

Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften
herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Julian Heim

**Datenbasierte
Marktmacht in der europäischen
Fusionskontrolle**

Schadenstheorien, Abhilfemaßnahmen,
Absicherungsmechanismen

Julian Heim

Datenbasierte Marktmacht in der
europäischen Fusionskontrolle

WÜRZBURGER
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE SCHRIFTEN

Herausgegeben
von der
Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Band 111

ERGON VERLAG



Julian Heim

Datenbasierte Marktmacht in der
europäischen Fusionskontrolle

Schadenstheorien, Abhilfemaßnahmen,
Absicherungsmechanismen

ERGON VERLAG



Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2020

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

© Ergon – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021
Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen jeder Art, Übersetzungen, Mikroverfilmungen
und für Einspeicherungen in elektronische Systeme.
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.
Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung
bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
Umschlaggestaltung: Jan von Hugo

www.ergon-verlag.de

ISSN 1432-0339
ISBN 978-3-95650-791-5 (Print)
ISBN 978-3-95650-792-2 (ePDF)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Fertiggestellt wurde sie im Januar 2019. Die Literatur befindet sich auf dem Stand von September 2020.

Die Arbeit habe ich während meiner Zeit am Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Bürgerliches Recht bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Florian Bien, gefertigt. Als eine der ersten studentischen Hilfskräfte an seinem jungen Lehrstuhl war diese Tätigkeit ein fester Bestandteil meines Studiums und begleitete mich bis zum Abschluss des Dissertationsprojekts. Professor Dr. Florian Bien gebührt an dieser Stelle mein besonderer Dank.

Für das schnelle Anfertigen des Zweitgutachtens und ihrer besonderen Würdigung meiner Arbeit danke ich Frau Professorin Dr. Inge Scherer.

Die vorliegende Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium der Konrad-Adenauer-Stiftung gefördert. Neben der finanziellen Zuwendung danke ich der Konrad-Adenauer-Stiftung vor allem auch für die immaterielle Unterstützung. Von beidem konnte ich bereits im Rahmen der Studienförderung profitieren und empfand sie als einen entscheidenden Mehrwert für meine Universitätszeit.

Für das gewissenhafte Lektorat der Arbeit danke ich meinem Vater Lothar Heim sowie meiner Schwester Johanna Teuber.

Der größte Dank gilt meinen Eltern Doris und Lothar Heim. Sie haben mich in jeder Lebenslage bedingungslos unterstützt und gefördert, und mir so die Sicherheit vermittelt, auf dem richtigen Weg zu sein.

Würzburg im Dezember 2020

Julian Heim

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

