

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 328

Datenbasierte Märkte im Kartellrecht

Eine Untersuchung zu Marktbe­griff, Markt­abgrenzung
und Markt­macht

Von

Kim Josefine Weisser



Duncker & Humblot · Berlin

KIM JOSEFINE WEISSER

Datenbasierte Märkte im Kartellrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 328

Datenbasierte Märkte im Kartellrecht

Eine Untersuchung zu Marktbegriff, Marktabgrenzung
und Marktmacht

Von

Kim Josefine Weisser



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18275-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58275-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Die Disputation fand im Oktober 2020 statt.

Die Arbeit bildet dementsprechend den Stand bis zum Ende des Jahres 2018 ab. Im Anschluss erschienene Literatur und Rechtsprechung konnten bis zum Zeitpunkt der Disputation berücksichtigt werden und haben somit Eingang in diese Arbeit gefunden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan), für seine Betreuung, die wertvollen Anregungen und den Freiraum, den er mir bei der Erstellung der Dissertation gewährt hat. Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die konstruktive Rückmeldung zu dieser Arbeit.

Weiterhin danke ich Joy Ruschkowski, Maria Müller und Gloria Umlauf für anregende Gespräche und kritische Anmerkungen.

Von Herzen danke ich auch meiner Familie für ihren Rückhalt und ihre Unterstützung und insbesondere Frau Christine Weißer für die kompetente Korrektur meines Manuskripts.

Schließlich gilt mein ganz besonderer Dank meinem Mann Martin Weisser, dessen unbedingter Rückhalt, Spontaneität und Gelassenheit ganz wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Osnabrück, im November 2020

Kim Josefine Weisser

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| § 1 Einführung | 17 |
| A. Einführende Überlegungen und wirtschaftliche Ausgangslage | 17 |
| B. Beschreibung des Forschungsgegenstandes | 18 |
| C. Gang der Untersuchung | 19 |

Kapitel 1

Grundlagen datenbasierter Märkte 21

| | |
|---|----|
| § 2 Ökonomische Charakteristika von Daten als Rohstoff | 21 |
| A. Einordnung von Daten als Wettbewerbsobjekte | 21 |
| I. Definition des Begriffs „Daten“ | 22 |
| II. Kategorisierung von Daten | 23 |
| 1. Personenbezogene Daten – Nicht-personenbezogene Daten | 23 |
| 2. Freiwillige Daten – Beobachtungsdaten – Metadaten | 25 |
| B. Abweichende ökonomische Charakteristika von Daten als Wirtschaftsgut | 27 |
| I. Die Nicht-Rivalität der Daten | 27 |
| II. Die Knappheit der Daten | 28 |
| III. Die problematische Bestimmung der Werthaltigkeit von Daten | 31 |
| IV. Die Bedeutung von Skalen- und Verbundeffekten | 32 |
| V. Die Werterhöhung des einzelnen Datums durch Kombination | 34 |
| C. Die Verwendung von Daten | 35 |
| I. Die unentgeltliche Hergabe von Daten | 36 |
| II. Die Monetisierung durch Werbung | 37 |
| III. Die Verbesserung der eigenen Produkte gegenüber den datenbereitstellenden Kunden | 39 |
| IV. Die Verbesserung der eigenen Produkte gegenüber dritten Kunden | 40 |
| V. Daten als Marktobjekt | 40 |
| D. Ergebnis | 41 |
| § 3 Charakteristika von datenbasierten Märkten | 42 |
| A. Datenbasierte Märkte und Datenprodukte | 42 |
| I. Der datenbasierte Markt | 42 |

| | |
|--|----|
| II. Typische Geschäftsmodelle im Datenumfeld | 44 |
| 1. Plattform und Netzwerk | 45 |
| a) Definition des Plattformbegriffs | 45 |
| aa) Mehrere Nutzerseiten | 48 |
| bb) Indirekte Netzwerkeffekte | 48 |
| cc) Direkte Interaktion | 50 |
| (1) Juristische und ökonomische Abhängigkeit? | 51 |
| (2) Gesamtbetrachtung | 51 |
| (3) Bewertung des Merkmals „direkte Interaktion“ | 53 |
| dd) Zwischenergebnis | 55 |
| b) Begriff des Netzwerkes | 55 |
| c) Mischformen | 57 |
| d) Zwischenergebnis | 58 |
| 2. Big Data und Industrie 4.0 | 58 |
| a) Definition von Big Data | 58 |
| b) Beschreibung des Phänomens Industrie 4.0 und IoT | 60 |
| c) Geschäftsmodelle zur Datennutzung im Rahmen von Industrie 4.0 und IoT | 60 |
| d) Vorliegen eines datenbasierten Marktes | 62 |
| 3. Zwischenergebnis | 63 |
| III. Ökonomische Charakteristika datenbasierter Märkte | 63 |
| 1. Daten und Preisgestaltung | 63 |
| 2. Konzentrationstendenzen und Lock-in-Effekte | 65 |
| 3. Multi-Homing | 67 |
| 4. Hohe Marktdynamik aufgrund hoher Innovationsdichte | 68 |
| 5. Effizienzen durch Skalen- und Verbundeffekte | 70 |
| 6. Zwischenergebnis | 71 |
| B. Wettbewerbspolitische Fragestellungen | 72 |
| I. Die Notwendigkeit einer neuen Leistungs- und Marktdefinition | 72 |
| II. Die Bestimmung von Marktmacht auf datenbasierten Märkten und die Rolle von Daten | 73 |
| III. Die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen des Datenrechts | 73 |
| C. Ergebnis | 74 |

Kapitel 2

| | |
|---|-----------|
| Marktbestimmung auf datenbasierten Märkten | 75 |
| § 4 Das Vorliegen eines Marktes trotz unentgeltlich erbrachter Leistung | 75 |
| A. Kriterien für das Vorliegen eines Marktes | 76 |
| I. Der Markt aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht | 76 |
| 1. Die Funktion des Marktes | 76 |
| 2. Kriterien für das Vorliegen eines Marktes | 76 |
| a) Kriterium: Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage | 76 |
| b) Kriterium: Preis | 77 |
| c) Ergebnis | 77 |
| II. Der Markt aus kartellrechtlicher Sicht | 78 |
| B. Behandlung unentgeltlich erbrachter Leistung | 79 |
| I. Unentgeltliche Leistung | 79 |
| II. Behandlung unentgeltlicher Leistung in der nationalen Fallpraxis | 81 |
| 1. Zweiseitige Märkte und spiegelbildliche Finanzierung | 81 |
| 2. Einseitige Verhältnisse | 84 |
| 3. Mangelnde Nachfrage/Vorleistung | 85 |
| 4. Zwischenergebnis | 86 |
| III. Diskussionstand in der Literatur | 87 |
| IV. Stellungnahme | 90 |
| V. Ergebnis | 93 |
| C. Die Bedeutung des § 18 Abs. 2a GWB | 93 |
| I. Normziel und Aussagegehalt für den Marktbegriff | 93 |
| 1. Normziel | 93 |
| 2. Aussagegehalt für den Marktbegriff | 94 |
| II. Konstitutive Marktmerkmale | 95 |
| 1. Unvollständige Legaldefinition | 95 |
| a) Die Austauschbeziehung | 95 |
| aa) Aufmerksamkeit | 96 |
| bb) Daten | 97 |
| cc) Zwischenergebnis | 99 |
| b) Der Begriff der Unentgeltlichkeit | 99 |
| 2. Der Erwerbszweck als konstitutives Marktmerkmal | 103 |
| a) Mittelbarkeit | 104 |
| b) Langfristigkeit | 105 |
| 3. Marktfunktionen auf unentgeltlichen Märkten | 107 |
| 4. Hypothetische Datenmärkte? | 108 |
| 5. Zwischenergebnis | 109 |
| III. Ergebnis | 110 |

| | |
|--|-----|
| D. Der Markt trotz unentgeltlicher Leistung im europäischen Recht | 111 |
| I. Grundlagen | 111 |
| II. Behandlung unentgeltlicher Leistung in der europäischen Fallpraxis | 111 |
| III. Kriterien für das Vorliegen eines Marktes auf europarechtlicher Ebene | 114 |
| IV. Stellungnahme | 115 |
| E. Ergebnis | 115 |
| § 5 Methoden der Marktabgrenzung auf datenbasierten Märkten | 116 |
| A. Die Marktabgrenzung | 116 |
| I. Ziel der Marktabgrenzung | 116 |
| II. Die sachliche Marktabgrenzung als Instrument | 117 |
| 1. Wettbewerbsrechtliche Relevanz | 117 |
| 2. Ansätze zur Marktabgrenzung im Rahmen des Marktmachtkonzepts | 119 |
| a) Das Bedarfsmarktkonzept | 119 |
| b) SSNIP-Test und Kreuz-Preis-Elastizität | 121 |
| c) Angebotssubstituierbarkeit | 123 |
| d) Gänzlicher Verzicht auf die Marktabgrenzung | 124 |
| 3. Zwischenergebnis | 126 |
| B. Der sachlich relevante Markt | 127 |
| I. Adaptionproblematik in Bezug auf datenbasierte Märkte | 127 |
| 1. Die datenspezifische Problematik | 127 |
| 2. Auf der Marktdynamik beruhende Probleme | 127 |
| 3. Auf der Mehrseitigkeit datenbasierter Märkte beruhende Probleme | 129 |
| II. Anwendbarkeit der gängigen Modelle auf datenbasierten Märkten | 131 |
| 1. Nachfragesubstituierbarkeit | 131 |
| a) Bedarfsmarktkonzept/Kriterium der funktionalen Austauschbarkeit | 131 |
| b) SSNIP/Kreuz-Preis-Elastizität | 132 |
| 2. Die Angebotssubstituierbarkeit | 134 |
| 3. Gänzlicher Verzicht auf die Marktabgrenzung | 137 |
| 4. Ergebnis | 138 |
| III. Deutsche und europäische Abgrenzungspraxis auf datenbasierten Märkten | 139 |
| 1. Nachfragesubstitution in der Abgrenzungspraxis | 139 |
| 2. Angebotssubstituierbarkeit in der Abgrenzungspraxis | 144 |
| 3. Abgrenzung zum Handelsvertreter | 145 |
| 4. Competitive Bottlenecks | 146 |
| 5. Zwischenergebnis | 147 |
| IV. Bewertung verschiedener Instrumente zur Marktabgrenzung auf datenbasierten Märkten | 148 |
| 1. Abgrenzungspraxis des BKartA | 148 |
| a) Schematisierte Einordnung der Marktstätigkeit | 148 |

| | |
|--|-----|
| b) Kritik an der Praxis des BKartA | 149 |
| aa) Kategorisierungsunschärfe | 149 |
| bb) Berücksichtigung der Netzwerkeffekte | 150 |
| cc) Berücksichtigung der unentgeltlichen Seite | 151 |
| dd) Sonderkonstellationen | 152 |
| (1) Handelsvertreterausnahme | 152 |
| (2) Competitive Bottlenecks | 154 |
| 2. Der modifizierte SSNIP-Test | 155 |
| a) Einordnung der Markttätigkeit | 155 |
| b) Berücksichtigung der Netzwerkeffekte | 156 |
| c) Berücksichtigung der unentgeltlichen Seite | 157 |
| d) Sonderkonstellationen | 159 |
| e) Kritische Würdigung | 159 |
| 3. Das zweigliedrige Bedarfsmarktkonzept nach Volmar | 161 |
| a) Art der Abgrenzung/Einordnung der Markttätigkeit | 161 |
| b) Berücksichtigung der Netzwerkeffekte | 162 |
| c) Berücksichtigung der unentgeltlichen Seite | 162 |
| d) Sonderkonstellationen | 162 |
| e) Kritische Würdigung | 163 |
| 4. Die Notwendigkeit eines neuen Marktabgrenzungsmodells? | 163 |
| a) Notwendigkeit der Berücksichtigung der Netzwerkeffekte im Rahmen der Marktabgrenzung | 163 |
| aa) Netzwerkeffekte als indirekter Wettbewerbsdruck | 165 |
| bb) Die Berücksichtigung indirekten Wettbewerbsdrucks im Rahmen der Marktabgrenzung | 166 |
| b) Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts | 169 |
| aa) Bedarfsmarktkonzept | 169 |
| (1) Mischformen | 169 |
| (2) Abgrenzung zum Handelsvertreter | 170 |
| (3) Netzwerkeffekte | 170 |
| (4) Unentgeltlichkeit | 171 |
| bb) Competitive Bottlenecks | 171 |
| cc) Angebotsumstellungsflexibilität | 173 |
| dd) Ergänzende Berücksichtigung ökonomischer Modelle | 175 |
| c) Zwischenergebnis | 177 |
| 5. Ergebnis | 177 |
| C. Der räumlich relevante Markt | 178 |
| I. Darstellung | 178 |
| II. Deutsche und europäische Behördenpraxis | 179 |

| | |
|--|-----|
| III. Schlussfolgerungen zur Bestimmung des räumlich relevanten Marktes | 183 |
| 1. Die Omnipräsenz des Internets | 183 |
| 2. Wettbewerbsbedingungen | 184 |
| 3. Räumliche Austauschbarkeit aus Nachfragersicht | 186 |
| 4. Auswirkungen der Mehrseitigkeit des Marktes | 187 |
| D. Ergebnis | 188 |

Kapitel 3

Die Rolle der Daten bei der Bestimmung von Marktmacht 189

| | |
|---|-----|
| § 6 Der Zugang und die Kombination von Daten als Ausdruck von Marktmacht | 189 |
| A. Das Vorliegen von Marktmacht | 189 |
| I. Definition von Marktmacht | 189 |
| II. Die Bedeutung von Marktmacht im Wettbewerb | 192 |
| B. Marktmacht auf datenbasierten Märkten | 193 |
| I. Eingeschränkte Aussagekraft der Marktstrukturanalyse | 193 |
| II. Ungenauigkeiten bei der Bestimmung von Marktanteilen | 195 |
| 1. Problemstellung | 195 |
| 2. Stellungnahme | 198 |
| III. Die Berücksichtigung des Wettbewerbsdrucks durch unentgeltliche Angebote | 200 |
| 1. Der Wettbewerbsdruck durch unentgeltliche Angebote | 200 |
| 2. Vergleichbarkeit von Marktanteilen entgeltlicher und unentgeltlicher Angebote | 200 |
| IV. Besondere Anforderungen an die Feststellung der Marktbeherrschung auf mehrseitigen Märkten? | 202 |
| V. Geringe Aussagekraft der Marktanteile auf datenbasierten Märkten | 202 |
| VI. Marktzutrittsschranken auf datenbasierten Märkten | 204 |
| VII. Die Marktanteilsschwellen der Gruppenfreistellungsverordnungen | 206 |
| VIII. Ergebnis | 207 |
| C. Der Zugang zu Daten als Marktmachtkriterium gem. § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB | 207 |
| I. Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten | 208 |
| 1. Bedeutung des Kriteriums „Zugang zu Daten“ | 209 |
| a) Wortlautverständnis | 209 |
| b) Systematik | 210 |
| c) Sinn und Zweck | 211 |
| d) Historische Auslegung | 212 |
| e) Zwischenergebnis | 213 |
| 2. Merkmal der Wettbewerbsrelevanz | 213 |
| a) Produkt- und Marktrelevanz | 214 |

| | |
|---|-----|
| b) Duplizierbarkeit/Substituierbarkeit | 215 |
| c) Notwendige Skalen- und Verbundeffekte | 217 |
| d) Exklusivität des Zugangs? | 217 |
| e) Zwischenergebnis | 219 |
| f) Berücksichtigung der Kombinations- und Analysemöglichkeiten von Daten | 219 |
| II. Ergebnis | 221 |
| D. „Datenmacht“ auf nicht-mehrseitigen Datenmärkten | 221 |
| E. „Datenmacht“ marktstarker Unternehmen | 222 |
| I. Adressierte Situation | 222 |
| II. § 20 Abs. 1 GWB | 222 |
| 1. Relevanter Markt | 223 |
| 2. Abhängigkeitslage | 224 |
| 3. Kleines oder mittleres Unternehmen | 226 |
| III. Geplante Anpassungen durch die 10. GWB-Novelle | 226 |
| F. Die Marktbeherrschungsvermutungen | 227 |
| G. Datenzugang als Kriterium im europäischen Recht | 229 |
| I. Unternehmensstrukturanalyse und Marktstrukturanalyse | 230 |
| II. Berücksichtigung des Datenvorteils in der bisherigen Rechtsprechung ... | 231 |
| III. Zugang zu Daten als Marktzutrittsschranken | 232 |
| IV. „Datenmacht“ überlegener Unternehmen | 234 |
| H. Endergebnis | 235 |
| § 7 Die Berücksichtigung externen Datenwachstums in der Fusionskontrolle | 235 |
| A. Berücksichtigung von Datenbeständen und ihrer Kombination in der materiellen Fusionskontrolle | 237 |
| I. Die erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs durch externes Da- tenwachstum | 237 |
| II. Erhöhte Wahrscheinlichkeit des Auftretens bestimmter Schadenstheorien | 238 |
| 1. SIEC-Test | 239 |
| 2. Schadenstheorien | 241 |
| 3. Horizontale Zusammenschlüsse | 242 |
| a) Einführung | 242 |
| b) Die Schaffung einer neuen Ressource | 242 |
| c) Zwischenergebnis | 245 |
| 4. Vertikale Zusammenschlüsse | 246 |
| a) Möglichkeit | 247 |
| b) Anreiz | 248 |
| c) Vertikaler Marktabschottungseffekt | 249 |
| 5. Konglomerate Zusammenschlüsse | 250 |
| a) Möglichkeit | 252 |

| | |
|--|-----|
| b) Anreiz | 253 |
| c) Erhebliche Behinderungswirkung | 254 |
| 6. Ergebnis | 254 |
| B. Efficiency Defense | 255 |
| I. Einleitung | 255 |
| II. Voraussetzungen | 256 |
| 1. Fusionspezifität | 256 |
| 2. Erheblichkeit und Rechtzeitigkeit | 257 |
| 3. Verbrauchervorteile | 258 |
| 4. Nachprüfbarkeit/Beweisbarkeit | 259 |
| III. Berücksichtigung in der nationalen Fusionskontrolle | 260 |
| IV. Ergebnis | 262 |
| C. Bedingungen und Auflagen zur Beseitigung wettbewerbsrechtlicher Bedenken aufgrund von „Datenmacht“ | 262 |
| I. Systeme zur Datenportabilität | 264 |
| II. Trennung von Datenbanken oder die Untersagung ihrer Zusammenführung | 267 |
| III. Zugangerleichterung zu vorhandenen Daten durch Markteröffnungszusa- gen | 270 |
| IV. Ergebnis | 274 |

Kapitel 4

| | |
|---|-----|
| Datenrechtlicher Ausblick und Ergebnisse | 276 |
| § 8 Ausblick auf datenrechtliche Entwicklungen und ihre Implikationen für den Wettbe- werb | 276 |
| A. Datenschutz als Wettbewerbsparameter und -hindernis | 276 |
| B. Die wettbewerbsrechtlichen Implikationen des verschärften Datenschutzrechts | 277 |
| C. Die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen von Datenverfügungsrechten | 278 |
| § 9 Ergebnisse | 281 |
| Literaturverzeichnis | 285 |
| Verzeichnis der Online-Quellen | 297 |
| Stichwortverzeichnis | 302 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|--|
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union |
| bspw. | beispielsweise |
| bzw. | beziehungsweise |
| et al. | et alii |
| etc. | et cetera |
| FKVO | Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 FTC Federal Trade Commission |
| gem. | gemäß |
| TB | Tätigkeitsbericht |
| WuW/E DE-R | Wirtschaft u. Wettbewerb. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht Deutsche Rechtsprechung (LoseblSlg) (1957 ff.) |
| WuW/E DE-V | Wirtschaft u. Wettbewerb. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht Deutsche Verwaltung (LoseblSlg) (1957 ff.) |
| WuW/E EU-R | Wirtschaft u. Wettbewerb. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht Europäische Rechtsprechung (LoseblSlg) (1957 ff.) |

Sonstige Abkürzungen nach *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018

§ 1 Einführung

A. Einführende Überlegungen und wirtschaftliche Ausgangslage

Als im Jahre 2014 die Kommission den Kauf von WhatsApp durch Facebook kontrollierte, war dies nur dank der Aufreißschwellen einiger Mitgliedstaaten möglich. Denn WhatsApp selbst erwirtschaftete nur einen Gesamtumsatz von 16 Millionen US-Dollar¹ und blieb damit deutlich unter den Aufreißschwellen der FKVO. Dennoch war Facebook bereit, einen Kaufpreis in Höhe von 19 Milliarden US-Dollar für das Start-Up zu zahlen, da WhatsApp eine große Nutzerreichweite und einen breiten Zugriff auf deren Telefon- und Kommunikationsdaten hatte.² Das europäische und deutsche Kartellrecht horchte auf, musste es doch erkennen, dass statt des Umsatzes in Geld in bestimmten Geschäftsbereichen Daten ein wirtschaftlich höchst relevantes Asset darstellen.

Tatsächlich sind Daten von zentraler Bedeutung für diese Geschäftsmodelle sowohl als Asset als auch als Treiber und Katalysator von Veränderungen: Daten werden unter anderem genutzt zur Produktions- und Entwicklungsoptimierung, zur Verbesserung des Vertriebs und Service, zur Personalisierung von Preisen und Dienstleistungen sowie zur Feststellung von Korrelationen.

2017 verhängte die Kommission gegen Facebook eine Geldbuße, nachdem das Unternehmen im Rahmen der durchgeführten Fusionskontrolle fälschlicherweise behauptet hatte, nicht in der Lage zu sein, einen zuverlässigen automatischen Abgleich zwischen den bei Facebook und WhatsApp jeweils unterhaltenen Benutzerkonten vorzunehmen, dies im August 2016 aber tat.³ Die Kommission hatte, unabhängig von den Falschangaben, die Relevanz der Datenkombination ebenso wie die Marktdynamik und Entwicklungsgeschwindigkeit unterschätzt.

Im Rahmen der Untersuchungen zu *Cambridge Analytica*⁴ im Jahre 2018 stellte sich dem US-amerikanischen Senat die Frage, wie Facebook unentgeltliche Dienste wie sein soziales Netzwerk oder WhatsApp wirtschaftlich anbieten könne. Zuckerbergs erstaunte Antwort: „*Senator, we run ads!*“.⁵ Denn die gesammelten Daten sind Grund und Zweck der Unentgeltlichkeit der Angebote, sie werden im Rahmen

¹ www.gruenderszene.de/allgemein/facebook-whatsapp-goodwill.

² www.tagesschau.de/wirtschaft/facebook460.html.

³ Komm. Pressemitteilung 18.5.2017, IP/17/1369.

⁴ Komm. Pressemitteilung 18.5.2017, IP/17/1369.

⁵ www.nbcnews.com/card/we-run-ads-n864606.

eines zweiseitigen Marktes durch passgenaue Werbeanzeigen monetisiert. Es besteht also ein Zusammenspiel der Faktoren Unentgeltlichkeit, Mehrseitigkeit und Datenabhängigkeit.

Die zunehmende wirtschaftliche Bedeutung und die ökonomischen Besonderheiten internetbasierter Plattformen und Netzwerke hat eine intensive Diskussion darüber angestoßen, ob die Rechtsordnung den Herausforderungen der Digitalisierung gerecht wird. Die obigen Beispiele zeigen: Datenbasierte Märkte stellen sowohl das tradierte Verständnis klar definierter Wirtschaftsbeziehungen als auch kartellrechtliche Erfahrungssätze auf den Prüfstand. Mit der 9. GWB-Novelle wurde das deutsche Gesetz „in wenigen, aber zentralen Einzelpunkten“⁶ angepasst, um eine effiziente Kartellrechtsanwendung auf digitalen Märkten sicherzustellen. Der Gesetzgeber sieht das GWB jedoch nicht als ausreichend gerüstet und plant im Jahr 2021 deshalb eine weitere Anpassung und Modernisierung der Missbrauchskontrolle durch die 10. GWB-Novelle.

B. Beschreibung des Forschungsgegenstandes

Diese Arbeit untersucht vor dem Hintergrund der ökonomischen Forschung zu Daten und den auf datenbasierten Märkten wirkenden Charakteristika, wie der Markt, die Marktabgrenzung und die Marktmacht auf eben diesen bestimmt werden können. Den rechtlichen Rahmen dieser Untersuchung bilden das europäische Kartellrecht und das GWB ebenso wie das BDSG und die DSGVO. Hierbei werden zunächst die durch den deutschen Gesetzgeber mit der 9. GWB-Novelle eingeführten Anpassungen untersucht sowie die mit der 10. GWB-Novelle geplanten Änderungen adressiert, bevor jeweils ein vergleichender Blick vom deutschen ins europäische Recht geworfen wird. Im Kern gilt es vornehmlich den Zugriff auf Daten und deren wirtschaftliche Nutzung kartellrechtlich adäquat abzubilden – bei der Definition räumlich und sachlich relevanter Märkte, im Zuge der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung sowie im Rahmen der Fusionskontrolle. Hierzu sind neben den vorbenannten rechtlichen Regulierungsregimes die jeweils in Rede stehenden Arten und Kategorien von Daten, deren Charakteristika und wettbewerblichen Eigenarten sowie allgemein die Wesensmerkmale datenbasierter Märkte zu betrachten und zu bewerten. Hierbei sind auch die Auswirkungen der Datenschutz- und Datenverfügungsdiskussion zu berücksichtigen.

Durch die zunehmende Verbreitung datenbasierter Geschäftsmodelle werden eine Vielzahl diskussionswürdiger Fragen aufgeworfen, die sich keinesfalls auf die hier adressierten Problemfelder beschränken. Vielmehr ist das gesamte Kartellrecht von den geänderten Rahmenbedingungen betroffen, wie sich an den für die 10. GWB-Novelle vorgesehenen Änderungen und der Diskussion um das New Competition

⁶ BMWI, Grünbuch „Digitale Plattformen“, S. 48.

Tool der Kommission zur Bekämpfung aufstrebender Risiken für effektiven Wettbewerb zeigt.⁷

Mit der Fokussierung auf die hier thematisierten Auswirkungen der datenbasierten Spezifika auf die Bestimmung von Markt, Marktabgrenzung und Marktmacht kann und soll nur ein spezifischer Ausschnitt der umfassenden Digitalisierung der Wirtschaft erörtert werden.

C. Gang der Untersuchung

- Kapitel 1 Grundlagen datenbasierter Märkte

Im ersten Kapitel wird eine Arbeitsdefinition des Begriffs „Daten“ aufgestellt, anschließend werden diese unter den Vorzeichen der kartellrechtlichen Notwendigkeit kategorisiert, um die zugrundeliegenden Charakteristika als Rohstoffe in der Marktwirtschaft zu erläutern. Der Rohstoffeigenschaft folgend werden die Monetisierungswege der Daten dargestellt, um die Auswirkungen auf die Markt- und Wettbewerbseigenschaften zu verdeutlichen. Hiervon ausgehend wird das typische Marktumfeld von Daten in dem für die Arbeit notwendigen Umfang vorgestellt. Sowohl aus diesem Marktumfeld als auch aus den Datenspezifika ergeben sich gewisse Charakteristika der Märkte, welche in den wettbewerbspolitischen Fragestellungen münden, die dieser Arbeit zugrunde liegen.

- Kapitel 2 Marktbestimmung auf datenbasierten Märkten

Gegenstand des zweiten Kapitels ist die Untersuchung des Marktbegriffs unter der Berücksichtigung der Kostenlosigkeit datenbasierter Angebote. Ausgehend von der wirtschaftswissenschaftlichen Marktdefinition und dem bisherigen Forschungsstand wird der Aussagegehalt des § 18 Abs. 2a GWB erläutert. Hierauf aufbauend werden die konstitutiven Marktkriterien herausgearbeitet. Anschließend wird ein Vergleich mit dem europäischen Recht unter Beachtung bislang ergangener Rechtsprechung und Behördenpraxis vorgenommen. Nach der Feststellung des Marktcharakters wird die Definition des sachlich und räumlich relevanten Marktes adressiert. Unter Beachtung der vorherrschenden Marktabgrenzungsmethoden und im Hinblick auf das Ziel der Offenhaltung des Marktes werden die Adaptionprobleme der qualitativen und quantitativen Methoden dargelegt und die bestmögliche Behandlung thematisiert.

- Kapitel 3 Die Rolle der Daten bei der Bestimmung von Marktmacht

Während im zweiten Kapitel der Blick auf das Gesamtzusammenspiel der auf datenbasierten Märkten wirkenden Charakteristika gerichtet wird, verengt sich diese

⁷ Kommission, Pressemitteilung, 2. 6. 2020, https://ec.europa.eu/germany/news/20200602-kartellrecht-kommission-konsultiert-interessentraeger_de.