

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|--------|
| Kapitel 1 Einleitung | 15 |
| A. Hinführung zur Thematik | 15 |
| B. Gang der Untersuchung | 18 |
| Kapitel 2 Wettbewerbliche Auswirkungen von datenbasierten Fusionen | 19 |
| A. Daten als eigenständiger wettbewerblicher Schadensfaktor | 20 |
| I. Kein direkter Zusammenhang zwischen Datenmenge und Marktmacht | 21 |
| II. Daten als Marktzutrittsschranke | 23 |
| B. Daten als Faktor bei horizontalen Fusionen | 26 |
| I. Exklusivität von Datenbeständen | 26 |
| 1. Exklusivität durch Datenknappheit bzw. fehlende Replizierbarkeit | 27 |
| a) Begrenztheit aufgrund beschränkter Erhebungswege trotz Nicht-Rivalität | 27 |
| b) Verfügbarkeit von digitalen Daten als exklusivitätshemmender Faktor | 32 |
| c) Begrenzte Austauschbarkeit von Daten verschiedener Verarbeitungstufen | 33 |
| d) Zusammenhang zwischen Erhebungswegen und Austauschbarkeit | 34 |
| 2. Exklusivität durch den Umfang der Datensammlung | 35 |
| II. Marktzutrittsschranke durch überlegene lernende Systeme | 39 |
| 1. Qualität durch große Menge an Daten | 42 |
| 2. Qualität durch besondere Güte der Daten | 44 |
| III. Verknüpfung verschiedener Dienste am Beispiel Facebook/WhatsApp | 45 |
| 1. Gründe für fehlende appübergreifender Interoperabilität | 46 |
| 2. Netzwerkeffekte abmildernde Faktoren | 47 |
| 3. Kritikwürdige Argumentation der Kommission | 48 |
| IV. Bewertung | 51 |

| | |
|--|----|
| C. Daten als Faktor bei vertikalen Fusionen | 54 |
| I. Marktabstottung durch Zugangshindernis zu Daten als Vorleistung | 55 |
| 1. Ausgangslage im Fall TomTom/Tele Atlas | 55 |
| 2. Fähigkeit zur Abstottung | 56 |
| 3. Anreiz zur Abstottung | 59 |
| 4. Auswirkungen auf den nachgelagerten Markt | 60 |
| 5. Bewertung | 61 |
| II. Daten als Einsatzmittel für maschinelles Lernen | 61 |
| 1. Kommissionsentscheidung Microsoft/LinkedIn | 61 |
| a) Fähigkeit zur Abstottung | 63 |
| b) Anreiz zur Abstottung | 65 |
| c) Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb | 65 |
| 2. Bewertung | 66 |
| III. Verfestigung wesentlicher Einrichtungen als Marktzutrittsschranke | 66 |
| 1. Essential-Facility-Doktrin als taugliche Grundlage | 68 |
| a) Herkunft aus der US-amerikanischen Antitrust-Lehre | 68 |
| b) Ausgestaltung im EU-Recht | 69 |
| 2. Die Ausweitung auf Immaterialgüterrechte bei Magill | 70 |
| 3. Unentbehrlichkeit nach den Rechtssachen Bronner und IMS-Health | 72 |
| a) Technische und wirtschaftliche Hindernisse der Ersatzfähigkeit | 73 |
| b) Rechtliche Hindernisse der Ersatzfähigkeit | 74 |
| 4. Fehlende Essential-Facility-Merkmale bei der Suchmaschine Google | 75 |
| 5. Essential Facility bei mobilen Betriebssystemen | 79 |
| a) Markteinschätzung | 79 |
| b) Tendenzen einer Essential Facility | 82 |
| IV. Mobile Betriebssysteme als zentrale Marktzutrittsschranke | 83 |
| D. Daten als Faktor bei konglomeraten Fusionen | 85 |
| I. Abstottung durch Kopplungs- und Bindungsstrategien | 88 |
| 1. Zusammenlegung der Daten bei Google/DoubleClick | 90 |
| a) Vertragsänderungsmacht durch neue Marktposition | 90 |
| b) Fehlender Anreiz der Datenweitergabe | 91 |
| 2. Beispielhafte Bindungsstrategien ohne Datenbezug bei Intel/McAfee | 92 |
| a) Technische Bindungsstrategien | 92 |
| aa) Fähigkeit zur technischen Bindung | 92 |

| | |
|---|---------|
| bb) Anreiz zur technischen Bindung | 93 |
| cc) Auswirkungen auf die Märkte | 95 |
| b) Kommerzielle Bindungsstrategien | 95 |
| aa) Fähigkeit zur Abschottung | 95 |
| bb) Anreiz zur Abschottung | 97 |
| cc) Auswirkungen auf die Märkte | 98 |
| 3. Ausschlusspraktiken bei Microsoft/LinkedIn | 99 |
| a) Fähigkeit zur Abschottung | 99 |
| aa) Vorinstallation von LinkedIn auf Windows-PCs | 99 |
| bb) LinkedIn-Integration in Office und Zugriffsverweigerung auf Programmierschnittstellen | 100 |
| b) Anreiz zur Abschottung | 101 |
| c) Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb | 102 |
| 4. Bewertung | 103 |
| II. Abschottung durch Interoperabilitätsbehinderungen | 107 |
| 1. Intel/McAfee | 108 |
| a) Fähigkeit Intels zur Verschlechterung der Interoperabilität | 108 |
| b) Anreiz Intels zur Verschlechterung der Interoperabilität | 109 |
| c) Auswirkungen auf die Märkte | 110 |
| 2. Microsoft/Skype | 111 |
| a) Fähigkeit Microsofts zur Abschottung | 111 |
| b) Keine Anreize Microsofts zur Abschottung | 111 |
| c) Auswirkungen auf den Markt | 112 |
| 3. Bewertung | 113 |
| III. Besondere Bedeutung der Finanzkraft in der digitalen Ökonomie | 114 |
| 1. Entscheidungen der Kommission ohne Kompensation der Finanzkraft | 116 |
| 2. Relevanz für Fusionen in der digitalen Ökonomie | 118 |
| 3. Bewertung | 120 |
| Kapitel 3 Abhilfemaßnahmen bei datenbasierter Marktmacht in der Fusionskontrolle | 123 |
| A. Rechtliche Rahmenbedingungen für Abhilfemaßnahmen | 123 |

| | |
|---|-----|
| B. Veräußerungszusagen zur Abhilfe datenbasierter Marktmacht | 125 |
| I. Veräußerung eines lebens- und wettbewerbsfähigen Geschäfts | 126 |
| II. Veräußerung von Vermögenswerten in Form von Datenbeständen | 128 |
| 1. Das Umsatzkriterium als Maßgabe für die Lebens- und Wettbewerbsfähigkeit eines Vermögensgegenstandes | 129 |
| 2. Duplizierung und Weitergabe von Daten ohne Personenbezug am Beispiel Thomson/Reuters | 131 |
| a) Sachverhalt und Marktwürdigung der Entscheidung Thomson/Reuters | 131 |
| b) Abhilfemaßnahmen im Fall Thomson/Reuters | 133 |
| aa) Ursprünglich angebotenen Abhilfemaßnahmen | 133 |
| bb) Geänderte Abhilfemaßnahmen | 134 |
| cc) Fehlende Substituierbarkeit als Bedingung für eine weitreichendere Anwendung | 135 |
| dd) Übergangsfristen | 136 |
| c) Bewertung 1: Komplexität auch ohne Personenbezug | 137 |
| d) Bewertung 2: Zustimmungspflicht Dritter als hohe Barriere bei Daten | 137 |
| 3. Hindernisse bei personenbezogenen Datenbeständen als Veräußerungsobjekt | 138 |
| 4. Datensatz und Erhebungswerkzeug als Veräußerungsobjekt | 142 |
| 5. Umsatzkriterium vs. kostenlose Geschäftsmodelle | 143 |
| 6. Bewertung | 143 |
| C. Marktöffnungszusagen zur Abhilfe datenbasierter Marktmacht | 144 |
| I. Zugang zu Technologien und Vorleistungen von wesentlicher Bedeutung für die Datenverarbeitung | 145 |
| 1. Zugang zu Technologien durch Lizenzen | 146 |
| a) Grundsätzlicher Einsatz und Ausgestaltungsmöglichkeiten von Lizenzen als Abhilfemaßnahme | 146 |
| b) Eingeschränkte Lizenzmöglichkeiten bei Anwendungen zur Aufzeichnung des Nutzerverhaltens | 148 |
| c) Technologieübertragung am Beispiel Cisco/Tandberg | 149 |
| d) Datenbasierte Marktmacht durch Patente an neuen Technologien | 151 |

| | |
|---|-----|
| e) Bewertung: Rechteübertragung als transparente und strukturell wirkende Maßnahme | 152 |
| 2. Zugang zu vorgelagerten wesentlichen Einrichtungen | 153 |
| II. Kein Zugang zu Datenbeständen über die Essential-Facility-Doktrin | 155 |
| III. Alternative Zugangsmöglichkeiten zu Daten ohne Personenbezug | 156 |
| 1. Bestehende entgeltliche Datenzugangs-Initiativen bei nicht-personenbezogenen oder anonymisierten Daten | 157 |
| 2. Beispielhafte Fallkonstellation zur Berücksichtigung nicht-personenbezogener Daten | 158 |
| 3. Zugang zu Daten durch Unterwerfung unter FRAND-Bedingungen | 159 |
| 4. Konkrete Ausgestaltung eines Datenzugangs | 160 |
| 5. Bewertung | 162 |
| IV. Erhalt des Zugangs zu Daten als notwendiger Input am Beispiel Facebook | 163 |
| D. Verhaltenszusagen zur Abhilfe datenbasierter Marktmacht | 163 |
| I. Anforderungen an verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen | 164 |
| 1. Mehr als bloße Verhaltenssteuerung | 165 |
| 2. Verhinderung einer marktbeherrschenden Stellung | 165 |
| 3. Bewertung | 166 |
| II. Mögliche verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen bei datenbasierter Marktmacht | 167 |
| 1. Verpflichtung zu getrennten Datenbeständen | 168 |
| a) Fusionsentscheidung Facebook/WhatsApp | 168 |
| b) Fusionsentscheidung Google/DoubleClick | 171 |
| c) Abgeleitete verhaltensbezogene Abhilfemaßnahmen | 171 |
| ... | 171 |
| aa) ... aufgrund technisch indizierter Trennung der Datenbestände | 172 |
| bb) ... aufgrund rechtlich indizierter Trennung der Datenbestände durch die DSGVO | 173 |
| cc) ... bei verhaltensbasierter Trennung der Datenbestände | 175 |
| d) Bewertung | 176 |
| 2. Zusagen zum Interoperabilitäts-erhalt | 177 |
| a) Abhilfemaßnahmen nach der Fusion Intel/McAfee | 177 |
| b) Fusionsentscheidung Oracle/Sun Microsystems mit Quasi-Zusagen | 178 |

| | |
|--|---------|
| c) Komplexität von Interoperabilitätszusagen | 180 |
| 3. Unterlassen von technischen und vertraglichen Bindungsstrategien | 180 |
| a) Angebotene Abhilfemaßnahmen bei Intel/McAfee | 181 |
| b) Kritik an Abhilfemaßnahmen als laufende Verhaltenskontrolle | 182 |
| c) Bewertung und Übertragbarkeit der Abhilfemaßnahme im Fall Intel/McAfee | 182 |
| 4. Begleitmaßnahme: Aktivierung der Daten-Portabilität bei personenbezogenen Daten | 183 |
| a) DSGVO als taugliche Grundlage für ein kartellrechtliches Instrument | 184 |
| b) Daten-Portabilität als Grundlage einer Abhilfemaßnahme | 185 |
| c) Unwägbarkeiten zugunsten technologieneutraler Ausgestaltung | 188 |
| d) Notwendige zusätzliche Anforderungen der Unternehmen zur Begründung einer Abhilfemaßnahme | 189 |
| aa) Herstellung technischer Machbarkeit | 189 |
| bb) Nutzerhinweis auf das bestehende Recht | 190 |
| cc) Bewertung | 190 |
| e) Verstärkung von Konzentrationstendenzen durch das Recht auf Datenübertragung | 191 |
| E. Zwischenergebnis | 193 |
| Kapitel 4 Absicherungsmechanismen und Sanktionen von Abhilfemaßnahmen | 196 |
| A. Überwachung und Durchsetzung von Marktöffnungs- und Verhaltenszusagen | 196 |
| I. Laufzeiten | 196 |
| II. Kontrollverzicht der Kommission bei marktkonformer Durchsetzung | 198 |
| 1. Komplexität | 199 |
| 2. Wirksame Kontrolle | 199 |
| a) Der Treuhänder als ambivalentes Kontrollorgan | 200 |
| aa) Objektive Anforderungen an das Treuhändermandat | 200 |

| | |
|--|---------|
| bb) Subjektive Anforderungen an den Treuhänder | 202 |
| cc) Bewertung | 203 |
| b) Das beschleunigte Schiedsverfahren | 204 |
| aa) Marktbasierte Kontrolle durch eine Vielzahl potentiell Betroffener | 204 |
| bb) Flexibilität und Kürze des Verfahrens | 205 |
| cc) Ermessen des Schiedsgerichts durch Rückkopplung an die Kommission | 206 |
| dd) Bewertung | 207 |
| 3. Durchsetzungsmechanismen bei Marktöffnungszusagen | 208 |
| a) Alleiniges Schiedsverfahren bei konkreten Vorgaben | 208 |
| b) Schiedsverfahren und Treuhänder | 209 |
| c) Schiedsverfahren als Durchsetzungsinstrument bei Teilhabezusagen | 210 |
| 4. Durchsetzung von Verhaltenszusagen im Einzelnen | 211 |
| a) Verpflichtung zu getrennten Datenbeständen | 211 |
| aa) Bei technischer Barriere | 212 |
| bb) Aufgrund datenschutzrechtlicher Gründe | 212 |
| b) Interoperabilitätszusage bzw. Zulassen unternehmensexterner Produktkopplung | 214 |
| c) Unterlassen von Bindungsstrategien | 214 |
| d) Nutzerrecht auf Datenübertragbarkeit | 215 |
| e) Zusicherungen durch Verträge als wirkungsgleiche Maßnahmen | 216 |
| III. Bewertung | 218 |
| B. Sanktionsmöglichkeiten | 219 |
| I. Bußgelder bei leichten Verstößen (Art. 14 Abs. 1 FKVO) | 219 |
| II. Bußgelder bei schweren Verstößen (Art. 14 Abs. 2 FKVO) | 220 |
| III. Bußgeldbemessung nach Art, Schwere und Dauer (Art. 14 Abs. 3 FKVO) | 221 |
| IV. Die Bußgeldentscheidung im Fall Facebook/WhatsApp | 221 |
| Kapitel 5 Zusammenfassung und abschließende Thesen | 225 |
| Literaturverzeichnis | 233 |
| Materialverzeichnis | 249 |