

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung und Gang der Untersuchung	23
I. Datenbasierte Selbstbegünstigung	29
II. Beispiele für die datenbasierte Selbstbegünstigung	30
III. Gang der Untersuchung	34
B. Wettbewerbsökonomischer Hintergrund	35
I. Ökonomische Besonderheiten digitaler Plattformmärkte	35
1. Vermittlungsleistung	35
2. Netzwerkeffekte und Kippen eines Markts	37
3. Daten	40
4. Skalen- und Verbundvorteile	42
a) Skalen- und Verbundvorteile aufgrund der Kostenstruktur	42
b) Skalen- und Verbundvorteile auf Nutzerseite	45
c) Selbstverstärkende Effekte insbesondere bzgl. Daten	45
5. Lock in-Situation	48
6. Torwächter-Stellung	49
7. Regelsetzungsmacht	51
8. Ökosystembildung	53
a) Wachstumsanreize	54
b) Internes Wachstum	55
c) Folgen der Ökosystembildung	56
9. Innovation in digitalen Ökosystemen	58
a) Verhältnis zwischen Ökosystembildung und Innovationen	61
b) Innovationsförderung innerhalb digitaler Ökosysteme	63
c) Innovationsbeschränkung innerhalb digitaler Ökosysteme	65
d) Zwischenergebnis zur Innovation in digitalen Ökosystemen	66

Inhaltsverzeichnis

II. Fallgruppen der datenbasierten Selbstbegünstigung	67
1. Transaktionsplattform mit geringen plattform- und produktspezifischen Investitionskosten	69
2. Transaktionsplattform mit hohen plattform- und produktspezifischen Kosten	71
III. Mögliche wettbewerbsbeschränkende Effekte	73
1. Transaktionsplattform mit geringen plattform- und produktspezifischen Investitionskosten	74
a) Anpassungsflexibilität	74
b) Intensivierung des Preiswettbewerbs auf dem Zielmarkt	75
c) Skalenvorteile	76
d) Verbundvorteile	78
e) Innovationsanreize der Komplementäre	79
f) Innovationsanreize des Plattformbetreibers	85
g) Innovationsübertragungseffekte	86
h) Aufmerksamkeitsübertragungseffekte	86
i) Investitionsanreize des Plattformbetreibers	87
j) Zwischenergebnis zur Transaktionsplattform mit geringen plattform- und produktspezifischen Investitionskosten	88
2. Transaktionsplattform mit hohen plattform- und produktspezifischen Investitionskosten	90
a) Anpassungsflexibilität	90
b) Intensivierung des Preiswettbewerbs auf dem Zielmarkt	91
c) Skalen- und Verbundvorteile	91
d) Innovationsanreize der Komplementäre	93
e) Zwischenergebnis zur Transaktionsplattform mit hohen plattform- und produktspezifischen Investitionskosten	94
3. Zwischenergebnis zu möglichen Wettbewerbsbeschränkungen	95
C. Adressierung der datenbasierten Selbstbegünstigung durch die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht	97
I. Art. 102 AEUV, § 19 GWB	97
1. Materieller Gehalt des Missbrauchsverbots	99
a) Diskriminierungsmisbrauch	99
aa) Ansatz der EU-Kommission	101

bb) Kritik an dem Ansatz der EU-Kommission	106
cc) Ansatz des BGH	109
dd) Zwischenergebnis zum Diskriminierungsmisbrauch	111
b) Missbräuchliche Selbstbegünstigung als Missbrauch sui generis	113
aa) <i>Google Shopping</i> -Entscheidungen des EuG und EuGH	114
bb) Übertragbarkeit	118
(1) Konzeptionelle Unklarheit über die Rechtsgrundlage	118
(2) Schwierigkeiten bei der Differenzierung zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb	121
(3) Unklarheit über zusätzliche Tatbestandsmerkmale	125
cc) Zwischenergebnis zur missbräuchlichen Selbstbegünstigung	129
c) Missbräuchliche Geschäftsverweigerung	130
aa) <i>Slovak Telekom</i> -Entscheidung des EuGH	132
bb) Auswirkungen der <i>Slovak Telekom</i> -Entscheidung und offene Fragen	135
(1) Regulierungsrechtliche Pflicht zur Zugangsgewährung	135
(2) Infrastruktur aus einem ehemaligen Staatsmonopol	137
(3) Übertragbarkeit auf die datenbasierte Selbstbegünstigung	139
cc) Konstruktive Geschäftsverweigerung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	140
(1) Anforderungen an das Zugangsobjekt nach <i>Slovak Telekom</i>	141
(2) Transaktionsplattform als Zugangsobjekt	143
(3) Verweigerung des Zugangs zu angemessenen Bedingungen	146
(4) Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs	148
(5) Sachliche Rechtfertigung	148
dd) Zwischenergebnis zur missbräuchlichen Geschäftsverweigerung	150

Inhaltsverzeichnis

d) Zwischenergebnis zum materiellen Gehalt des Missbrauchsverbots	151
2. Defizite der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	154
a) Indirekte Wirkung	157
aa) Faktoren, die die indirekte Wirkung beeinflussen	158
bb) Indirekte Wirkung am Beispiel der datenbasierten Selbstbegünstigung	160
b) Direkte Wirkung	162
c) Zwischenergebnis zu den Defiziten der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	166
3. Zwischenergebnis zu Art. 102 AEUV, § 19 GWB	167
II. § 20 GWB	168
1. Abgrenzung von der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	168
2. Adressatenstellung	169
3. Materieller Gehalt des Missbrauchs gemäß § 20 GWB	171
a) § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB	171
b) § 20 Abs. 3a GWB	173
aa) Verweis auf § 20 Abs. 3 GWB	173
bb) Behinderung von Wettbewerbern	174
cc) Bei der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten	177
dd) Gefahr für den Leistungswettbewerb	178
(1) Erreichen der Eingriffsschwelle	179
(2) Abgrenzung von Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb	181
ee) Zwischenergebnis zu § 20 Abs. 3a GWB	182
c) Zwischenergebnis zum materiellen Gehalt des Missbrauchs gemäß § 20 GWB	183
4. Kompensation der Defizite der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	183
a) Indirekte Wirkung	183
aa) Indirekte Wirkung bei der Normadressatenschaft	184
bb) Indirekte Wirkung bei dem Missbrauchsvorwurf	184
b) Direkte Wirkung	185
aa) Direkte Wirkung bei der Normadressatenschaft	185
bb) Direkte Wirkung bei dem Missbrauchsvorwurf	186

5. Zwischenergebnis zu § 20 GWB	187
D. Adressierung der datenbasierten Selbstbegünstigung durch für die Digitalwirtschaft konzipierte Instrumente	189
I. § 19a GWB	189
1. Regelungstechnik des § 19a GWB	189
2. Normzweck und Schutzobjekt	192
3. Anwendung von § 19a Abs. 2 GWB	193
a) Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten	194
aa) Daten	194
bb) Wettbewerbsrelevanz	195
(1) Qualität der Daten	196
(2) Quantität der Daten	198
(3) Wertschöpfungsmöglichkeit des Unternehmens	198
b) Von anderen Unternehmen erhalten	199
c) Zu anderen Zwecken erhalten als der Erbringung der Dienste gegenüber diesen Unternehmen	200
d) Keine ausreichende Wahlmöglichkeit	201
e) Gefährdung der Schutzgüter des GWB	201
aa) Verdeckte Lücke	203
bb) Rechtfertigung der teleologischen Reduktion	204
cc) Zwischenergebnis zur Einschränkung	207
f) Sachliche Rechtfertigung	208
aa) Eingeschränkte Effizienzrechtfertigung	208
bb) Objektive Rechtfertigung	209
g) Zwischenergebnis zur Anwendung von § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 lit. b GWB	210
4. Kompensation der Defizite der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	210
a) Indirekte Wirkung	210
aa) Indirekte Wirkung vor Erlass einer Verbotsverfügung	211
bb) Indirekte Wirkung nach Erlass einer Verbotsverfügung	213
b) Direkte Wirkung	214
aa) Direkte Wirkung bei der Normadressatenschaft	214
bb) Direkte Wirkung bei dem Missbrauchsvorwurf	216
(1) Indizwirkung der Regelbeispiele	217

Inhaltsverzeichnis

(2) Beweislastumkehr	217
(a) Beschränkung aufgrund Unionsrechts	219
(b) Beschränkung aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes und der Eingriffsverwaltung	219
(c) Beschränkung aufgrund des Rechts auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG	220
(d) Beschränkung aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	221
(e) Zwischenergebnis zur Beweislastumkehr	224
(3) Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr	225
cc) Direkte Wirkung des § 19a GWB in der Praxis	227
c) Zwischenergebnis zur Kompensation der Defizite der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	230
5. Defizite von § 19a GWB	230
6. Zwischenergebnis	231
II. DMA	232
1. Regelungstechnik des DMA	233
a) Adressatenstellung	233
b) Zentrale Ge- und Verbote des DMA	237
c) Nachweispflicht	238
d) Regulatorischer Dialog	241
e) Überwachungs- und Durchsetzungsbefugnisse der EU-Kommission	243
f) Sanktionsmöglichkeiten	245
g) Verfahrensdauer	246
2. Anwendung des DMA am Beispiel von Art. 6 Abs. 2 DMA	248
a) Nicht öffentlich zugängliche Daten	249
b) In Zusammenhang mit dem ZPD	251
c) Verwendungsverbot im Wettbewerb	252
d) Folgen von Art. 6 Abs. 2 DMA	255
e) Regulatorischer Dialog zur Berücksichtigung möglicher Effizienzsteigerungen der datenbasierten Selbstbegünstigung	257
f) Zwischenergebnis zu Art. 6 Abs. 2 DMA	260

3. Kompensation der Defizite der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	261
a) Indirekte Wirkung	261
b) Direkte Wirkung	264
c) Zwischenergebnis zur Kompensation der Defizite der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht	266
4. Überregulierung durch den DMA	267
a) Überregulierung durch Art. 6 Abs. 2 DMA	267
b) Instrumente zur Flexibilisierung <i>de lege lata</i>	270
aa) Effizienzrechtfertigung und teleologische Reduktion	270
bb) Regulatorischer Dialog	271
cc) Aufgreifermessen der EU-Kommission	272
dd) Zwischenergebnis zu den Instrumenten zur Flexibilisierung <i>de lege lata</i>	273
c) Zwischenergebnis zu den Defiziten des DMA	273
5. Zwischenergebnis zum DMA	274
III. Vergleichende Bewertung der für die Digitalwirtschaft konzipierten Instrumente	274
1. Ausdruck der Annäherung an ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot	275
2. Bewertung der für die Digitalwirtschaft konzipierten Instrumente	277
a) Wertende Betrachtung der Instrumente	277
aa) Häufigkeit eines Verhaltens	278
bb) Erforderlichkeit neuer Prüfungsmaßstäbe	279
cc) Unterschiede zwischen Plattformen und regulierten Netzindustrien	280
dd) Dynamik digitaler Märkte	282
ee) Ambivalente Wirkungen des Verhaltens	283
ff) Wissensdefizite	286
b) Zwischenergebnis zur Bewertung der für die Digitalwirtschaft konzipierten Instrumente	287
3. Zwischenergebnis zur Einordnung der für die Digitalwirtschaft konzipierten Instrumente	288
IV. Ausblick	291
1. Ansatzpunkt: DMA	291

Inhaltsverzeichnis

2. Ansatzpunkt: Missbrauchsaufsicht	293
a) Vorteile eines formbasierten Ansatzes neben dem DMA	293
b) Bezugspunkt eines stärker formbasierten Ansatzes	295
aa) Änderung der Durchsetzungsprioritäten	297
(1) Begriff der wettbewerbswidrigen Marktverschließung	297
(2) Rolle weniger effizienter Wettbewerber	298
(3) Zwischenergebnis zu der Änderung der Durchsetzungsprioritäten	299
bb) Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen	300
(1) Verhältnis der Missbrauchskategorien zueinander	301
(2) Konzept des Leistungswettbewerbs	302
3. Zwischenergebnis zum Ausblick	307
E. Fazit	309
Literaturverzeichnis	313