

**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](http://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 Verarbeitungsstufen	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

