EU-Kommission hinsichtlich des möglichen Wettbewerbsverstößes in Abhängigkeit vom Ausmaß der Gefahr für den Wettbewerb und der Eilbedürftigkeit von Sicherungsmaßnahmen abstuft. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH bereits gegenwärtig geboten: Grundlage der Anordnung einstweiliger Sicherungsmaßnahmen ist eine Gesamtwürdigung und -abwägung der betroffenen Interessen – dem Interesse am Wettbewerbsschutz und dem Interesse des durch die Sicherungsmaßnahme betroffenen Unternehmens –, in deren Rahmen das Ausmaß der Gefahr für den Wettbewerb die Anforderungen an die Substantiierung des prima-facie-Verstoßes determiniert.²³⁴ Bei hohen Gefahren für den Wettbewerb können – gerade in frühen Ermittlungsstadien – ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen genügen.²³⁵ Mit dem Tatbestandsmerkmal der „prima facie festgestellten Zuwiderhandlung“ legt Art. 8 VO 1/2003 zwar eine Mindestschwelle für die Darlegung eines Wettbewerbsverstößes fest. Da einstweilige Maßnahmen einen erheblichen Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellen und, wenn sie ohne hinreichende Rechtfertigung verhängt werden, ihrerseits den Wettbewerb beschränken und ferner dazu führen können, dass nicht der Wettbewerb, sondern Wettbewerbsbehörden über Marktstrukturen entscheiden, ist diese Mindestschwelle nicht zu beanstanden.²³⁶

Wichtig bleibt aber, dass bei grundlegend veränderten Marktgegebenheiten die Anordnung einstweiliger Maßnahmen auch dann möglich ist, wenn die Zweifel an der Rechtmäßigkeit auf einer diesen neuen Marktgegebenheiten angepassten Auslegung der Wettbewerbsregeln beruht, auch wenn diese Auslegung von den Unionsgerichten noch nicht bestätigt ist. Geboten sind in solchen Fällen ein substanti-

ierter und starker Nachweis der Wettbewerbsgefährdung und der Dringlichkeit der Maßnahme sowie eine Plausibilisierung der Rechtsansicht durch die EU-Kommission. Die Aufgabe der Unionsgerichte ist es, beides mit angemessenem Gewicht in die Interessenabwägung einfließen zu lassen.

Empfehlung 18:

Eine **Reform von Art. 8 VO 1/2003** („**einstweilige Maßnahmen**“) hält die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 **nicht für erforderlich**. Auch sollte der vorläufige Rechtsschutz nicht abgeschwächt werden. Angesichts der schnellen Entwicklungen auf digitalen Märkten sollte die **EU-Kommission jedoch proaktiv prüfen, ob die Anordnung einstweiliger Maßnahmen geboten ist**, um nicht wiedergutzumachende Schädigungen des Wettbewerbs zu verhindern.

2. Abhilfemaßnahmen flexibler einsetzen

Haben Wettbewerbsverstöße gleichwohl zu nachhaltigen Verschlechterungen der Wettbewerbssituation geführt, so ist die Anordnung von Abhilfemaßnahmen anzustreben, welche unverfälschten Wettbewerb wiederherstellen. Gemäß Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 kann die EU-Kommission die Feststellung eines Wettbewerbsverstößes mit allen erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art verbinden, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Ziel solcher Abhilfen ist nicht nur die Beendigung der konkreten Zuwiderhandlung. Vielmehr sollen Abhilfen gleichzeitig eine Wiederholung der Zuwiderhandlung verhindern und wirksamen Wettbewerb wiederherstellen. Unionsgerichte sowie deutsche Gerichte sprechen in diesem Zusammenhang von der „*Wiederherstellung der Legalität*“²³⁷

234 EuGH, Beschluss v. 11.4.2002, C-481/01 P (R) – *IMS Health*, Rn. 63. Der Beschluss ist unter der Geltung der VO 17/62 ergangen. Es ist aber davon auszugehen, dass Art. 8 VO 1/2003 diese Rechtslage nicht verändert hat.

235 Siehe z. B. EuG, Urt. v. 12. Juli 1991, T-23/90 – *Peugeot*, Rn. 61 ff.: „Im Rahmen einer die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung, mit der die Kommission einstweilige Maßnahmen getroffen hat, betreffenden Klage kann das Erfordernis der Feststellung einer prima facie vorliegenden Zuwiderhandlung nicht dem Erfordernis der Gewißheit gleichgestellt werden, dem eine endgültige Entscheidung genügen muß. [...]“. Aus der Literatur: *Art, Italian Antitrust Review* 2:1 (2015), 55, 70.

236 *Giraud/Blanc*, *Les mesures conservatoires à la française: Un modèle réellement enviable?*, (Fn. 31), Tz. 10. S. auch *Jaspers*, *Diskussionsbeitrag* v. 8.6.2018, S. 2.

237 EuGH, Urteil v. 6.4.1995, C-241/91 P und C-242/91 P – *RTE und ITP*, Rn. 93; betrifft die Erteilung von Zwangslizenzen. EuG, Urteil v. 17.9.2007, T-201/04 – *Microsoft*, Rn. 1276; betrifft die – vom EuG für nichtig erklärte – Einsetzung eines mit Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten Überwachungsbeauftragten auf Kosten des Unternehmens; im Übrigen verlangte die EU-Kommission von dem Unternehmen die Offenlegung von Schnittstelleninformationen (siehe dazu weiter unten).

bzw. der „Wiederherstellung des legalen Zustandes“.²³⁸ Die EU-Kommission ist, wenn die wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Missbrauchs nach dessen Einstellung fort-dauern, grundsätzlich dafür zuständig, zur „Beseitigung oder Neutralisierung“ dieser Wirkungen tätig zu werden.²³⁹

Bei Wettbewerbsverstößen mit Verdrängungswirkung kommt der Wiederherstellung von Wettbewerb besondere Bedeutung zu. Sie stellt Wettbewerbsbehörden aber gleichzeitig vor besondere Herausforderungen: Eine Wiederherstellung des Zustandes, wie er ohne den Verstoß bestanden hätte – also eine Naturalrestitution im engeren Sinne – ist in einem sich schnell entwickelnden Marktumfeld faktisch nicht möglich. Möglich ist allein die Wiedereinräumung von Wettbewerbschancen. In Abhängigkeit von den jeweiligen Marktgegebenheiten kann allerdings auch dies sehr komplex und schwierig sein.²⁴⁰

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt keine rechtlichen Änderungen mit Blick auf die Anordnung von Abhilfemaßnahmen. Gerade unter den Gegebenheiten der digitalen Ökonomie mit ihren ausgeprägten Vermachtungstendenzen und im Lichte der Missbrauchsverfahren der EU-Kommission aus jüngerer Zeit – insbesondere *Google Search (Shopping)*²⁴¹ –, die Fragen nach einem adäquaten Regime zur Wiederherstellung von Wettbewerbschancen aufgeworfen haben, hält die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 aber ein neues Nachdenken über Abhilfemaßnahmen für geboten. Insbesondere ist zu fragen, wie nach einem Wettbewerbsverstoß mit Verdrängungswirkung die Wiederherstellung von Wettbewerb gelingen kann – Abhilfen, die vordringlich diesen Zweck verfolgen, werden im Folgenden

als „restaurative Abhilfen“ bezeichnet (siehe dazu a.) – ; und ob und unter welchen Voraussetzungen ein Experimentieren mit Abhilfen zu diesem Zweck möglich ist (b).

a. Auferlegung „restaurativer Abhilfen“

In Fällen, in denen nach Beendigung eines Wettbewerbsverstoßes die wettbewerbswidrigen Wirkungen nicht beendet sind, steht die EU-Kommission vor einem Dilemma: Sie ist grundsätzlich gehalten, zur „Beseitigung oder Neutralisierung“ dieser Wirkungen tätig zu werden.²⁴² Gelingt dies nicht, so verfehlt die Rechtsdurchsetzung nicht nur ihre Funktion, den Wettbewerb im konkreten Einzelfall vor Verfälschungen zu schützen. Insoweit die Wiederherstellung von Wettbewerb systematisch misslingt, verfügen Unternehmen im Markt auch in Zukunft über starke Anreize, die Wettbewerbsregeln zu missachten. Erst die Wiederherstellung effektiven Wettbewerbs im Kontext konkreter Wettbewerbsverfahren gewährleistet eine effektive Durchsetzung der Wettbewerbsregeln. Die Herstellung des Zustandes, wie er ohne den Verstoß bestanden hätte, ist aber in schnelllebigen Märkten meist nicht möglich. Schon die Ermittlung eines solchen „counterfactual“ würde die EU-Kommission vor erhebliche Schwierigkeiten stellen. Auch wenn die EU-Kommission im Rahmen von Verbotsverfahren die Auswirkungen eines Verhaltens auf den Wettbewerb untersucht, so tut sie dies unter Einbeziehung auch der potentiellen Auswirkungen und nicht mit dem Ziel und nicht in einer Art und Weise, die es ermöglichen würde, auf dieser Grundlage eine Folgenbeseitigung im engeren Sinne anzuordnen.²⁴³

238 BGH, Beschluss vom 4.3.2008, [KVR 21/07](#) – *Soda-Club II*, Rn. 50; betrifft die Anbringung eines rechtlichen Hinweises auf dem Produkt. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.10.2006, [VI-Kart 14/06 \(V\)](#), Rn. 45; betrifft den – vom OLG Düsseldorf aufgehobenen – Ausschluss einer Gesellschafterin.

239 EuGH, Urteil v. 4.3.1999, [C-119/97 P](#) – *Ufex u. a.*, Rn. 94; betrifft die Beschwerde gegen ein Nicht-Einschreiten der EU-Kommission gegen angeblich fortdauernde wettbewerbswidrige Wirkungen zwischenzeitlich eingestellter Quersubventionen. Siehe auch EuG, Urteil v. 27.6.2012, [T-167/08](#) – *Microsoft*, Rn. 115 (betreffend den Vorschlag von Microsoft, die Aushandlung der Vergütungssätze mit potentiellen Lizenznehmern einer schiedsrichterlichen Aufsicht zu unterstellen): „Die Einführung eines solche[n] Mechanismus kann jedoch nicht sicherstellen, dass die Wettbewerbssituation so wiederhergestellt wird, wie sie gewesen wäre, wenn Microsoft von sich aus zu angemessenen Bedingungen einen Zugang zu den Interoperabilitätsinformationen vorgeschlagen hätte“. Aus der Literatur siehe *Bulst*, NZKart 2014, 245 – Befugnis der EU-Kommission zur Folgenbeseitigung. Aus der deutschen Rechtsprechung siehe OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.12.2011, [VI-Kart 5/11 \(V\)](#), Rn. 156 (betreffend die Anordnung der rückwirkenden Aufhebung einer kartellrechtswidrigen Rabattstaffel: „Alleine auf diesem Wege kann der Zustand hergestellt werden, der ohne die kartellrechtswidrige Rabattgewährung bestanden hätte.“

240 Für eine Diskussion siehe auch Stigler-Report (Fn. 6), S. 10, 79. Der Stigler-Report geht davon aus, dass hierfür Sektorregulierung erforderlich ist.

241 Europäische Kommission, Entscheidung v. 27.6.2017, Case AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

242 EuGH, Urteil v. 4.3.1999, [C-119/97 P](#) – *Ufex u. a.*, Rn. 94.

243 Vgl. EuGH, Urteil v. 28.5.1998, [C-7/95 P](#) – *Deere*, Rn. 76 f.

Abhilfen im Sinne des Art. 7 VO 1/2003 sind kein funktionales Äquivalent zum Schadensersatz. Es geht nicht um die Kompensation von Nachteilen, welche konkrete Wettbewerber erlitten haben. Ebenso wenig kann es um die Herstellung eines bestimmten Marktergebnisses gehen, wie es ohne den Wettbewerbsverstoß mutmaßlich eingetreten wäre. Vielmehr muss es um die Wiederherstellung von Wettbewerb gehen, das heißt um eine Situation, in der bestehende Machtpositionen (wieder) bestreitbar sind und Wettbewerber über reale und effektive Wettbewerbschancen verfügen – vergleichbar den Wettbewerbschancen, wie sie vor dem Verstoß bestanden. Ziel von Abhilfen muss vor allem die Offenhaltung von Märkten sein. An diesem Maßstab – nicht an dem Maßstab einer Folgenbeseitigung im engeren Sinne – sollte sich die Prüfung der Erforderlichkeit von Abhilfen orientieren, die zur Neutralisierung der Wirkungen eines Wettbewerbsverstößes angeordnet werden. In Abhängigkeit vom konkreten Kontext kann in der digitalen Ökonomie dabei etwa der Verpflichtung eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Herstellung technischer Interoperabilität durch Offenlegung von Schnittstelleninformationen oder auch zur Gewährung von Datenzugang eine besondere Bedeutung zukommen – auch in Fällen, in denen der Wettbewerbsverstoß nicht in einer missbräuchlichen Verweigerung von Interoperabilität oder Datenzugang besteht. Die marktöffnende Rolle von Interoperabilität und Datenzugang, die die EU-Kommission bereits in sektoralen Märkten (Kapitel V) und für Plattformunternehmen (Kapitel VI) betont hat, lässt sich so auch beim Zuschneiden von Abhilfen in einzelnen Missbrauchsfällen nutzen.

Als ultima ratio – wenn eine Herstellung von Wettbewerb mithilfe anderer Maßnahmen nicht möglich ist – kommt schließlich in bestimmten Fällen auch die Anordnung einer Entflechtung in Betracht.

b. Evaluierung und Nachjustierung von Abhilfemaßnahmen

Bei der Entscheidung über „restaurative Abhilfen“ kann eine erhebliche Schwierigkeit für Wettbewerbsbehörden darin bestehen, dass sie die Wirkung dieser Abhilfen in einem komplexen, sich schnell verändernden Markt ex ante nicht einschätzen können. Um in solchen Situationen zu vermeiden, dass entweder zu weitreichende oder aber ineffektive Anordnungen getroffen werden, ist ein Mechanismus wünschenswert, welcher es einer Wettbewerbsbehörde ermöglicht, flexible, stärker zielorientierte Anordnungen zu treffen. In diese Richtung gehen die Anordnungen der EU-Kommission im *Google Search (Shopping)*-Beschluss. Da in Fällen, in denen ein Verstoß durch das Ergreifen unterschiedlicher Maßnahmen abgestellt werden kann, die Auswahl der Mittel den Entscheidungsadressaten obliegt,²⁴⁴ hat sich die EU-Kommission auf die Vorgabe bestimmter „Eckpfeiler“ beschränkt, denen Google bei der Auswahl und Ausgestaltung der Maßnahmen Rechnung zu tragen hat.²⁴⁵ Ob dies genügt, um das Abhilfenregime zu flexibilisieren und zu gewährleisten, dass Abhilfen die gewünschten Wirkungen im Markt erzielen, lässt sich noch nicht abschätzen. Eine Grenze für ein flexibleres Abhilfenregime ist das Gebot der Rechtssicherheit. Denkbar wäre ein weitergehender Ausbau der Flexibilität durch ein neu zu schaffendes Verfahren, in dessen Rahmen Unternehmen und Behörden mit Blick auf das Ziel der Wiederherstellung von Wettbewerb im beiderseitigen Interesse kooperieren und mit verschiedenen Lösungen experimentieren können, verbunden mit Fristen und Kriterien für die Evaluation: Akzeptieren Unternehmen ein solches experimentelleres Abhilfenregime, so können sie ggfs. vermeiden, dass ihnen zu weitreichende Verpflichtungen auferlegt werden.

244 Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.6.2006, [VI-2 Kart 1/06 \(V\)](#), Rn. 122: „Eine Konkretisierung namentlich der zur Abstellung erforderlichen Handlungen verbietet sich, da der Betroffenen verschiedene Handlungsmöglichkeiten offen stehen, unter denen – im Sinn einer möglichst effektiven Umsetzung der Verfügung – auszuwählen ihrer Entscheidungsfreiheit unterliegt.“

245 Europäische Kommission, Beschluss v. 27.6.2017, [AT.39740](#), Rn. 698 ff.: „As there is more than one way in conformity with the Treaty of bringing that infringement effectively to an end, it is for Google and Alphabet to choose between those various ways. Any measure chosen by Google and Alphabet should, however, ensure that Google treats competing comparison shopping services no less favourably than its own comparison shopping service within its general search results pages. [...] In particular, any measure chosen by Google and Alphabet: (a) should apply to all devices, irrespective of the type of device on which the search is performed; (b) should apply to all users of Google situated in the thirteen EEA countries in which the Conduct takes place, irrespective of the Google domain that they use (including Google.com);[...]“.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 will an dieser Stelle keine Empfehlungen für eine Änderung des rechtlichen Rahmens abgeben, empfiehlt jedoch den Wettbewerbsbehörden, in digitalen Märkten das Abhilferegime zur Wiederherstellung von Wettbewerb in dem beschriebenen Sinne „agiler“ auszugestalten. Daneben sollte die Wirksamkeit des Abhilfenregimes auf digitalen Märkten systematisch untersucht werden, um die Notwendigkeit einer Weiterentwicklung des Rechtsrahmens besser beurteilen zu können. Eine Studie sollte die Wirksamkeit unter folgenden Gesichtspunkten analysieren: (1) Hat die verhängte Abhilfe zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs geführt? (2) Was sind die Vor-/- und Nachteile und wie ist die Erfolgsbilanz von verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen? (3) Welche Erfahrungen wurden mit funktionalen und zielorientierten Abhilfen gemacht und was sind Potentiale und rechtliche Voraussetzungen und Grenzen solcher Abhilfemaßnahmen? (4) Wann sind strukturelle Abhilfemaßnahmen verhältnismäßig und geboten?

Empfehlung 19:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt den Wettbewerbsbehörden auf digitalen Märkten den **stärkeren Einsatz flexibler, zielorientierter Abhilfemaßnahmen**.

Sie empfiehlt der EU-Kommission die Durchführung einer **Studie, welche die bisherige Abhilfenpraxis der Wettbewerbsbehörden in einschlägigen Fällen** (Microsoft, Google Shopping u. a.) **analysiert**.

X. Wettbewerbsrecht mit anderen Regelungsbereichen verzahnen

Die in diesem Bericht bislang präsentierten Handlungsempfehlungen betreffen vor allem eine Weiterentwicklung des allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Rahmens. Die Digitalisierung geht allerdings mit einer grundlegenden Umstrukturierung in nahezu allen Bereichen von Wirtschaft und Gesellschaft einher. Wie in diesem Bericht verschiedentlich angedeutet (Kapitel V und Kapitel VI) kann der Schutz funktionsfähiger, offener und innovativer Märkte Regeländerungen auch außerhalb des wettbewerbsrechtlichen Rahmens erfordern – etwa im Bereich des Vertrags-, Verbraucherschutz-, Datenschutz-, Haftungs- oder Verfahrensrechts sowie sonstigen digitalwirtschaftlich bedeutsamen Informationsrecht. Die Einführung neuer Datenzugangsrechte oder neuer Institutionen wie etwa Datentreuhändern kann geboten oder sinnvoll sein (Kapitel V). Änderungen dieser Art wirken wiederum auf das Wettbewerbsrecht und das wettbewerbsnahe Regulierungsrecht zurück. Soweit die neuen technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen Anpassungen der Regelungen und Institutionen in einer Vielzahl von Lebensbereichen erfordern, müssen Legislative und Exekutive mit einem neuen rechtsgebiets- und sektorübergreifenden Ansatz reagieren und für eine Verzahnung der entsprechenden Verwaltungs- und Aufsichtsstrukturen sorgen (siehe dazu 1.).

Verschiedene Berichte haben auch zu diesem Zweck die Einrichtung einer Digitalagentur gefordert.²⁴⁶ So schlägt der britische Furman-Report die Errichtung einer in die Competition and Markets Authority (CMA) oder in das Office of Communications (Ofcom) zu integrierenden oder auch eigenständigen nationalen „digital markets unit“ (DMU) vor, die mit der systematischen Marktbeobachtung, der Entwicklung eines „code of conduct“ für Unternehmen mit einem „strategischen Marktstatus“ und mit weiteren Regulierungsaufgaben betraut werden soll.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hält, wie in den vorausgegangenen Kapiteln aufgezeigt, einen Übergang zur Regulierung punktuell für geboten. Die Einrichtung einer neuen, sektorenübergreifend und für alle marktbezogenen Fragen der Digitalisierung zuständigen Behörde wird dagegen nicht empfohlen. Sonderzuständigkeiten für bestimmte

Sachbereiche und Sektoren, wie sie die bisherige Verwaltungsstruktur prägen, sind nach Einschätzung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 auch in Zukunft sinnvoll.

Voraussetzung dafür, dass Gesetzgeber und Verwaltung ungeachtet der fachlichen Spezialisierung die übergreifenden Veränderungen hinreichend schnell erkennen, damit verbundene neue Querschnittsfragen identifizieren und schnell und adäquat reagieren können, ist allerdings, dass allen Akteuren belastbare Querschnittsinformationen zeitnah zur Verfügung stehen. Zwar werden bereits heute in großem Ausmaß Informationen über den digitalen Wandel auf verschiedenen Märkten und in verschiedenen rechtlichen Kontexten generiert und gesammelt. Dies geschieht allerdings jeweils im Rahmen der spezifischen, begrenzten Verwaltungsaufgaben und -zuständigkeiten einzelner Behörden. Um einen breiteren Zugriff auf Informationen von übergreifender Relevanz zu bekommen, empfiehlt die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, neue Instrumente zur stärker fachübergreifenden Informationssammlung und -auswertung einzuführen

1. Verwaltungs- und Aufsichtsstrukturen besser verknüpfen: Einrichtung eines „Digital Markets Board“

Die Digitalisierung definiert Markt- und Sektorgrenzen neu. Nicht zuletzt aufgrund der marktübergreifenden Relevanz vieler Daten und der Künstlichen Intelligenz als neuer Querschnittstechnologie führt sie zu sektorübergreifenden Umbrüchen und zu einer neuartigen Verzahnung verschiedener Sektoren. Von unterschiedlichen „Heimatmärkten“ aus (Suchmaschinen, Produkthandel und Handelsplattformen, Smartphones und App Stores, Soziale Netzwerke) streben die großen Digitalunternehmen in immer weitere Märkte (Finanzdienstleistungen, Smart Home-Anwendungen, autonomes Fahren, Industrie 4.0) und setzen dabei auf die in Kapitel II beschriebenen Verbundvorteile, die insbesondere aus der übergreifenden Nutzung von Datenbeständen und Datenanalyseressourcen und aus dem „Zugriff“ auf eine große Kundengruppe folgen können.

²⁴⁶ Siehe z.B. Furman-Report (Fn. 3), Rn. 2.6 ff.: „Digital markets unit“; Stigler-Report (Fn. 6), S. 79 ff.: Einrichtung einer Regulierungsbehörde („Digital Authority“); ACCC, Digital Platforms Inquiry, Preliminary report, 2018, S. 81, 125 f., 163, abrufbar unter <https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries/digital-platforms-inquiry> (zuletzt abgerufen am 3.9.2019): Gründung einer neuen „regulatory authority“; anders nun der Endbericht (ACCC-Report, Fn. 5), vgl. etwa S. 252.

Die daraus resultierenden Marktumwälzungen stellen die bisherigen Verwaltungs- und Aufsichtsstrukturen, die national wie auf EU-Ebene teils an spezifischen Schutzziele ausgerichtet,²⁴⁷ teils durch sektorale Zuständigkeiten²⁴⁸ gekennzeichnet sind, nicht notwendigerweise in Frage. Auf die weitreichenden und übergreifenden Strukturveränderungen muss aber mit einer neuartigen fach- und sektorenübergreifenden Koordinierung und Abstimmung reagiert werden. Querschnittliche Regelungsmaterien wie das Kartell-, das Datenschutz-, das IT-Sicherheits- oder das Haftungsrecht weisen vielfältige Überschneidungen auf und wirken in sektorale Regelungsmaterien hinein, etwa die des Finanz- und Gesundheitswesens oder der Energieversorgung. Zudem sind Informationen über bestimmte digitale Marktangebote und ihre Wirkmechanismen – etwa Plattformen, Cloud-Dienste oder KI-Systeme – im Rahmen einer Vielzahl unterschiedlicher behördlicher Zuständigkeiten relevant. Ein kohärentes Vorgehen über die verschiedenen Bereiche hinweg kann ein gemeinsames Verständnis dieser Entwicklungen erfordern.

Zwar gab es schon bisher eine Vielzahl von Initiativen in diese Richtung. Es ist aber nach Überzeugung der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 geboten, die Zusammenarbeit der Verwaltungs- und Aufsichtsstrukturen durch eine institutionalisierte Vernetzung noch besser als bisher abzusichern und hierdurch auch die politische Koordinierung zu erleichtern. Auf europäischer Ebene könnte dieses Ziel durch die Einrichtung eines neuen „Digital Markets Board“ erreicht werden, das beim ohnehin für die Koordinierung zwischen den Generaldirektionen zuständigen Generalsekretariat der EU-Kommission anzusiedeln wäre. Dieses Gremium soll nicht an die Stelle der für einzelne Aufgabenbereiche jeweils zuständigen Generaldirektionen (insb. auch der DG CNCT) treten, sondern vielmehr für einen systematischen Informationsaustausch, eine enge Abstimmung und kohärente Ausrichtung der Politiken sorgen. In diesem Sinne sollte es auch auf die EU-Agenturen einwirken. Verfahrensverzögerungen durch erweiterte Abstimmungserfordernisse sollten vermieden werden.

Empfehlung 20:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt der neu gewählten EU-Kommission, beim Generalsekretariat ein **Digital Markets Board einzurichten**, das für eine ständige Abstimmung und Koordinierung der verschiedenen Politikbereiche im Dienste einer übergreifenden und kohärenten Digitalpolitik zuständig ist.

2. Eine neue EU-Agentur zur Unterstützung der Digitalpolitik schaffen

Die EU und die Mitgliedstaaten sind in den nächsten Jahren vor die Herausforderung gestellt, sektorübergreifend und sektoral einen wettbewerbs- und innovationsfreundlichen Regelungs- und Rechtsdurchsetzungsrahmen zu entwickeln, welcher der gesamten Bandbreite der Politikziele unter den neuen Bedingungen der Digitalisierung Rechnung trägt. Gesetzgebung – und in der Rechtsdurchsetzung und Weiterentwicklung der Regeln auch die Verwaltung – sind hierfür auf ein übergreifendes Verständnis der digitalen Entwicklung, nachvollziehbare und einheitliche fachliche Begrifflichkeiten und dazu in erheblichem Ausmaß auf technisches Wissen angewiesen. Dieses Wissen muss mit der hohen Geschwindigkeit des digitalen Wandels schritthalten.

Eine Mehrheit der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt zu diesem Zweck die Einrichtung eines europäischen Digitalinstituts oder einer europäischen Digitalagentur („Digital Markets Transformation Agency“), welche die für die Digitalisierung der Märkte und deren staatliche Begleitung relevanten Informationen sammeln, aufbereiten und bereitstellen soll. Die Einrichtung sollte keine eigenen Eingriffsbefugnisse haben. Ihre wesentliche Aufgabe soll vielmehr darin bestehen, die Generierung von Wissen über die digitale Ökonomie zu bündeln, zu professionalisieren und ihre Informationen den jeweils zuständigen Fachbehörden (Kartellbehörden, Datenschutzaufsicht, Medienaufsicht, Verbraucherschutzbehörden, sektorale Regulierungsbehörden)

247 Auf EU-Ebene z.B.: GD Wettbewerb; GD Justiz; EU-Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) sowie der Europäische Datenschutzausschuss. Auf nationaler Ebene z.B. Bundeskartellamt, Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik, die für die private Digitalwirtschaft zuständigen Landesdatenschutzbehörden.

248 Auf EU-Ebene z.B.: GD Kommunikationsnetze, Inhalte und Technologien (CNCT); GD Mobilität und Verkehr (MOVE) diverse EU-Agenturen im Zusammenwirken mit der Kommission im Bereich der Regulierungsverwaltung (ACER, BEREC office). Auf nationaler Ebene z.B. Bundesnetzagentur, Finanzaufsichtsbehörden, die für Informationsintermediäre zuständigen Landesmedienanstalten.

sowie politischen Akteuren in Regierung und Gesetzgebung zur Verfügung zu stellen. Hierdurch sollen die Voraussetzungen für ein besser abgestimmtes, schnelleres und wirkungsvolleres Handeln der verschiedenen staatlichen Stellen geschaffen werden. Zu den relevanten Informationen würden gehören:

- Die beständige Beobachtung von Plattform-Geschäftsmodellen, -Dienstleistungen, -Marktentwicklung als Service für die jeweils operativ zuständigen Aufsichtsbehörden;
- die Prüfung von Interoperabilitätsstandards im Kontext von Zusammenarbeits- und Öffnungs-, Datenschutz- oder Herausgabepflichten;
- ein Marktüberblick, ggf. Dokumentation von Datenbeständen zum Zwecke einer Unterstützung von (verbraucherrechtlichen oder datenschutzrechtlichen) Datenzugangsanordnungen;
- die Dokumentation des Einsatzes und der Auswirkungen der Künstlichen Intelligenz, etwa im Zusammenhang mit automatisierten Einzelentscheidungen, Wettbewerbs- oder Meinungsmanipulationen.

Die Schaffung einer vor allem mit der Wissensgenerierung und -aufarbeitung betrauten Behörde ist kein Novum. Ein vergleichbares institutionelles Arrangement, das als Vorbild dienen könnte, besteht mit der Europäischen Umweltagentur (EUA) und dem mit ihr eng verbundenen Europäischen Umweltinformations- und Umweltbeobachtungsnetz (Eionet)²⁴⁹ etwa zur informatorischen Unterstützung von Umweltverwaltungen und Umweltpolitik.²⁵⁰ Weitere Beispiele für EU-Agenturen, die vor allem beobachtende und analysierende Aufgaben haben und die Zusammenarbeit der Behörden und die Politikgestaltung unterstützen sind

das Europäische Zentrum für die Prävention und Kontrolle von Krankheiten, die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit, die Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen oder die EU-Grundrechteagentur. Auch auf nationaler Ebene in Deutschland gibt es verschiedene Einrichtungen, die bestimmte Lebensbereiche oder -phänomene beobachten, Daten sammeln und wissenschaftlich auswerten, etwa das Bundesinstitut für Risikobewertung oder das Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung. Ein neues Bundesinstitut für Digitalisierung der Märkte könnte einer europäischen Digitalagentur zuarbeiten und zudem weitergehende nationale Aufgaben wahrnehmen.²⁵¹

Eine solche Unterstützungsagentur sollte zunächst befristet eingerichtet werden, um die Erfahrungen mit der Aufgabenerfüllung und der Zusammenarbeit mit den anderen europäischen Einrichtungen sammeln und evaluieren zu können. Neben einer Zuweisung von ständig zu analysierenden Themenfeldern sollte in Form von Jahresprogrammen eine Schwerpunktsetzung erfolgen.

Eine Minderheit in der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 spricht sich gegen die Schaffung einer neuen Agentur aus. Unbestritten ist dabei die Notwendigkeit, ein besseres systemisches Verständnis der digitalen Entwicklung zu generieren. Jenseits derjenigen Informationen, die für die fallweise Anwendung der bestehenden Regelungen erforderlich sind, ist eine Wissensgenerierung erforderlich, die sich nicht zuletzt an den in Kapitel III skizzierten strukturellen Herausforderungen der Digitalisierung orientiert: Welchen Einfluss hat die Digitalisierung auf Auswahlentscheidungen von Nachfragern? Wie beeinflusst die Digitalisierung Innovationsprozesse und Wettbewerb? Was bedeutet die Digitalisierung für Regelungs- und Regelungsdurchsetzungsstrukturen? Nach Ansicht der Minderheit der Kommissionsmitglieder

249 Siehe VO 401/2009/EG.

250 Eigene Entscheidungsbefugnisse besitzt die EUA nicht, sie ist vielmehr eine Informations- und Koordinationsagentur. Die Agentur gliedert sich organisatorisch in einen Verwaltungsrat, einen Wissenschaftlichen Beirat und den Exekutivdirektor. Der Verwaltungsrat setzt sich aus Vertretern der 33 Mitgliedsländer zusammen, zu denen auch Nicht-EU-Mitgliedstaaten zählen. Im Arbeitsprogramm der EUA, das vom Verwaltungsrat beschlossen wird, werden periodisch mehrere (derzeit sechs) aktuell besonders relevante Materien als Gegenstände für sogenannte Europäische Themenzentren (ETC) festgelegt. Die Themenzentren sind Netzwerke, in denen sich derzeit rund neunzig spezialisierte Institutionen (Behörden, Wissenschaftliche Einrichtungen etc.) aus den EUA-Mitgliedsländern zusammengeschlossen haben. Im Rahmen des EIONet arbeiten die EUA und die ETC schließlich mit sogenannten nationalen Anlaufstellen (National Focus Points, NFP) zusammen, bei denen es sich regelmäßig um Umweltbehörden oder Umweltministerien handelt (in DE: das Umweltbundesamt). Die NFP koordinieren die EIONet-Arbeit auf nationaler Ebene und befördern den bidirektionalen Informationsfluss aus den nationalen Behörden zur EUA wie von der EUA zu den in den Mitgliedsländern für konkrete Umweltentscheidungen zuständigen Stellen.

251 Vgl. die Materien im Gutachten von Fetzer, Bausteine für einen sektorübergreifenden institutionellen Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, im Rahmen der Studienreihe Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft im Auftrag des BMWi (Prof. Dr. Thomas Fetzer, Prof. Dr. Heike Schweitzer, Prof. Dr. Martin Peitz), veröffentlicht als Diskussionspapier No. 18-026 des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), S. 18ff.

ist es aber nicht sinnvoll, diese Wissensgenerierung – und sei es teilweise – an eine eigenständige Agentur auszulagern. Zum einen würden im Rahmen der Digital Single Market Strategy sowie von der GD CNCT bereits heute einschlägige Informationen gesammelt und ausgewertet, so dass die Gefahr einer unklaren Zuständigkeitsdopplung bestehe. Anders als etwa im Fall der Europäischen Umweltagentur sei das benötigte Wissen im digitalen Bereich überdies häufig in hohem Maße mit der konkreten rechtlichen oder auch rechtspolitischen Fragestellung etwa des Wettbewerbs-, Verbraucher- oder Datenschutzrechts verknüpft. Fachspezifisches Wissen sei dann erforderlich, um die richtigen Fragen zu stellen und diejenigen Daten zu erheben, die hierauf belastbare Antworten geben können. Dies spricht aus Sicht der Minderheit dafür, die Zuständigkeit für die Informationsgenerierung bei den fachlich zuständigen Einheiten zu belassen. Das übergreifend und verallgemeinerbar generierbare Wissen rechtfertigt nach ihrer Einschätzung nicht die Schaffung einer neuen Behörde. Eine bessere Abstimmung zwischen den für die verschiedenen Rechtsgebiete zuständigen Einheiten ist allerdings wünschenswert. Ein Mittel hierfür könnte die Einführung eines neuen Instruments nach dem Vorbild der britischen „market investigation“²⁵² sein, das es ermöglicht, systematisch und über einen längeren Zeitraum Informationen über bestimmte Sachverhalte und Märkte zu sammeln, um Aufschluss über die Funktionsweise und Funktionsdefizite von Märkten zu sammeln und Vorschläge zu entwickeln, wie die Funktionsweise verbessert werden kann. Anders als das Instrument der Sektoruntersuchung nach Art. 17 VO 1/2003 sollte dieses Instrument auch in Kooperation zwischen verschiedenen Generaldirektionen genutzt werden können und nicht auf einen eng wettbewerbsrechtlichen Blickwinkel beschränkt sein, sondern etwa Verbraucherschutzrechtliche oder datenschutzrechtliche Fragen einbeziehen. Es sollte ferner nicht nur als Grundlage für die Einleitung von Wettbewerbsverfahren dienen, sondern auch als Basis für die Entwicklung von Regelungsvorschlägen zur Verbesserung der Funktionsweise von Märkten und Stärkung von Innovation und Wettbewerb.

Die Mehrheit der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hält die Stärkung eines solchen primär wettbewerbsrechtlich orientierten Instruments ebenfalls für förderlich, aber nicht

für hinreichend. Es wäre insbesondere nicht ausreichend, um die Verzahnung der verschiedenen Regulierungsbereiche mit dem Wettbewerbsrecht zu erreichen. Schon wegen der unterschiedlichen Zuständigkeiten für die Aufsicht in den Bereichen Wettbewerbsrecht, Datenschutz, Verbraucherschutz und IT-Sicherheit und die unterschiedlichen Verfahrensvorschriften in europäischem und nationalem Recht wird sich ein solches übergreifendes Instrument auch nicht etablieren lassen. Zudem würde es immer nur eine Momentaufnahme abbilden; eine systematische Erhebung und Auswertung könne dies nicht ersetzen.

Empfehlung 21:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt mehrheitlich die befristete Einrichtung einer **EU-Agentur für die Begleitung der Digitalisierung der Märkte** („**Digital Markets Transformation Agency**“). Ihr Auftrag soll es sein, Informationen über Marktentwicklungen sowie technische Entwicklungen zu sammeln und aufzubereiten und sich mit einem entsprechenden Netzwerk mitgliedstaatlicher Einrichtungen zu koordinieren. Die Einrichtung soll die zuständigen Behörden auf EU-Ebene und das EU Digital Markets Board unterstützen.

3. Datenschutzaufsichten bündeln

Einer schnellen Rechtssicherheit für Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft kommt es ergänzend zu Gute, wenn den europäischen Binnenmarkt betreffende behördliche Zuständigkeiten möglichst effektiv organisiert sind. Die Zersplitterung der Datenschutzaufsicht für die Privatwirtschaft durch verteilte Zuständigkeiten, z. B. in Deutschland bei den Landesdatenschutzbeauftragten²⁵³, steht im Widerspruch zu den – regelmäßig überregionalen – Markt- und Wettbewerbsstrukturen digitaler Märkte und bedeutet eine zusätzliche, sachlich nicht gerechtfertigte regulatorische Belastung von Unternehmen.

Daher wäre ferner zu prüfen, ob die heutige Zuständigkeitsordnung im Datenschutzrecht noch den Anforderungen einer grundlegenden Transformation in Richtung einer ubiquitären Datenökonomie entspricht. Derzeit sind in einigen Mitgliedstaaten wie insbesondere Deutschland für

252 Siehe dazu Competition Commission, Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, April 2013 sowie CMA, Market Studies and Market Investigations: Supplemental guidance on the CMA's approach, January 2014 (revised July 2017); Coscelli/Horrocks, Making Markets Work Well: The U.K. Market Investigation Regime, CPI Vol. 10/1, Spring 2014, S. 24 ff

253 Art. 51 DSGVO lässt derzeit demgegenüber auf Drängen Deutschlands explizit auch die Einrichtung mehrerer Datenschutz-Aufsichtsbehörden – etwa auf Länderebene – zu. Deutschland macht von dieser Möglichkeit gegenwärtig Gebrauch.

private Datenverarbeitungsstellen mehrere regionale Datenschutzbehörden zuständig, die ihre Arbeit wie etwa die deutschen Landesdatenschutzbehörden teilweise lediglich in informellen Gremien koordinieren. Die DSGVO hat mit der Errichtung des Europäischen Datenschutzausschusses bereits auf die neuen Herausforderungen grenzüberschreitender Digitalunternehmen reagiert. Eine entsprechende Anpassung steht für die nationale und namentlich die deutsche Datenschutzaufsicht noch aus oder ist zumindest ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Denkbar ist insoweit die Formalisierung der bislang informellen Kooperationsstrukturen.

Zielführender könnte es aber sein, ähnlich wie im Kartellrecht gemäß §§ 48 Abs. 2, 49 GWB für Landesgrenzen über-

schreitende Datenverarbeitungsvorgänge nichtstaatlicher Stellen eine Regelzuständigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz vorzusehen, wobei dieser bei fehlender bundesweiter Bedeutung der betreffenden Vorgänge deren Prüfung auch an Landesdatenschutzbehörden abgeben kann. Anders als im Medienbereich stehen einer solchen partiellen Zentralisierung der Datenschutzaufsicht gemäß Art. 86 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Art. 72 Abs. 2 GG keine unüberwindbaren verfassungsrechtlichen Hürden entgegen.

Empfehlung 22:

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt den Mitgliedstaaten die **stärkere Bündelung der Datenschutzaufsicht für den nicht-öffentlichen Bereich**.

Anhang

Der vorliegende Bericht baut auf eine Reihe vorausgegangener Berichte zur Weiterentwicklung des Wettbewerbsrechts und eines wettbewerbs- und innovationsfördernden Regelungsrahmens für die Digitalwirtschaft auf.

- *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018. (Gutachten für das deutsche Bundesministerium für Wirtschaft und Energie)
- *Furman/Coyle/Fletcher/McAuley/Marsden*, Unlocking Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, (Bericht für den britischen Chancellor of the Exchequer and Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy)

- *Crémer/Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, (Bericht der Sonderberater von Kommissarin Vestager)
- „*Australian Competition & Consumer Commission (ACCC)*, Digital Platforms Inquiry, Final Report, 2019

Die Empfehlungen dieser Veröffentlichungen, insofern sie im Bezug zu den Empfehlungen der Wettbewerbskommission 4.0 stehen, werden hier im Überblick dargestellt.

Report Competition policy for the digital era (Sonderberater-Bericht)²⁵⁴

Kapitel 4 (Marktmacht und Marktgrenzen differenzierter erfassen)

- Bei der Prüfung von missbräuchlichen Verhaltensweisen auf digitalen Märkten sollte der Marktabgrenzung weniger, den Schadenstheorien sowie der Identifizierung von wettbewerbswidrigen Strategien dagegen mehr Bedeutung beigegeben werden. (S. 45 f.)
- In „Lock in“-Situationen von Konsumenten können Ökosystem-spezifische Sekundärmärkte abzugrenzen sein. (S. 47 f.)
- Im Übrigen sollte die Marktabgrenzung fallbezogen erfolgen, wobei insbesondere verhaltensökonomische Erkenntnisse und der Umfang, in dem etablierte Unternehmen vor Wettbewerb geschützt sind bzw. sich selbst vor diesem schützen, zu berücksichtigen sind. (S. 48 ff.)

Kapitel 5 (Datenzugang und den selbstbestimmten Umgang mit Daten stärken)

- Auf Grundlage des Verbots des Marktmachtmissbrauchs können marktbeherrschende Unternehmen bereits nach geltendem Recht verpflichtet sein, Datenzugang zu gewähren, wenn dieser erforderlich ist, um auf komplementären oder Sekundärmärkten tätig zu werden. Die Zugangsvoraussetzungen sollten von den Wettbewerbsbehörden und Gerichten aber weiter präzisiert werden.
- Wo erforderlich – etwa dort, wo ein Marktzutritt bzw. effektiver Wettbewerb von einem kontinuierlichen Zugang zu Daten eines marktbeherrschenden Unternehmens abhängt – kann ein sektorspezifisches Regulierungsregime opportun sein.
- Die Gewährleistung von Datenportabilität und -interoperabilität kann Multi-Homing fördern und Wettbewerb auf Komplementärmärkten ermöglichen. (S. 73–91 und insb. S. 98 ff.)

Kapitel 6 (Klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen)

- Maßnahmen marktbeherrschender digitaler Plattformen, die auf eine Verringerung des Wettbewerbsdrucks zielen, sollten verboten werden, sofern sie nicht nachweislich zu überwiegenden Konsumentenvorteilen führen. (S. 41f.)
- In Märkten mit hohen Zutrittsschranken sollten bestimmte vertikal integrierte, marktbeherrschende Plattformen die Beweislast dafür tragen, dass selbstbegünstigendes Verhalten keine langfristigen Verdrängungswirkungen hat. (S. 65 ff.)

Kapitel 7 (Innovationen durch Kooperationen ermöglichen)

- Kooperationsvorhaben betreffend den Datenaustausch sowie das Datenpooling erfordern mehr Rechtssicherheit. Diese könnte zunächst durch die der EU-Kommission zur Verfügung stehenden Mittel (Beratungsschreiben, Nichtanwendbarkeitsentscheidungen, Überarbeitung der Horizontal-Leitlinien) und später durch eine spezifische Gruppenfreistellungsverordnung erreicht werden. (S. 92 ff.)

Kapitel 8 (Den Aufkauf von Start-ups durch markt- beherrschende Unter- nehmen besser kontrollieren)

- Eine Anpassung der formellen Aufgreifschwelle der EU-Fusionskontrolle durch die ergänzende Einführung einer Transaktionswertschwelle wäre verfrüht. Die Erfahrungen mit einer solchen Schwelle in Deutschland und Österreich sollten aber beobachtet werden. (S. 113 ff.)
- Das materielle Beurteilungskriterium der EU-Fusionskontrolle sollte dergestalt angepasst werden, dass der Erwerb von Start-ups durch marktbeherrschende Plattformen und/oder Ökosysteme strenger kontrolliert werden kann. (S. 116 ff.)

254 *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*; Competition policy for the digital era, veröffentlicht am 4.4.2019, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.8.2019).

Digital platforms inquiry (ACCC Report) ²⁵⁵	
Kapitel 5 (Datenzugang und den selbstbestimmten Umgang mit Daten stärken)	<ul style="list-style-type: none"> Die Einführung von Regeln zur Datenportabilität für digitale Plattformen wird zum jetzigen Zeitpunkt abgelehnt, jedoch – nach erneuter Überprüfung – für die Zukunft ausdrücklich offen gelassen. (S. 115 ff.)
Kapitel 6 (Klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen)	<ul style="list-style-type: none"> Es wird eine Reihe von Maßnahmen empfohlen, die die Rolle von digitalen Plattformen in der australischen Medienlandschaft betreffen. Dabei geht es etwa um das Verhältnis von Plattformen zu Medienunternehmen sowie um ihr Verhalten bei Urheberrechtsverletzungen und der Verbreitung von Falschinformationen auf Plattformen. (S. 205–278, 370 ff.) Es sollten Grundsätze für die interne Streitbeilegung auf digitalen Plattformen entwickelt und ein Ombudsmann-System für Streitfälle, an denen digitale Plattformen beteiligt sind, aufgebaut werden. (S. 507 ff.)
Kapitel 8 (Den Aufkauf von Start-ups durch marktbeherrschende Unternehmen besser kontrollieren)	<ul style="list-style-type: none"> Da es in Australien kein System zur verpflichtenden Anmeldung von Zusammenschlussvorhaben gibt, sollte die <i>Australian Competition and Consumer Commission</i> („ACCC“) die Möglichkeit erhalten, mit großen digitalen Plattformen zu vereinbaren, dass diese die Behörde vorab über bestimmte geplante Übernahmen informieren. (S. 109 ff.) Bei der materiellen Beurteilung von Zusammenschlussfällen sollten zusätzlich die folgenden Faktoren Berücksichtigung finden: (i) Wahrscheinlichkeit, dass der Zusammenschluss zum Ausscheiden eines potentiellen Wettbewerbers führt; und (ii) Art und Bedeutung von Vermögenswerten, einschließlich Daten und Technologien, auf die der Erwerber infolge des Zusammenschlusses Zugriff erhält. (S. 105 ff.)
Kapitel 10 (Wettbewerbsrecht mit anderen Regelbereichen verzahnen)	<ul style="list-style-type: none"> Innerhalb der ACCC sollte eine Abteilung für digitale Plattformen gegründet werden. Diese Abteilung sollte besondere Expertise im Bereich digitaler Märkte aufbauen, um u.a. potentiell wettbewerbswidriges Verhalten von digitalen Plattformen aufzudecken und zu unterbinden. (S. 140 ff.)

Report Unlocking digital competition (Furman Report) ²⁵⁶	
Kapitel 4 (Marktmacht und Marktgrenzen differenzierter erfassen)	<ul style="list-style-type: none"> Es wird empfohlen, die neue Machtkategorie eines „strategischen Marktstatus“ (<i>strategic market status</i>) einzuführen. Dieser Status bezeichnet die Möglichkeit einzelner digitaler Plattformen, den Zugang zu Märkten zu kontrollieren. Der „strategische Marktstatus“ soll zudem Voraussetzung für ein noch zu entwickelndes besonderes Regulierungsregime sein. (S. 41 f., 59)
Kapitel 5 (Datenzugang und den selbstbestimmten Umgang mit Daten stärken)	<ul style="list-style-type: none"> Die Mobilität personenbezogener Daten sowie Systeme mit offenen Standards und die freie Verfügbarkeit bestimmter Daten werden als den Wettbewerb im Digitalbereich fördernde Maßnahmen angesehen, zu deren Umsetzung konkrete Regeln erarbeitet werden sollten. (S. 64–76)
Kapitel 6 (Klare Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen)	<ul style="list-style-type: none"> Es sollte ein Regulierungsregime mit besonderen Verhaltenspflichten für digitale Plattformen, die über einen „strategischen Marktstatus“ verfügen, entwickelt werden (vgl. auch bereits die obige Empfehlung betreffend das hiesige Kapitel 4). Für diese Zwecke sollte ein „digital platform code of conduct“ verabschiedet werden, der solchen Plattformen bestimmte Verhaltensweisen gegenüber (potenziellen) Nutzern verbietet bzw. vorgibt. (S. 58–64)
Kapitel 8 (Den Aufkauf von Start-ups durch marktbeherrschende Unternehmen besser kontrollieren)	<ul style="list-style-type: none"> Die <i>Competition and Markets Authority</i> („CMA“) sollte die Prüfung von Zusammenschlüssen auf digitalen Märkten weiter priorisieren. Bei der Auswahl der Zusammenschlussfälle sowie ihrer Beurteilung sollten etwaige Nachteile für Innovationen und die Auswirkungen auf den potenziellen Wettbewerb genau untersucht werden. (S. 91–95) Digitalunternehmen mit einem „strategischen Marktstatus“ sollten verpflichtet sein, die CMA von allen geplanten Übernahmen vorab in Kenntnis zu setzen. (S. 95) Die Richtlinien der CMA zur Beurteilung von Zusammenschlüssen sollten aktualisiert und den Besonderheiten der digitalen Märkte angepasst werden. (S. 95–97) Die gesetzlichen Kriterien für die materielle Beurteilung von Zusammenschlüssen sollten dergestalt angepasst werden, dass die CMA sowohl den Umfang eines Schadens als auch die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts, und zwar einschließlich etwaiger Nachteile für Innovationen und der Auswirkungen auf den potenziellen Wettbewerb, berücksichtigen kann. (S. 97–99)

→

255 *Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)*, Digital Platforms Inquiry, veröffentlicht am 26.7.2019, abrufbar unter: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report> (zuletzt abgerufen am 22.8.2019).

256 *Furman/Coyle/Fletcher/McAuley/Marsden*, Unlocking digital competition; veröffentlicht am 13.3.2019, abrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (zuletzt abgerufen am 22.8.2019).

Report Unlocking digital competition (Furman Report) ²⁵⁶ (Fortsetzung)	
Kapitel 9 (Durchsetzung des Wettbewerbsrechts verbessern)	<ul style="list-style-type: none"> ● Um den Erlass einstweiliger Maßnahmen zu erleichtern, sollten die Abläufe innerhalb der CMA optimiert werden, etwa durch die Einschränkung des Zugangs der betroffenen Unternehmen zu den behördlichen Verfahrensakten. (S. 103–105) ● Aus dem gleichen Grund sollten die Maßstäbe sowie die Gründe für die Überprüfung von – u.a. – einstweiligen Maßnahmen der CMA durch das Rechtsmittelgericht eingeschränkt werden. Im Gegenzug sollten die Entscheidungsstrukturen innerhalb der CMA so ausgestaltet sein, dass eine größere Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung gewährleistet ist. (S. 105–108)
Kapitel 10 (Wettbewerbsrecht mit anderen Regelbereichen verzahnen)	<ul style="list-style-type: none"> ● Es sollte eine Einrichtung („Digital Markets Unit“) geschaffen werden, die u.a. die Aufgabe hat, die Wettbewerbsregeln für die Digitalökonomie fortzuentwickeln (vgl. auch bereits die obigen Empfehlungen betreffend die hiesigen Kapitel 4, 5 und 6). Die Einrichtung sollte zudem über Eingriffsbefugnisse verfügen, insbesondere gegenüber Unternehmen mit einem „strategischen Marktstatus“. (S. 54–83)
Studie Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen (Marktmacht-Studie) ²⁵⁷	
Kapitel 4 (Marktmacht und Marktgrenzen differenzierter erfassen)	<ul style="list-style-type: none"> ● Bei der Marktabgrenzung sollte die Prüfungsmethodik flexibler gehandhabt werden können. In bestimmten Fallkonstellationen sollte eine detaillierte Marktabgrenzung entbehrlich sein. Eine entsprechende Weiterentwicklung der Rechtsprechung ist den Unionsgerichten vorbehalten. (S. 30–40) ● Es wird eine fallgruppenspezifische Absenkung der Interventionsschwelle in der deutschen Missbrauchsaufsicht empfohlen. In Märkten, die zu einem „Tipping“ neigen, sollen unilaterale Verhaltensweisen, die ein „Tipping“ begünstigen können, auch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung verboten sein. Zudem sollte die sogenannte „Intermediationsmacht“, über die Plattformen als Vermittler unter Umständen verfügen können, neben den herkömmlichen Kategorien der Angebots- und der Nachfragemacht als eigenständige, dritte Form der Marktmacht im Gesetz verankert werden. (S. 59–78)
Kapitel 5 (Datenzugang und den selbstbestimmten Umgang mit Daten stärken)	<ul style="list-style-type: none"> ● Es sollten im Rahmen der „Essential Facilities“-Doktrin geringere Anforderungen an die Missbräuchlichkeit der Verweigerung eines Datenzugangs gestellt werden, als sie bislang für die Verweigerung des Zugangs zu Infrastrukturen und zu Rechten des geistigen Eigentums formuliert worden sind, sofern es um den Zugang zu solchen Daten geht, die als bloßes Nebenprodukt und ohne besondere Investitionen erzeugt worden sind. (S. 131–139) ● Im Kontext von Wertschöpfungsnetzwerken sollte die Verweigerung des Zugangs zu Daten, die exklusiv von einem Unternehmen kontrolliert werden, gegenüber einem Drittanbieter von komplementären Leistungen als missbräuchlich qualifiziert werden, wenn die Daten für effektiven Wettbewerb oder innovative Angebote benötigt werden, auch wenn der Datenzugang nicht einem „üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr“ entspricht. (S. 144–156)
Kapitel 8 (Den Aufkauf von Start-ups durch marktbeherrschende Unternehmen besser kontrollieren)	<ul style="list-style-type: none"> ● Die gesetzlichen Kriterien für die materielle Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben sollten dergestalt ergänzt werden, dass der systematische Aufkauf wachstumsstarker Unternehmen in einem frühen Stadium ihrer Entwicklung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen einfacher untersagt werden kann. Dies sollte die Feststellung voraussetzen, dass auch und gerade solche Unternehmen aufgekauft werden, die ein erkennbares und erhebliches Potenzial haben, mittelfristig zu Wettbewerben des marktbeherrschenden Unternehmens zu werden. (S. 122–127)

257 Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker; Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 29. August 2018; abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15 (zuletzt abgerufen am 22.8.2019).

