

März 2017

5. Jahrg.

84364

Seite 1–60

InTeR

Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht

1

Herausgegeben von

Jürgen Ensthaler

Stefan Müller

Dagmar Gesmann-Nuissl

Herausgeberbeirat

Wilhelm-Albr. Achilles

Hans-Jürgen Ahrens

Udo di Fabio

Lars Funk

Thomas Klindt

Roman Reiss

Franz Jürgen Säcker

Klaus Schülke

Christian Steinberger

Walther C. Zimmerli

Klaus J. Zink

Schriftleitung

Lehrstuhl für
Wirtschafts-,
Unternehmens- und
Technikrecht an der
Technischen
Universität Berlin

In Verbindung mit

VDI – Verein Deutscher Ingenieure e.V.

Prof. Dr. Dr. Jürgen Ensthaler

1 Industrie 4.0 erfordert keine juristische Revolution

2 Arbeitsrecht: InTeRview mit Prof. Dr. Axel Hunscha

RA Sebastian Telle

3 Big Data und Kartellrecht

Ass. jur. Robert Hieke

10 Big Data

Christian F. Döpke, LL.M., LL.M., und Tim Jülicher

20 Der Defikopter

Dr. Vanessa Kluge und Anne-Kathrin Müller

24 Autonome Systeme

RA Maximilian Simons und RA Daniel Wuhrmann

31 Abweichungen bei Produkt- und Prozessfreigaben und der Sachmangel nach § 434 Abs. 1 BGB

Prof. Dr. Dagmar Gesmann-Nuissl

37 Rechtsprechungsreport Innovations- und Technikrecht

57 InTeRessantes



dfv Mediengruppe • Frankfurt am Main

insgesamt zu unterbrechen, wobei sie ggf. in Zeitabschnitte von jeweils mindestens 15 Minuten aufgeteilt werden können. Wenn die Ruhepausen wirklich bereits im Voraus feststehen müssten, wäre eine selbständige Zeiteinteilung durch den Arbeitnehmer erschwert. Die Rechtsprechung steht in diesem Fall jedoch auf dem Standpunkt, dass es ausreicht, wenn ein zeitlicher Rahmen festgelegt wird, innerhalb dessen die Ruhepause einzulegen ist (BAG v. 13.10. 2009 – 9 AZR 139/08 – BAGE 132, 195 unter Rn.47).

In welchen Bereichen z. B. sehen Sie noch Regelungsbedarf durch den Gesetzgeber?

Nach § 5 ArbZG müssen die Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene *Ruhezeit* von mindestens 11 Stunden haben. Dies entspricht Art. 3 der Richtlinie 2003/88/EG. In Übereinstimmung mit Art. 18 der Richtlinie kann jedoch nach § 7 I Nr. 3. ArbZG in einem Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung eine Verkürzung der Ruhezeit um bis zu 2 Stunden zugelassen werden, wenn die Art der Arbeit dies erfordert und die Kürzung innerhalb eines festzulegenden Zeitraumes ausgeglichen wird. Ansonsten hat jede nicht aus Gefälligkeit oder im eigenen Interesse ausgeübte Tätigkeit, die die Ruhezeit unterbricht, die Folge, dass dem Arbeitnehmer eine neue Ruhezeit von 11 Stunden zu gewähren ist. Gerade mit Blick die gelegentlich notwendigen Telefonkontakte mit Partnern im außereuropäischen Ausland sollte es aber möglich werden, eine arbeitsvertragliche Vereinbarung zuzulassen, nach der z. B. an nicht mehr als zwei jeweils vorab festgelegten Werktagen pro Woche in der Zeit zwischen 21 und 23 Uhr sowie zwischen 6 und 7 Uhr eine pauschal zu vergütende Rufbereitschaft außerhalb der Arbeitszeit in Betracht kommen kann. Im Übrigen bedarf es gesetzlicher Klarstellung im Hinblick auf eine begrenzte Zulässigkeit von Bagatellunterbrechungen sowie ein Recht des Arbeitnehmers auf Nickerreichbarkeit.

§ 6 ArbZG enthält besondere Schutzbestimmungen zur Einschränkung der Nacht- und Schichtarbeit. § 7 ArbZG lässt von Vorschriften der §§ 2 bis 6 begrenzte Ausnahmen für bestimmte Situationen zu. Die §§ 9 ff ArbZG regeln die nach Art. 140 des Grundgesetzes in Verbindung mit Art. 139 der Weimarer Reichsverfassung geschützte *Sonn- und Feiertagsarbeit*, die nach § 9 I ArbZG grundsätzlich verboten ist. Das ArbZG enthält jedoch zahlreiche Ausnahmeregelungen, die für ein funktionierendes Gemeinwesen, insbesondere mit Blick auf die tägliche Daseinsvorsorge, und die Anforderungen der Wirtschaft, insbesondere mit Blick auf ihre Wettbewerbsfähigkeit, unerlässlich sind. Dies gilt vor allem für § 10 ArbZG, der 16 Bereiche nennt, in denen der Arbeitgeber sich in eigener Verantwortung für eine Sonn- und Feiertagsbeschäftigung entscheiden darf, weil „die Arbeiten nicht (nur) an Werktagen vorgenommen werden können.“ Interessant könnte im hiesigen Zusammenhang die Ausnahmeregelung des § 10 I Nr. 14 ArbZG sein, die unter bestimmten Voraussetzungen die Sonn- und Feiertagsarbeit zur „Instandhaltung von Betriebseinrichtungen“ oder die „Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit von Datennetzen und Rechnersystemen“ erlaubt.

§ 11 ArbZG sieht in diesen Fällen für die Arbeitnehmer bestimmte Ausgleichsregelungen vor, von denen § 12 ArbZG wiederum Ausnahmen durch einen Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zulässt. Nach § 13 ArbZG können die Bundesregierung und subsidiär die Landesregierungen durch Rechtsverordnung die Voraussetzungen des § 10 ArbZG konkretisieren und weitere Ausnahmen vom Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit zulassen.

Vor diesem Hintergrund dürfte der Forderung nach Flexibilität in ausreichendem Maße Rechnung getragen sein. Der Richtlinie 2003/88/EG ist ein Sonn- und Feiertagsschutz fremd.

RA Sebastian Telle*

Big Data und Kartellrecht

Relevanz datenbasierter Geschäftsmodelle im europäischen und deutschen Kartellrecht

Diverse Vorgänge der letzten Jahre haben zu einem Überdenken der bestehenden europäischen und deutschen kartellrechtlichen Vorschriften geführt. Maßgeblich vorangetrieben wird die Entwicklung durch digitale Plattformen, die mit immer neuen Geschäftsmodellen und Angeboten im Wettbewerb auftreten. Verschiedene Eigenschaften der Plattformen stellen die Kartellrechtstheorie und -wissenschaft vor neue Herausforderungen. Immer wieder im Mittelpunkt steht dabei der Einfluss von Daten.

I. Daten und Plattformen

In der internetgeprägten Wirtschaft treten immer häufiger Dienste auf, die als Plattformen bezeichnet werden kön-

nen.¹ Plattformen verbinden verschiedene Nutzer und Nutzergruppen miteinander zu verschiedenen Zwecken.² Dabei treten sogenannte Netzwerkeffekte auf, die direkt oder indirekt wirken können. Bei direkten Netzwerkeffekten wir-

* Dieser Beitrag geht auf einen Beitrag zur DSRI-Herbstakademie 2016 zurück, der im Tagungsband Jürgen Taeger (Hrsg.), *Smart World – Smart Law? – Weltweite Netze mit regionaler Regulierung*, Edewecht 2016, S. 835 ff. veröffentlicht wurde. Er wurde gegenüber dem ursprünglichen Beitrag aktualisiert und angepasst. Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite III.

1 Einführend dazu: Paal, GRUR Beilage 2014, 69, 72; Evans, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753, S. 6; Dewenter/Lüth, in: Körber/Immenga; Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie, 2016, S. 10 f.

2 Weck, NZKart 2015, 290, 292; Höppner/Grabenschroer, NZKart 2015, 162.

ken sich die Entscheidungen einzelner Nutzer auf andere Nutzer derselben Nutzergruppe aus. Beispiele hierfür sind Netzwerke wie zum Beispiel der OTT-Dienst WhatsApp, aber auch der Social Media-Dienst Facebook. Je mehr Nutzer sich für einen bestimmten Dienst entschieden haben, desto mehr folgten. Indirekte Netzwerkeffekte können bei sogenannten mehrseitigen Märkten auftreten. In diesem Fall steht eine Plattform gegenüber mehreren Nutzergruppen offen und ermöglicht diesen einen interessensbezogenen Austausch, zum Beispiel bei Suchmaschinen, sozialen Netzwerken oder Handelsplattformen. Die Entscheidung der Individuen einer Nutzergruppe kann sich damit auf die Entscheidungen der Individuen einer anderen Nutzergruppe auswirken. Zum Beispiel werden Werbeunternehmen ihre Entscheidung für eine bestimmte Plattform davon abhängig machen, wie viel Aufmerksamkeit ihre Werbung bei den Nutzern erhält. Dabei wird es einerseits auf quantitative Merkmale ankommen, andererseits auf qualitative Merkmale. Außerdem können sich bei steigender Nutzeranzahl Größen- oder Skalenvorteile ergeben. Diese Effekte wirken besonders stark bei digitalen Plattformen.³

Welchen Einfluss haben Daten in der Debatte um die wettbewerbliche Beurteilung von Plattformen?⁴ Sind sie Bezahlungsmittel, zum Beispiel der Verbraucher bei vermeintlich unentgeltlichen Leistungen wie Social Media Accounts? Können sie Wettbewerbsparameter oder Faktoren der Marktmacht darstellen? Welchen wettbewerblichen Einfluss haben die Eigenschaften von Daten? Können Daten als vermögenswertes Handelsprodukt Gegenstand eines eigenen Marktes sein und welchen Bedingungen ist dieser unterworfen? Was gilt bei Daten als Rohstoff für die Aufbereitung oder Veredelung?

II. Kartellrechtliche Bewertung

1. Daten und Marktbeziehung

Die meisten kartellrechtlich zu bewertenden Sachverhalte erfordern eine Marktdefinition und Marktabgrenzung. So setzt die Missbrauchskontrolle den Missbrauch von Marktmacht auf dem relevanten Markt voraus und die Fusionskontrolle richtet sich nach den prognostizierten wettbewerblichen Folgen des Zusammenschlusses, die ebenso die Definition des relevanten Marktes betrifft. Ähnliches gilt für das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme nach Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB und deren Freistellungen.

Der Marktbegegnung beschreibt das Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage. Dabei werden einem sachlich relevanten Markt grundsätzlich diejenigen Produkte und Leistungen zugerechnet, die aus der Sicht der jeweiligen Marktgegenseite untereinander austauschbar sind. Ein etabliertes Kriterium war immer der SSNIP-Test, wonach die Austauschbarkeit nach dem Reaktionsverhalten bei einer Preiserhöhung beurteilt wurde. Dieses Kriterium wird jedoch in internet- und datenbezogenen Marktbeziehungen zurecht angezweifelt.⁵

Plattformen gewähren ihre Leistung häufig einer Nutzergruppe ohne ein monetäres Entgelt. Da jedoch üblicherweise umfangreich Nutzerdaten abgegriffen werden, wird teilweise vertreten, die Nutzer würden mit ihren Daten bezahlen.⁶ Ein anderes gegenwertbezogenes Kriterium könnte die

Aufmerksamkeit der Nutzer darstellen, die wiederum über abgegriffene Daten indiziert werden kann.

a) Daten als Bezahlungsmittel?

Die Einräumung von Befugnissen über personenbezogene Daten in Form datenschutzrechtlicher Einwilligungen ist zwar grundsätzlich geeignet, Gegenstand eines Geldwertes zu sein. Allerdings ist ein unmittelbarer geldwerter Gegenwert für die Leistung in Form einer „Bezahlung mit Daten“ nicht erforderlich. Stattdessen dürften die potenzielle Entgeltlichkeit und potenzielle Auswahlentscheidung ausreichen, um ein relevantes Marktverhältnis im Sinne des Kartellrechts zu begründen.⁷ Denn bereits dann sind die Leistungen der Plattform mit den unentgeltlich angebotenen Leistungen anderer Anbieter austauschbar im Sinne einer wettbewerbsrechtlichen Nachfragesubstituierbarkeit. Würden unentgeltliche Marktbeziehungen jedoch aus dem relevanten Markt ausgeschlossen, würde dies dem Gesetzeszweck widersprechen und möglicherweise trotz eindeutig wettbewerbsorientiertem Handeln des Plattform-Betreibers kartellrechtlich zu regulierende Sachverhalte ausschließen.

b) Daten als Aufmerksamkeitsfaktor

Bieten Plattform-Betreiber die Vermarktung von Werbung über ihre Plattform an die Internetnutzer an, ist regelmäßig ein Werbeerfolg beabsichtigt, also die Adressierung bestimmter Nutzer mit den Inhalten. Diese Aufmerksamkeit lässt sich in Klickraten oder anderem Nutzerverhalten darstellen. Die vermeintlich fehlende Entgeltlichkeit könnte also durch eine Bezahlung mit Aufmerksamkeit ersetzt werden.⁸ Jedoch würde eine Begründung der Marktbeziehung mit dieser Argumentation eine an ökonomischen Tatsachen vorbeigehende Reduzierung der tatsächlichen Angebots- und Nachfrageverhältnisse bedeuten.

c) Entgeltverlagerung auf mehrseitigen Märkten

Auf eine unmittelbare Entgeltlichkeit dürfte es bei mehrseitigen Märkten nicht ankommen.⁹ Denn zu dem Geschäftsmodell der meisten Plattform-Betreiber zählt ebenso, die plattformbezogenen wettbewerblichen Effekte günstig auszunutzen. Dazu gehört erstens, dass mit steigender Nutzerzahl die Kosten zur Errichtung und zum Betrieb einer Plattform schneller amortisiert und in der Folge verringert werden können. Zweitens können auf mehrseitigen Märkten die Kosten unterschiedlich oder ganz auf eine Nutzergruppe verteilt werden. Auf einer Werbeplattform könnte sich der Plattform-Betreiber entschließen, sämtliche Kosten auf seine Werbekunden abzuwälzen und umsatzbringende Preise nur von jenen zu verlangen, während das Entgelt für die anderen Nutzer auf der anderen Seite auf null rabattiert würde. Eine derartige Verlagerung der Entgelte auf eine Nutzerseite schließt jedoch bei mehrseitigen Marktbeziehungen

3 Dewenter/Rösch/Terschüren, NZKart 2014, 387, 388 ff.; Bundeskartellamt, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, 2015, S. 11 ff.

4 Vgl. Monopolkommission, SG 68, S. 44 ff.

5 Dewenter/Rösch/Terschüren, NZKart 2014, 387, 389 f.; Paal, GRUR Int. 2016, 997, 1000; Weck, NZKart 2015, S. 293; Evans, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753, S. 3.

6 Paal, GRUR Int. 2016, 997, 1000; Höppner/Grabenschröer, NZKart 2015, 162, 166; Körber, WRP 2012, 761, 764; Wiedmann/Jäger, KfR 2016, 217, 218.

7 Podszun/Franz, NZKart 2016, 121, 123.

8 Kühling/Gaß, MMR 2007, 751; Surblytė, EuCML 2015, 170, 174.

9 So auch bereits Dewenter/Rösch/Terschüren, NZKart 2014, 387, 389.

hungen die potenzielle Entgeltlichkeit und potenzielle Auswahlentscheidung nicht aus.¹⁰ Der Gesetzentwurf über die 9. GBW-Novelle beinhaltet eine entsprechende Klarstellung, dass die Unentgeltlichkeit der Feststellung eines Marktes nicht entgegensteht.¹¹

2. Daten und Marktmacht

Sowohl das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB als auch die Fusionskontrolle nach der FKVO bzw. §§ 35 ff. GWB setzt die Bewertung der Marktmachtverhältnisse voraus. Dabei stellt sich im Zusammenhang mit Daten jedoch die Frage, ob und welche Auswirkungen diese auf die wettbewerblichen Stellungen der beteiligten Unternehmen haben.

a) Schwierigkeit der Marktanteilsbestimmung auf Plattformen

Der Verweis auf § 18 Abs. 4 GWB und die widerlegbare Vermutung der Marktbeherrschung durch ein Unternehmen bei mehr als 40 % Marktanteil ist in aller Regel nicht zielführend. Denn bei Plattformen lassen sich verwertbare Zahlen zu Marktanteilen wohl nur schwer empirisch feststellen. Insbesondere dürften Nutzerzahlen ohne weitere Differenzierung ein unsicheres Kriterium darstellen.¹² Nutzerzahlen können für vermarktete Werbung je nach Art der gewidmeten Aufmerksamkeit völlig unterschiedliche Aussagen über die wettbewerblichen Verhältnisse haben.¹³ Zudem sind digitale Plattformen hoher wirtschaftlicher Dynamik und Innovationsdruck ausgesetzt. Selbst eine zahlenmäßig kleine Nutzergruppe auf einer bestimmten Plattform kann ihr zu einem großen wirtschaftlichen Einfluss verhelfen. Außerdem erwirtschaftet der Plattform-Betreiber mit seinem Angebot an die Nutzer regelmäßig keinen unmittelbaren entgeltlichen Umsatz bezogen auf dieses Marktverhältnis, sodass echte Größenkriterien schwer zu treffen sind.¹⁴

b) Daten als Wettbewerbsparameter

Stattdessen sind die wettbewerblichen Verhältnisse und die Freiheit des jeweiligen Plattform-Betreibers von Wettbewerb im konkreten Einzelfall nach den üblichen Kriterien festzustellen. Bisherige Kriterien sind im deutschen Recht in § 18 Abs. 3 GWB aufgezählt. Weitere sollen nach dem Gesetzentwurf zur 9. GWB-Novelle hinzukommen. Bei der vorzunehmenden einzelfallbezogenen Feststellung der Marktmacht von Plattformen können Daten und die Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung als Wettbewerbsparameter berücksichtigt werden.¹⁵

Grundsätzlich ist Datenmacht wohl nicht mit Marktmacht gleichzusetzen, da selbst ein datenspeichermaßig großer Datensatz abhängig vom jeweils verfolgten Zweck weniger wertvoll im Vergleich zu einer kleinen Datensammlung mit hochwertigen Informationen sein kann.¹⁶ Es kann sich jedoch eine marktbeherrschende Stellung aus Datenmacht ergeben, wenn und soweit sie sich zur Beschränkung des Wettbewerbs eignet.¹⁷ Das kann zum einen der Fall sein, wenn der Inhaber bereits durch seine unmittelbare Verfügbarkeit jeden Dritten vom Zugang zu den Daten ausschließen kann, wie dies bei Herstellerdaten häufig gegeben ist.¹⁸ Zum anderen könnten sich Netzwerkeffekte gegenseitig verstärken und rückkoppeln, sodass ein uneinholbarer Vorsprung des Datensatz-Inhabers entsteht, selbst

wenn die einzelnen Daten als solche nicht-rival und einfach zu beschaffen sind.¹⁹

Unberücksichtigt bleiben muss dabei, ob wettbewerblich relevante Daten unter das Datenschutzrecht fallen. Denn die Frage der Zulässigkeit der Übertragung von Daten, zum Beispiel im Rahmen eines Zusammenschlusses, kann unabhängig von praktischen Erwägungen keinen Einfluss auf die Marktmacht haben.²⁰

3. Marktmachtmisbrauch

a) Ausplünderung von Nutzerdaten

Das Bundeskartellamt hat im März 2016 gegenüber Facebook ein Verfahren wegen des Verdachts des Konditionenmissbrauchs eingeleitet.²¹ Dieses begründet die Behörde in ihrer Pressemitteilung zum Verfahren damit, dass Zweifel an der datenschutzrechtlichen Konformität der Nutzungsbedingungen Facebooks bestehen.

Ein Verstoß gegen positives Datenschutzrecht ist jedoch für die Feststellung des Konditionenmissbrauchs nicht erforderlich.²² Der kartellrechtlich zu beurteilende Ausbeutungsmisbrauch ist nicht akzessorisch zu nicht-kartellrechtlichen Vorschriften.²³ Ein Rechtsverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens ohne Wettbewerbsbezug kann noch nicht geeignet sein, einen Missbrauch darzustellen. Im Umkehrschluss können nicht-kartellrechtlich zulässige Handlungen kartellrechtlich verboten sein. Denn Art. 102 UAbs. 2 a) AEUV wie § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB setzen lediglich voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen unangemessene sonstige Geschäftsbedingungen fordert. Dies richtet sich jedoch nach einer wettbewerblichen Interessenabwägung. Das im europäischen wie deutschen Kartellrecht hierfür festgelegte Vergleichsmarktkonzept erfordert eine Kontrolle der Konditionen marktbeherrschender Unternehmen gerade nicht am Maßstab des dispositiven Gesetzesrechts, sondern vergleichsorientiert an den hypothetischen Konditionen auf wettbewerblich geprägten Märkten. Eine Beschränkung auf Rechtsverstöße entgegen

10 Podszun/Franz, NZKart 2016, 121.

11 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG), abrufbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/entwurf-eines-neunten-gesetzes-zur-aenderung-des-gesetzes-gegen-wettbewerbsbeschaenkungen.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.1.17).

12 Vgl. Telle, WRP 2016, 814, 817; Körber, in: Körber/Immenga (Fn. 1), S. 88.

13 So auch Kersting/Dworschak, ifo Schnelldienst 16/2014, S. 4.

14 Vgl. Telle, WRP 2016, 814, 817.

15 Surlbyté, EuCML 2015, 170, 176; Telle, WRP 2016, 814, 817.

16 Körber, in: Körber/Immenga (Fn. 1), S. 88 f.

17 Telle, WRP 2016, 814, 818.

18 Komm. Entsch. v. 14.5.2008, COMP/M.4854 – TomTom/Tele Atlas, Rn. 193 ff.

19 Evans/Schmalensee, University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623, S. 13; Bundeskartellamt, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 95 f.; zweifelnd dagegen: Lerner, The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780; (zuletzt abgerufen am 16.2.) Dewenter/Lüth, in Körber/Immenga (Fn. 1), S. 21.

20 Holzweber, NZKart 2016, 107, 110.

21 Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 2.3.2016, http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen2016/02_03_2016_Facebook.html (zuletzt abgerufen am 19.1.17).

22 Telle, WRP 2016, 814, 818; Körber, in: Körber/Immenga (Fn. 1), S. 108 ff.; aa: Monopolkommission (Fn. 4), S. 171; Bischke/Brack, NZG 2016, 502, 503.

23 EuGH, 23.11.2006 – C-238/05, Rn. 63; Kommission, Entsch. v. 03.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp, Rn. 164.

Wortlaut und Gesetzeszweck würde sich zudem lediglich an der Verletzung von Interessen orientieren, die nicht ausdrücklich kartellrechtlich geschützt sind.²⁴ In der praktischen Anwendung würden außerdem diejenigen wettbewerbswidrigen Mittel des marktbeherrschenden Unternehmens vernachlässigt, die gerade nicht ausdrücklich nach einer nicht-kartellrechtlichen Vorschrift verboten sind. Zuletzt richtet sich der Missbrauchs begriff des § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV nicht nach Begriffen wie Unangemessenheit im Sinne der §§ 307 BGB ff. oder Unlauterkeit. Bislang offen ist jedoch, ob und wie weit datenschutzrechtliche Prinzipien über grundrechtliche Erwägungen in der wettbewerbsrechtlichen Analyse berücksichtigt werden können.²⁵

In diesem Zusammenhang wird häufig eine Leitsatzentscheidung des BGH zitiert, in der es heißt, dass die Verwendung unzulässiger AGB einen Marktmachtmissbrauch darstellen „kann“.²⁶ Aus dieser Entscheidung ergibt sich jedoch mit den bereits geäußerten Zweifeln nicht der allgemeine Satz, unzulässige AGB eines marktbeherrschenden Unternehmens begründen stets auch einen Marktmachtmissbrauch.²⁷ Im Übrigen ist die Annahme eines Verstoßes von dem jeweiligen territorialen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts abhängig und steht damit auf wackeligen Füßen.²⁸

Gleichwohl können Datenschutzinteressen unabhängig von ihrer datenschutzrechtlichen Bewertung bei der wettbewerblichen Missbrauchsprüfung miteinbezogen werden.²⁹ Denn mit der Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs soll die Marktgegenseite, hier auch die Verbraucher, vor einer Ausplünderung geschützt werden. Insofern läuft der Konditionenmissbrauch mit dem Preimmissbrauch parallel, soweit sich das marktbeherrschende Unternehmen von der Marktgegenseite Vorteile ohne eine für diese wirtschaftlich gerechtfertigte Gegenleistung einräumen lässt, also kein ausgewogenes Verhältnis zwischen Abgreifen der Daten und der Gegenleistung besteht. In diesem Zusammenhang sind jedoch Zweifel begründet, ob erstens ein derartiges Missverhältnis festgestellt werden kann und zweitens, ob die Nutzer tatsächlich keine hinreichende Einsicht über die umfangreichen Datenbefugnisse und Ausweichmöglichkeiten haben.³⁰

b) *Behinderung durch Datenschutzverstöße*

Verstöße gegen nicht-kartellrechtliche Vorschriften könnten dagegen eher unter dem Aspekt des Behinderungsmissbrauchs in Betracht kommen.³¹ Dieser schützt Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens gegen unlangleiche Maßnahmen des Behinderungswettbewerbs. Dabei sind grundsätzlich zunächst jegliche Maßnahmen erfasst, die die wettbewerbliche Entfaltungsfreiheit der Wettbewerber berühren. Die Korrektive dieses sehr weiten Anwendungsbereichs liegen zum einen in der persönlichen Betroffenheit und zum anderen in der Billigkeit. Gesetzliche Regelungen könnten dabei als Grenzen des wettbewerblichen Handlungsspielraums angesehen werden, sodass die Verletzung wettbewerbsbezogener Vorschriften einen Behinderungsmissbrauch begründet.³² Hier greifen ähnliche dogmatische Zweifel wie bei der Anwendbarkeit des Konditionenmissbrauchs. Wo dennoch durch mögliche Datenschutzverstöße ein Wettbewerber direkt betroffen ist, wird wiederum im Rahmen einer Interessenabwägung die Unbilligkeit festzustellen sein.

c) *Daten als Essential Facility und Geschäftsverweigerung*

Verfügt ein Unternehmen über Marktmacht im Zusammenhang mit Datenmacht, so stellt sich die weitere Frage, ob die Verweigerung des Zugangs zum Datensatz einen Marktmachtmissbrauch darstellt.³³ Die Rechtsprechung hat hinsichtlich der sogenannten wesentlichen Einrichtungen einen kartellrechtlichen Kontrahierungszwang unter außergewöhnlichen Umständen entwickelt, nämlich dass der Zugang zu der Einrichtung unerlässlich für den Zugang zu einem benachbarten Markt ist, die Zugangsverweigerung jeglichen Wettbewerb auf diesem Markt ausschließt und das Erscheinen eines neuen Produkts oder einer neuen Leistung verhindert und dass für die Zugangsverweigerung keine objektive Rechtfertigung besteht.³⁴ Personenbezogene Daten sind in aller Regel jedoch nicht ausschließlich und keine knappe Ressource, da die Nutzer sie grundsätzlich auch den Wettbewerbern freigeben können.³⁵ Dies gilt auch, sofern man datenschutzrechtlichen Verbotsregelungen eine einschränkende Wirkung auf die Sammlung und Verarbeitung von Daten zuspricht.³⁶ Allerdings lässt sich die prohibitive Wirkung als objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung heranziehen.

Im Rahmen des Strukturmissbrauchs könnten Strategien wie Quersubventionierungen zu berücksichtigen sein oder die Sicherung datenbezogener Vorsprünge durch Unternehmen. Dabei lassen sich die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen konzertierter Unternehmensstrategien durchaus bezweifeln, selbst wenn dies wettbewerbliche Vorsprünge zur Folge hat. Denn das europäische wie auch das deutsche Kartellrecht verbieten lediglich die missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht, grundsätzlich aber nicht das Ausnutzen eigener strategischer Vorteile.

Daten können auch ein handelsfähiges Produkt sein, indem Plattform-Betreiber Dritten den Zugang zu ihrem Datenpool gewähren oder Daten übermitteln. Anwendungsbereiche finden sich hier für Werbefirmen, zum Beispiel im Programmatic Advertising, oder für Marktforschungsunternehmen. Dabei gelten die kartellrechtlichen Grundsätze des Behinderungs- und Diskriminierungsmisbrauchs, wobei im deutschen Kartellrecht nach § 20 Abs. 1 S. 1 GWB ebenso ein relativ marktmächtiges Unternehmen verpflichtet

24 Teilweise wird hier auch von einer wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlung personenbezogener und nicht-personenbezogener Daten gesprochen, vgl. Holzweber, NZKart 2016, 107, 108 f.

25 Bejahend Holzweber, NZKart 2016, 107.

26 BGH, 06.11.2013 – KZR 58/11, BGHZ 199, 1 = NVwZ-RR 2014, 515 = VersR 2014, 759 = WM 2014, 759 = VBL Gegenwert.

27 A. A. Bischke/Brack, NZG 2016, 502, 503; Wiedmann/Jäger, KfR 2016, 217, 220; Monopolkommission (Fn. 4), S. 171.

28 Kammann, in: Körber/Immenga (Fn. 1), S. 71 f.; Körber, in: Körber/Immenga (Fn. 1), S. 117.

29 Telle, WRP 2016, 814, 818.

30 Telle, WRP 2016, 814, 820.

31 Vgl. bereits Monopolkommission (Fn. 4), S. 171.

32 Monopolkommission (Fn. 4), S. 171; BGH, 17.12.2013 – KZR 65/12, NVwZ 2014, 817 = NZBau 2014, 303 – Stromnetz Heiligenhafen.

33 Geradin/Kuschewsky, Competition Law and Personal Data, <http://ssrn.com/abstract=2216088> (zuletzt abgerufen am 19.1.17).

34 EuGH, 29.4.2004 – C-418/01, NJW 2004, 2725 (Ls.) = GRUR 2004, 524 = GRUR Int. 2004, 644 = EuZW 2004, 345 = MMR 2004, 456 = BB 2004, 620 – IMS Health; EuGH, 26.11.1998 – C-7/97, NJW 1999, 2259 = GRUR Int. 1999, 262 = EuZW 1999, 86 = MMR 1999, 348 = KfR 1999, 81 – Bronner; EuGH, 06.4.1995 – C-241/91 P und C-242/91 P, GRUR Int. 1995, 490 = ZUM 1996, 78 = Magill; EuG, 17.9.2007 – T-201/04, WuW 2007, 1169 – Microsoft.

35 Kaben, in: Körber/Immenga (Fn. 1), S. 125 f.; Zech, CR 2015, 137, 139.

36 A. A.: Holzweber, NZKart 2016, 107.

tet sein kann. In einer bestehenden Geschäftsbeziehung über den Zugang zu Daten könnte es dabei einen Marktmachtmisbrauch darstellen, wenn einzelne Unternehmen in einem ansonsten frei zugänglichen Geschäftsverkehr nicht beliefert werden und dies nicht sachlich gerechtfertigt ist. Hier sind jedoch die Interessen des Datenlieferanten im Rahmen des Aufbaus einer Vertriebsstruktur zu berücksichtigen. Der immaterialgüterrechtliche Schutz von Datenbanken kann dabei mit dogmatisch ähnlichen Erwägungen wie zur essential facilities Doktrin hinter einem kartellrechtlichen Lizenziertungszwang zurückstehen.³⁷ Beim Zugang zu personenbezogenen Daten oder Nutzerdaten bestehen die bereits geäußerten Zweifel, ob alternative Zugangsmöglichkeiten gegeben sind oder der Nachfrager selbst in der Lage ist, einen entsprechenden Datenpool zu schaffen.

Soweit die Geschäftsverweigerung hinsichtlich des Zugangs zu einem als wesentliche Einrichtung anzusehenden Datenpool sich als Marktmachtmisbrauch darstellt, kann der Betroffene gegenüber dem zugangsverweigernden Unternehmen Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 GWB geltend machen.³⁸ Deren konkrete Ausgestaltung wird sich im Wesentlichen aus den individuellen Umständen des Einzelfalls ergeben, wobei schon der Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der einzelnen Bedingungen noch offen ist. In zivilprozessualer Hinsicht wird das Zusammenspiel von Unterlassungsanspruch und Bestimmtheitsfordernis eine Rolle spielen.³⁹

d) Rechtfertigungsmöglichkeiten

Selbst wenn jedoch ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung festgestellt wird, können wettbewerbliche Wohlfahrts- und Effizienzvorteile als positiv wirkende Umstände berücksichtigt werden.⁴⁰ Im deutschen Kartellrecht ergibt sich dies unmittelbar aus dem Wortlaut „Missbrauch“, der eine Abwägung der wettbewerblich geschützten Interessen voraussetzt, und auch Art. 102 AEUV verbietet die „missbräuchliche“ Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung.⁴¹

Insbesondere können Effizienzvorteile im Rahmen der hypothetischen Vergleichsmarktbetrachtung im Zusammenhang mit dem Konditionenmissbrauch die Bewertung stützen, dass keine Bedingungen vorliegen, die nicht auch bei funktionierendem Wettbewerb bestehen würden. Auch kann zu berücksichtigen sein, ob und wie die Bedingungen zur Förderung der Konsumentenwohlfahrt beitragen.⁴² Nahelegendes Argument für eine Beteiligung der Verbraucher an Wohlfahrtsvorteilen ist die Bereitstellung der Leistungen ohne Entgelt. Der Plattform-Betreiber kann durch umfangreich vorhandene Daten seine Angebote und seinen Service verbessern oder noch hinreichend wirtschaftlich ausgewertete Nachfragen entdecken und durch ein neues Angebot ausschöpfen. In diesem Fall können Daten auch als Rohstoff oder Gegenstand für weitere Märkte verwendet werden, von deren Ergebnissen Verbraucher profitieren. Dies kann zum Beispiel auch durch die Aufnahme einer weiteren Marktbeziehung zu einer weiteren Nutzergruppe erfolgen. Plattformen können aber auch Informationsasymmetrien zwischen Anbietern und Nachfragern der von ihnen verbundenen Märkte abbauen und Vergleichsinformationen liefern, die sich positiv auf den Preiswettbewerb auswirken.

Zudem tritt der Plattform-Betreiber grundsätzlich durch sein Angebot in Vorleistung und übernimmt ein hohes Investitionsrisiko. Der starke Innovationswettbewerb, mit dem digitale Plattformen sich konfrontiert sehen, und das Risiko einer Verdrängung durch innovativere Wettbewerber können als weitere Rechtfertigung herangezogen werden, sich datenbasierte Wettbewerbsvorsprünge zu sichern. Entsprechende Kriterien für die Digitalwirtschaft sieht der Gesetzentwurf zur 9. GWB-Novelle vor.

4. Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen

Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB verbieten wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen. Erfasst sind zum einen Vereinbarungen auf der horizontalen Ebene zwischen Wettbewerbern. Zum anderen betrifft es aber auch Kooperationen zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Wert schöpfungsstufen stehen. Die deutschen und europäischen Vorschriften laufen hier gleich.⁴³

Werden Daten aggregiert bereitgestellt oder aufgearbeitet, so können sie als handelsfähiges Produkt selbstständig nachgefragt werden.⁴⁴ Diese Nachfrage kann in Form von Datenüberlassungen oder Zugangsgewährungen in den verschiedensten Formen befriedigt werden. Ob die verschiedenen Vertriebsmöglichkeiten in einem einen einheitlichen sachlich relevanten Markt begründenden Substituierbarkeitsverhältnis stehen, ist dabei nachrangig, da das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zunächst keine marktbeherrschende Stellung voraussetzt.

Jedoch kann bei lediglich bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen die Spürbarkeit bei Marktanteilen auf den betroffenen Märkten unterhalb von 15 % entfallen.⁴⁵ Außerdem kann unabhängig von einer Gruppen- oder Einzelfreistellung bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausscheiden. Ein typischer Fall hierfür sind die selektiven Vertriebssysteme, deren tatbestandsausschließende Wirkung damit begründet wird, dass eine tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung eigentlich wettbewerbsfördernde Wirkungen hat.

a) Vertikale Vertriebsverhältnisse

Daten können als handelbares Wirtschaftsgut zum Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen über „Datenlizenzen“ werden, die eine Verwertung der Daten erlauben.⁴⁶ Dabei sind diese Vertriebsvereinbarungen an kartellrechtlichen

37 Paal, GRUR Beilage 2014, 69, 70.

38 BGH, 26.1.2016 – KZR 41/14, NJW 2016, 2504 = GRUR 2016, 627 = BB 2016, 1167 – Jaguar-Vertragswerkstatt; BGH, 6.10.2015 – KZR 87/13, WRP 2016, 229 = GRUR-RR 2016, 134 = GWR 2015, 500 = NZKart 2015, 535 = ZVertriebsR 2016, 52 – Porsche-Tuning, mit Kommentar von Telle, WRP 2016, 239 ff.; Rehbinder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 33 Rn. 61 ff.; Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 33 Rn. 45.

39 Vgl. BGH, 6.10.2015 – KZR 87/13, WRP 2016, 229 = GRUR-RR 2016, 134 = GWR 2015, 500 = NZKart 2015, 535 = ZVertriebsR 2016, 52 – Porsche-Tuning, mit Kommentar von Telle, WRP 2016, 239 ff.

40 Evans/Schmalensee, University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623, S. 11 f.; Telle, WRP 2016, 814, 820.

41 Telle, WRP 2016, 814, 820.

42 Dewenter/Löw, NZKart 2015, 458, 462.

43 Vgl. von Dietze/Janssen, in: von Dietze/Janssen, Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis 5. Aufl. 2015, Rn. 103; EuGH, 27.1.1987 – 45/85, Slg. 1987, 405 = NJW 1987, 2150 = VersR 1987, 169 – „Verband der Sachversicherer e.V.“.

44 Zech, CR 2015, 137, 138.

45 Vgl. von Dietze/Janssen, (Fn. 43), Rn. 257.

46 Einführend dazu Kraus, DSRITB 2015, 537 ff.

Vorschriften zu messen. Nicht-kartellrechtliche Vorschriften können dabei vertriebsbezogene Verbote auslösen, die sich auf das weitere wettbewerbliche Geschehen auswirken, indem sie entweder unmittelbar wirken oder vertraglich weitergereicht werden.

Verboten sind hiernach nicht nur horizontale Vereinbarungen, zu denen die Preisabsprachen als klassisches Beispiel gehören, sondern auch vertikale Vertragsbedingungen zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen. Schließt also ein Inhaber eines Datenpools einen Vertrag über die Lieferung oder den Zugang zu Daten, sind wettbewerbsbeschränkende Bedingungen hierbei ebenso verboten. Hintergrund ist dabei, dass vertikale Vertriebsvereinbarungen marktabschottende Wirkungen haben können oder Akteure auf einer nachgelagerten Verwendungsstufe wettbewerblich beeinträchtigen. Sind bestimmte Vertriebsformen nicht bereits gesetzlich erlaubt oder sogar geboten, kann eine Vereinbarung von einer Gruppen- oder Einzelfreistellung profitieren.

aa) Selektivvertrieb von Daten

Bei den selektiven Vertriebssystemen handelt es sich um eine durch die Rechtsprechung und Praxis entwickelte tatbeständliche Ausnahme der Wettbewerbsbeschränkung, die grundsätzlich auch auf Datenlieferungsverträge anwendbar ist.⁴⁷ Zwar gilt der Grundsatz, dass ein Verhalten oder eine Vereinbarung kartellrechtswidrig ist, wenn sie den Wettbewerb beschränkt. Allerdings gilt dies nicht, wenn die Vereinbarung oder Vertriebspraxis Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht. Die Voraussetzungen sind sehr eng: Erstens müssen die qualitativen Kriterien mit Rücksicht auf die Eigenschaften der vertriebenen Ware zur Wahrung ihrer Qualität und zur Gewährleistung ihres richtigen Gebrauchs erforderlich sein. Zweitens müssen die Kriterien einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet werden. Drittens dürfen sie nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.

Verhältnismäßige Vertriebsbedingungen in Datenlizenzverträgen wären jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn sie sich aus besonderen Bedingungen der Vorleistungsebene ergeben. Das können zum Beispiel besondere Dokumentationsvorgaben bezüglich der Rechtmäßigkeit der Verwendung personenbezogener Daten sein.

bb) Gesetzliche Freistellungen und Grenzen

Einige Lieferverhältnisse sind gesetzlich reguliert. Zum Beispiel regelt die Verordnung 715/2007/EG einen Zugangsanspruch zu sogenannten VIN-Daten.⁴⁸ Darin werden Fahrzeughersteller verpflichtet, von ihnen unabhängigen Unternehmen den Zugang zu ihren VIN-Daten zu ermöglichen. Dies hat durch offene Formate oder Schnittstellen zu erfolgen.⁴⁹ Dadurch sollen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen durch eine Monopolisierung von Daten vermieden werden.

Mit starkem Einfluss auf die horizontalen Wettbewerbsbedingungen zielen vertikal wirkende Vorschriften ab, die zu mehr Transparenz führen sollen. Ein Beispiel sind hierfür die Marktransparenzstellen, insbesondere für Benzin- und Strompreise. Betroffene Unternehmen müssen kraft gesetzlicher Anordnung produktbezogene Daten liefern, die auf Anfrage zugelassenen Verbraucherinformationsportalen überlassen werden. Ähnliches bezweckt die Datenliefungspflicht für Telekommunikationsnetzbetreiber nach § 77a Abs. 3 TKG.

(1) Gruppenfreistellung und Daten als Know-how

Liegt eine tatbeständliche Wettbewerbsbeschränkung vor, so stellt sich die Folgefrage nach einer Freistellung. Dies kann zunächst aufgrund einer Gruppenfreistellung erfolgen. Diese stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zum grundsätzlich geltenden Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen und enthalten typisierte Fälle, für die die Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 Abs. 1 GWB erfüllt sind.

Einschlägige Vorschriften ergeben sich aus den Gruppenfreistellungsverordnungen 316/2014 über Technologietransfer-Vereinbarungen (TT-GVO) und 330/2010 über Vertikalvereinbarungen (Vertikal-GVO). Für eine Freistellung nach der TT-GVO dürfen im Vergleich zur Vertikal-GVO niedrigere Marktanteilsschwellen nicht überschritten werden. Nach Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO sind die Freistellungsregelungen anderer Gruppenfreistellungsverordnungen vorrangig, sodass Technologietransfer-Vereinbarungen bei Überschreiten der für sie geltenden engeren Marktanteilsschwellen bei gleichbleibendem vertraglichen Vertriebsschwerpunkt nicht mehr aufgrund der Vertikal-GVO freigestellt sein können.

Technologietransfer-Vereinbarungen liegen nach Art. 1 Abs. 1 c) TT-GVO bei Vereinbarungen über Technologie-rechte vor. Diese sind in Art. 1 Abs. 1 b) TT-GVO definiert als Know-how und die aufgezählten Rechte. Know-how ist nach Art. 1 Abs. 1 i) TT-GVO eine Gesamtheit an durch Erfahrungen und Versuche gewonnenen praktischen Erkenntnissen, die geheim, für die Vertragsgegenseite wesentlich und identifiziert sind.

Fraglich ist an dieser Stelle, ob grundsätzlich auch Daten unter diese praktischen Erkenntnisse fallen.⁵⁰ Dagegen könnte der Wortlaut „Erfahrungen und Versuche“ sprechen, der eher mit immaterialgüterrechtlichen Schaffensprozessen vergleichbar ist.⁵¹ Insbesondere handelt es sich bei den in Art. 1 Abs. 1 c) TT-GVO aufgelisteten Technologierechten um Ergebnisse eines mit hohen Investitionen verbundenen Forschungs- und Entwicklungsaufwands. Dies spricht dafür, dass nur solche Daten als Know-how erfasst werden, die aus einem über das Abgreifen hinausgehenden Schöpfungsprozess resultieren. Damit werden jedenfalls Datenpools mit personen- oder nutzerbezogenen Daten in der Regel nicht erfasst sein.

Handelt es sich bei der Datenlizenz mangels bestehender Technologierechte nach Art. 1 Abs. 1 b) TT-GVO nicht um eine Technologietransfer-Vereinbarung, so bleibt ein Rückgriff auf die Freistellung nach der Vertikal-GVO. Ist die Marktanteilsschwelle nicht überschritten, kann dennoch eine Freistellung bei Vorliegen einer Kernbeschränkung nach Art. 4 Vertikal-GVO entfallen. Ähnlich wie bei anderen Vertikalvereinbarungen sind für Datenlizenzverträge

⁴⁷ Specht, CR 2016, 288, 296.

⁴⁸ Vehicle identification numbers.

⁴⁹ LG Frankfurt a.M., 21.1.2016 – 2-03 O 505/13, ZD 2016, 331 = CR 2016, 446.

⁵⁰ Frank, CR 2014, 349, 351.

⁵¹ Vgl. auch Erwägungsgrund 4 der VO 316/2014: „Gegenstand einer Technologietransfer-Vereinbarung ist die Vergabe von Technologie-rechten in Form einer Lizenz. Solche Vereinbarungen steigern in der Regel die Effizienz in der Wirtschaft und fördern den Wettbewerb, da sie den parallelen Forschungs- und Entwicklungsaufwand reduzieren, den Anreiz zur Aufnahme von Forschungs- und Entwicklungsarbeiten stärken, Anschlussinnovationen fördern, die Verbreitung der Technologie erleichtern und den Wettbewerb auf den Produktmärkten beleben können.“

insbesondere Preisbindungen, aber auch bestimmte Gebiets- oder Kundengruppenbeschränkungen untersagt.

(2) Einzelfreistellung

Bestehende Effizienzvorteile und Vorteile für die Verbraucherwohlfahrt können auch im Rahmen einer Einzelfreistellung nachgewiesen werden. Dabei hat wiederum eine Abwägung zwischen wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbsfördernden Umständen zu erfolgen.⁵² Positiv dürften sich insbesondere Innovations- und Preiswettbewerb begünstigende Umstände auswirken.⁵³

b) Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen

Horizontale unternehmerische Kooperationen können ebenso den Wettbewerb beeinträchtigen. Dabei kommen unmittelbar wirkende Maßnahmen in Betracht, aber auch mittelbar wirkende Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen.

aa) Preisabsprachen und Markterschwernisse

Sind Daten selbst Handelsgegenstand, so können Preis- und Lieferabsprachen wettbewerbsbeschränkend wirken. Außerdem können Absprachen erfolgen, die den Zugang zu Daten und damit den Marktzutritt erschweren. Dies kann neben den unmittelbaren Auswirkungen im horizontalen Verhältnis auch Auswirkungen auf vor- und nachgelagerte Märkte haben. Datenaustausch kann dabei wettbewerblich negativ wie auch positiv wirken, sodass die jeweiligen Umstände einzelfallbezogen abzuwägen sind.⁵⁴

bb) Abgestimmte Verhaltensweisen durch sternförmige Datenvertriebsverträge

Viele Unternehmen nutzen die Dienste von Plattformen oder anderen IT-Dienstleistern für ihre geschäftlichen Zwecke. Als Beispiel können Buchungsplattformen für Reisen oder andere Produkte gelten, aber auch cloudbasierte Dienste. Der Plattform-Betreiber und seine Vertragspartner stehen dabei zwar auf einer unterschiedlichen Marktstufe. Jedoch bestehen häufig sternförmige Vertragsbeziehungen, die es dem Plattform-Betreiber ermöglichen, seinen Kunden einzelne Bedingungen vorzugeben und das Marktverhalten zu koordinieren. Gibt der Plattform-Betreiber zum Beispiel in einer Buchungssoftware bestimmte Rabattbegrenzungen vor, so stellt dies zum einen eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung dar. Zum anderen aber kann das Verhalten der teilnehmenden Unternehmen untereinander koordiniert werden, sodass eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt.⁵⁵

Bei Datenlieferungsverträgen gilt dafür grundsätzlich Ähnliches. Denn der Plattform-Betreiber erhält die Möglichkeit, das Verhalten auf der nachgelagerten Marktstufe abzustimmen, zum Beispiel bereits durch Software-Updates. Stellen die übermittelten Informationen zudem Marktinformationen dar, kommt eine Beeinträchtigung des Geheimniswettbewerbs in Betracht. Die belieferten Unternehmen könnten die Unsicherheit über das strategische Vorgehen ihrer Wettbewerber verlieren und ihr Verhalten anpassen. Damit könnte jedoch eine verbotene Fühlungnahme vorliegen.⁵⁶

5. Daten in der Fusionskontrolle

Zusammenschlüsse können im Rahmen der Fusionskontrolle untersagt werden, wenn durch sie Wettbewerb erheblich behindert würde oder eine marktbeherrschende Stellung entstehen kann. Auch hier stellt sich erneut die Frage nach der Rolle von Daten bei Fusionen, wobei im Gegensatz

zum repressiv ausgelegten Marktmachtmissbrauch bei der Zusammenschlusskontrolle die wettbewerbliche Bewertung von Daten aufgrund des präventiven und prognostischen Charakters erheblich erschwert wird.

So ist zum einen denkbar, dass durch den Zusammenschluss Datenbestände miteinander kombiniert werden und der Datenpool anschwillt. Zum anderen können durch die inhaltliche Kombination der Datensätze neue wettbewerbsstrategisch wertvolle Informationen gewonnen oder neue Märkte entdeckt und bedient werden.⁵⁷ Besondere Bedeutung haben hier innovative Startups bekommen, besonders die Übernahme des an seiner Benutzerzahl gemessenen umsatzschwachen Messenger-Dienstes WhatsApp erregte Aufsehen. Entsprechend ist für die 9. GWB-Novelle eine Anpassung der Aufgreifschwellen geplant, um mögliche wettbewerbliche Nachteile bei strategischen Käufen auffangen zu können.

Massebezogene Datenbestandskombinationen sind danach zu bewerten, ob hierdurch ein Wettbewerbsvorteil in der Form entsteht, dass die sich zusammenschließenden Unternehmen gerade durch den Zusammenschluss unabhängig vom Wettbewerb agieren können.⁵⁸ Insbesondere gegenüber potenziellen Wettbewerbern könnten diese größer werdenden Datenbestände prohibitiv auf den Marktzutritt wirken.⁵⁹ Ob darüber hinaus ein uneinholbarer Vorteil marktabschottend wirkt, kann jedenfalls nicht pauschal gesagt werden. Aber auch kleinere Wettbewerber könnten an wettbewerbsstrategischen Maßnahmen gehindert werden. Das im Gesetzentwurf über die 9. GWB-Novelle vorgesehene Kriterium „sein Zugang zu wettbewerbs relevanten Daten“ kann in Fällen einer offenen Datenzugangspolitik auch günstig für den Zusammenschluss ausgelegt werden. Denn wenn den Wettbewerbern zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen der Zugang zu den Daten angeboten wird und dadurch sogar auf dem Markt für Datenlieferungen Wettbewerb ermöglicht wird, wird die Datenmacht nicht als Mittel verwendet, um sich von Wettbewerb frei zu halten.⁶⁰ Massebezogene Datenbestandskombinationen können aber jedenfalls aufgrund der Größenvorteile und in Verbindung mit Netzwerkeffekten dazu führen, dass sich Marktmacht auf eine Plattform konzentriert. Dies kann im Extremfall dazu führen, dass auch Nutzer anderer Plattformen wechseln und der Markt dadurch zugunsten eines Unternehmens „kippt“.⁶¹ Allerdings können auch gegenläufige Tendenzen zu berücksichtigen sein, insbesondere erneut Effizienzvorteile, von denen auch Wettbewerber profitieren, oder neue Marktauftritte.⁶²

52 Vgl. von Dietze/Janssen (Fn. 43), Rn. 294.

53 Dewenter/Löw, NZKart 2015, 458, 462 ff.

54 Dewenter/Löw, NZKart 2015, 458, 465.

55 Vgl. EuGH, 21.1.2016 – C-74/14, EuZW 2016, 435 = NZKart 2016, 133 – Eturas; Dewenter/Löw, NZKart 2015, 458, 459, 461.

56 Conrad, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2016

57 Weck, NZKart 2015, 294.

58 Weck, NZKart 2015, 295; Wiedmann/Jäger, KtR 2016, 217, 218.

59 Monopolkommission (Fn. 4), S. 162; Holzweber, NZKart 2016, 107, 108; Weck, NZKart 2015, 295.

60 Komm., Entsch. v. 19.2.2008, COMP/M.4726 – Thompson Corporation/Reuters Group; Holzweber, NZKart 2016, 207, 210.

61 Evans/Schmalensee, University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623, S. 13; vgl. Bundeskartellamt (Fn. 3), S. 20; Bundeskartellamt, (Fn. 19), S. 95 f.; Monopolkommission (Fn. 4), S. 162.

62 Weck, NZKart 2015, 295.

Bei komplementären Datenkombinationen werden unterschiedliche Datenarten oder -werte miteinander kombiniert. Das können zum Beispiel Standortdaten in einer Sammlung und Angaben über alltägliche Vorlieben von Nutzern in einer anderen Sammlung sein. In diesem Fall können die Daten in einen neuen Zusammenhang gebracht werden. Zwar wird dies regelmäßig auch zu einer quantitativen Vergrößerung des Datenpools führen, die jedoch hinter dem prägenden Wettbewerbsfaktor des Zugangs zu Daten zurücktritt.

6. Zusammenfassung und Ausblick

Daten können an unterschiedlichen Anknüpfungspunkten im Kartellrecht eine Rolle spielen. Auf der Stufe der Marktdefinition bereits können sie selbstständiger Gegenstand von Angebot und Nachfrage sein oder im Zusammenhang mit Plattformgeschäftsmodellen die Marktverhältnisse näher beschreiben. Soweit ein Unternehmen über einen ex-

klusiven Datensatz verfügt, insbesondere bei sachbezogene Daten oder bestimmten Herstellerdaten, kann dieser Umstand eine marktmächtige Position begründen. Ob dies bei aggregierten Big-Data-Beständen ebenso der Fall sein kann, hängt maßgeblich von einer Beurteilung der im Einzelfall wirkenden Wettbewerbsphänomene zugunsten oder zulasten des Wettbewerbs ab. Des Weiteren wird das Verhältnis zwischen Kartellrecht und nicht-kartellrechtlichen Vorschriften, insbesondere mit verbraucherschützenden Intentionen, zu klären sein. Neben der Anwendbarkeit dieser jeweiligen Vorschriften wird es auch um Probleme bei der Bewertung des jeweiligen Gegenwertes gehen. Schließlich werden Kooperationen im Zusammenhang mit Plattformen oder IT-Outsourcing immer mehr in den Fokus der kartellrechtlichen Bewertung rücken. Begleitet wird dies von den gesetzgeberischen Entwicklungen der 9. GWB-Novelle.

Ass. jur. Robert Hieke*

Big Data

Zum gesetzlichen Schutz und der rechtlichen Zuordnung von Daten

I. Einleitung

Der Umgang mit – und diesem folgend die juristische Diskussion über – maschinell generierte Daten (im Folgenden vereinfacht Maschinen-Daten genannt) nimmt zu.¹ In den Vordergrund treten dabei insbesondere Fragen, die sich auf den Schutz und die Verkehrsfähigkeit des Wirtschaftsgutes „Daten“² beziehen. Derartige (oftmals auch unter dem Stichwort „Big Data“ diskutierte)³ Fragestellungen werden nicht nur bei der Nutzung komplexer Fertigungsmaschinen in „Industrie 4.0“⁴ oder „additiver Fertigungsverfahren“⁵ relevant, sondern auch bei der Verarbeitung von Daten beim Cloud Computing,⁶ im Verkehrswesen (smart cars)⁷ oder in der Immobilienwirtschaft (smart housing).⁸ Ebenso ist im privaten Bereich eine Zunahme von datengenerierenden Alltagsgegenständen, wie z.B. Smart TV⁹ oder Smartphone¹⁰ zu verzeichnen.

Der Beitrag setzt sich mit dem rechtlichen Schutz von Maschinen-Daten auseinander und bedingt damit zugleich eine Diskussion zur güterrechtlichen Zuordnung von Daten zugunsten eines Berechtigten.

Zur Beantwortung der Frage, wie Daten rechtlich geschützt sind, wird zunächst kurz aufgezeigt, welche mit der Dateneigenschaft in Verbindung stehenden Rechtsobjekte Bezugspunkt des rechtlichen Schutzes sein können (II.). So- dann wird ein Überblick gegeben, inwieweit diese Rechtsobjekte von der Rechtsordnung einem Schutz unterstellt sind (III.).

II. Relevante Rechtsobjekte

Da Daten nicht eigenständig existieren können, benötigen sie einen Datenträger.¹¹ Der eigentliche (insbesondere auch wirtschaftliche) Wert der Daten kann sich zunächst aus der

Bedeutung der in den Daten selbst enthalten Informationen ergeben. Oftmals folgt aber der Wert der Daten nicht aus den Daten selbst, sondern vielmehr erst aus den sich ergebenden Informationen bzw. Inhalten, wenn die Daten ihrer Bestimmung nach ausgeführt werden.¹² Auch kann sich ein besonderer Wert in Bezug auf Daten dadurch ergeben, dass

* Der Aufsatz basiert auf einem im Oktober 2015 in Chemnitz im Rahmen eines Workshops des Forschungsprojektes S-CPS „Ressourcen-Cockpit für Sozio-Cyber-Physische Systeme“ gehaltenen Vortrag des Verfassers. Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite III.

1 Insoweit wird schon von Daten als dem neuen „Öl“ oder „Rohstoff“ der Zukunft gesprochen, vgl. Schefzig, K&R, Beiheft 3/2015, 3, 3 sowie Dorner, CR 2014, 617, 618 m. w. N.

2 Zur Einordnung der Daten als Wirtschaftsgut vgl. Zech, CR 2015, 137, 138 m. w. N.

3 „Unter ‚Big Data‘ wird das Prinzip des Einsatzes großer und vielfältiger Datenmengen verstanden, die typischerweise von miteinander vernetzten Maschinen generiert – und regelmäßig ohne konkret vorformulierte Erwartungshaltung an das Ergebnis – in Echtzeit analysiert werden“, s. Dorner, CR 2015, 617, 617 m. w. N.

4 Komplette Produktionsprozesse werden mittlerweile durch die Kommunikations- und Interaktionsfähigkeit der zur Produktion eingesetzten Maschinen mitbeeinflusst, s. Heun/Assion, CR 2015, 812, 812.

5 Ensthaler, InTeR 2015, 38 ff.; Ensthaler/Müller, A.-K., in: VDI Handlungsfelder, additive Handlungsfelder April 2016, S. 38 f.; Gebhardt, RAW 2016, 41 ff.

6 Vgl. hierzu etwa Heymann, CR, 2015, 807, 807 ff.

7 Vgl. hierzu etwa Roßnagel, SVR, 2014, 281, 281 ff.

8 Zech, CR 2015, 137, 137 m. w. N.

9 Im Jahr 2015 verfügten ca. 20 % der deutschen TV-Haushalte über mindestens ein direkt internetfähiges TV-Gerät, s. Die Medienanstalten, Digitalisierungsbericht 2015, S. 49, abrufbar unter http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/Digitalisierungsbericht2015/Digitalisierungsbericht_2015_deutsch.pdf, (zuletzt abgerufen am 12.8.2016).

10 44 Millionen Deutsche nutzen ein Smartphone, Pressemitteilung von Bitkom vom 25.3.2015, abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Press/Presseinformation/44-Millionen-Deutsche-nutzen-ein-Smartphone.html>, zuletzt abgerufen am 12.8.2016.

11 Schefzig, K&R, Beiheft 3/2015, 3, 3; Zech, CR 2015, 137, 138.

12 Schefzig, K&R, Beiheft 3/2015, 3, 3.