



Marc Lendermann

Die Digitalwirtschaft als Herausforderung für das Wettbewerbsrecht

Welcher Reformbedarf in Deutschland, Frankreich und der EU?



Marc Lendermann

Die Digitalwirtschaft als Herausforderung
für das Wettbewerbsrecht –
welcher Reformbedarf in Deutschland,
Frankreich und der EU?

Universitätsverlag Potsdam

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Universitätsverlag Potsdam 2020
<http://verlag.ub.uni-potsdam.de/>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam
Tel.: +49 (0)331 977 2533 / Fax: -2292
E-Mail: verlag@uni-potsdam.de

MEGA-Schriftenreihe

Herausgegeben von Isabella Proeller, Silvia von Steinsdorff,
Karl-Peter Sommermann, David Capitant, Fabrice Larat

ISSN (online) 2701-391X

Satz: text plus form, Dresden
Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.
Umschlagbilder: Stefanie Herbst

Online veröffentlicht auf dem Publikationsserver
der Universität Potsdam
<https://doi.org/10.25932/publishup-45914>
<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-459142>

Vorwort

Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben steht heute in fast allen Bereichen im europäischen oder internationalen Kontext. Erfolgreiche administrative Gestaltung erfordert in zunehmendem Maß grenzübergreifende, europäische Orientierung und profunde Kenntnisse des politischen, administrativen und rechtlichen Umfelds auch außerhalb des nationalen Rahmens.

In diesem Bewusstsein haben der deutsche Bundeskanzler und der Präsident der französischen Republik im Jahr 2003 anlässlich des 40. Jahrestags des Elysée-Vertrags ein gemeinsames deutsch-französisches Qualifizierungsprogramm initiiert, den „Master of European Governance and Administration“ (MEGA), der sich vor allem an Angehörige des höheren Dienstes beider Staaten wendet. Bisher haben über 160 Beschäftigte des öffentlichen Dienstes beider Länder, aber auch Teilnehmende aus Verwaltungen anderer europäischer Staaten und der Privatwirtschaft das MEGA-Programm erfolgreich abgeschlossen.

Der postgraduale MEGA-Studiengang wird von einem deutsch-französischen Konsortium durchgeführt. Die federführenden Ministerien sind in Deutschland das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat/Bundesakademie für öffentliche Verwaltung (BAköV) und in Frankreich das Ministerium für den öffentlichen Dienst. Die akademischen Partner sind in Deutschland die Universität Potsdam, die Humboldt-Universität zu Berlin und die Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer und in Frankreich die Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne und die École nationale d'administration (ENA). Die beteiligten Universitäten verleihen einen international anerkannten Joint Degree.

Im Sinne eines wissenschaftsbasierten, aber praxisorientierten Executive Programms erarbeiten die MEGA-Studierenden in ihrer abschließenden Master-Arbeit eine selbstgewählte Fragestellung anhand der im Studium vermittelten

Erklärungsansätzen. In vielen Fällen beziehen sich die Master-Arbeiten auf Beratungsbedarf der entsendenden Dienststelle oder auf ein konkretes Projekt aus dem im Studiengang absolvierten Praxismoduls.

Im Jahr 2019 werden zum ersten Mal die besten Master-Arbeiten des neunten Jahrgangs durch die Universität Potsdam veröffentlicht. Damit wollen wir einer interessierten Öffentlichkeit die von den Studierenden geleisteten Beiträge zu einer besseren deutsch-französischen Verwaltungszusammenarbeit zugänglich machen und die Praxisrelevanz des MEGA-Programms stärken.

Das MEGA-Konsortium

www.mega-master.eu



Préface

De nos jours, l'action publique est impactée dans presque tous les domaines par le contexte européen ou international. Pour pouvoir être efficace, le travail des administrations doit de plus en plus tenir compte de ce qui se passe hors des frontières nationales et nécessite, de la part des agents publics, des connaissances approfondies de l'environnement politique, administratif et juridique de nos principaux voisins.

Dans cette optique, lors du 40ème anniversaire du Traité de l'Élysée le 22 janvier 2003, le président de la République française et le Chancelier fédéral allemand ont initié un programme conjoint de formation en administration publique s'adressant principalement aux cadres de la fonction publique des deux pays. A ce jour, plus de 160 fonctionnaires français et allemands, ainsi que des participants des administrations d'autres pays européens et du secteur privé, ont suivi avec succès le programme MEGA.

Ce programme de formation continue est géré par un consortium franco-allemand. Les ministères responsables sont le ministère fédéral allemand de l'Intérieur, de la Construction et du Territoire/l'Académie fédérale d'administration publique (BAköV) et le ministère français de la Fonction publique. Les partenaires académiques sont l'École nationale d'administration (ENA), l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, l'Université de Potsdam, l'Université Humboldt de Berlin et l'Université Allemande des Sciences Administratives Speyer. Les universités participantes décernent un *Joint Degree* reconnu au niveau international.

Les étudiants du MEGA développent dans leur mémoire de master une question de leur choix, en s'appuyant sur les théories enseignées dans le cadre du programme. Celui-ci étant résolument orienté vers la pratique, il est courant que les sujets des mémoires répondent à un besoin d'expertise spécifique de l'ins-

titution d'envoi ou qu'ils portent sur un projet réalisé dans le cadre du stage obligatoire.

En 2019, l'Université de Potsdam publiera pour la première fois les meilleurs mémoires de master de la neuvième promotion. Nous poursuivons ainsi un double objectif : rendre accessibles à un public intéressé les contributions des étudiants à une meilleure coopération administrative franco-allemande et renforcer la pertinence du programme MEGA pour la pratique.

Le consortium du MEGA

www.mega-master.eu



Inhalt

Vorwort	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
1 Einleitung	1
1.1 Problematik und Zielsetzung	2
1.2 Eingrenzung und Thematik	3
1.3 Gang der Untersuchung und Methodik	4
1.4 Definitionen und Begriffe	5
2 Hauptteil	7
2.1 Die Digitalökonomie und ihre wettbewerbsrechtliche Behandlung <i>de lege lata</i>	7
2.1.1 Merkmale von Geschäftsmodellen der Digital- und Datenwirtschaft	8
2.1.2 Der bestehende Rechtsrahmen und seine Anwendung auf digitale Märkte	12
2.2 Herausforderungen durch die Digitalwirtschaft für das Wettbewerbsrecht und Regelungsbedarf <i>de lege ferenda</i> ...	16
2.2.1 Herausforderungen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts	16
2.2.2 Regelungsbedarf <i>de lege ferenda</i> ?	29
3 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	49
Literaturverzeichnis	53
Zeitungsartikel	59
Veröffentlichungen von Institutionen	60
	IX

Vorwort

„[...] le droit de la concurrence qu’il faut préserver et qui doit occuper une place plus grande encore dans la régulation numérique, mais qui doit lui-même évoluer pour mieux capter les spécificités de cette nouvelle économie.“

Emmanuel Macron¹

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2018 als Masterarbeit im Rahmen des Studiengangs „Master of European Governance and Administration“ angenommen und am 4. Dezember 2018 verteidigt. Die Aktualität des Themas zum Zeitpunkt der Erstellung der Arbeit wird durch das oben erwähnte Zitat des französischen Staatspräsidenten veranschaulicht, der am Tag der Abgabe der Masterarbeit in einer Rede beim *Internet Governance Forum* in Paris mit der zitierten Aussage auf den Reformbedarf des Wettbewerbsrechts mit Blick auf die Digitalwirtschaft hinwies. Die Arbeit entstand unter der Betreuung von Prof. Dr. Dr. h. c. Andreas Knorr (Deutsche Hochschule für Verwaltung Speyer), dem ich für die gute Betreuung und wertvolle Anregungen danke. Zweitgutachter war Prof. Dr. David Capitant (Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne). Beiden Prüfern gilt mein Dank ich für die schnelle Anfertigung der Gutachten.

¹ Rede beim Internet Governance Forum in Paris am 12.11.2018. Die Rede ist abrufbar unter <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/11/12/discours-du-president-de-la-republique-emmanuel-macron-lors-du-forum-sur-la-gouvernance-de-linternet-a-lunesco> (zuletzt abgerufen am 27.10.2019).

Zwischen der Einreichung der Masterarbeit und ihrer Veröffentlichung wurden mehrere im Auftrag der Regierungen Deutschlands und Frankreichs sowie der Europäischen Kommission erstellte Gutachten und Berichte veröffentlicht. Die in diesen Dokumenten enthaltenen Empfehlungen wurden ebenso wie zwischenzeitlich erschienene Literatur soweit möglich für die Druckfassung berücksichtigt. Inwieweit anstehende Rechtssetzungsvorhaben, insbesondere die 10. GWB-Novelle, die Herausforderungen der Digitalwirtschaft aufgreifen, war zum Zeitpunkt der Erstellung der Druckfassung noch nicht absehbar.

Die Masterarbeit konnte auf Inhalte aufbauen, die im Rahmen mehrerer Module des Studiengangs unterrichtet wurden. Zudem konnten Erkenntnisse aus dem Praxismodul einfließen, das in der Wirtschaftsabteilung der französischen Botschaft in Washington D. C. absolviert wurde und Einblicke in die in den USA geführte Diskussion über eine Modernisierung des amerikanischen Wettbewerbsrechts ermöglichte.

Da die Arbeit im Rahmen eines berufsbegleitenden Studienprogramms entstand, sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass sie ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wiedergibt.

San Francisco, Februar 2020

Dr. Marc Lendermann

Zusammenfassung Der bislang in Deutschland und Frankreich sowie auf EU-Ebene geltende Rechtsrahmen ist grundsätzlich geeignet, um den Besonderheiten der Digitalwirtschaft Rechnung tragen zu können. Legislatives Handeln scheint insbesondere dort sinnvoll, wo es zur Effektivierung der Durchsetzung des bestehenden Rechts beiträgt. Dies betrifft unter anderem die Stärkung einstweiliger Maßnahmen, für deren Anwendung Frankreich als Vorbild dienen kann.

In den untersuchten Rechtsordnungen lässt sich ein inkrementeller Politikansatz beobachten: die Säulen des Wettbewerbsrechts wirken sukzessive in den Blick genommen und gesetzgeberische Maßnahmen nur schrittweise vorgenommen.

Die in Deutschland und Frankreich geführten Diskussionen und bereits vorgenommenen gesetzgeberischen Maßnahmen deuten derzeit auf eine zunehmende Divergenz zwischen deutschem und französischem Wettbewerbsrecht bei den Antworten auf die Herausforderungen der Digitalwirtschaft hin. Zum einen, weil die in Deutschland vorgenommenen Änderungen der Zusammenschlusskontrolle in Frankreich nicht übernommen werden. Zum anderen, weil die in Deutschland diskutierten Vorschläge zur Reform der Missbrauchsaufsicht kaum auf das französische Recht übertragbar sind.

Résumé En principe, les droits français, allemand et européen de la concurrence permettent de prendre en compte les spécificités de l'économie numérique. Des mesures législatives sont à recommander dans les domaines où elles contribuent à une mise en œuvre plus efficace du droit existant. Ceci vaut en particulier pour un renforcement des mesures provisoires, un domaine où la France peut servir comme modèle.

On peut constater une approche législative qui peut être caractérisé comme incrémentalisme : Les différentes branches du droit de la concurrence sont approchées successivement et le législateur adopte des changements à petits pas.

En outre, on peut observer une divergence dans le développement des droits allemands et français de la concurrence en ce qui concerne les réponses aux défis de l'économie numérique : selon l'autorité de la concurrence, les mesures législatives adoptées en Allemagne ne vont pas servir comme modèle pour une réforme du contrôle des concentrations en France. De plus, les propositions discutées en Allemagne sur une réforme du contrôle des abus de position dominante ne semblent pas être compatibles avec le système français.

Abstract In principle, the existing legal framework in Germany, France and the EU is suitable to deal with the specific characteristics of the digital economy. Legislative action seems to be required only where it contributes to render the enforcement more effective. This is particularly the case for strengthening preliminary measures, for which French law could serve as a model.

In the legal orders analyzed in this paper, an incremental policy approach can be noticed: the different pillars of antitrust law are approached separately and legislative measures are only taken step by step. The measures that are discussed in Germany and France or that have already been adopted seem to lead to an increasing divergence in both countries' antitrust law when it comes to dealing with the challenges posed by the digital economy. The reasons for this are two-fold: First, because France is not going to adopt the thresholds for merger control that Germany has introduced. Secondly, the measures under discussion in Germany will hardly be suitable for the French legal system.

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt
ADLC	Autorité de la concurrence
a. F.	alter Fassung
a. a. O.	Am angegebenen Ort
BB	Betriebsberater
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BKartA	Bundeskartellamt
CoRe	European Competition and Regulatory Law Review
CRi	Computer Law Review International
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FKVO	Fusionskontrollverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
PinG	Privacy in Germany
RDC	Revue des contrats
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (EuGH)
VO	Verordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

1 Einleitung

Unternehmen der Internetökonomie geraten bereits seit längerer Zeit verstärkt in den Fokus europäischer Wettbewerbsbehörden. Verfahren gegen große Unternehmen der Digitalwirtschaft sorgen wiederholt für Schlagzeilen. So hat etwa die Europäische Kommission gegen Google ein Bußgeld in Rekordhöhe erlassen: 4,34 Millionen € muss das Unternehmen wegen illegaler Praktiken bei Android-Mobilgeräten zur Stärkung der beherrschenden Stellung der *Google*-Suchmaschine zahlen.¹ Die Befassung von Wettbewerbsbehörden mit Unternehmen der Internetwirtschaft liegt auch daran, dass viele Märkte von großen „Internetriesen“ geprägt werden. Die Abkürzung GAFA für die größten von ihnen ist mittlerweile zum geflügelten Wort geworden.² Vor dem Hintergrund der zunehmenden Marktmacht großer Unternehmen ist eine Diskussion aufgekommen darüber, ob das geltende Wettbewerbsrecht ausreicht, um den Herausforderungen der Digitalwirtschaft gerecht zu werden. Deutschland ist eines der ersten Länder, das legislativ auf die wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen der Digitalwirtschaft hat.³ Dennoch ist auch dort die Diskussion über wettbewerbspolitischen Handlungsbedarf nach wie vor im Gange und damit von großer Relevanz. Im Koalitionsvertrag für die laufende Legislaturperiode hat sich die derzeitige Bundesregierung vorgenommen, die Missbrauchsaufsicht weiterzuentwickeln, insbesondere im Hinblick auf Missbräuche von Plattformunternehmen.⁴ Auch in Frankreich hat die Frage, ob Anpassungen am Wettbewerbsrecht

¹ Siehe die Pressemitteilung IP/18/4581 vom 18.7.18, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP18-4581_de.htm (zuletzt abgerufen: 25.10.18).

² Dabei steht GAFA für Google (jetzt Alphabet), Apple, Facebook und Amazon.

³ Vgl. *Mundt* im Interview vom 27.6.18 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Interviews/DE/2018/180627_Meinungsbarometer.html (zuletzt abgerufen: 7.10.18).

⁴ Zu den Aussagen im Koalitionsvertrag *Mundt*, WuW 2018, 233.

erforderlich sind, an Aktualität gewonnen, da die französische Wettbewerbsbehörde Konsultationen durchgeführt hat, ob das Recht der Zusammenschlusskontrolle modernisiert werden sollte. Auf europäischer Ebene finden ebenfalls Konsultationen zum Anpassungsbedarf statt. Im Hinblick auf die Aktualität der Diskussion und die Relevanz für mögliches legislatives Tätigwerden soll sich die vorliegende Arbeit der Frage widmen, welcher Regelungsbedarf in Deutschland, Frankreich und auf EU-Ebene besteht, um den durch die Digitalwirtschaft entstehenden Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht Rechnung zu tragen.

1.1 Problematik und Zielsetzung

Die Fragestellung der vorliegenden Arbeit ist darauf gerichtet, wie ein Rechtsrahmen aussehen sollte, der den Besonderheiten der Digitalwirtschaft Rechnung tragen kann. Damit erfolgt die Fragestellung ganz im Sinne der Aussage von Haucap, demzufolge *„die Kernfrage [...] heute nicht lauten [sollte], wie neue Technologien und Märkte unter ‚altes Recht‘ gezwängt werden können [...], sondern wie ein Rechtsrahmen aussieht, der zum einen mögliche Fehlentwicklungen und unerwünschte Nebenwirkungen der Digitalisierung verhindert, jedoch zugleich nicht unangemessen Chancen verhindert und positive Wirkungen unterdrückt.“*⁵

Der mit der Arbeit verfolgte Ansatz besteht darin, aus einer rechtsvergleichenden Perspektive zu untersuchen, inwiefern das Recht Deutschlands bzw. Frankreichs oder der dort geführten öffentlichen Diskussion auf das jeweils andere Land oder die EU übertragbar wären.⁶

Ausgangspunkt der Fragestellung ist die Feststellung, dass Deutschland als erster Mitgliedstaat der EU Anpassungen seines Wettbewerbsrechts im Hinblick auf die Digitalwirtschaft vorgenommen hat und in Frankreich eine Konsultation durchgeführt wurde, ob dem deutschen Vorbild gefolgt werden sollte. Die bestehende Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden beider Länder, die sich in gemeinsamen Papieren zu den Herausforderungen der Digitalwirtschaft

⁵ Haucap, Ordnungspolitik und Kartellrecht im Zeitalter der Digitalisierung, S. 1.

⁶ Mit dieser rechtsvergleichenden Fragestellung wird den Vorgaben der Studienordnung Rechnung getragen, denen zufolge die Themenbereiche der Masterarbeiten „deutsch-französisch vergleichend sein und/oder eine europäische Fragestellung behandeln“ sollen, vgl. § 11 Abs. 1 der Studienordnung.

manifestiert hat, zeigt, dass ein Blick auf das Recht des jeweils anderen Landes einen Mehrwert darstellen kann.

1.2 Eingrenzung und Thematik

Die Arbeit widmet sich dem Thema von einer allgemein gehaltenen Perspektive, ohne auf bestimmte Geschäftsmodelle oder Branchen (e-commerce, Suchmaschinen) oder Technologien (z. B. Big Data oder künstliche Intelligenz/maschinelles Lernen) einzugehen.

Die Arbeit beschränkt sich im Übrigen auf das Wettbewerbsrecht im Sinne des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ohne Berücksichtigung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb. Dabei werden von den drei Säulen des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁷, lediglich die Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht behandelt. Kartellabsprachen müssen aufgrund der Beschränkung des Umfangs der Arbeit leider unberücksichtigt bleiben, auch wenn sich mit Bestpreisklauseln, Selektivvertrieb über das Internet und Preisabsprachen durch Algorithmen ebenfalls in diesem Bereich spannende Fragen mit Bezug zur Digitalwirtschaft stellen. Unberücksichtigt bleiben muss darüber hinaus auch die Beihilfenkontrolle als zusätzliche Säule der europäischen Wettbewerbspolitik.⁸ Die Fokussierung auf Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle ist aber auch deshalb gerechtfertigt, da in diesen Bereichen der Gesetzgeber z. T. schon tätig wurde und Konsultationen geöffnet wurden, aus denen heraus bereits konkrete Vorschläge erarbeitet wurden.

1.3 Gang der Untersuchung und Methodik

Die vorliegende Arbeit hat entsprechend der gewählten Fragestellung in erster Linie einen rechtswissenschaftlichen Schwerpunkt. Über diesen Schwerpunkt hinaus geht die Arbeit auch auf die ökonomischen Aspekte der Digitalwirt-

⁷ Polk, WISU 2018; 318 (320).

⁸ Dazu Polk, WISU 2018, 704 (705).

schaft ein und streift damit Bereiche der Volkswirtschaftslehre.⁹ Die Arbeit analysiert die Rechtslage sowie Regelungsbedarf in Deutschland, Frankreich und der EU unter Anwendung rechtsvergleichender Methodik.

Der Textteil der Arbeit in Einleitung, Hauptteil und Schlussteil gegliedert.¹⁰ Der Hauptteil seinerseits folgt entsprechend der in Frankreich für rechtswissenschaftlichen Gliederung einem zweiteiligen Aufbau: Im ersten Teil der Arbeit werden die Besonderheiten der Digitalökonomie bei der Anwendung des bestehenden Wettbewerbsrechts herausgearbeitet. Dazu werden zunächst die Eigenheiten digitaler Märkte analysiert, bevor der in Deutschland, Frankreich und der EU *de lege lata* geltende Rechtsrahmen skizziert wird und anhand von Fallbeispielen veranschaulicht wird, wie er bislang auf die Digitalwirtschaft angewandt wurde. Aufbauend auf diese Analyse wird in einem zweiten Teil untersucht, welcher Regelungsbedarf in den untersuchten Rechtsordnungen besteht. Dazu werden in einem ersten Schritt die Herausforderungen herausgearbeitet, die sich bei der wettbewerbsrechtlichen Behandlung der Digitalwirtschaft stellen. Daran anknüpfend werden schließlich die in Deutschland, Frankreich und der EU bereits umgesetzten oder in Diskussion befindlichen Regelungsmaßnahmen bewertet und daraufhin untersucht, ob sie auf die jeweils anderen Rechtsordnungen übertragbar sein können.

1.4 Definitionen und Begriffe

Für die digitale Wirtschaft existiert keine einheitliche Begriffsbestimmung. Die vorliegende Arbeit orientiert sich an der Definition, wie sie die OECD für ihre Analysen zugrunde legt. Demnach umfasst die digitale Wirtschaft Märkte, die auf digitalen Technologien beruhen, die typischerweise den Handel mit Gütern und Dienstleistungen durch e-commerce erleichtern.¹¹ Bei der Analyse der Digitalwirtschaft ist es unumgänglich, auch auf digitale Plattformen einzugehen.

⁹ Dadurch wird der Maßgabe aus dem Leitfaden für das Abfassen der Masterarbeiten Rechnung getragen, dass die „Herangehensweise der Arbeit [...] für die jeweils anderen Disziplinen anschlussfähig sein [soll].“, vgl. Leitfaden, S. 2.

¹⁰ Dies erfolgt entsprechend dem Leitfaden für das Abfassen der Masterarbeiten, vgl. Leitfaden, S. 4.

¹¹ OECD, The digital economy, DAF/COMP(2012)22, S. 5.

Während das französische Recht eine Legaldefinition in Art. L 111-7 *Code de la consommation* enthält, fehlt in Deutschland eine Entsprechung. Wenngleich der deutsche Gesetzgeber den Begriff teilweise synonym für mehrseitige Märkte verwendet,¹² orientiert sich die vorliegende an der Begriffsbestimmung, die das Bundeskartellamt vorschlägt. Demnach sind Plattformen „Unternehmen, die als Intermediäre zwischen die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzerseiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen.“¹³

¹² Siehe *Lettl*, WRP 2018, 145 (146), Rn. 1.

¹³ BKartA, Hintergrundpapier 2015, S. 13.

2 Hauptteil

Die mit der Arbeit verbundene Fragestellung setzt eine Analyse des geltenden Rechtsrahmens voraus sowie der Besonderheiten der Digitalwirtschaft, denen dieser Rechtsrahmen Rechnung tragen muss. Daher werden im ersten Teil der Arbeit zunächst die Besonderheiten der Digitalökonomie bei der Anwendung des bestehenden Wettbewerbsrechts herausgearbeitet. Aufbauend auf diese Analyse wird in einem zweiten Teil untersucht, welcher Regelungsbedarf in den untersuchten Rechtsordnungen besteht.

2.1 Die Digitalökonomie und ihre wettbewerbsrechtliche Behandlung *de lege lata*

Um die Grundlagen für eine Analyse des Regelungsbedarfs zu legen, werden zunächst die Eigenheiten digitaler Märkte untersucht (I), bevor in einem zweiten Schritt der in Deutschland, Frankreich und der EU *de lege lata* geltende Rechtsrahmen skizziert wird und anhand von Fallbeispielen veranschaulicht wird, wie er bislang auf die Digitalwirtschaft angewandt wird (II).

2.1.1 Merkmale von Geschäftsmodellen der Digital- und Datenwirtschaft

Digitale Dienste und Märkte werden wesentlich dadurch geprägt, dass sie im Vergleich zu traditionellen Diensten und analogen Märkten durch erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten geprägt sind.¹⁴ Diese machen sich insbesondere dadurch bemerkbar, dass das Angebot personalisiert werden kann und Merkmale so gestaltet werden können, dass Netzwerkeffekte herbeigeführt werden.¹⁵ Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft zeichnen sich daher durch mehrere Charakteristika aus. Unter anderem können sie oftmals aufgrund fehlender Grenzkosten und Nicht-Rivalität des Konsums sehr gut skalieren.¹⁶ Aufgrund der Möglichkeit, das Angebot zu personalisieren, haben Anbieter digitaler Geschäftsmodelle zudem ein großes Interesse, Daten über ihre Kunden zu sammeln.¹⁷ Besondere Bedeutung verdienen die in der Digitalökonomie häufig auftretenden Plattformgeschäftsmodelle, bei denen zwei Marktseiten miteinander in Verbindung gebracht werden.¹⁸ Plattformen zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwei Gruppen von Kunden bzw. Nutzern (Nachfrager oder Anbieter bzw. auch Netzwerke) auf zwei- oder mehrseitige Märkten haben.¹⁹ Um von Netzwerkeffekten zu profitieren, bieten manche Plattformen ihre Leistungen für Nutzer einer der Marktseiten zu sehr günstigen Konditionen oder gar kostenlos an, um dadurch ihre Attraktivität für die andere Marktseite zu erhöhen.²⁰ Darüber hinaus werden Produkte oder Dienstleistungen auch deshalb kostenlos angeboten, um potentielle Kunden für höherwertige und deshalb kostenpflichtige Versionen zu gewinnen (sog. „Freemium“-Modell).²¹

¹⁴ Krämer, Wirtschaftsdienst 2016, 231.

¹⁵ Krämer, a. a. O.

¹⁶ Krämer, a. a. O. (232).

¹⁷ Krämer, a. a. O.

¹⁸ Grundlegend Rochet/Tirole, Journal of the European Economic Association, 2003, 990.

¹⁹ Ausführlich Dewenter/Rösch, in: Oberender (Hrsg.), Wettbewerbsprobleme im Internet, 2015, S. 17 ff.

²⁰ Siehe etwa Baranes/Cosnita-Langlais, Annales des Mines – Réalités industrielles Août 2016, 28 (29).

²¹ Dazu Honoré/Verzeni, Italian Antitrust Review 2018, 85 (93).

2.1.1.1 Ökonomische Eigenschaften von Daten und ihre Rolle in der Datenökonomie

Aufgrund der oben genannten Bedeutung von Daten für eine hohe Anzahl an Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft lohnt es sich, die ökonomischen Eigenschaften von Daten und ihre Rolle für die Digitalwirtschaft näher in den Blick zu nehmen. Daten sind heterogene Inputfaktoren für die Digitalwirtschaft, die sich aufgrund ihrer spezifischen Eigenschaften von anderen Inputfaktoren abheben.²² Häufig werden sie als „Währung“ der Digitalökonomie oder das „neue Öl“ bezeichnet.²³ Dieser Vergleich mit Geld oder Öl hinkt jedoch: Da Daten sich durch ihre Verwendung nicht verbrauchen und eine Verwendung in unbegrenzter Zahl möglich ist, weisen Daten die Eigenschaft der Nicht-Rivalität auf.²⁴ Im Gegensatz zu Geld sind Daten daher nicht knapp. Als weitere Eigenschaft spielt die Nicht-Exklusivität von Daten eine Rolle: Identische Daten können mehrfach erhoben werden und daher durch mehrere Plattformen genutzt werden.²⁵ Anders als Geld können Daten also mehrfach „ausgegeben“ werden.²⁶ Im Gegensatz zu Geld eignen sich Daten auch nicht dazu, eine Funktion als Wertaufbewahrungsmittel einzunehmen, da sie im Laufe der Zeit an Wert verlieren, indem Daten ihre Aktualität verlieren.²⁷

2.1.1.2 Monopolisierungstendenzen und Anfälligkeit für Marktverschließung in der Digitalwirtschaft

Wenngleich die zunehmende Digitalisierung preissenkende und wohlfahrtssteigernde Wirkungen haben kann, können aus wettbewerbspolitischer Sicht negative Effekte auftreten. Zum einen gibt es Anzeichen dafür, dass die Digitalwirtschaft anfällig für Marktverschließung ist.²⁸ Zum anderen können die

²² Dewenter, ifo Schnelldienst 10/2018, 9; ders., Wirtschaftsdienst 2016, 236 (27).

²³ So etwa das World Economic Forum, Personal Data: The Emergence of a New Asset Class, 2011, S. 5.

²⁴ Dewenter, a. a. O.; *Haucap*, Ordnungspolitik und Kartellrecht im Zeitalter der Digitalisierung, 2015, S. 12.

²⁵ Dewenter, a. a. O.

²⁶ Körber, ZUM 2017, 93 (96).

²⁷ Körber, ZUM 2017, 93 (96).

²⁸ Michael Katz, Exclusionary Conduct in Multi-Sided Markets, Stellungnahme vom 15. 11. 2017 für die OECD, DAF/COMP/WD(2017)28/FINAL, Rn. 92.

Eigenschaften der Digitalwirtschaft zum Entstehen von Monopolen beitragen. Eine solche Monopolisierung wird vor allem durch Faktoren verursacht, die im Folgenden näher in den Blick genommen werden sollen.

2.1.1.2.1 Netzwerkeffekte

Bei sozialen Netzwerken oder digitalen Plattformen steigt der Nutzen für den Benutzer mit der Größe des Netzwerks: über je mehr Teilnehmer ein Netzwerk verfügt, desto größer ist der Nutzen für den einzelnen Nutzer, an dem Netzwerk teilzuhaben. Solche Netzwerkeffekte können Markteintrittsbarrieren darstellen, da Angebote von Wettbewerbern erst dann von Interesse für potentielle Kunden werden, wenn die Nutzerzahl schon eine kritische Masse erreicht hat.²⁹ Netzwerkeffekte können sich gegenseitig verstärken und dadurch zu Spiral- und Rückkopplungseffekten führen. Wenn dadurch Wettbewerber verdrängt werden, kann es zum sogenannten *Tipping* kommen, einem Umkippen des Marktes zugunsten eines Unternehmens.³⁰

Im Ergebnis setzt sich daher derjenige Anbieter durch, der über die größte Teilnehmerzahl verfügt und damit das größte Netzwerk hat. Dies führt zum sogenannten „*Winner takes all*“-Phänomen.³¹ Das Unternehmen, das sich letztlich durchsetzt, wird seinen Gewinn maximieren, indem es diejenige Gütermenge anbietet, bei welcher der Grenzerlös identisch ist mit den Grenzkosten der Produktion.³² Im Vergleich zur vollständigen Konkurrenz wird eine kleinere Gütermenge angeboten und dafür ein höherer Preis gefordert werden.³³ Aufgrund des beschriebenen *Winner takes all*-Phänomens ist es oftmals so, dass in der Digitalwirtschaft weniger Wettbewerb auf dem Markt besteht, als vielmehr Wettbewerb um dem Markt.³⁴

²⁹ Krämer, Wirtschaftsdienst 2016, 231 (232).

³⁰ Dazu Louven, NZKart 2018, 217 (220).

³¹ Petersen, Wirtschaftsdienst 2018, 340 (344).

³² Petersen, a. a. O.

³³ Petersen, a. a. O.

³⁴ Vgl. Capobianco/Nyeso, JECLP 2018, 19 (22).

2.1.1.2.2 Kostenstruktur digitaler Güter

Auch die Kostenstruktur digitaler Güter trägt zur Monopolisierung bei: die von Unternehmen der Digitalwirtschaft angebotenen Produkte oder Dienstleistungen sind oftmals mit sehr geringen oder gar keinen variablen Kosten verbunden.³⁵

Dies führt dazu, dass eine Erhöhung der Produktionsmenge sinkende Durchschnittskosten zur Folge hat. Im Ergebnis wird dasjenige Unternehmen mit den geringsten Durchschnittskosten und damit den niedrigsten Preisen die größte Menge anbieten.

Bei einigen Gütern aus der Digitalökonomie tendieren die Grenzkosten gegen null. Prinzipiell erzielt ein Unternehmen den höchsten Gewinn, wenn es diejenige Menge anbietet, bei der die Grenzkosten identisch sind mit dem Grenzerlös. Dies ist bei Grenzkosten in Höhe von Null insofern problematisch, als Angebotskurve der Mengenachse entspricht. Im Ergebnis entsteht ein Marktgleichgewicht, bei dem der Preis Null ist (wie die Grenzkosten). Dies hat zur Folge, dass die Fixkosten nicht kompensiert werden und dadurch Verluste entstehen. Damit entsteht auch hier ein Monopol, da sich dasjenige Unternehmen durchsetzen wird, das die größte Menge anbietet, mithin den gesamten Markt abdeckt. Er wird diejenige Menge anbieten, bei welcher der Grenzerlös null beträgt, zu einem Preis, welcher der maximalen Zahlungsbereitschaft der Verbraucher entspricht, vorausgesetzt dass dieser Preis zumindest die Durchschnittskosten deckt.³⁶

2.1.1.2.3 Lock-in Effekte: Hohe Umstellungs- und Wechselkosten als Hindernis für Anbieterwechsel

Die Entstehung von Monopolen in der Digitalwirtschaft wird auch dadurch gestärkt, dass Unternehmen ihren Kunden einen Wechsel zu einem Wettbewerber erschweren, indem ein Wechsel erschwert wird. Diese Art der Kundenbindung wird oftmals als Lock-in-Effekt bezeichnet.³⁷ Im Ergebnis entsteht durch diesen Effekt ein gesamtwirtschaftlicher Wohlfahrtsverlust: Der Anbieter steigert sei-

³⁵ Petersen, a. a. O. (344).

³⁶ Petersen, a. a. O. (345).

³⁷ Petersen, a. a. O.

nen Gewinn durch die hohen Wechselkosten, während die Verbraucher diese Gewinnsteigerung mit einem höheren Preis bezahlen, der zu einer Verringerung der nachgefragten Menge führt.³⁸

2.1.2 Der bestehende Rechtsrahmen und seine Anwendung auf digitale Märkte

Folgenden soll der in den untersuchten Rechtsordnungen geltende Rechtsrahmen dargestellt werden und anhand von ausgewählten Fallbeispielen analysiert werden, inwiefern den oben genannten Merkmale der Digitalwirtschaft bei der Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens Rechnung getragen werden kann.

2.1.2.1 Zusammenschlusskontrolle

In Deutschland finden sich Regeln über die Zusammenschlusskontrolle in den §§ 35 ff. GWB. Das französische Recht regelt die Kontrolle von Fusionen in Art. 430-1 ff. *Code de commerce*. Im EU-Recht regelt die Fusionskontrollverordnung (FKVO) die Prüfung von Zusammenschlüssen.³⁹ In allen hier untersuchten Rechtsordnungen wird als Untersagungskriterium der sogenannte SIEC-Test („significant impediment of effective competition“) angewandt. Dies ergibt sich für die Kommission seit 2004 aus Art. 2 Abs. 3 FKVO, demzufolge Zusammenschlüsse für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, wenn dadurch „wirksamer Wettbewerb [...] erheblich behindert würde“. Eine vergleichbare Regelung sieht das französische Recht bereits seit 2001 in Art. L. 430-6 *Code de commerce* vor. Ins deutsche Recht wurde der Test im Jahr 2013 durch die 8. GWB-Novelle⁴⁰ eingeführt, indem § 36 Abs. 1 S. 1 GWB entsprechend geändert wurde.

Zusammenschlüsse zwischen großen Unternehmen der Technologiebranche und kleineren digitalen Plattformen sind sehr häufig. Über die großen Internetriesen *Alphabet*, *Amazon*, *Apple*, *Facebook* und *Microsoft* wird berichtet, dass sie in

³⁸ Petersen, a. a. O.

³⁹ Verordnung (EG) Nr. 139/2004, Abl. Nr. L 024 vom 29.1.2004 S. 1.

⁴⁰ BGBl. I Nr. 32 vom 29.6.13, S. 1738.

den letzten Jahren 436 Unternehmenskäufe in einem Wert von 131 Milliarden US-Dollar getätigt haben, damit ca. 50 Käufe im Kalenderjahr.⁴¹

Zusammenschlüsse digitaler Plattformen haben auch in Frankreich bereits stattgefunden: Im Jahr 2017 fusionierten das Unternehmen *SeLogger* und *Concept Multimédia*. Vor dem Hintergrund, dass wenig Erfahrung mit der Analyse der wettbewerblichen Situation von Plattformen vorhanden war, entschied sich die Autorité de la concurrence (ADLC) interessanterweise, die Arbeiten von Behörden anderer Ländern zu berücksichtigen und bezog sich u. a. auf eine Entscheidung des Bundeskartellamts.⁴²

Besondere Aufmerksamkeit bekam der Erwerb der Kommunikationsplattform *WhatsApp* im Jahr 2014. Der Erwerber *Facebook* soll ca. 19 Millionen \$ für den Kauf gezahlt haben, während *WhatsApp* über kaum Umsätze verfügte. Die Kommission genehmigte die Fusion ohne vertiefte Prüfung.⁴³ Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten, einschließlich des BKartA konnten keine eigene Zusammenschlusskontrolle durchführen, da die Schwellenwerte aufgrund der geringen Umsätze des zu erwerbenden Unternehmens nicht überschritten wurden. Das deutsche Recht sah damals in § 35 GWB a. F. vor, dass die Vorschriften über die Fusionskontrolle angewandt werden, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen € sowie im Inland mindestens in am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen € und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen € erzielten. Gleichwohl deutete der hohe Kaufpreis darauf hin, dass *WhatsApp* über eine erhebliche Marktposition verfügte.

Durch die 9. GWB-Novelle⁴⁴ wurde die Fusionskontrolle auf solche Zusammenschlüsse ausgeweitet, bei denen der Kaufpreis 400 Millionen € übersteigt. Zur Umsetzung wurde in § 35 Abs. 1a GWB ein neuer Aufgreifstatbestand geschaffen,

⁴¹ Siehe Politico Fairplay vom 11.6.18: https://www.politico.eu/article/politico-fair-play-tempted-by-the-apple-vestager-the-muse-paranoid-android/?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=09422d1015-EMAIL_CAMPAIGN_2018_06_18_06_00&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-09422d1015-190058233 (zuletzt abgerufen: 4.11.18).

⁴² Entscheidung 18-DCC-18 vom 18.2.2018.

⁴³ *Facebook/WhatsApp* (Fall COMP/M.7217), Entscheidung C (2014)7239 [2014] OJ C417/4.

⁴⁴ BGBl. Teil I Nr. 33 vom 8.6.17, S. 1416.

dem zufolge künftig Fusionen auch dann kontrolliert werden können, wenn das Zielunternehmen im Inland einen Umsatz von weniger als 5 Millionen € hat. Gemäß der Vorschrift besteht künftig eine Anmeldepflicht, wenn die zweite Inlandsumsatzschwelle nicht erfüllt ist, aber der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen € beträgt, und das Zielunternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist. Damit wurde die bisherige Lücke geschlossen, die vorlag, wenn eine Unverhältnismäßigkeit zwischen Kaufpreis und Inlandsumsatz bestand.⁴⁵

2.1.2.2 Missbrauchsaufsicht

Das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht ist im EU-Recht in Art. 102 AEUV geregelt. Verboten ist demnach „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“ Vergleichbare Regeln finden sich für Deutschland in § 19 GWB und für Frankreich in Art. L. 420-2 *Code de commerce*. Anders als das deutsche GWB und der AEUV enthält der *Code de commerce* keine Auflistung von Fallgruppen für missbräuchliches Verhalten.

Besondere mediale Aufmerksamkeit bekamen Entscheidungen der EU-Kommission, mit denen große Internetunternehmen sanktioniert wurden, etwa der *Google Shopping* Fall. Im Juni 2017 entschied die Kommission nach einer fast sieben Jahre dauernden Untersuchung, dass Google seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Suchanfragen missbraucht habe.⁴⁶

Aus der deutschen Entscheidungspraxis hat besonders das Verfahren gegen Facebook Aufmerksamkeit verdient. In seiner vorläufigen Einschätzung vertrat das BKartA die Ansicht, dass das Unternehmen missbräuchlich handelt, indem es die Nutzung davon abhängig macht, unbegrenzt jegliche Art von Nutzerdaten aus Drittquellen sammeln und mit dem Facebook-Konto zusammenführen zu dürfen.⁴⁷ Das Verfahren ist insbesondere auch deshalb von Bedeutung,

⁴⁵ Detailliert dazu *Sauer mann*, Wirtschaftsdienst 2017, 438; *Klasse/Wiethaus*, WuW 2017, 354.

⁴⁶ Fall AT.39740 Google Search (Shopping), Entscheidung vom 27. 6. 2017.

⁴⁷ Siehe die Pressemitteilung vom 19. 12. 17, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?nn=10160192 (zuletzt abgerufen: 7. 10. 18).

weil es das erst Mal war, dass eine Wettbewerbsbehörde die Grenze zwischen Datenschutz und Vollzug von Wettbewerbsrecht überschritten hat.⁴⁸ In Frankreich hatte sich mit dem Sachverhalt die Datenschutzbehörde CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) befasst.⁴⁹

Entscheidungen der ADLC veranschaulichten, dass die oben beschriebene Kostenstruktur digitaler Geschäftsmodelle bisweilen schwierige Fragen für Wettbewerbsbehörden aufwerfen können.⁵⁰ In einem Fall wurde *Microsoft* vorgeworfen, seine beherrschende Position auf dem Markt der Betriebssysteme dazu auszunutzen, auf dem benachbarten Markt für Datenspeicherung, -teilung und -synchronisation auszunutzen, indem es diese Dienste kostenlos anbot. Die Wettbewerbsbehörde verneinte das Vorliegen eines Missbrauchs aber, da das Geschäftsmodell der angebotenen Dienste ein „Freemium“-Modell sei, durch das Nachfrage für die Bezahlversion generiert werden solle, und nicht Wettbewerber ausgeschlossen werden sollen.⁵¹ In einem anderen Fall hatten sich Pariser Gerichte mit der Frage zu befassen, ob *Google* einen Marktmissbrauch beging, indem es gewerblichen Kunden eine kostenlose Basisversion seiner Schnittstelle zu Kartendiensten (Mapping APIs) anbot.⁵² In einer Stellungnahme zu dieser Frage, der die Gerichte folgten, kam die französische Wettbewerbsbehörde zu dem Ergebnis, dass der relevante Markt sowohl die kostenlose als auch die Bezahlversion umfasse und ein Marktverschließen aufgrund der Kosten und Einnahmen nicht anzunehmen sei.⁵³

⁴⁸ Vgl. *Carugati*, CoRe 2018, 4 (10).

⁴⁹ Siehe die Pressemitteilung vom 18.12.2017, abrufbar unter <https://www.cnil.fr/en/data-transfer-whatsapp-facebook-cnil-publicly-serves-formal-notice-lack-legal-basis> (zuletzt abgerufen: 17.9.18).

⁵⁰ Auf diese Fälle aufmerksam machen *Honoré/Verzeni*, Italian Antitrust Review 2017, 85 (92 ff.).
⁵¹ Entscheidung n° 12-D-14 vom 5.6.2012.

⁵² *Honoré/Verzeni*, Italian Antitrust Review 2017, 85 (92 ff.).

⁵³ Stellungnahme N° 14-A-18 vom 16.12.2014. Siehe dazu die Anmerkung von *Béhar-Touchais*, RDC 2016, 724.

2.2 Herausforderungen durch die Digitalwirtschaft für das Wettbewerbsrecht und Regelungsbedarf *de lege ferenda*

Die in Teil I dargestellten Fallbeispiele zeigen, dass sich aus der Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens auf Sachverhalte der Digitalwirtschaft Auslegungsfragen und gesetzgeberischer Handlungsbedarf ergeben können. Im Folgenden soll daher näher untersucht werden, welche Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht sich aus der zunehmenden Digitalisierung der Wirtschaft ergeben. Darauf aufbauend soll untersucht werden, ob und inwieweit der Rechtsrahmen angepasst werden sollte, um den Besonderheiten der Digitalwirtschaft Rechnung zu tragen.

2.2.1 Herausforderungen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts

Im Folgenden sollen die Herausforderungen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts näher untersucht werden. Fraglich ist vor allem, wie in der Digitalwirtschaft Marktmacht bestimmt werden kann (2.2.1.1) und welche Rolle Daten bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung spielen (2.2.1.2). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es eines neuen wettbewerbspolitischen Leitbilds bedarf (2.2.1.3).

2.2.1.1 Schwierigkeiten bei der Bestimmung von Marktmacht

Bei den oben unter 2.1 beschriebenen Missbrauchsaufsicht und Zusammenschlusskontrolle ist entscheidend, ob Marktmacht vorliegt oder entsteht. Um Marktmacht festzustellen, wird zunächst der sachlich und räumlich relevante Markt bestimmt. In einem darauffolgenden Schritt werden Marktanteile, die Konzentration auf dem Markt und etwaige Marktzutrittsbarrieren abgeleitet.⁵⁴

⁵⁴ Krämer, Wirtschaftsdienst 2016, 231 (232).

Bei der wettbewerbspolitischen Analyse kommt der Bestimmung des relevanten sachlichen Marktes eine besondere Bedeutung zu.⁵⁵

2.2.1.1.1 Traditionelles Vorgehen zur Abgrenzung des relevanten sachlichen Marktes

Prinzipiell sind die Wettbewerbskräfte, die auf die auf einem Markt tätigen Unternehmen wirken, für die Bestimmung des relevanten sachlichen Marktes entscheidend. Besonders bedeutsam dabei sind die Substituierbarkeit von Angebot und Nachfrage. Lassen sich Produkte oder Dienstleistungen leicht substituieren, spricht man von einer hohen Kreuzpreiselastizität, deren Vorliegen zu einer starken Wettbewerbsbeziehung führt.⁵⁶ Bestimmend für den sachlich relevanten Markt sind alle Produkte bestimmt, die aus der Sicht der Nachfrager kurzfristig substituierbar sind, was durch die Kreuzpreiselastizität gemessen werden kann.⁵⁷

Üblicherweise wird die Marktabgrenzung anhand eines hypothetischen Monopolisten vorgenommen (sogenannter HM-Test). Dieser Ansatz untersucht, ob zumindest ein Monopolist in der Lage wäre, im relevanten Markt Marktmacht auszuüben. Marktmacht wird dabei als Möglichkeit verstanden, dauerhaft höhere Preise durchzusetzen.⁵⁸ In der Regel wird Marktmacht angenommen, wenn ein Unternehmen die Preise oberhalb seiner Grenzkosten setzen kann. Kann ein Monopolist dies nicht tun, ist der relevante Markt zu weit gefasst und muss eingengt werden. Der Ansatz wird im Rahmen des sogenannten SSNIP-Tests durchgeführt.⁵⁹ Marktmacht ist danach anzunehmen, wenn eine geringe, aber signifikante, dauerhafte Preiserhöhung („small significant non-transitory increase in price“ – SSNIP) durchgesetzt werden kann, die sich bei 5–10% über einem einjährigen Zeitraum bewegt.⁶⁰

⁵⁵ Polk, WISU 2018, 318 (320).

⁵⁶ Polk, WISU 2018, 318 (320).

⁵⁷ Koch, WISU 2012, 974 (978).

⁵⁸ Dewenter, Wirtschaftsdienst 2016, 236.

⁵⁹ Polk, WISU 2018, 318 (320).

⁶⁰ Krämer, a. a. O.

2.2.1.1.2 Grenzen des Vorgehens bei digitalen Märkten

In der Digitalwirtschaft kommen die traditionellen Ansätze zur Bestimmung des Marktes an ihre Grenzen, da Digitalunternehmen die Grenzen eines Marktes neu bestimmen oder neue Märkte schaffen.⁶¹ Dass die Digitalisierung der Wirtschaft die Marktabgrenzung verändert, wird anhand einer Entscheidung der französischen Wettbewerbsbehörde deutlich: Früher wurde auch in Frankreich entschieden, dass es hinreichende Unterschiede gebe, die eine Trennung zwischen Online-Handel und stationärem Handel begründen. In der Entscheidung zum Zusammenschluss der Unternehmen *Fnac* und *Darty*⁶² hingegen entschied die ADLC gestützt auf Erhebungen, dass es sich Online-Handel und stationärer Vertrieb hinreichend substituierbar sind und beide daher einen einheitlichen Markt darstellen.⁶³ Damit war die ADLC die erste Wettbewerbsbehörde in Europa, die diesen Ansatz anwandte.⁶⁴ Das Bundeskartellamt hingegen hat noch im Jahr 2015 die genaue Marktabgrenzung offengelassen.⁶⁵

Wenngleich die potentiell auftretenden Probleme bei der Bestimmung von Marktmacht als solche nicht spezifisch für digitale Märkte sind, sondern auch bei traditionellen Märkten auftreten können, besteht eine Besonderheit darin, dass Probleme oftmals in Kombination miteinander auftreten und für die Bestimmung der Marktmacht eine hohe Datenmenge und -qualität erforderlich ist, was die kartellrechtlichen Verfahren verlangsamen kann.⁶⁶ Zu den Schwierigkeiten, die bei digitalen Märkten auftreten können, zählt zunächst, dass digitale Märkte aufgrund technischer Entwicklungen einer hohen Dynamik unterliegen, während der HM-Test zumindest stillschweigend von statischen Bedingungen auf dem Markt ausgeht.⁶⁷ Eine weitere Schwierigkeit wird dadurch verursacht, dass die Preisstrukturen sowie die Nachfragesubstitutionsbeziehungen asym-

⁶¹ *Capobianco/Nyeso*, JECLP 2018, 19.

⁶² Ausführlich dazu *Genevaz/Vidal*, JECLP 2017, 30 ff.

⁶³ Dazu *Genevaz/Vidal*, a. a. O.; *Honoré/Verzeni*, Italian Antitrust Review, N° 2 2017, 85 (95 f.); *de Silva*, JECLP 2018, 291.

⁶⁴ Siehe französische Stellungnahme zu „Implications of E-commerce for Competition Policy“ vom 5. 6. 2018, Rn. 14: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)58/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)58/fr/pdf) (zuletzt abgerufen: 27. 10. 18).

⁶⁵ Beschluss vom 24. 7. 2015 – B8-76/15.

⁶⁶ *Krämer*, Wirtschaftsdienst 2016, 231 (234).

⁶⁷ *Krämer*, a. a. O.

metrisch ausgeprägt sein können.⁶⁸ Dies ist etwa der Fall, wenn ein Dienst durch einen solchen mit höherer Funktionalität substituiert wird, aber nicht umgekehrt.⁶⁹ Ferner versuchen Anbieter digitaler Dienste oftmals, sich mittels exklusiver Inhalte oder durch personalisiertes Angebot von Wettbewerbern abzuheben. Dies macht es schwieriger, die Nachfragesubstituierbarkeit zu bewerten.⁷⁰ Darüber hinaus wird die Erhebung der Nachfragesubstituierbarkeit dadurch erschwert, dass Digitaldienste oftmals gekoppelt mit anderen Diensten angeboten werden.⁷¹ Zwei der mit digitalen Märkten verbundenen Herausforderungen bei der Marktabgrenzung verdienen besondere Berücksichtigung: die Kostenstruktur (2.2.1.1.2.1) und die Mehrseitigkeit der Märkte (2.2.1.1.2.2).

2.2.1.1.2.1 Kostenstruktur

Eine Schwierigkeit auch darin, dass – wie oben unter 2.1.1.2.2 dargestellt – digitale Dienste für den Nutzer häufig kostenlos angeboten werden. Die beim oben beschriebenen HM-Test vorzunehmende Analyse einer „Preiserhöhung“ für den Verbraucher ist jedoch bei kostenlosen Leistungen nicht zweckdienlich.⁷²

2.2.1.1.2.2 Herausforderungen durch mehrseitige Märkten

Eine weitere Herausforderung besteht darin, dass digitale Märkte wie oben dargestellt häufig mehrseitig sind. Die Bestimmung von Marktmacht in solchen Märkten ist komplexer als in einseitigen, insbesondere da die Interdependenz der Teilmärkte zu berücksichtigen ist.⁷³ Grundsätzlich denkbar bei mehrseitigen Märkten ist es, entweder unterschiedliche Märkte für die jeweilige Nutzergruppe zu bestimmen, oder einen einzigen, gemeinsamen Markt für alle Nutzergruppen zu definieren.⁷⁴ Nach Ansicht vieler Autoren sind die Preise aller Marktseiten zu beachten.⁷⁵ Die Betrachtung muss demnach über alle verbundenen Märkte erfolgen.⁷⁶ Ein solcher Ansatz ist jedenfalls für solche Plattformen

⁶⁸ Krämer, a. a. O.; Henseler-Unger/Arnold/Hildebrandt, *Wirtschaftsdienst* 2016, 242 (243).

⁶⁹ Krämer, a. a. O.

⁷⁰ Krämer, a. a. O.

⁷¹ Krämer, a. a. O.

⁷² Krämer, a. a. O.

⁷³ Dewenter, *Wirtschaftsdienst* 2016, 236 (237).

⁷⁴ Wismer/Bongard/Rasek, *JECLP* 2017, 257 (259).

⁷⁵ Krämer, *Wirtschaftsdienst* 2016, 231 (234).

⁷⁶ Dewenter, *Wirtschaftsdienst* 2016, 236.

sinnvoll, bei denen zwischen den verschiedenen Nutzergruppen Transaktionen stattfinden (im Gegensatz zu Plattformen, die der Information oder dem sozialen Austausch gewidmet sind).⁷⁷ Das BKartA ist diesem Ansatz gefolgt.⁷⁸

Aufgrund der oben beschriebenen Herausforderungen werden die traditionellen Methoden zur Marktbestimmung für digitale Märkte als nicht ohne weiteres anwendbar gehalten.⁷⁹ Manche Autoren fordern daher, eine modifizierte Version des SSNIP-Tests anzuwenden.⁸⁰ Vereinzelt wird zum Beispiel vorgeschlagen, nicht eine hypothetische Preiserhöhung, sondern eine Absenkung der Qualität heranzuziehen.⁸¹ Ein solcher Test wird als „*small but significant and non-transitory decrease in quality*“ (SSNDQ) bezeichnet. Die zu prüfende Frage wäre demnach, ob eine kleine, aber signifikante Verschlechterung der Qualität für den Anbieter des Dienstes profitabel ist.⁸² Der Vorschlag begegnet aber zu Recht der Kritik, dass der Test nicht operationalisiert werden kann, da die Qualität kaum bemessen werden kann.⁸³ Wenngleich eine weitgehend akzeptierte Methode für die Marktdefinition in der Digitalwirtschaft bislang nicht existiert, wird eine Änderung des Wettbewerbsrechts für nicht erforderlich angesehen.⁸⁴

2.2.1.2 Die Rolle von Daten

Da eine Vielzahl an Geschäftsmodellen der Digitalwirtschaft datenbasiert ist, verdient die Rolle von Daten bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung besondere Aufmerksamkeit. Von Interesse ist insbesondere, welche Bedeutung Daten für die Bewertung von Marktmacht haben können (2.2.1.2.1) und zum anderen, inwiefern Datenbestände bei der Fusion von Unternehmen zu berücksichtigen sind (2.2.1.2.2.).

⁷⁷ Grundlegend dazu *Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt*, *Journal of Competition Law and Economics* 2014, 293.

⁷⁸ *Wismer/Bongard/Rasek*, *JECLP* 2017, 257 (260).

⁷⁹ So etwa *Zimmer*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 239 (240).

⁸⁰ Dazu *Capobianco/Nyeso*, *JECLP* 2018, 19 (23).

⁸¹ So etwa *Heinemann*, *Google als kartellrechtliches Problem?*, *ZEW Vorträge und Berichte* Nr. 213, sowie *Gebicka/Heinemann*, *Social Media & Competition Law*, 37 *World Competition* 149, 156 ff. (2014).

⁸² *Heinemann*, a. a. O.

⁸³ Siehe etwa OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, *DAF/COMP(2013)17*, 2013, S. 9.

⁸⁴ So etwa *Dewenter*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 236 (239).

2.2.1.2.1 Die Rolle von Daten bei der Bestimmung von Marktmacht

Wie oben dargelegt ist die Bestimmung von Marktmacht in der digitalen Wirtschaft nicht immer einfach. Manche Autoren schlagen daher alternative Ansätze zur Bestimmung von Marktmacht vor, etwa den Zugang zu Daten. In der Tat kann der exklusive Zugriff auf wettbewerbsrelevante Daten für die Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung erheblich sein.⁸⁵ Für mehrseitige Märkte und Netzwerke wird dies im deutschen Recht mittlerweile in § 18 Abs. 3 a GWB ausdrücklich anerkannt.

Mit der Rolle von Daten für Marktmacht eng verbunden ist auch die Frage, ob Daten eine wesentliche Infrastruktureinrichtung darstellen können. Ist dies der Fall, kann die Verweigerung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, Zugang zu den Daten zu gewähren, einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bilden.⁸⁶ Grundlage für eine Pflicht, Zugang zu wesentlichen Einrichtungen zu gewährleisten, ist die sogenannte *essential facilities*-Doktrin. Die Doktrin wurde im US-amerikanischen Kartellrecht entwickelt und ursprünglich auf natürliche Monopole wie z. B. Häfen oder Brücken angewandt. Später fand sie auch auf rechtliche Monopole, wie solche des Immaterialgüterrechts, Anwendung. Auch ins Wettbewerbsrecht der EU hat die Doktrin Einzug gehalten. Später wurde die Doktrin durch den EuGH auch auf Fälle betreffend die Verweigerung von Lizenzen sowie in Bezug auf Immaterialgüter angewandt. Das deutsche Wettbewerbsrecht sieht in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB eine ausdrückliche Normierung in Bezug auf Netze und andere Infrastruktureinrichtungen vor. Missbrauch betreffend immaterielle Rechte fallen unter die Generalklausel nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

Ob unter Umständen auf Grundlage der *essential facilities*-Doktrin Zugang zu Datensätzen zu gewähren ist, ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum umstritten. Behördliche oder gerichtliche Entscheidungen diesbezüglich gibt es zumindest aus Deutschland bislang nicht.⁸⁷ In der Diskussion über die Frage lohnt sich aber unter Umständen ein Blick nach Frankreich: dort wurde ein Unternehmen bereits dazu verpflichtet wurde, Daten mit Wettbewerbern zu tei-

⁸⁵ Schweitzer/Peitz, NJW 2018, 275 (279) m. w. N.

⁸⁶ Vgl. Louven, K&R 2018, S. 230 (233).

⁸⁷ Vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, BMWi-Studie, S 132.

len:⁸⁸ Das Energieunternehmen *GDF Suez* (heute *Engie*) wurde durch die französische Wettbewerbsbehörde verpflichtet, die Datensätze über Kunden zu teilen, die das Unternehmen während eines staatlichen Monopols gesammelt hatte. Dabei machte die ADLC deutlich, dass die wettbewerbsrechtliche Bewertung von den Bedingungen abhängt, unter denen das Unternehmen die Daten erlangt hat sowie die Möglichkeit für Wettbewerber, die Daten zu reproduzieren. Bei der Bewertung des Sachverhalts kam die Behörde zu dem Schluss, dass der Datenbestand von *GDF Suez* ein Nachlass aus dem früheren Status des Unternehmens als Monopolist für die Gasversorgung war und nicht auf besonderer Innovation des Unternehmens beruhe.

Aufgrund dieser Elemente des Sachverhalts ist zweifelhaft, ob die Entscheidung übertragbar ist auf Datensätze von Unternehmen der Digitalwirtschaft. Der Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde lag, betraf die Verwendung von Daten, die Rahmen einer Monopolstellung gewonnen wurden und daher wenig zu tun haben mit der Situation von durch einer Plattform der Digitalwirtschaft gesammelten Daten.⁸⁹ Zudem ging es in dem Fall um Kontaktdaten von Kunden und nicht um Daten, die für Online-Marketing nutzbar gemacht werden könnten. Auch ein anderer Fall aus Frankreich dient nicht als Beispiel. Das gemeinsame Papier von BKartA und ADLC zitiert den Fall *Cegedim* als Beispiel dafür, dass die Verweigerung des Zugangs zu Daten ein diskriminierendes Verhalten darstellen könne.⁹⁰ Ein den Markt für medizinische Datenbanken beherrschendes Unternehmen hatte es abgelehnt, eine seiner Datenbanken an Kunden zu verkaufen, die die Software eines Wettbewerbers auf dem benachbarten Markt für Software zum Kundenmanagement im Gesundheitssektor, nutzen. Die ADLC kam zu dem Schluss, dass dieses Verhalten einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellte.⁹¹ Im Schrifttum wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass der Sachverhalt als klassischer Fall eines unter das Kopplungsverbot fallenden Verhaltens verstanden werden kann.⁹²

⁸⁸ Dazu *Scott/Hirst*, Europe's next competition clash: Online data, POLITICO vom 25.8.2017, <https://www.politico.eu/article/europe-competition-google-amazon-facebook-data-privacy-antitrust-vestager/> (zuletzt abgerufen: 16.9.18).

⁸⁹ So auch *Graef*, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as an essential facility, 2016, S. 249 (273).

⁹⁰ BKartA/ADLC, Competition Law and Data, Papier vom 10.5.2016, S. 18.

⁹¹ Entscheidung N° 14-D-06 vom 8.7.2014.

⁹² So *Modrall*, 13 Competition L. Int'l 31, 13.

Einen Präzedenzfall, in dem Zugang zu Daten auf Grundlage der *essential facilities*-Doktrin gewährt wurde oder verweigerten Zugang zu Daten als Missbrauch sanktioniert hat, gibt es demnach bislang nicht. Im Schrifttum wird bisweilen bezweifelt, dass Datenbanken als Infrastruktureinrichtungen im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB angesehen werden können.⁹³ Da Daten wie eingangs ausgeführt nicht exklusiv sind und in den meisten Fällen duplizierbar sind, wird in der Tat selten davon auszugehen sein, dass Wettbewerber keine Möglichkeit haben, die Daten selbst zu generieren oder zu erwerben.⁹⁴ Eine Pflicht, Zugang zu Daten zu gewähren, wird daher regelmäßig nur dann zu bejahen sein, wenn die Daten nicht-personenbezogen sowie exklusiv sind.⁹⁵ Sofern es sich um personenbezogene Daten handelt, ist ferner zu berücksichtigen, dass einer Pflicht zum Teilen der Daten datenschutzrechtliche Regelungen entgegenstehen.⁹⁶ Als mögliche Lösung wird von Autoren vorgeschlagen, durch eine Synthetisierung⁹⁷ von Daten (d. h. die „künstliche“ Repräsentation eines Originaldatensatzes) vormals exklusive Daten dem Markt zur Verfügung zu stellen.⁹⁸ Wie dies praktisch umgesetzt werden kann, bleibt dabei allerdings unklar. Insbesondere der Vorschlag, den Zugang zu den Daten über Datenpools zu organisieren⁹⁹, dürfte in der praktischen Umsetzung einige Fragen aufwerfen, da Datenpools trotz ihrer möglichen Vorteile wettbewerbsschädliche Wirkungen entfalten und gegen Wettbewerbsrecht verstoßen können.¹⁰⁰ Zusammenfassend lässt sich nach dem oben Gesagten jedenfalls festhalten, dass eine Pflicht zur Zugangsgewährung von Daten zumindest für nicht-personenbezogene Daten unter Umständen in Betracht kommen kann. Eine rechtliche Regelung wäre insofern allenfalls erforderlich, um die Anforderungen abzusenken.¹⁰¹

⁹³ So z. B. *Nuys*, WuW 2016, 512 (516 ff.).

⁹⁴ Vgl. *Körber*, ZUM 2017, 93 (99).

⁹⁵ *Louwen*, NZKart 2018, 217 (221).

⁹⁶ *Competition Law and Data*, 10.5.2016, S. 18.

⁹⁷ *Drechsler/Jentzsch*, Synthetische Daten, Mai 2018.

⁹⁸ So *Jentzsch*, Marktmacht in der Datenökonomie begrenzen, S. 23.

⁹⁹ *Jentzsch*, a. a. O.

¹⁰⁰ Ausführlich *Lundqvist*, EuCML 2018, 146. Zu den wettbewerbsrechtlichen Bedenken bei Datenpools auch *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 96 ff.

¹⁰¹ So auch *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, BMWi-Studie, S. 138 f.

2.2.1.2.2 Erfordernis neuer Schadenstheorien?

In der öffentlichen Diskussion wird die Frage aufgeworfen, ob es im Hinblick auf die Bedeutung von Daten für die Digitalwirtschaft neuer Schadenstheorien bedarf, um den wettbewerbsrechtlichen Folgen, die aus der Verwendung von Daten folgen können, Rechnung tragen zu können. Das BKartA und die ADLC haben die möglichen Schadenstheorien in ihrem gemeinsamen Papier bereits umfangreich herausgearbeitet.¹⁰²

2.2.1.2.2.1 In der Missbrauchsaufsicht

In der Missbrauchsaufsicht wird u. a. die Frage aufgeworfen, ob Verstöße gegen Datenschutzrecht ein Belang für die Missbrauchsaufsicht sein können, wenn durch den Verstoß Daten gesammelt werden und ein Zusammenspiel zwischen der Datensammlung und der Stellung auf dem Markt des Unternehmens besteht.¹⁰³ In der oben genannten vorläufigen Einschätzung kam das BKartA zu der Schlussfolgerung, dass *Facebook* gegen Datenschutzrecht verstößt und damit seine Marktstellung missbraucht.¹⁰⁴ Auch wenn es sich noch um eine vorläufige Einschätzung handelt, deutet es darauf hin, dass eine neue Schadenstheorie in Bezug auf Unternehmen der Digitalwirtschaft erstmals angewandt wird. Dies ist aber insofern fragwürdig, als dadurch der Schutz der Endnutzer – und nicht etwa des Wettbewerbs – die Schadenstheorie begründen würde.¹⁰⁵

2.2.1.2.2.2 Schadenstheorie in der Zusammenschlusskontrolle

Auch in der Fusionskontrolle wird diskutiert, ob die Rolle von Daten stärker berücksichtigt werden muss, um zu prüfen ob, ein Zusammenschluss den Wettbewerb verändert, wenngleich die Bewertung solcher Fusionen für die Wettbewerbsbehörden nicht einfach ist.¹⁰⁶ In der Entscheidungspraxis der Kommission werden Aspekte von Big Data bereits seit einiger Zeit bei der Fusionskontrolle geprüft, jedoch ohne dass dies bislang zu einer Untersagung geführt hat.¹⁰⁷ In-

¹⁰² BKartA/ADLC, *Competition Law and Data*, 2016, S. 11 ff.

¹⁰³ BKartA/ADLC, a. a. O., S. 25.

¹⁰⁴ Siehe die Pressemitteilung vom 19.12.17, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?nn=10160192 (zuletzt abgerufen: 7.10.18).

¹⁰⁵ Siehe BKartA, Hintergrundpapier 2018, S. 27 m. w. N.

¹⁰⁶ *Dewenter*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 236 (238).

¹⁰⁷ Ausführlich dazu *Kadar/Bogdan*, *JECLP* 2017, 479.

tensiv geprüft wurden Datenaspekte auch bei dem kürzlich genehmigten Erwerb des Musikererkennungsdienstes *Shazam* durch Apple. Die Kommission untersuchte unter anderem, ob der Erwerber *Apple* Zugang zu Daten über Kunden seiner Wettbewerber erhalten würde und ob die es ermöglichen würde, die Kunden gezielt zu einem Wechsel zu bewegen.¹⁰⁸ Mögliche Schadenstheorien, die bei der Prüfung von Zusammenschlüssen zu berücksichtigen wären sind unter anderem die Frage, ob sich durch den Zusammenschluss das Datenschutz-Niveau verschlechtert und ob der Zugang zu Daten gegebenenfalls eingeschränkt wird.¹⁰⁹

2.2.1.3 Erfordernis eines neuen wettbewerbspolitischen Leitbilds?

Die Digitalisierung der Wirtschaft stellt auch insofern eine Herausforderung für die Wettbewerbspolitik dar, als sie bestehende wettbewerbspolitische Leitbilder zunehmend in Frage stellt. In den USA etwa werden Stimmen stärker, die im Hinblick auf die Marktmacht von Unternehmen der Internetwirtschaft, wie Amazon, eine Abkehr von der die amerikanische Wettbewerbspolitik prägenden *Chicago school* propagieren. Nach dieser Denkschule ist das wettbewerbspolitische Ziel die Maximierung der Konsumentenwohlfahrt, wobei Effizienz als wichtigster Indikator gilt.¹¹⁰ Kritisiert daran wird bisweilen, dass die Konzentration auf Wohlfahrtsmaximierung andere Ziele des Wettbewerbs, wie die Machtkontrolle, vernachlässige.¹¹¹ In diese Kerbe schlagen auch Autoren aus dem jüngeren Schrifttum, denen zufolge das amerikanische Wettbewerbsrecht aufgrund seiner Konzentration darauf, Konsumentenpreise niedrig zu halten, den wettbewerbschädlichen Wirkungen von plattformbasierten Geschäftsmodellen, wie Amazon, nicht hinreichend Rechnung tragen könne.¹¹² Diese Strömung, bezeichnet sich selbst unter Bezugnahme auf den ehemaligen Richter am Supreme Court *Louis Brandeis* als „New Brandeis Movement“.¹¹³ Kritiker hingegen beurteilten die neue Strömung abschätzig als „Hipster antitrust“, da sie

¹⁰⁸ Siehe die Pressemitteilung IP/18/5662 vom 6. 9. 18, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5662_de.htm (zuletzt abgerufen: 4. 11. 18).

¹⁰⁹ Dazu *Grave/Nyberg*, WuW 2017, 363 (366 f.).

¹¹⁰ *Fredebeul-Krein*, WISU 2015, 483 (485).

¹¹¹ *Fredebeul-Krein*, a. a. O.

¹¹² Siehe nur *Khan*, Yale Law Journal, Vol. 126, 2017, 710.

¹¹³ *Khan*, JECLP 2018, 131.

Ideen wieder aufgreife, die in der Vergangenheit verworfen worden seien.¹¹⁴ Unabhängig davon, wie man diese neuere Strömung bezeichnet, im Kern geht es ihr um die Frage, welches Gewicht der Konsumentenwohlfaht beigemessen werden kann und dabei um ein Abkehr von der nach wie vor einflussreichen *Chicago school*.

Aber auch diesseits des Atlantiks werden die bestehenden wettbewerbspolitischen Leitbilder im Hinblick auf die Herausforderungen der Digitalwirtschaft in Frage gestellt: Die Wettbewerbspolitik der EU orientiert sich seit ca. 2003 zunehmend am sogenannten „more economic approach“, einem Leitbild, dass die Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen auf die Konsumentenwohlfaht in den Blick nimmt.¹¹⁵ Wenngleich ein einheitliches Begriffsverständnis fehlt, wird dieser Ansatz in der Regel dahingehend definiert, dass eine verstärkte Ökonomisierung des Wettbewerbsrechts vollzogen wird, indem die EU-Wettbewerbspolitik entsprechend dem aktuellen Stand der Industrieökonomik ausgerichtet wird.¹¹⁶ Die in Deutschland als Reaktion zu den Herausforderungen der Digitalisierung in jüngerer Zeit erlassenen Rechtsänderungen scheinen sich aber vom europäischen Ansatz zu verabschieden. Nach Einschätzung mancher Autoren nämlich durchbricht die 9. GWB-Novelle die bisherige, vor allem auf dem *more economic approach* basierende Fixierung auf Preise und Entgeltlichkeit.¹¹⁷ Auch die in der Diskussion befindlichen Vorschläge zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts werden bisweilen als Abkehr vom *more economic approach* interpretiert.¹¹⁸ Ob der *more economic approach* tatsächlich geeignet ist, den Eigenheiten der Digitalwirtschaft gerecht zu werden, scheint möglicherweise fraglich.¹¹⁹ Kritisiert daran wird, dass er zu einer stärkeren Toleranz von Marktmacht führt und unter Umständen die Innovationsdynamik von Märkten vernachlässigt¹²⁰ – Aspekte, die gerade in der Digitalwirtschaft eine große Rolle spielen.

¹¹⁴ Siehe *Medvedovsky*: Hipster Antitrust – A brief fling or something more?, S. 3.

¹¹⁵ Zu diesem Ansatz und einer Gegenüberstellung zu anderen Leitbildern *Fredebeul-Krein*, WISU 2015, 483 (486).

¹¹⁶ Ausführlich *Pitsoulis/Schlösser/Führmann*, WISU 2009, 240.

¹¹⁷ So *Lettl*, WRP 2018, 145 (149), Rn. 36.

¹¹⁸ So etwa *Heinz* in Bezug auf den Expertenbericht der Sondergutachter von Kommissarin Vestager: WuW 2019, 439 (444).

¹¹⁹ Zu den wettbewerbspolitischen Zielen in der EU und der Digitalwirtschaft auch *Ezrachi*, EU Competition Law Goals and the Digital Economy, 2018.

¹²⁰ Dazu *Pitsoulis/Schlösser/Führmann*, WISU 2009, 240 (244 f.).

Vor diesem Hintergrund hat die Frage Relevanz, ob es eines neuen wettbewerbspolitischen Leitbilds oder Ansatzes bedarf, um den wettbewerbspolitischen Herausforderungen der Digitalwirtschaft Rechnung tragen zu können. Podszun etwa spricht sich für einen Ansatz aus, den er „more technological approach“ nennt.¹²¹ So wie beim *more economic approach* jeder Einzelfall auf seine ökonomischen Auswirkungen hin untersucht und entsprechend seiner Auswirkungen auf die Wohlfahrt beurteilt wird, solle entsprechend einem *more technological approach* jeder Einzelfall bezüglich der technischen Auswirkungen untersucht werden, etwa in Bezug auf Innovationsfähigkeit.¹²² Eine Forderung nach Anpassung des Rechtsrahmens scheint damit jedoch nicht einherzugehen. Vielmehr scheint sich der Ansatz auf den Aufbau an institutioneller Expertise beider Wettbewerbsbehörden zu beziehen. In ähnlichem Sinne empfiehlt auch der französische Sachverständigenrat *Conseil d'analyse économique*, „den Wettbewerbsbehörden die erforderlichen personellen und technischen Mittel zur Verfügung stellen, um die notwendigen relevanten Untersuchungen in der digitalen Wirtschaft durchzuführen.“¹²³

2.2.1.4 Bestimmung von missbräuchlichem Verhalten

Ein weiterer Verdacht auf Behinderungsmissbrauch kann in der Digitalwirtschaft durch Nullpreise aufkommen.¹²⁴ Üblicherweise indiziert ein kostenloses Anbieten von Waren über einen längeren Zeitraum und in erheblichem Umfang, dass es sich um „Kampfpreisunterbietung“ handelt, da ein solches Verhalten in der Regel nur dann rational ist, wenn es dazu dient, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen.¹²⁵ In der Digitalwirtschaft hingegen lässt sich diese Schlussfolgerung nicht ohne weiteres ziehen. Wie eingangs (unter Teil 1, I, 2, b) dargestellt, sind viele Geschäftsmodelle der Digitalwirtschaft dadurch geprägt, dass Unternehmen als Plattform auf mehrseitigen Märkten tätig sind. Dabei ist es durchaus gängig, dass Leistungen auf einer der Marktseiten ohne finanzielle Gegenleistung angeboten werden und dies auf der Marktgegenseite kompensiert wird,

¹²¹ Podszun, WuW 2014, 249.

¹²² Podszun, a. a. O.

¹²³ Note N°26 von Oktober 2015, Empfehlung 4: <http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/cae-note026-de.pdf> (zuletzt abgerufen: 25.9.18).

¹²⁴ Körber, ZUM 2017, 93 (100).

¹²⁵ Körber, a. a. O.

etwa durch Werbung. Auf solchen Plattformmärkten sind Nullpreise daher nicht zwangsläufig Indiz für Kamppreisunterbietung und damit wettbewerbswidriges Verhalten, sondern unter Umständen für ein indirektes Finanzierungsmodell.¹²⁶ Der Nachweis von einer Verdrängungsabsicht bei der Preisgestaltung fällt bei zweiseitigen Märkten daher in manchen Fällen schwer.¹²⁷

Dass Nullpreise in der digitalen Wirtschaft Herausforderungen für die Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung darstellen können, wird durch Entscheidungen der französischen Wettbewerbsbehörde veranschaulicht:¹²⁸ In einem Fall wurde dem Unternehmen *Microsoft* vorgeworfen, seine beherrschende Position auf dem Markt der Betriebssysteme dazu auszunutzen, auf dem benachbarten Markt für Datenspeicherung, -teilung und -synchronisation auszunutzen, indem es diese Dienste kostenlos anbot. Die französische Wettbewerbsbehörde verneinte das Vorliegen eines Missbrauchs aber, da das Geschäftsmodell der angebotenen Dienste ein „Freemium“-Modell sei, durch das Nachfrage für die Bezahlversion generiert werden solle, und nicht Wettbewerber ausgeschlossen werden sollen.¹²⁹ Darüber hinaus betonte die ADLC den mehrseitigen Plattform-Charakter des Geschäftsmodells, indem sie ausführte, dass die angebotenen Dienste es *Microsoft* ermögliche, Nutzer mit Werbekunden in Verbindung zu bringen.¹³⁰ In einem anderen Fall hatten sich Pariser Gerichte mit der Frage zu befassen, ob *Google* einen Marktmissbrauch beging, indem es gewerblichen Kunden eine kostenlose Basisversion seiner Schnittstelle zu Kartendiensten (*Mapping APIs*) anbot.¹³¹ In einer Stellungnahme zu dieser Frage, der die Gerichte folgten, kam die französische Wettbewerbsbehörde zu dem Ergebnis, dass der relevante Markt sowohl die kostenlose als auch die Bezahlversion umfasse und ein Marktverschließen aufgrund der Kosten und Einnahmen nicht anzunehmen sei.¹³²

¹²⁶ Körber, ZUM 2017, 93 (100).

¹²⁷ Dewenter, Wirtschaftsdienst 2016, 236 (237).

¹²⁸ Dazu *Honoré/Verzeni*, Italian Antitrust Review 2017, 85 (92 ff.).

¹²⁹ Entscheidung n° 12-D-14 vom 5. 6. 2012.

¹³⁰ ADLC, a. a. O.

¹³¹ *Honoré/Verzeni*, Italian Antitrust Review 2017, 85 (92 ff.).

¹³² Stellungnahme N° 14-A-18 vom 16. 12. 2014. Siehe dazu die Anmerkung von *Béhar-Touchais*, RDC 2016, 724.

2.2.2 Regelungsbedarf *de lege ferenda*?

Im Hinblick auf die oben unter 2.1 dargestellten Besonderheiten der Digitalwirtschaft und die mit ihnen verbundenen Herausforderungen stellt sich die Frage, ob gesetzgeberischer oder regulatorischer Handlungsbedarf besteht, um den Wettbewerb auf digitalen Märkten zu gewährleisten. Im Folgenden soll daher untersucht werden, welche Maßnahmen in Deutschland und Frankreich bereits umgesetzt wurden oder dort diskutiert werden sowie ob und inwieweit diese Instrumente auf die jeweilige andere Rechtsordnung übertragbar wären.

2.2.2.1 Vorbemerkung: Rechtsetzungskompetenz der nationalen Gesetzgeber

Bevor auf den Regelungsbedarf eingegangen wird, ist zunächst die Frage zu klären, ob und inwieweit Deutschland und Frankreich als EU-Mitgliedstaaten über Handlungsspielraum verfügen, wettbewerbsrechtliche Regelungen zu erlassen, die über das EU-Recht hinausgehen.

Für den Bereich der Kartellabsprachen und die Missbrauchsaufsicht (Art. 101 und 102 AEUV) gilt gemäß Art. 3 der VO 1/2003¹³³ das Prinzip paralleler Anwendbarkeit von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht. Art. 3 Abs. 2 S. 2 der VO erlaubt es den Mitgliedstaaten jedoch, „in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden“.

Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle hingegen gilt das sog. Exklusivitätsprinzip, denn gemäß Art. 21 Abs. 3 der FKVO wenden die Mitgliedstaaten ihr jeweiliges Recht nicht auf Fusionen von gemeinschaftsweiter Bedeutung an. Gemäß Art. 1 Abs. 1 gilt die FKVO für alle Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, was wiederum gemäß Art. 1 Abs. 2 und 3 vom Überschreiten bestimmter Umsatzschwellen durch die Unternehmen abhängt. Unterhalb dieser Schwellenwerte können die Mitgliedstaaten aber durchaus eine eigene Kontrolle vorsehen. Im Anwendungsbereich der FKVO hingegen ist die Anwendung nationaler Vorschriften ausgeschlossen. Allerdings sind die Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 4 FKVO befugt, bei einer Fusion von Unternehmen, die der FKVO unterliegt, Maßnahmen nach nationalem Rechts zu treffen, die durch die

¹³³ VO (EG) Nr. 1/2003, Abl. Nr. L 001 vom 4.1.2003 1.

FKVO nicht berücksichtigt werden und die mit den allgemeinen Grundsätzen und den sonstigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind. Die in Diskussion befindlichen Vorschläge zur Reform des nationalen Rechts sind soweit ersichtlich mit EU-Recht vereinbar.¹³⁴

2.2.2.2 Fusionskontrolle

Die Fusionskontrolle ist einer der wettbewerbsrechtlichen Bereiche, in denen bereits gesetzgeberische Änderungen vorgenommen wurden, indem der deutsche Gesetzgeber die 9. GWB-Novelle umsetzte. Fraglich ist daher, inwieweit die vorgenommenen Änderungen auch für das Recht Frankreichs und der EU als Vorbild dienen können und ob darüber hinausgehende Änderungen des der Zusammenschlusskontrolle sinnvoll wären.

2.2.2.2.1 Transaktionswertbezogene Aufgreifschwelle auch für Frankreich und die EU?

Der oben unter 2.1 erwähnte Zusammenschluss zwischen *Facebook* und *WhatsApp* aus dem Jahr 2014 hat gezeigt, dass ein Aufgreifkriterium, das allein auf Umsätzen basiert, Fälle u. U. außer Betracht lässt. Darauf hat der deutsche Gesetzgeber wie oben bezüglich des Rechtsrahmens dargestellt mit der 9. GWB-Novelle reagiert. Vor der Novelle sah § 35 GWB a. F. vor, dass die Vorschriften über die Fusionskontrolle angewandt werden, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen € sowie im Inland mindestens in am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen € und ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 5 Millionen € erzielten. Durch die Novelle wurde die Fusionskontrolle ausgeweitet. Dazu wurde in § 35 Abs. 1a GWB ein neuer Aufgreifbestand geschaffen, dem zufolge künftig Fusionen auch dann kontrolliert werden können, wenn das Zielunternehmen im Inland einen Umsatz von weniger als 5 Millionen € hat. Gemäß der Vorschrift besteht künftig eine Anmeldepflicht, wenn die zweite Inlandsumsatzschwelle nicht erfüllt ist, aber der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen € beträgt, und das Zielunternehmen in

¹³⁴ So etwa auch *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, BMWi-Studie 2018, S. 161 ff. in Bezug auf ihre Vorschläge.

erheblichem Umfang im Inland tätig ist. Damit wurde die bisherige Lücke geschlossen, die bestand, wenn eine Unverhältnismäßigkeit zwischen Kaufpreis und Inlandsumsatz bestand.¹³⁵

Mit der Einführung des Aufgreifkriteriums des Transaktionswertes hat der deutsche Gesetzgeber in Europa Neuland betreten.¹³⁶ Österreich ist dem deutschen Vorbild kurze Zeit später gefolgt.¹³⁷ Vor diesem Hintergrund liegt die Frage nahe, ob nicht auch Frankreich dem Vorbild der 9. GWB-Novelle folgen sollte. Im Oktober 2017 hat die ADLC eine öffentliche Konsultation gestartet zu der Frage, ob die französischen Regeln zur Fusionskontrolle angepasst werden sollten. Dabei nahm die Behörde ausdrücklich Bezug auf die in Deutschland vorgenommene Gesetzesänderung und den Transaktionswert als Aufgreifkriterium. Auch im Schrifttum wurden Überlegungen angestellt, ob die GWB-Novelle als Vorbild für Frankreich dienen sollte.¹³⁸ Wie oben bezüglich des Rechtsrahmens dargestellt, ist nach geltender Rechtslage ein Zusammenschluss gegenüber der ADLC zu notifizieren, wenn der Umsatz der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weltweit mehr als 150 Millionen € beträgt und der Umsatz in Frankreich von mindestens zwei beteiligten Unternehmen bei über 50 Millionen € liegt.

Auch in Bezug auf das europäische Wettbewerbsrecht wird die Einführung einer transaktionswertbezogenen Schwelle diskutiert, so etwa bereits im Jahr 2014 anlässlich eines Weißbuchs der Kommission.¹³⁹ Die Kommission führte bis zum 13. Januar 2017 eine öffentliche Konsultation zu bestimmten Aspekten der EU-Fusionskontrolle durch, deren Gegenstand auch das Erfordernis einer Erweiterung der Aufgreifschwelle einschließlich des Kriteriums des Transaktionswerts war.¹⁴⁰ Auch im Schrifttum wird diskutiert, ob die 9. GWB-Novelle Maßstab für das europäische Wettbewerbsrecht sein sollte.¹⁴¹

¹³⁵ Dazu *Sauermann*, *Wirtschaftsdienst* 2017, 438; *Klasse/Wiethaus*, *WuW* 2017, 354.

¹³⁶ *Lettl*, *WPR* 2018, 145 (148), Rn. 31.

¹³⁷ Siehe *Hauck*, *JECLP* 2018, 323.

¹³⁸ So etwa *Nicolas-Vullierme*, *Contrats Concurrence Consommation* n° 1 2018, étude 1.

¹³⁹ White Paper „Towards more effective EU merger control“ vom 9.7.2014, COM(2014) 449 final.

¹⁴⁰ GD Wettbewerb, *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*.

¹⁴¹ So etwa *Lettl*, *WPR* 2018, 145 (149), Rn. 36 ff. Befürwortend *Paal/Heinemann*, *Big Data as an asset. Daten und Kartellrecht*, 2018, S. 85/89.

Bislang zeigt die Kommission keine Absicht, sich an der deutschen Rechtsänderung orientieren zu wollen. Dies dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass sich die Mehrheit der Teilnehmer an der Konsultation gegen eine Änderung der Schwellenwerte ausgesprochen hat.¹⁴² Auch die von Wettbewerbskommissarin Vestager eingesetzten Sonderberater halten eine Änderung der Schwellenwerte derzeit nicht für empfehlenswert.¹⁴³

Im Gegensatz zur Kommission hat die französische Wettbewerbsbehörde bereits öffentlich Stellung bezogen: Im Juni 2018 teilte die ADLC mit, dass sie keine Änderungen des bestehenden Rechtsrahmens vorschlagen werde. Die Einführung eines auf dem Transaktionswert beruhenden Schwellenwerts sei für die französische Volkswirtschaft nicht begründet. Wenngleich damit manche Zusammenschlüsse nicht kontrolliert werden können, betreffe dies jedoch nur eine geringe Zahl an Transaktionen und auch der Transaktionswert als Aufgreifkriterium ermögliche es nicht zwangsläufig, alle problematischen Fälle zu erfassen. Die Einführung eines Schwellenwerts würde aber eine starke Beeinträchtigung für viele Zusammenschlüsse und Unternehmenskäufe bedeuten. Daher schließe die Behörde zum derzeitigen Zeitpunkt eine Änderung aus, beobachte aber die in Deutschland und Frankreich getroffenen Maßnahmen und werde daraus Schlussfolgerungen ziehen.¹⁴⁴

Die ablehnende Haltung der ADLC ist nicht überraschend. Auch in Deutschland hat es Kritik an den neuen Aufgreifkriterien des GWB gegeben.¹⁴⁵ Unter anderem wird im Schrifttum bemängelt, dass der deutsche Gesetzgeber wegen der allgemeinen Formulierungen *de facto* auch andere als die bezweckten Transaktionen erfasse.¹⁴⁶ Zudem wird kritisiert, dass eine Transaktionswertschwelle anders als reine Umsatzschwellen stets mit einem Verlust an Rechtssicherheit und -klarheit einhergehe.¹⁴⁷ Im Hinblick auf die Kritik an der Änderung ist nicht

¹⁴² Summary of replies to the Public Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control (Juli 2017), S. 5 ff., http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/summary_of_replies_en.pdf (zuletzt abgerufen: 28.10.18).

¹⁴³ *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019, S. 10.

¹⁴⁴ ADLC, Pressemitteilung vom 7.6.2018, abrufbar unter http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=683&id_article=3180 (zuletzt abgerufen am 19.9.18).

¹⁴⁵ Siehe nur *Lettl*, WRP 2018, 145 (148), dortige Fn. 38 m. w. N.

¹⁴⁶ So etwa *Siebert/Aulmann*, ZWeR 2017, 262 (273).

¹⁴⁷ *Siebert/Aulmann*, ZWeR 2017, 262 (275).

davon auszugehen und auch nicht ratsam, dass der französische und der europäische Gesetzgeber der deutschen Rechtsänderung folgen.¹⁴⁸

2.2.2.2.2 *Ex post-Kontrolle in der Fusionskontrolle?*

Als die ADLC im Juni 2018 mitteilte, dass sie eine Aufnahme transaktionsbasierter Schwellenwerte als Aufgreifkriterium nicht vorschlagen wolle, kündigte sie an, stattdessen bis Ende September 2018 eine erneute Konsultation durchzuführen zu der Frage, ob Frankreich dem Vorbild anderer Länder folgen sollte, indem eine *ex post*-Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vorgenommen wird.¹⁴⁹ *Ex post*-Kontrollen wären für das französische Recht ein Paradigmenwechsel, da nach geltender Rechtslage Fusionen nur *ex ante* geprüft werden. Gleichwohl finden sich Stimmen, die sich dafür aussprechen, die ADLC mit einer entsprechenden Kompetenz auszustatten.¹⁵⁰

Das EU-Wettbewerbsrecht würde auch *de lege lata* eine nachträgliche Untersuchung von Unternehmenszusammenschlüssen grundsätzlich erlauben. Die Kommission hat jedoch eine Erklärung zur Interpretation von Art. 22 FKVO a. F. (dem jetzigen Art. 21 Abs. 1) abgegeben, der zufolge sie auf eine nachträglich eingreifende Missbrauchsprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen grundsätzlich verzichtet.¹⁵¹ Gleichwohl ist in einem für das französische Wirtschafts- und Finanzministerium erstellten Bericht ist die Einführung einer *ex post*-Kontrolle von Zusammenschlüssen auch auf europäischer Ebene empfohlen worden.¹⁵²

In Deutschland finden sich ebenfalls Stimmen, die Fusionen einer *ex post*-Prüfung unterziehen wollen: Die damalige Vorsitzende der SPD *Andrea Nahles*, sprach sich dafür aus, „Fusionen notfalls rückgängig zu machen“.¹⁵³ Die Idee vermag aber nicht zu überzeugen. Zu Recht lehnt die Monopolkommission

¹⁴⁸ Gegen eine Änderung der Schwellenwerte in der FKVO auch *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*, S. 68.

¹⁴⁹ Siehe die Pressemitteilung vom 7. 6. 2018.

¹⁵⁰ So etwa *Jean/Perrot/Philippon*, *Concurrence et commerce: quelles politiques pour l'Europe? Les notes du conseil d'analyse économique*, No. 51, 2019, S. 9.

¹⁵¹ Erklärungen zur Auslegung von Art. 22 der VO 4064/89 für das Ratsprotokoll vom 19. 12. 1989, WuW 1990, 240 (243 f.).

¹⁵² *Blonde/Catoire/Mariton/Perrot/Ropars*, *La Politique de la Concurrence et les Intérêts Stratégiques de L'UE*, 2019, S. 23.

¹⁵³ *Andrea Nahles*, Gastbeitrag im Handelsblatt vom 13. 8. 18.

einen solchen Ansatz in ihrem Sondergutachten „Herausforderung digitale Märkte“ ausdrücklich ab, da die ex ante Prüfung schon wegen der Rechtssicherheit der Standard bleiben sollte.¹⁵⁴

Ein Vorschlag, Zusammenschlüsse zwar nicht rückgängig zu machen, aber ex post in den Blick zu nehmen, um künftige Fusionen ggf. zu unterbinden, findet sich in der im Auftrag des BMWi erstellten Studie: Die Autoren schlagen vor, bei der Prüfung eines Unternehmenserwerbs vorausgegangene Transaktionen zu würdigen und zu prüfen, ob ein systematischer Aufkauf wachstumsstarker Unternehmen in einem frühen Entwicklungsstadium (insbesondere potentieller Wettbewerber) stattfindet, der sich als Gesamtstrategie darstellt.¹⁵⁵ Die Studie regt an, die Rechtsgrundlage für Untersagung des Aufkaufs innovativer Start-ups durch Digitalkonzerne durch eine Ergänzung nach § 36 Abs. 1 S. 1 GWB zu schaffen.¹⁵⁶ Die praktische Anwendung einer solchen Regelung dürfte sich jedoch als schwierig gestalten. Zudem ist zu bedenken, dass eine solche Regelung unerwünschte Auswirkungen haben kann, u. a. auf die Finanzierung von Start-ups. Aber auch diese Art der ex post-Betrachtung ist abzulehnen. Zu Recht weisen Wirtschaftsverbände darauf hin, dass Wagniskapitalgeber und Business Angels abgeschreckt werden könnten, in deutsche Start-ups zu finanzieren, da der Exit in Form eines Verkaufs an ein Unternehmen erschwert würde.¹⁵⁷

2.2.2.2.3 Klarstellung zu unentgeltlichen Leistungen?

Durch die Schaffung von § 18 Abs. 2a GWB hat der deutsche Gesetzgeber eine Klarstellung vorgenommen, dass ein Markt im Sinne des Wettbewerbsrechts auch bei einer unentgeltlichen Leistung vorliegen kann. Die neugeschaffene Vorschrift besagt: „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“ Damit ist der Gesetzgeber der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts, des Bundesgerichtshofs und auch der EU-Kommission gefolgt, die in mehreren Entscheidungen der Zusammen-

¹⁵⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 158, Rn. 458. Ablehnend auch Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, S. 68 ff.

¹⁵⁵ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, BMWi-Studie, 2018 S. 125 f.

¹⁵⁶ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O.

¹⁵⁷ Siehe die Berichterstattung in Die Zeit vom 6. 9. 18, <https://www.zeit.de/news/2018-09/05/verband-einschraenkung-von-firmenverkaeufen-schreckt-ab-180905-99-830463> (zuletzt abgerufen: 12. 10. 18).

schlusskontrolle das Vorliegen eines Marktes auch bei unentgeltlichem Angebot der jeweiligen Leistung bejahen.¹⁵⁸ Die neu geschaffene Regelung befindet sich im Kapitel zu Marktbeherrschung und sonstigem wettbewerbschädlichem Verhalten. Fraglich ist daher, ob für die Fusionskontrolle eine entsprechende Regelung erforderlich ist. Auch wenn es sich dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig entnehmen lässt, wird allgemein angenommen, dass § 18 Abs. 2 GWB für das gesamte GWB und damit auch für die Zusammenschlusskontrolle nach § 36 GWB Anwendung findet.¹⁵⁹ Regelungsbedarf besteht insofern nicht. Gleichwohl kann man sich fragen, ob der französische Gesetzgeber ebenso eine klarstellende Regelung aufnehmen sollte. In Frankreich jedoch scheint es – anders als vor der Gesetzesänderung in Deutschland¹⁶⁰ – nicht in Frage gestellt zu werden, dass auch bei unentgeltlichen Leistungen ein Markt vorliegen kann. Weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum scheint dies bislang in Zweifel gezogen worden zu sein. Die wettbewerbsrechtliche Konsequenz der Unentgeltlichkeit von Leistungen wird stattdessen vor allem im Hinblick auf Marktmissbrauch oder in Bezug auf lauterkeitsrechtliche Aspekte diskutiert.¹⁶¹ Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass der französische Gesetzgeber sich nicht veranlasst sieht, eine dem deutschen Recht vergleichbare Aussage ins Gesetz aufzunehmen.

2.2.2.3 Missbrauchsaufsicht

Mit der 9. GWB-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber zwar Präzisierungen hinsichtlich Marktabgrenzung und -machtbestimmung geschaffen, aber keine Regelungen zur Feststellung von Machtmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen der Digitalwirtschaft eingeführt.¹⁶² Bislang ist weder in Deutschland noch in Frankreich oder auf EU-Ebene das geltende Recht der Missbrauchsaufsicht im Hinblick auf die Digitalwirtschaft geändert worden. Gleichwohl gibt es eine rege Diskussion darüber und konkrete Vorschläge, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

¹⁵⁸ Siehe *Lettl*, WPR 2018, 145 (146), dortige Fn. 9 m. w. N.

¹⁵⁹ Dazu *Lettl*, a. a. O., Rn. 11 ff.

¹⁶⁰ So etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 1. 2015, VI Kart 1/14, Rz. 43 – HRS.

¹⁶¹ Siehe nur *Béhar-Touchais*, *Concurrence et gratuité*, in: Martial-Braz/Zolynski, (Hrsg.): *La gratuité – un concept aux frontières de l'économie et du droit*, 2013, S. 185 ff.

¹⁶² *Körber*, ZUM 2017, 93 (99).

2.2.2.3.1 Datenzugangsrechte

Wie oben in Bezug auf die Rolle von Daten für Marktmacht ausgeführt, wird von einer großen Anzahl an Autoren davon ausgegangen, dass Datenbestände eine wesentliche Einrichtung darstellen können, zu der Wettbewerbern auf Grundlage der *essential facilities-Doktrin* Zugang zu gewährleisten ist. Da diesbezüglich aber bislang keine behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungen vorliegen, ist diese Rechtsauffassung einer Ungewissheit ausgesetzt. Darüber hinaus besteht das Zugangsrecht nur unter engen Voraussetzungen, insbesondere nur gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen. Daher gibt es Forderungen, Datenzugangsrechte gesondert zu regeln. Diskutiert wird dies insbesondere bezüglich gesetzlicher Zugangsrechte (2.2.2.3.1.1) und einer Ausweitung der Datenportabilität (2.2.2.3.1.2). Die beiden Konzepte unterscheiden sich in einem wesentlichen Punkt: bei ersterem geht es darum, Wettbewerbern Zugang zu Daten zu ermöglichen. Bei der Datenportabilität hingegen sind es die Nutzer selber, die die Daten erhalten, um sie bei einem Wechsel zu einem Konkurrenten übertragen zu können.

2.2.2.3.1.1 Pflicht zum Teilen von Daten

In Deutschland wurde die Debatte um Zugangsrechte zu Daten unter anderem durch die damalige SPD-Vorsitzende *Andrea Nahles* befeuert. Diese forderte, in einem „Daten-für-alle-Gesetz“ Unternehmen der Digitalwirtschaft, die über einen bestimmten Marktanteil verfügen, zu verpflichten, einen repräsentativen Teil ihres Datensatzes in anonymisierter Form öffentlich zu teilen.¹⁶³ Die ursprüngliche Idee wird gemeinhin *Viktor Mayer-Schönberger* zugeschrieben.¹⁶⁴ Mit einem Koautor hat er in seinem Buch „Das Digital“ die Einführung einer sogenannten progressiven Daten-Sharing-Pflicht für marktstarke Unternehmen vorgeschlagen.¹⁶⁵ Andere Wissenschaftlicher haben den Vorschlag begrüßt.¹⁶⁶ Die

¹⁶³ *Nahles*, Gastkommentar im Handelsblatt vom 13. 8. 18.

¹⁶⁴ So etwa *Brühl*, SZ vom 17. 8. 2018. Ebenso *Louven*, ZWeR 2019, 154 (181).

¹⁶⁵ *Mayer-Schönberger/Ramge*, Das Digital: Markt, Wertschöpfung und Gerechtigkeit im Datenkapitalismus, 2017, S. 195 ff.

¹⁶⁶ So etwa *Haucap* im Interview mit dem Handelsblatt vom 13. 8. 18, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/justus-haucap-im-interview-daten-fuer-alle-nahles-idee-setzt-an-der-richtigen-stelle-an/22908668.html> (zuletzt abgerufen: 11. 9. 18). Ähnlich offen auch die von ihm mitverfasste Studie, der zufolge es sich lohnt, über eine solche Regelung weiter nachzudenken: *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, BMWi-Studie, S. 152.

vom BMWi in Auftrag gegebene Studie beschränkt sich auf die Aussage, dass über die Idee weiter nachgedacht werden sollte und die konkrete Ausgestaltung offen sei.¹⁶⁷ In Frankreich findet soweit ersichtlich eine vergleichbare Diskussion nicht statt. Ob eine gesetzliche Pflicht zum Datenteilen tatsächlich Abhilfe schafft, erscheint fraglich, da die Pflicht ohnehin kaum neue Fälle erfassen würde und um wirksam zu sein, datenschutzrechtlich relevante Daten geteilt werden müssten.¹⁶⁸ Vorzugswürdig scheint es daher, zunächst abzuwarten, ob das neue Recht auf Datenportabilität Abhilfe schafft.¹⁶⁹ Darüber hinausgehende Maßnahmen sollten nur als *ultima ratio* ins Auge gefasst werden.

2.2.2.3.1.2 Ausweitung der Datenportabilität

Ein Konzept, um die eingangs beschriebenen Lock-in-Effekte zu beheben und Nutzern digitaler Dienste einen Wechsel zu anderen Anbietern zu erleichtern, ist ein Recht auf Datenübertragbarkeit, auch Datenportabilität genannt.

Eine rechtliche Verankerung von Datenportabilität in Bezug auf personenbezogene Daten findet sich – neben spezialgesetzlichen Sonderregelungen im Bereich Energie und Zahlungsdienste¹⁷⁰ – in Art. 20 der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), die im Mai 2018 in Kraft getreten ist.¹⁷¹ Nach verbreiteter Auffassung dient die Regelung trotz ihrer Verankerung im Datenschutzrecht in erster Linie wettbewerbspolitischen Zwecken.¹⁷² Andere Autoren sprechen zumindest von einer hybriden oder dualistischen Natur der Regelung.¹⁷³

Vor dem Hintergrund des der Arbeit zugrundeliegenden Rechtsvergleichs ist auch interessant, dass der französische Gesetzgeber über Art. 20 DSGVO hinaus Regelungen geschaffen hat. Durch das im Jahr 2016 beschlossene Gesetz „Loi Le-maire“¹⁷⁴ wurde in Art. L 224-42-1 ff. *Code de la consommation* ein Recht geschaffen, seine Daten zu erhalten. Im Gegensatz zur DSGVO ist die französische Rege-

¹⁶⁷ S. 160 der Studie.

¹⁶⁸ Schmidt, WuW 2018, 549.

¹⁶⁹ Schmidt, a. a. O.

¹⁷⁰ Dazu näher Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, S. 48.

¹⁷¹ VO (EU) 2016/679, ABl. L 119 vom 4. 5. 2016, S. 1–88.

¹⁷² Siehe nur Hennemann, PinG 2017, 5.

¹⁷³ Vgl. Stoykova, CRi 2018, 44 m. w. N.

¹⁷⁴ Loi pour une République numérique: LOI n° 2016-1321 vom 7. 10. 2016.

lung nicht auf personenbezogene Daten beschränkt. Allerdings bezieht sich die Portabilität nur auf Daten von Verbrauchern und nur auf solche, die Anbietern von Online-Kommunikation („*fournisseur d'un service de communication au public en ligne*“) zur Verfügung stehen. Darüber hinaus handelt es sich in erster Linie um ein Recht, seine Daten von einem Anbieter zu erhalten, etwa damit diese im Falle einer Kündigung nicht verloren gehen. Ein Transfer zu einem anderen Anbieter, wie ihn Datenportabilität ermöglichen soll, ist damit nicht verbunden.¹⁷⁵

Der Anwendungsbereich der DSGVO ist gemäß ihres Art. 4 Nr. 1 auf personenbezogene Daten beschränkt, d. h. Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Denkbar ist es aber, über die bestehenden Regeln hinaus *de lege ferenda* Datenportabilität auch für nicht personenbezogene Daten verpflichtend zu machen.¹⁷⁶ In diesem Sinne hat etwa die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung zum Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft die Idee aufgeworfen, Zugang zu Daten gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen.¹⁷⁷ Ausdrücklicher zu dieser Idee führt eine Arbeitsgrundlage der Kommissionsdienststellen aus, in der die Einführung von Datenportabilität für nicht-personenbezogene Daten als Mittel zur Förderung des Wettbewerbs und zur Vermeidung eines Lock-in von Nutzern andiskutiert wird.¹⁷⁸ In ihrem Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte¹⁷⁹ hat die Kommission eine Regelung zu Datenportabilität vorgesehen, die nicht nur personenbezogene Daten erfasst, sondern sämtliche digitale Inhalte.¹⁸⁰ In ähnlichem Sinne, wenngleich mit etwas anderer Stoßrichtung, ist der Vorschlag des französischen Sachverständigenrats *Conseil d'analyse économique*, „die Datenübertragbarkeit in allen Sektoren und Authentifizierungsmechanismen [...] [zu] entwickeln.“¹⁸¹

¹⁷⁵ Näher zu dem Unterschied *Dreyfus* auf dem Blog Village de la justice.

¹⁷⁶ Dazu *Schweitzer/Peitz*, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft.

¹⁷⁷ Mitteilung vom 10. 1. 2017, COM(2017) 9 final, S. 15.

¹⁷⁸ Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen über den freien Datenverkehr und neu auftretende Probleme der europäischen datengesteuerten Wirtschaft (SWD (2017) 2/1), S. 48 f.

¹⁷⁹ Vorschlag vom 9. 12. 2015, COM(2015) 634 final, Art. 13 Abs. 2 c) und Art. 16 Abs. 4 b).

¹⁸⁰ Im Gegensatz zur DSGVO greift das Recht auf Portabilität aber erst nach Beendigung eines Vertrags, vgl. Janal, JIPITEC 2017, 59.

¹⁸¹ Note du CAE n° 26, Oktober 2015, Empfehlung 3. Eine deutsche Zusammenfassung der Stellungnahme ist hier abrufbar: <http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/cae-note026-de.pdf> (zuletzt abgerufen: 25.9.18).

Ob eine Ausweitung der Datenportabilität sinnvoll ist, darf allerdings bezweifelt werden. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass Datenportabilität nicht zwangsläufig positive Wirkungen entfaltet, sondern unter Umständen Innovation verhindert und Anreize zu Investitionen in die Gewinnung von Kunden schmälert.¹⁸² Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass mit einem Recht auf Export der Daten nicht automatisch ein Recht auf Datenimport bei einem anderen Anbieter verbunden ist, weshalb eine konkludente Vereinbarung erfolgen könne, keine Funktion für den Import der Daten von Wettbewerbern zur Verfügung zu stellen.¹⁸³ „Aus volkswirtschaftlicher Sicht bestehe daher das Risiko einer Situation, die einem Gefangenendilemma“ vergleichbar sei: Zwar nutze das Recht auf Portabilität den Unternehmen insofern, als sie leichter Kunden der Wettbewerber gewinnen können, letztendlich würden aber alle Unternehmen schlechter dastehen, da die Portabilität entsprechend ihrer Zielrichtung den Wettbewerb als solchen erhöhe.¹⁸⁴ Sinnvoll wäre es daher, im Falle einer Ausweitung der Datenportabilität auch eine Importfunktion verpflichtend zu machen oder zumindest entsprechende Standards zu entwickeln. Ebenso scheint es vorzugswürdig, Datenportabilität nicht auf nicht-personenbezogene Daten, ohne dabei eine Anknüpfung an die wettbewerbsrechtlichen Eingriffsschwellen vorzunehmen.¹⁸⁵

2.2.2.3.2 Aufgabe oder Änderung des Kriteriums der Marktmacht

Bemerkenswert an der oben dargestellten Datenportabilität ist im Übrigen, dass das Recht keine Marktmachtstellung des jeweiligen Anbieters voraussetzt.¹⁸⁶ Auch über diesen Sonderfall hinaus gibt es Überlegungen, das Kriterium der Marktbeherrschung aufzugeben oder um neue Formen der Marktmacht zu ergänzen. Dass die Beschränkung des Wettbewerbsrechts aus gesetzgeberischer Sicht nicht ausreicht, um die regulatorischen Ziele zu erreichen, wird auch dadurch verdeutlicht, dass für die Plattformwirtschaft Sonderregelungen vorgeschlagen werden¹⁸⁷: Der Entwurf der EU-Kommission für eine Verordnung

¹⁸² Krämer, Wirtschaftsdienst 2018, 466.

¹⁸³ Krämer, a. a. O. (468).

¹⁸⁴ Krämer, a. a. O.

¹⁸⁵ So auch Paal/Heinemann, Big Data as an asset. Daten und Kartellrecht, S. 86.

¹⁸⁶ Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, S. 50.

¹⁸⁷ Vgl. BKartA, Hintergrundpapier 2018, S. 14.

für Transparenz und Fairness von Online-Plattformen¹⁸⁸ etwa sieht Regelungen vor, durch die sichergestellt werden soll, dass die Plattformen ihre Macht nicht ausnutzen und damit ihren gewerblichen Nutzern nicht schaden.¹⁸⁹ Zur Begründung des Vorschlags führt die Kommission unter anderem an, dass sie sich nicht auf das bestehende EU-Wettbewerbsrecht verlasse, „da die jeweiligen Plattformen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen müssten, damit die Regeln gegen die missbräuchliche Ausnutzung einer solchen Stellung auf sie Anwendung fänden.“¹⁹⁰

Die Marktmacht als Interventionsschwelle wird soweit ersichtlich nicht ernsthaft erwogen, da sie einen Paradigmenwechsel darstellen würde und im EU-Recht mit einer Änderung des Primärrechts verbunden wäre, da Art. 102 AEUV ausdrücklich von einer marktbeherrschenden Stellung spricht. Vorgeschlagen werden vielmehr eine Ausweitung und Ergänzung der Kriterien von Marktmacht: zum einen durch eine Ergänzung von „Intermediationsmacht“ (2.2.2.3.2.1) und zum anderen durch eine Stärkung der relativen Marktmacht (2.2.2.3.2.2).

2.2.2.3.2.1 Aufnahme von „Intermediationsmacht“ als Form der Marktmacht

Die im Auftrag des BMWi erstellte Studie schlägt u. a. vor, „Intermediationsmacht“ als eigenständige Form der Marktmacht ins Gesetz aufzunehmen. Dazu könnte „Intermediationsmacht“ als eigenständige dritte Form der Marktmacht verankert werden, indem § 18 Abs. 1 GWB um den Zusatz „als Vermittler“ ergänzt wird.¹⁹¹ Darüber hinaus könnten laut der Studie die in § 18 Abs. 3 GWB genannten Gesichtspunkte für die Bewertung der Marktstellung von mehrseitigen Märkten und Netzwerken dahingehend ergänzt werden, dass auch die Bedeutung einer Plattform in der Vermittlung des Zugangs zu Märkten für die Marktstellung erheblich ist.¹⁹²

Für das französische Recht wäre die Aufnahme von Intermediationsmacht als eigenständige Form von Marktmacht ein Systembruch. Anders als im deutschen

¹⁸⁸ Vorschlag vom 26. 4. 18, COM(2018) 238 final.

¹⁸⁹ So Kommissarin *Mariya Gabriel* laut Pressemitteilung IP/18/3372 vom 25. 4. 18, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3372_de.htm (zuletzt abgerufen: 22. 10. 18).

¹⁹⁰ Factsheet der Kommission vom 26. 4. 18, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-3373_de.htm (zuletzt abgerufen: 22. 10. 18).

¹⁹¹ Studie, S. 158.

¹⁹² Studie, S. 158.

GWB findet sich im französischen Recht keine Legaldefinition der marktbeherrschenden Stellung.¹⁹³ Auch eine indikative Liste von Kriterien der marktbeherrschenden Stellung, wie sie das GWB in § 18 Abs. 3 enthält, ist dem französischen Recht fremd.¹⁹⁴

Gleichwohl ist davon auszugehen, dass das französische Recht auch *de lege lata* hinreichend flexibel ist, um der französischen Wettbewerbsbehörde und Gerichten zu ermöglichen, die Vermittlungsmacht von Plattformen zu berücksichtigen, um das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen.

2.2.2.3.2.2 Ausweitung des Schutzes gegen den Missbrauch relativer Marktmacht

Die im Auftrag des BMWi erstellte Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht schlägt unter anderem vor, in § 20 Abs. 1 GWB die Beschränkung des Schutzbereichs auf kleine und mittlere Unternehmen zu streichen.¹⁹⁵ Die Vorschrift verbietet Missbräuche relativer Marktmacht. Damit sollen Situationen erfasst werden, in denen zwar keine marktbeherrschende Stellung vorliegt, kleine oder mittlere Unternehmen (KMU) aber von einem anderen Unternehmen abhängig sind, da sie keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben. Die Autoren der Studie empfehlen es, die Beschränkung auf KMU zu streichen, da in der Digitalwirtschaft auch große Unternehmen in Abhängigkeit von Unternehmen geraten können, wenn diese Plattformen mit „Gatekeeper“-Position sind.¹⁹⁶

Dieser Vorschlag ist vor dem Hintergrund des deutsch-französischen Rechtsvergleichs interessant, da seine Umsetzung eine (Wieder-)Annäherung an das französische Wettbewerbsrecht bedeuten würde. Während es im europäischen Wettbewerbsrecht kein Äquivalent zum Schutz gegen den Missbrauch relativer Marktmacht gibt, kennt das französische Wettbewerbsrecht eine entsprechende Regelung in Art. 420-2 Abs. 2 *Code de commerce*. Die Vorschrift wurde im

¹⁹³ So schon zur alten Rechtslage Vogel, *Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 2003, S. 171, Rn. 141.

¹⁹⁴ Siehe Nicolas-Vullierme, *Contrats Concurrence Consommation* n° 1, Janvier 2018, étude 1: „*Contrairement au droit français, le droit allemand comporte une liste indicative de critères de la position dominante d'une entreprise [...]*“

¹⁹⁵ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, *BMW-Studie*, 2018, S. 48 ff.

¹⁹⁶ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 56 ff.

Jahr 1986 geschaffen¹⁹⁷ und verbietet den Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit („abus de dépendance économique“). Der Vorschrift wird nachgesagt, der damaligen Fassung des deutschen GWB entlehnt worden zu sein.¹⁹⁸ Drei Jahre nach Schaffung der französischen Regelung wurde in Deutschland durch die 5. GWB-Novelle die Beschränkung des Schutzbereichs auf KMU eingeführt.¹⁹⁹ Im französischen Recht hingegen wurde diese Änderung am deutschen Vorbild nicht nachvollzogen. Insofern würde eine Aufhebung der Beschränkung auf KMU in § 20 Abs. 1 GWB dazu führen, dass sich das deutsche und französische Wettbewerbsrecht wieder annähern. Ob es zu einer solchen Konvergenz kommt, ist aber auch von französischer Seite mit Zweifeln behaftet: In Frankreich finden sich nämlich Stimmen, die sich dafür aussprechen, den Tatbestand des Missbrauchs wirtschaftlicher Abhängigkeit abzuschaffen.²⁰⁰ Dies wird damit begründet, dass die Regelung kaum angewandt werde, aber die Existenz der Vorschrift große Unternehmen davon abschrecke, mit kleinen Unternehmen zusammenzuarbeiten.²⁰¹ Zudem sehe das französische Vertragsrecht seit seiner Reform im Jahr 2016 einen Tatbestand vor, mit dem der Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit sanktioniert wird.²⁰² Gleichwohl ist dem französischen Gesetzgeber zu empfehlen, den Tatbestand der relativen Marktmacht beizubehalten. Dafür spricht, dass das Konzept sich aus deutscher Perspektive gut auf Plattformen anwenden lässt.²⁰³ Darüber hinaus geht der Verweis auf eine angebliche Doppelung durch das neue Vertragsrecht fehl: Zwar können beide Regelungen zur Nichtigkeit des Vertrags führen. Art.420-2 *Code de commerce* geht aber über die vertragsrechtliche Sanktion hinaus, indem er auch Geldbußen durch die ADLC

¹⁹⁷ Damals noch in der Ordonnance N° 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence vom 1. 12. 1986.

¹⁹⁸ Dazu *Marty/Reis*, *Revue internationale de droit économique* 2013, 579 (581); *Taube*, *Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für „relativ marktstarke“ Unternehmen*, 2006, S. 169 m. w. N.

¹⁹⁹ *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, a. a. O.,

²⁰⁰ So etwa die Rechtsanwaltskanzlei Vogel & Vogel: <https://www.vogel-vogel.com/blog/concurrence-faut-il-reformer-le-droit-de-la-concurrence/> (zuletzt abgerufen: 22.10.18) sowie der Think Tank Le Club des juristes im Bericht „Pour une réforme du droit de la concurrence“ 2018, S. 82 ff., Rn. 141 ff.

²⁰¹ *Vogel & Vogel*, a. a. O.

²⁰² Art. 2 der Ordonnance n° 2016-131 du 10.2.16, JORF n°0035 du 11.2.16. Art. 1143 Code civil n. F. besagt nunmehr, dass das Ausnutzen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit einen Willensmangel darstellt.

²⁰³ Siehe BKartA, Hintergrundpapier 2018, S. 27.

ermöglicht. Vor diesem Hintergrund bleibt zu hoffen, dass der französische Gesetzgeber an der wettbewerbsrechtlichen Regelung festhalten wird.

2.2.2.3.3 Aufgabe des Kriteriums des Missbrauchs

Neben einer beherrschenden Marktstellung setzen das Recht Deutschlands, Frankreichs und der EU voraus, dass ein Unternehmen diese Macht missbraucht, um seitens der Wettbewerbsbehörden tätig zu werden. Darin besteht im Übrigen ein wesentlicher Unterschied zum US-amerikanischen Recht: Das Recht der USA sieht ein allgemeines Monopolisierungsverbot vor.²⁰⁴ Da der Missbrauch von Marktmacht in der digitalen Wirtschaft – etwa wegen der in Teil I beschriebenen Preisstruktur digitaler Dienste – unter Umständen schwierig feststellbar ist, wird das Kriterium des Missbrauchs zunehmend in Frage gestellt. Gleichwohl scheint in der in Deutschland und Frankreich geführten Diskussion niemand ernsthaft eine rechtliche Verankerung des Monopolisierungsverbots nach amerikanischem Vorbild zu fordern. Das durch das BMWi in Auftrag gegebene Gutachten äußert sich explizit gegen diese Idee.²⁰⁵ Stattdessen werden andere Ideen für missbrauchsunabhängige Mechanismen diskutiert. Dies sind zum einen die Einführung eines SIEC-Tests für die Missbrauchsaufsicht (2.2.2.3.3.1) und zum anderen die Möglichkeit, marktbeherrschende Unternehmen zu „zerschlagen“ (2.2.2.3.3.2).

2.2.2.3.3.1 SIEC-Test für die Missbrauchsaufsicht?

Im Schrifttum wird vereinzelt diskutiert, einen SIEC-Test für die Missbrauchsaufsicht einzuführen.²⁰⁶ Wie oben bezüglich des Rechtsrahmens (unter 2.1.2.1) ausgeführt, wird in den hier untersuchten Rechtsordnungen bei der Fusionskontrolle ein Test angewandt, demzufolge ein Zusammenschluss zu untersagen ist, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Die vom BMWi beauftragte Studie wirft die Idee auf, ob dieser SIEC-Test auch in der Missbrauchsaufsicht Anwendung finden sollte. Darunter verstehen die Autoren der Studie einen „Übergang vom Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen zu einem allgemeineren Verbot der erheblichen Behinderung wirk-

²⁰⁴ Section 2 des Sherman Antitrust Act.

²⁰⁵ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, BMWi-Studie 2018, S. 43 ff.

²⁰⁶ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 45 ff.

samen Wettbewerbs durch unilaterales unternehmerisches Verhalten.“ Denkbar wäre es nach Ansicht der Autoren grundsätzlich, einen solchen Ansatz in einem neuen § 19a GWB zu verankern.²⁰⁷ Im Ergebnis lehnen die Gutachter die Idee aber zu Recht ab, insbesondere wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für Unternehmen.

2.2.2.3.3.2 Strukturelle Maßnahmen gegen Unternehmen

In der öffentlichen Diskussion wird in jüngerer Zeit von deutschen Politikern vorgeschlagen, große Unternehmen der Digitalwirtschaft „zu zerschlagen“.²⁰⁸ In der Vergangenheit hatte sich auch das Europäische Parlament in einer Entschließung für die Möglichkeit einer Entkopplung von Geschäftsbereichen ausgesprochen.²⁰⁹

Das deutsche und das französische Recht sehen grundsätzlich die Möglichkeit vor, dass die jeweiligen Wettbewerbsbehörden Maßnahmen struktureller Art vorschreiben.²¹⁰ Ebenso sieht die Verordnung 1/03 in Art. 7 vor, dass die Europäische Kommission zur Abstellung von Zuwiderhandlungen auch Maßnahmen struktureller Art vorschreiben kann. Voraussetzung ist allerdings, dass ein Missbrauch von Marktmacht vorliegt. Sowohl in Deutschland als auch in Frankreich gab es aber in der Vergangenheit Diskussionen darüber, missbrauchsunabhängige Entflechtungen zu ermöglichen. In Frankreich sah der Entwurf für das als *Loi Macron*²¹¹ bezeichnete Gesetz vor, die Möglichkeit einer sogenannter „*injonction structurelle*“ vor.²¹² Dieses Instrument hätte es ermöglicht, Unternehmen, die ein oder mehrere Einzelhandelsgeschäfte betreiben, dazu zu verpflichten, einen Teil ihres Geschäfts zu veräußern oder Verträge abzuändern, sofern diese Unternehmen über einen Marktanteil von mehr als 50% verfügen. Es hätte ausgereicht,

²⁰⁷ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O.

²⁰⁸ So etwa Manfred Weber (CSU) in einem Interview mit dem Spiegel, <http://www.spiegel.de/plus/csu-vize-manfred-weber-mehr-macht-fuer-das-eu-parlament-a-00000000-0002-0001-0000-000159674208> (zuletzt abgerufen: 3. 10. 18). Auch die damalige SPD-Vorsitzende Andrea Nahles sprach sich im Handelsblatt vom 13. 8. 18 dafür aus, „notfalls [...] Monopolisten aufzuspalten“.

²⁰⁹ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27. 11. 14 zur Stärkung der Verbraucherrechte im digitalen Binnenmarkt (2014/2973(RSP)), Rn. 15.

²¹⁰ § 32 Abs. 2 GWB bzw. Art. L. 752-26 du code de commerce.

²¹¹ Loi n° 2015-990 vom 6. 8. 2015, JORF n°0181 vom 7. 8. 2015, S. 13537. Die entsprechende Vorschrift befand sich in Art. 39 des Gesetzentwurfs.

²¹² Es hätte sich um eine Ausweitung eines Mechanismus gehandelt, der außerhalb des metropolitanen Frankreichs z. T. bereits in Kraft ist.

dass die Wettbewerbsbehörde negative Auswirkungen auf den Wettbewerb feststellt, eine Feststellung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung wäre nicht erforderlich gewesen. Ob die Vorschrift auf Unternehmen der Internetwirtschaft anwendbar gewesen wäre, dürfte aber bezweifelt werden, da der Wortlaut sich lediglich auf Unternehmen bezog, die Einzelhandelsgeschäfte (*magasin de détail*) betreiben. Letztlich ist die Vorschrift aber ohnehin nicht in Kraft getreten, da der *Conseil constitutionnel*, die Regelung als verfassungswidrig beurteilte.²¹³ Auch in Deutschland wurde in der Vergangenheit in Erwägung gezogen, eine Rechtsgrundlage für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung zu schaffen. Der Entwurf für die 8. GWB-Novelle sah in einer früheren Fassung aus dem Jahr 2010 eine entsprechende Regelung vor.²¹⁴ Die endgültige Fassung der Novelle aus dem Jahr 2013 verzichtete letztlich auf die Einführung einer missbrauchsunabhängigen Entflechtung und beschränkte sich auf eine Neufassung von § 32 GWB betreffend die Regelung struktureller Abhilfemaßnahmen. Dies wurde offenbar mit Bedenken begründet, dass die Vorschrift mit der grundgesetzlich verankerten Eigentumsfreiheit vereinbar sei.²¹⁵ In der Tat ist nicht auszuschließen, dass das Bundesverfassungsgericht eine entsprechende Regelung genauso verfassungswidrig beurteilt hätte wie dies der *Conseil constitutionnel* mit Verweis auf die Eigentumsgarantie getan hat.

Aber auch unabhängig von verfassungsrechtlichen Bedenken sind Zweifel an der Sinnhaftigkeit struktureller Maßnahmen angezeigt. Im Schrifttum und bei Beratungsgremien stößt die Idee zu Recht auf Ablehnung. Die Monopolkommission sprach sich in ihrem Sondergutachten zu digitalen Märkten in Bezug auf Suchmaschinen gegen ein missbrauchsunabhängiges Entflechtungsinstrument aus.²¹⁶ Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass es eines Nachweises bedarf, dass die Monopolstellung schädliche Auswirkungen auf Verbraucher hat und eine Zerschlagung oder Entflechtung nur als *ultima ratio* dienen sollte.²¹⁷

²¹³ Entscheidung n° 2015-715 DC vom 5. 8. 2015.

²¹⁴ Kritisch *Möschel*, Wirtschaftsdienst 2010, S. 72 ff.

²¹⁵ Siehe *Hildebrandt*, Die Welt vom 2. 8. 2011.

²¹⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 99

²¹⁷ *Wambach*, ifo Schnelldienst 10/2018, S. 6 (8). Kritisch auch *Körber*, NZKart 2018, 105 (106).

2.2.2.3.4 Beschleunigung der Verfahren durch Stärkung der einstweiligen Verfügung

Ein weiterer Vorschlag, der in Deutschland gemacht wurde, ist der stärkere Einsatz von einstweiligen Maßnahmen, um der Dynamik auf digitalen Märkten besser Rechnung tragen zu können. Die Dauer der Verfahren in Missbrauchsfällen ist Gegenstand von Kritik, da die Unternehmen ihre Marktmacht während der oftmals über Jahre laufenden Verfahren zementieren können.²¹⁸ Die Monopolkommission schlug in ihrem Sondergutachten vor, dass die EU-Kommission einstweilige Maßnahmen bei Missbrauchsfällen auf digitalen Märkten stärker einsetzen sollte.²¹⁹ Das BMWi hat sich gegenüber dieser Idee in seinem „Weißbuch Digitale Plattformen“ aufgeschlossen gezeigt.²²⁰ Der Koalitionsvertrag für die laufende Legislaturperiode enthält die Aussage, dass Missbrauchsverfahren beschleunigt werden sollen, u. a. durch einstweilige Maßnahmen.²²¹ Rechtsgrundlage für einstweilige Maßnahmen ist in Deutschland § 32a GWB.²²² Denkbar ist es, eine Stärkung der Maßnahmen zu erreichen, indem die Eingriffsvoraussetzungen gesenkt werden.²²³

Der Vorschlag, einstweilige Maßnahmen stärker einzusetzen, ist vor dem Hintergrund des dieser Arbeit zugrundeliegenden deutsch-französischen Rechtsvergleichs insofern interessant, als die EU-Kommissarin *Margrethe Vestager* Frankreich als potentiell Vorbild für die Stärkung einstweiliger Maßnahmen anführte.²²⁴ Das französische Recht kennt bereits seit Schaffung der das Wettbewerbsrecht enthaltenden Verordnung aus dem Jahr 1986 die Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen.²²⁵ Rechtsgrundlage für einstweilige Maßnahmen („*mesures conservatoires*“) ist in Frankreich Art. L. 464-1 *Code de commerce*. Dieser ist insofern weniger streng als der des deutschen § 32a GWB, als sein Wortlaut den Einsatz einstweiliger Maßnahmen schon bei einem „ernsten und unmittelbaren“

²¹⁸ So *Zimmer*, JECLP 2015, 627.

²¹⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Rn. 509 ff.

²²⁰ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, S. 59.

²²¹ Koalitionsvertrag, Zeile 2755 ff.

²²² Zur bestehenden Rechtslage siehe *Podsun/Deuschle*, WuW 2019, 613 (614).

²²³ BKartA, Hintergrundpapier 2018, S. 29 f.

²²⁴ So berichtet von *Toplensky*, FT vom 2.7.2017. Danach sagte *Vestager*: „The French have been very successful in doing interim measures for quite some time and that is, of course, of interest to us.“

²²⁵ *Idot*, Concurrences 2018, Art. N° 87851. Siehe auch *Vogel*, Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2003, S. 222.

Schaden ermöglicht, während das deutsche Recht einen „ernsten, nicht wieder-gutzumachenden Schaden“ voraussetzt.²²⁶

Im europäischen Recht wurde die Befugnis zum Erlass einstweiliger Rechtsprechung durch die Rechtsprechung im Fall *Camera care*²²⁷ anerkannt und später in Art. 8 der Verordnung 1/2003²²⁸ verankert. Eine Reform dieser Rechtsgrundlage wird gemeinhin nicht für erforderlich gehalten.²²⁹

Ein Unterschied zwischen dem Recht Frankreichs und der EU besteht darin, dass die ADLC nicht von Amts wegen einstweilige Anordnungen erlassen kann, während dies für die Kommission der einzig mögliche Weg gibt, eine Antragsbefugnis kennt das EU-Recht nicht.²³⁰ Dieser Unterschied findet Ausdruck in der behördlichen Praxis: Die EU-Kommission hat bislang kaum einstweilige Maßnahmen erlassen.²³¹ Die französische ADLC hingegen macht von dieser Möglichkeit häufig Gebrauch. So führte in einem Beitrag über Wettbewerbsbehörden und digitale Märkte aus dem Jahr 2016 der damalige Präsident der ADLC, *Bruno Lasserre*, aus, dass die Behörde seit dem Jahr 2000 in 31 Fällen von einstweiligen Maßnahmen Gebrauch gemacht habe und dieses Instrument einen entscheidenden Beitrag zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts leiste.²³² Vor diesem Hintergrund liegt es in der Tat nahe, einen Blick nach Frankreich zu werfen. Im dortigen Schrifttum findet sich jedoch Skepsis daran, dass die behördliche Praxis aus Frankreich als Vorbild für die EU-Politik dienen sollte. Kritisiert wird, dass die einstweiligen Maßnahmen oftmals irreversible Folgen haben.²³³ Diese Kritik könnte künftig möglicherweise durch die geplante ECN+-Richtlinie²³⁴ begegnet werden, deren Entwurf einstweilige Maßnahmen adressiert. Die kürzlich aus dem Trilog hervorgegangene Fassung sieht vor, dass die einstweiligen Maßnahmen in einem beschleunigten Rechtsschutzverfahren auf ihre Rechtmäßigkeit,

²²⁶ *Karbaum/Schulz*, NZKart 2019, 407 (413).

²²⁷ EuGH, 17.01.1980 – 792/79 R, Slg. 1980, 119.

²²⁸ VO (EG) Nr. 1/2003, Abl. Nr. L 001 vom 4.1.2003 S. 1.

²²⁹ So etwa Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, S. 74ff., die sich gleichwohl für eine Prüfung durch die EU-Kommission ausspricht, ob die Anordnung einstweiliger Maßnahmen geboten ist, um nicht wiedergut zumachende Schädigungen des Wettbewerbs zu verhindern.

²³⁰ *Idot*, *Concurrences* 2018, Art. N° 87851.

²³¹ Laut *Art* in weniger als zehn Fällen: *Italian Antitrust Review* 2015, 55.

²³² *Lasserre*, *JECLP* 2016, 429 f.

²³³ *Giraud/Blanc*, *Concurrences* 3/2018.

²³⁴ Entwurf vom 22.3.17, COM(2017) 142 final.

einschließlich der Verhältnismäßigkeit geprüft werden können sollen.²³⁵ Durch diesen beschleunigten Rechtsschutz kann möglicherweise vermieden werden, dass Entscheidungen Bestand haben, die mit irreversiblen Folgen verbunden wären.

²³⁵ Art. 11 Abs. 2 des Entwurfs, siehe Ratsdokument 10033/18 vom 14.6.18, siehe WuW 2018, 522,

3 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Wie die Arbeit gezeigt hat, ist der bestehende Rechtsrahmen grundsätzlich geeignet, um den Herausforderungen der Digitalwirtschaft zu begegnen. Legislative Maßnahmen sind vor allem dort sinnvoll, wo sie der Durchsetzung des bestehenden Rechts zu mehr Effektivität verhelfen.

Dazu gehören zum einen verfahrensrechtliche Änderungen, insbesondere die Stärkung einstweiliger Maßnahmen. Die französische Praxis kann hierbei als Vorbild für Deutschland und die EU dienen. Zum anderen dürfte eine Stärkung der relativen Marktmacht durch Streichung der KMU-Ausnahme im deutschen Recht sinnvoll sein. Damit würde sich das deutsche Recht – wenn auch eher zufällig – dem französischen Wettbewerbsrecht annähern. Nicht nur wegen dieser Konvergenz, sondern auch aus fachlichen Erwägungen, ist es dem französischen Gesetzgeber zu empfehlen, trotz Kritik im Schrifttum die Regelung zur *abus de dépendance économique* beizubehalten.

Abgesehen von dieser möglichen – wenngleich zufälligen – Annäherung in diesem Bereich scheinen das deutsche und französische Wettbewerbsrecht bei ihren Antworten auf die Herausforderungen der Digitalwirtschaft in Richtung einer zunehmenden Divergenz zu gehen: Deutschland und Frankreich bei den Aufgreifkriterien für die Fusionskontrolle unterschiedliche Wege gewählt haben. Sofern Frankreich auf Grundlage der laufenden Konsultation ex post-Prüfungen von Zusammenschlüssen einführen will, werden sich die Unterschiede zum deutschen Wettbewerbsrecht noch weiter verstärken. Bei der Missbrauchsaufsicht könnten die Divergenz noch größer werden: wenngleich die Diskussion über eine Modernisierung der Missbrauchsaufsicht weiter vorangeschritten ist als in Frankreich, werden sich die in Deutschland diskutierten Vorschläge vor-

aussichtlich kaum auf das französische Recht übertragen lassen. Denn wie in Teil I der Arbeit bei der Darstellung des Rechtsrahmens festgestellt, enthält das französische Wettbewerbsrecht sehr viele Generalklauseln, während das deutsche GWB Tatbestände in großen Teilen ausdekliniert und anhand von Fallgruppen oder -beispielen konkretisiert. Die Mehrheit der in Teil II.2. der Arbeit untersuchten Vorschläge lässt sich daher nicht ohne weiteres auf die französische Rechtslage übertragen, ohne mit der bisherigen Systematik zu brechen.

Die festzustellende Divergenz zwischen deutschem und französischem Recht ist insofern bemerkenswert, als bislang einiges auf eine Annäherung des deutschen und französischen Wirtschaftsrechts sprach: In seiner Rede zu seinen europapolitischen Visionen an der Pariser Sorbonne hatte der französische Präsident *Emmanuel Macron* sich für eine Vereinheitlichung des deutschen und französischen Wirtschaftsrechts ausgesprochen.²³⁶ Dieses Ziel einer Annäherung des Wirtschaftsrechts beider Länder ist nun zumindest für den Bereich Wettbewerbsrecht derzeit nicht in Sicht. Vor dem Hintergrund dieser fehlenden legislativen Kongruenz ist es begrüßenswert, dass sich immerhin die für die Anwendung des Wettbewerbsrechts zuständigen Behörden beider Länder zusammenschließen, um die Analysen der Herausforderungen der Digitalwirtschaft gemeinsam voranzutreiben. Spannend wird daher sein, zu welchen Ergebnissen das von BKartA und ADLC gestartete gemeinsame Projekt zu Algorithmen und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb kommen wird.²³⁷

Allgemein lässt sich beobachten, dass sowohl in Deutschland als auch in Frankreich gesetzgeberische Maßnahmen nur schrittweise angegangen werden: in Deutschland hat die 9. GWB-Novelle im Wesentlichen nur die Fusionskontrolle geändert, während Änderungen der Missbrauchsaufsicht allenfalls für eine mögliche 10. GWB-Novelle in Erwägung gezogen werden. Darüber hinaus wurde die Fusionskontrolle im Wesentlichen nur in Bezug auf die Schwellenwerte und damit der Anwendungsbereich geändert, während weitreichendere materielle Anpassungen erst in einem zweiten Schritt für die nächste Novelle ins

²³⁶ Rede vom 26.9.17, <http://www.elysee.fr/declarations/article/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique/> (zuletzt abgerufen: 4.11.18).

²³⁷ Siehe die Pressemitteilung vom 19.6.18, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2018/19_06_2018_Algorithmen.html (zuletzt abgerufen: 31.10.18).

Auge gefasst werden. Auch in Frankreich haben sich Konsultationen bislang nur auf die Zusammenschlusskontrolle beschränkt. Die verschiedenen Säulen des Wettbewerbsrechts werden demnach sukzessive angegangen und Anpassungen nur schrittweise vorgenommen. Die Gesetzgeber beider Länder scheinen hier einen Ansatz zu verfolgen, der in der Politikwissenschaft als Inkrementalismus bezeichnet wird. Unter einer inkrementalen Politik wird eine schrittweise Problemlösung verstanden, bei der Probleme dadurch gelöst werden, dass nach einem angemessenen Fortschritt in einer vermutlich erfolgversprechenden Richtung gesucht wird.²³⁸ Solche schrittweisen gesetzgeberischen Eingriffe dürften für die Anpassung des Wettbewerbsrechts an die Herausforderungen der Digitalwirtschaft in der Tat vorzugswürdig sein.²³⁹

Abzuwarten bleibt, inwieweit die in der vorliegenden Arbeit untersuchte Maßnahmen vom Gesetzgeber aufgegriffen werden, etwa in der anstehenden Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). In jedem Fall stehen die Chancen gut, dass es zumindest in Bezug auf Reformen des EU-Rechts zu einem koordinierten Vorgehen Deutschlands und Frankreichs kommen wird. Dafür spricht zumindest, dass beim 50. Deutsch-Französischen Finanz- und Wirtschaftsrat am 20. September 2019 beschlossen wurde, der neuen Kommission gemeinsam Anpassungen an den Wettbewerbsvorschriften vorzuschlagen.²⁴⁰

²³⁸ Dazu *Bogumil/Jann*, 2. Aufl. 2008, S. 166 ff.

²³⁹ So auch *Podszun*, ZGE 2017, 406 (410).

²⁴⁰ Siehe die Pressemitteilung des BMWi vom 20.9.2019, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2019/20190919-50-deutsch-franzoesischer-finanz-und-wirtschaftsrat.html> (zuletzt abgerufen am 8.10.2018). Die darin in Bezug genommene gemeinsame Initiative von Frankreich, Deutschland und Polen zur Modernisierung der EU-Wettbewerbspolitik ist hier abrufbar: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2019/20190704-deutschland-frankreich-und-polen-legen-gemeinsame-initiative-zur-modernisierung-der-eu-wettbewerbspolitik-vor.html> (zuletzt abgerufen am 8.10.2019).

Literaturverzeichnis

- Art, Jean-Yves Interim Relief in EU Competition Law: A Matter of Relevance, *Italian Antitrust Review* 2015, 55–74.
- Béhar-Touchais, Martine Concurrence et gratuité, in: Martial-Braz, Nathalie/ Zolynski, Célia (Hrsg.): *La gratuité – un concept aux frontières de l'économie et du droit*, 2013, S. 185–202.
- dies. De la prédation sur un marché biface ou comment la gratuité n'est pas de la prédation, *Revue des contrats* n° 4 2016, S. 724–726.
- Bogumil, Jörg/Jann, Werner *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland*, 2. Auflage, Wiesbaden 2008.
- Carugati, Christophe The 2017 Facebook Saga: A Competition, Consumer and Data Protection Story, *CoRe* 1/2018, 4–10.
- Crémer, Jacques/de Montjoye, Yves-Alexandre/Schweitzer, Heike *Competition policy for the digital era*, 2019, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (zuletzt abgerufen am 8.10. 2019).
- Dewenter, Ralf *Digitale Ökonomie: Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik*, *Wirtschaftsdienst* 4/2016, 236–239.
- Ders./Rösch, Jürgen *Wettbewerbsrechtliche Herausforderungen der Internetökonomie*, in: Oberender, Peter (Hrsg.), *Wettbewerbsprobleme im Internet*, Berlin 2015, S. 11–31.

- Drechsler, Jörg/Jentzsch, Nicola Synthetischer Daten. Innovationspotential und gesellschaftliche Herausforderungen, Stiftung neue Verantwortung, Mai 2018. Abrufbar unter https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/synthetische_daten.pdf (zuletzt abgerufen am 18.9.18).
- Dreyfus, Nathalie Loi française pour une République numérique – la récupération des données, auf dem Blog Village de la justice, abrufbar unter <https://www.village-justice.com/articles/Volet-Loi-francaise-pour-une-Republique-numerique-Recuperation-des-donnees,24383.html> (zuletzt abgerufen am 18.9.18).
- Ezrachi, Ariel EU Competition Law Goals and the Digital Economy (6.6.2018), abrufbar über SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3191766> (zuletzt abgerufen am 23.9.18).
- Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, *Journal of Competition Law and Economics* 2014, 293–339.
- Fredebeul-Krein, Markus Wettbewerbspolitische Leitbilder, *WISU* 4/2015, 483–487.
- Giraud, Adrien/Blanc, Guillaume Les mesures conservatoires à la française: Un modèle réellement enviable?, *Concurrences* 3/2018.
- Graef, Inge EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as essential facility, Maastricht 2016.
- Grave, Carsten/Nyberg, Jenny Die Rolle von Big Data bei der Anwendung des Kartellrechts, *WuW* 2017, 363–368.
- Haucap, Justus Ordnungspolitik und Kartellrecht im Zeitalter der Digitalisierung, Düsseldorf 2015, abrufbar unter http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Ordnungspolitische_Perspektiven/077_OP_Haucap.pdf (zuletzt abgerufen am 28.10.18).

- Heinemann, Andreas Google als kartellrechtliches Problem?, ZEW Vorträge und Berichte Nr. 213, abrufbar unter https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/Heft_213_Heinemann.pdf (zuletzt abgerufen am 10.9.2018).
- Heinz, Silke Wettbewerbspolitik für das digitale Zeitalter – der Expertenbericht der Europäischen Kommission, WuW 2019, 439–446.
- Hennemann, Moritz Datenportabilität, PinG 1/2017, 5–8.
- Ders. Künstliche Intelligenz und Wettbewerbsrecht, ZWeR 2018, 161–184.
- Honoré, Pierre/Verzeni, Romain Competition law in the digital economy: A French perspective, Italian Antitrust Review N°1 2017, 85–98.
- Idot, Laurence Urgence et concurrence: Mesures provisoires, référés-suspension ... Toujours trop tard?, Concurrences N° 3/2018, Art. N° 87851.
- Janal, Ruth Data Portability – A Tale of Two Concepts, JIPITEC 2017, 59–69.
- Jean, Sébastien/Perrot, Anne/Philipon, Thomas Concurrence et commerce: quelles politiques pour l'Europe? Les notes du conseil d'analyse économique, No. 51, 2019. Der Bericht sowie eine deutschsprachige Zusammenfassung sind abrufbar unter <http://www.cae-eco.fr/Concurrence-et-commerce-quelles-politiques-pour-l-Europe> (zuletzt abgerufen am 27.10.2019).
- Jentsch, Nicola Marktmacht in der Datenökonomie begrenzen. Aktuelle Herausforderungen der Wettbewerbsaufsicht in der Digitalwirtschaft, Stiftung Neue Verantwortung, August 2018.
- Kadar, Massimiliano/Bogdan, Mateusz ‚Big Data‘ and EU Merger Control – A Case Review, JECLP 2017, 2017, Vol. 8, No. 8, 479–491.
- Karbaum, Christian/Schulz, Max Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden – wirksamer Wettbewerbsschutz im Zeitalter digitaler Ökosysteme, NZKart 2019, 407–414.

- Katz, Michael Exclusionary Conduct in Multi-Sided Markets, Stellungnahme vom 15. 11. 2017 für die OECD, DAF/COMP/WD(2017)28/FINAL, Rn. 92, abrufbar unter [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)28/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)28/FINAL/en/pdf) (zuletzt abgerufen am 11. 9. 18).
- Khan, Lina Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, Vol. 126 (2017), 710–805.
- Dies. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate, *JECLP* 2018, Vol. 9, No. 3, 131.
- Klasse, Max/Wiethaus, Lars Digitalisierungsvorschriften in der 9. GWB-Novelle, *WuW* 7-8/2017, 354–362.
- Körper, Torsten Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, *ZUM* 2017, 93–101.
- Krämer, Jan Datenschutz 2.0 – ökonomische Auswirkungen von Datenportabilität im Zeitalter des Datenkapitalismus, *Wirtschaftsdienst* 2018, 466–469.
- Ders. Herausforderungen bei der Bestimmung von Marktmacht in digitalen Märkten, *Wirtschaftsdienst* 2016, 231–235.
- Lasserre, Bruno Competition Authorities and Digital Markets: The Need for an All-Around Resolute Action, *JECLP* Vol. 7, Issue 7, 2016, 429–430.
- Lettl, Tobias Digitale Plattformen: Setzt die 9. GWB-Novelle Maßstäbe für die Europäische Union?, *WRP* 2/2018, 145–150.
- Louven, Sebastian Braucht es mehr materielles Kartellrecht für digitale Plattformen?, *ZWeR* 2019, 154–191.
- Ders. Datenmacht und Zugang zu Daten, *NZKart* 2018, 217–222.
- Lundqvist, Björn Competition and Data Pools, *EuCML* 2018, 146–153.
- Marty, Frédéric/Reis, Patrice Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique, *Revue internationale de droit économique*, 2013/4, 579–588.

- Medvedovsky, Konstantin Hipster Antitrust – A brief fling or something more?, S. 3: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/04/CPI-Medvedovsky.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.9.18).
- Modrall, Jay A Closer Look at Competition Law and Data, 13 No. 1 Competition L. Int'l 31.
- Möschel, Wernhard Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Entflechtung kaum bedeutend, Wirtschaftsdienst 90. Jahrgang, 2010, Heft 2, S. 72–74.
- Medvedovsky, Kontantin Hipster Antitrust – A brief fling or something more?, abrufbar unter <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/04/CPI-Medvedovsky.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.9.18).
- Mundt, Andreas Der Koalitionsvertrag und der Wettbewerb, WuW 2018, 233.
- Nicolas-Vullierme, Laurence Le 9e amendement de la loi allemande contre les restrictions de concurrence: une réforme à imiter?, in: Contrats Concurrence Consommation n° 1 2018, étude 1.
- Nuys, Marcel Big Data – Die Bedeutung von Daten im Kartellrecht, WuW 2016, 512–520.
- Paal, Boris/Heinemann, Moritz Big Data as asset. Daten und Kartellrecht, 2018, abrufbar unter https://www.abida.de/sites/default/files/Gutachten_ABI_DA_Big_Data_as_an_Asset.pdf (zuletzt abgerufen am 28.10.18).
- Peitz, Martin/Schweitzer, Heike Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, ZEW-Discussion Paper No. 17-043, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.9.18).
- Perrot, Anne/Blonde, Victor/Ropars, Axel/Catoire, Serge/Mariton, Hervé Rapport „La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l’UE“, April 2019, abrufbar unter <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000488.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.10.2019).

- Petersen, Thieß Auswirkungen der Digitalisierung auf Preisbildung und Wohlfahrt, *Wirtschaftsdienst* 5/2018, 340–346 (zit.: Petersen, *Wirtschaftsdienst* 2018, 340).
- Pitsoulis, Athanassios/Schösser, Hans Jürgen/Führmann, Bettina Der „More Economic Approach“ in der europäischen Wettbewerbspolitik, *WISU* 2/2009, 240–244.
- Podszun, Rupperecht Competition and Data, *ZGE* 2017, 406–410.
- Ders. Kartellrecht in der Internet-Wirtschaft: Zeit für den more technological approach, *WuW* 2014, 249.
- Ders./Deuschle, Adrian Einstweilige Maßnahmen im Kartellrecht, *WuW* 2019, 613–618.
- Schweitzer, Heike/Haucap, Justus/Kerber, Wolfgang/Welker, Robert Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Endbericht, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), 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: 4.11.2018), zitiert als: Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, BMWi-Studie.
- Siebert, Tilman/Aulmann, Helge Die 9. GWB-Novelle und die Einführung einer transaktionswertbezogenen Aufgreifschwelle in der Zusammenschlusskontrolle, *ZWeR* 3/2017, 262–279.
- Sauermann, Martin Digitalisierung: neue Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle in der 9. GWB-Novelle, *Wirtschaftsdienst* 6/2017, 428–431 (zit.: Sauermann, *Wirtschaftsdienst* 2018, 428).
- Schmidt, Stefan Daten als Zugangsobjekt: Braucht es ein „Daten für alle“-Gesetz?, *WuW* 2018, 549.
- Stoykova, Radina The right to Data Portability as a Market Tool, *CRi* 2/2018, 44–49.

Taube, Monika Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für „relativ marktstark“ Unternehmen, Berlin 2006.

Vogel, Louis Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg 2003.

Wambach, Achim Wettbewerbsregeln an die Digitalökonomie anpassen, ifo Schnelldienst 10/2018, 6–8.

Wismer, Sebastian/Bongard, Christian/Rasek, Arno Multi-Sided Market Economics in Competition Law Enforcement, Journal of European Competition Law & Practice Vol. 8 2017, N° 4, 257–262.

Zimmer, Daniel Digital Markets: New Rules for Competition Law, JECLP, Vol. 6, Issue 9, 1. 11. 2015, 627–628.

Zeitungsartikel

Brühl, Jannis: Wir nehmen ja auch keine Rücksicht auf das Geschäftsmodell eines Steuerhinterziehers, Süddeutsche Zeitung vom 17.8.2018, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/digital/interview-am-morgen-techkonzerne-wir-nehmen-ja-auch-keine-ruecksicht-auf-das-geschaeftsmodell-eines-steuerhinterziehers-1.4094731> (zuletzt abgerufen: 11. 9. 18).

Hildebrandt, Jan: Rösler schreckt vor Monopol-Zerschlagung zurück, Die Welt vom 2.8.2011, <https://www.welt.de/wirtschaft/article13521199/Roesler-schreckt-vor-Monopol-Zerschlagung-zurueck.html> (zuletzt abgerufen: 30. 9. 18).

Nahles, Andrea: Die Tech-Riesen des Silicon Valleys gefährden den fairen Wettbewerb, Gastbeitrag im Handelsblatt, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/meinung/gastbeitraege/gastkommentar-die-tech-riesen-des-silicon-valleys-gefaehrden-den-fairen-wettbewerb/22900656.html> (zuletzt abgerufen am 3. 10. 18).

Toplensky, Rochelle: EU considers tougher competition powers, Financial Times vom 2.7.2017, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/7068be02-5f19-11e7-91a7-502f7ee26895> (zuletzt abgerufen: 4. 11. 18).

Veröffentlichungen von Institutionen

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=10 (zuletzt abgerufen am 8.10.2019), zitiert als: Kommission Wettbewerbsrecht 4.0.

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Weißbuch Digital Plattformen. Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.html> (zuletzt abgerufen am 24.9.18), zitiert als: BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen.

Bundeskartellamt B6-113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 28.10.18), zitiert als: BKartA, Arbeitspapier.

Bundeskartellamt Hintergrundpapier „Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz“, Oktober 2015, S. 13, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 28.10.18), zitiert als: BKartA, Hintergrundpapier 2015.

Bundeskartellamt Was kann und soll die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht?, Hintergrundpapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht vom 4.10.2018, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2018_Hintergrundpapier.pdf;jsessionid=B4D1D1361D080C2AC5CA7084D1968F71.1_cid387?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 28.10.18), zitiert als: BKartA, Hintergrundpapier 2018.

CDU, CSU & SPD Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land abrufbar, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 4. 11. 2018).

Le club des juristes Bericht „Pour une réforme du droit de la concurrence“ von Januar 2018, abrufbar unter http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2018/01/rapport_pour-une-reforme-du-droit-de-la-concurrence_jan-2018.pdf (zuletzt abgerufen: 22. 10. 18).

Monopolkommission Sondergutachten 68: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf (zuletzt abgerufen am 28. 10. 18), zitiert als: Monopolkommission, Sondergutachten 68.

OECD OECD, The digital economy, DAF/COMP(2012)22, S. 5, abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf> (zuletzt abgerufen am 28. 10. 2018).

OECD The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis, DAF/COMP (2013)17, 2013, S. 9, abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf> (zuletzt abgerufen am 10. 9. 18).

Rat der EU Ratsdokument 10033/18 vom 14. 6. 18: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/st-10033-2018-init/en/pdf> (zuletzt abgerufen: 3. 10. 18).

World Economic Forum Personal Data: The Emergence of a New Asset Class, 2011, abrufbar unter http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf (zuletzt abgerufen am 28. 10. 18).

Zuletzt erschienen

MEGA-Schriftenreihe

Herausgegeben von Isabella Proeller, Silvia von Steinsdorff, Karl-Peter Sommermann, David Capitant, Fabrice Larat

- 1 Soutenir l'innovation dans le secteur spatial (2020)**
Benoît Michel

In Vorbereitung

- 3 Die Neuausrichtung der Clusterpolitik der Europäischen Union im Rahmen der Europa 2020 Strategie und ihre Wirkung in den Mitgliedsstaaten Deutschland und Frankreich (2020)**
Simon Lang

