

Dr. Nikolas Guggenberger, LL.M.
Elisaweta Rabovskaja

Dr. Vera Demary (IW)
Dr. Christian Rusche (IW)



Data Sharing im E-Commerce

Rechtliche und ökonomische Grundlagen

Gutachten

ServiCon Service & Consult eG
Herrn Dr. Ludwig Veltmann
Vorstand
An Lyskirchen 14
50676 Köln

Ansprechpartner:

Dr. Vera Demary (IW)
Dr. Nikolas Guggenberger, LL.M.
Elisaweta Rabovskaja
Dr. Christian Rusche (IW)

9. Oktober 2019

Kontakt Daten Ansprechpartner

Dr. Nikolas Guggenberger, LL.M.
nikolas.guggenberger@gmail.com

Dr. Vera Demary
vera.demary@iwkoeln.de
0221 – 4981 749

Institut der deutschen Wirtschaft
Postfach 10 19 42
50459 Köln

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	5
1 Einleitung	8
2 Wettbewerbsfaktor Daten im E-Commerce	10
2.1 Status Quo	11
2.1.1 E-Commerce in Deutschland	11
2.1.2 Plattformen im E-Commerce	16
2.1.3 Die Bedeutung von Daten	22
2.2 Ökonomische Zusammenhänge	28
2.2.1 Besonderheiten digitaler Plattformen	28
2.2.2 Daten als Wettbewerbsfaktor	33
2.2.3 Ökonomische Aspekte des Data Sharing	36
3 De lege lata	41
3.1 Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	42
3.1.1 Transparenz hinsichtlich der Zuordnung und Verwendung von Transaktionsdaten im Verhältnis Händler/Plattform	43
3.1.2 Materiellrechtliche Zuordnung von Daten im Verhältnis Händler/Plattform	44
3.2 Kartellrechtliche Ansprüche auf Teilhabe an Plattformdaten	46
3.2.1 Amazon als Marktbeherrscher	49
3.2.1.1 Marktabgrenzung	50
3.2.1.2 Marktbeherrschung	53
3.2.2 Datensammlungen als wesentliche Einrichtungen	55
3.2.2.1 Die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	56
3.2.2.2 Die Essential Facilities-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV)	65
3.2.3 Plattformen als wesentliche Einrichtungen	67
3.2.3.1 Die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB	67
3.2.3.2 Die Essential Facilities-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV)	69
3.2.4 Marketing-Dienste als wesentliche Einrichtung	71
3.2.5 Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen	71
3.2.6 Behinderungsmisbrauch	74
3.2.7 Ergebnis	75

3.3	Datenschutzrechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Teilens von Daten	75
3.3.1	Personenbezogene Daten als Anknüpfungspunkt.....	75
3.3.2	Reichweite der Rechtfertigungsgründe nach der DSGVO	77
3.3.3	Übertragung an Treuhänder	83
3.3.4	Möglichkeiten und Grenzen der Anonymisierung.....	84
3.4	Kartellrechtliche Grenzen des Teilens von Daten	86
4	De lege ferenda	88
4.1	Neue Ansätze der Plattformregulierung	88
4.1.1	Open Data.....	88
4.1.2	Datenteilen und Konditionen.....	90
4.1.3	Diskriminierungsfreier Zugang zu Daten.....	93
4.1.4	Diskriminierungsfreier Zugang zu Diensten der Plattformen	94
4.1.5	Treuhändermodell zum Teilen von Daten.....	95
4.1.6	Genossenschaftliche Strukturen als Organisationsform des Datenteilens	95
4.1.7	Datenstandardisierung.....	101
4.1.8	Aufspaltung und Entflechtung	101
4.2	Definition der angemessenen Umsetzungsebenen	102
5	Fazit.....	105
5.1	Zusammenfassung	105
5.2	Handlungsoptionen	106
	Abbildungsverzeichnis	113

Zusammenfassung

Die ServiCon Service & Consult eG beauftragte im Februar 2019 ein Expertenteam, bestehend aus Dr. Nikolas Guggenberger und dem Institut der deutschen Wirtschaft in Person von Dr. Vera Demary und Dr. Christian Rusche, mit der Erstellung einer Studie zum Thema Data Sharing. Dabei sollten unter anderem die wirtschaftlichen Nachteile herausgestellt werden, denen mittelständische Händler und Verbundgruppen im Kontext der digitalen Plattformökonomie ausgesetzt sind. Die nunmehr vorliegende Studie identifiziert rechtliche Teilhabeansprüche gegenüber Plattformbetreibern und formuliert Handlungsempfehlungen zur Anpassung des Rechtsrahmens, um einen fairen Wettbewerb insbesondere für mittelständische Kooperationen zu gewährleisten.

Verbundgruppen in Form von Handels-, Dienstleistungs- und Handwerkskooperationen sehen sich seit einiger Zeit vor neue Herausforderungen gestellt. In fast allen Sektoren spielen Online-Angebote eine weitaus größere Rolle, als dies noch vor einigen Jahren der Fall war und datengetriebene Plattformmodelle führen zu Machtgefällen. Letztere vereinen dabei in einem immer größeren Maße Marktmacht auf sich. Die damit verbundene Konzentrationswirkung führt zu einer Verdrängung gerade mittelständischer Unternehmensmodelle. Mehr noch: KMU geraten in ein immer größeres Abhängigkeitsverhältnis zu den großen Plattformen, ohne von den auf diesen generierten Daten in gleichem Maße profitieren zu können, weil eine gemeinschaftliche Nutzung von Daten durch die Plattformen oftmals nicht ermöglicht wird. Es gilt daher dringend die regulatorischen Rahmenbedingungen anzupassen, um gerade mittelständische Modelle in die Lage zu versetzen, in einen gleichberechtigten Wettbewerb mit großen Plattformen einzutreten. Diesen gilt es zu erhalten, um stetige Innovation, bessere Dienstleistungen und Angebote für den Verbraucher weiterhin zu ermöglichen.

Ein Blick auf die großen Plattformen dieser neuen digitalen Wirtschaft zeigt, dass deren Erfolgsmodell fast ausschließlich darauf basiert, Daten zu generieren und wirtschaftlich nutzbare Informationen aus diesen Daten zu gewinnen. Bezogen auf Handelsplattformen dient die Nutzung von Daten dabei unter anderem der Steigerung der Effizienz – sei es durch die Optimierung der Angebote, die Vermeidung von Retouren, aber auch die Optimierung der Beschaffung, Lagerhaltung und Logistik. Aufgrund der schier Menge an Daten und Informationen, die sich aus diesen Daten generieren lassen, entfalten die großen Plattformen mittlerweile eine Art Sogwirkung: Neue Geschäftsmodelle haben Schwierigkeiten, gegen die etablierten Marktteilnehmer zu bestehen, da die dafür erforderliche Datengrundlage nicht erhältlich ist. Kunden nutzen daher größtenteils bestehende Plattformmodelle, da nur diese ihren Erwartungen an Auswahl, Darbietung der Waren und Dienstleistungen sowie Kundenansprache gerecht werden können. Die Handelsmärkte drohen daher in vielen Bereichen zugunsten der großen Plattformbetreiber zu kippen – ein Aufholen vor allem mittelständischer Wettbewerber wird ab diesem Zeitpunkt auch unter Einsatz großer finanzieller Ressourcen kaum mehr möglich sein.

Auf der anderen Seite sind es vor allem mittelständische Händler, deren Angebote, Kontakte mit Kunden und Transaktionen die Daten auf den großen Plattformen generieren. Diese ermöglichen daher erst die Schaffung großer Daten-Pools, welche dann im Anschluss meist ausschließlich von den großen Plattformen selbst genutzt werden.

Es lässt sich daher zunächst feststellen:

- **Der Onlinehandel in Deutschland wächst stark.** Das Volumen der beim Onlinehandel anfallenden Daten steigt damit deutlich. Deshalb wird die Verwendung der Daten noch attraktiver, weil

eine größere Anzahl (potenzieller) Kunden erreicht werden kann und genauere Informationen zu den (potenziellen) Kunden vorliegen.

- **Ein großer Teil des Onlinehandels läuft über digitale Plattformen.** Die Daten fallen bei diesen Plattformen an und werden von ihnen weiterverarbeitet und genutzt. Die Plattformen ermöglichen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) die Abwicklung von Transaktionen, bieten diesen aber regelmäßig keinen angemessenen Datenzugang, obwohl die Daten ohne die Transaktionen der KMU gar nicht angefallen wären. Verwenden die Plattformen die Daten selbst und verweigern gleichzeitig den KMU den Zugriff, stellt dies einen erheblichen wettbewerblichen Nachteil für letztere dar. Der aus Daten generierbare Mehrwert fällt nicht bei ihnen an, während die vertikal integrierten Plattformen die Daten nutzen. Der stark zunehmende Onlinehandel steigert die relativen Wettbewerbsvorteile der großen Plattformen weiter und führt tendenziell zu noch stärkerer Konzentration im Bereich des E-Commerce.
- **Wer Zugriff auf Daten hat, hat Vorteile im Wettbewerb.** Bei der digitalen Abwicklung von Transaktionen fallen zahlreiche Daten an. Diese Daten verkörpern wesentliche Werte, vor allem im Bereich des Onlinehandels, weil sie beispielsweise erlauben, potenzielle Kunden direkt anzusprechen, Marketing-Kampagnen zielgerichtet durchzuführen sowie Preise und angebotene Waren und Dienstleistungen anzupassen. Dafür sind zum einen der Zugriff auf solche Daten und zum anderen die Fähigkeit zu deren Auswertung Voraussetzung.
- **Bislang fallen Daten aber vor allem bei den großen Plattformen an und KMU geraten so ins Hintertreffen.** Das verzerrt den Wettbewerb auf solchen Plattformen, auf denen die unabhängigen kleinen und mittelständischen Händler mit dem Retail-Arm der vertikal integrierten Plattformen konkurrieren.

Daten sind mithin ein Wettbewerbsfaktor. Die Konzentration von Daten hat damit das Potenzial, Märkte zu monopolisieren, Marktstrukturen zu verfestigen und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu stören. Mit der zunehmenden Marktkonzentration wächst daher die Notwendigkeit, Daten für einen größeren Adressatenkreis nutzbar zu machen.

Alternativmodelle in bisheriger Form sind dabei möglich, aber nicht erfolgsversprechend. Bereits seit einiger Zeit versuchen Kooperationen (Genossenschaften und Verbundgruppen), die Potentiale der Daten-Ökonomie zu nutzen und eigene Plattformmodelle aufzubauen. Die Mitglieder einer Kooperation sind dabei meist Shareholder der Plattform und haben mithin gleichberechtigten Zugriff auf die generierten Daten. Durch das zentrale Sammeln von Daten sowie den Aufbau entsprechender Analysefähigkeiten beispielsweise innerhalb einer Verbundgruppe können Kooperationen einen umfangreichen Datensatz zur Generierung werthaltiger Informationen aufbauen und die abgeleiteten Informationen den Partnern, vor allem KMU, zur Verfügung stellen. Bei einer genossenschaftlichen Organisation sind die Kooperationspartner zudem Teilhaber der Genossenschaft, wodurch allein die wirtschaftlichen Interessen der Partner im Mittelpunkt der Tätigkeit der Genossenschaft stehen. Die bereits beschriebene Sogwirkung hat jedoch dazu geführt, dass selbst größere Kooperationen mit großer Mitgliederzahl keine Chance haben, sich gegenüber bestehenden Plattformmodellen zu etablieren oder durchzusetzen.

Die Einrichtung erweiterter Daten-Zugriffsrechte ist mithin geboten. Das Kartellrecht als technologieneutrales Regime und das Regulierungsrecht sehen keine expliziten Ansprüche auf ein Teilen von Daten oder den Zugang zu digitalen Plattformen vor. Kartellrechtlich müssen und können die Herausforderungen der

digitalen Plattformökonomie derzeit nur durch allgemeine Grundsätze und Anspruchsgrundlagen adressiert werden.

- **Gleichbehandlungsgebot:** Die Studie belegt eine besondere Verantwortungsstellung großer Onlineplattformen gegenüber den auf ihr agierenden Unternehmern. Marktmächtige Plattformen müssen daher den Zugang zu Daten gleichberechtigt ausgestalten. Das Gleichbehandlungsgebot umfasst auch die eigene Marktaktivität des Plattformbetreibers auf der Plattform. Dieses Gebot zur Gleichbehandlung bedeutet, dass die Plattform entweder a) den freien Händlern Zugang zu denselben Daten gewähren muss, b) selbst nur die Daten nutzen darf, die sie Händlern zur Verfügung stellt, oder c) diejenigen Marketingdienste anbieten muss, die sie selbst auf der nachgelagerten Marktstufe nutzt.

Diesen allgemeinen Ansprüchen und Grundsätzen ist gemein, dass sie einer vorherigen Prüfung und Anspruchstellung im Einzelfall bedürfen. Die Erfahrung zeigt, dass insbesondere kartellrechtliche Verfahren sehr zeitintensiv sind. Auch wenn ein Daten-Herausgabeanspruch im Einzelfall bejaht und eine Herausgabe der Daten behördlich angeordnet wird, kann diese Form der Abhilfe zu spät kommen.

Unabhängig von den bestehenden rechtlichen Möglichkeiten, eine Herausgabe von Daten von marktmächtigen Plattformen zu verlangen, sollte daher ein Anspruch auf Zugang zu dominanten Onlineplattformen in der Form eines Kontrahierungszwangs mit Gleichbehandlungsgebot positivrechtlich global (z.B. über die WTO), zumindest aber auf europäischer oder nationaler Ebene verankert werden. Aufgrund der dadurch gewonnenen Rechtssicherheit und Stabilität dieses Anspruchs könnte ein Level-Playing Field mit Blick auf den Wettbewerb zwischen Mittelständlern und großen Plattformen geschaffen werden.

Dabei wird der Anspruch auf die Partizipation an großen Datenmengen insbesondere mittelständische Händler nicht notwendigerweise in die Lage versetzen, erfolgsversprechende, datengetriebene Geschäftsmodelle aufzusetzen. Vielmehr scheint die Schaffung einer unabhängigen Vertrauensinstanz in einem solchen Fall einer vertikal integrierten E-Commerce-Plattform erfolgsversprechend: Das Ziel wäre insoweit die Schaffung eines Mechanismus, mit Hilfe dessen sichergestellt werden kann, dass Daten nur in zulässiger Weise genutzt werden und gleichzeitig die Herausforderungen für die wettbewerbliche Struktur adressiert werden. Ziel der Vertrauensinstanz wäre dann, die herausgegebenen Daten zu sammeln, und im Sinne einer Informationsgenerierung zu verwalten. Die auf einer Plattform agierenden Unternehmer wären dann ebenfalls Empfänger und Nutznießer dieser Datensammlung.

Idealerweise könnte eine solche Vertrauensinstanz als Genossenschaft oder Kooperation im weiteren Sinne ausgestaltet sein. Die auf einer Plattform tätigen Unternehmer wären dann gleichberechtigt und könnten von den generierten Daten beziehungsweise Informationen profitieren. Genossenschaftliche Strukturen zur Organisation des Datenteilens sollten daher in das Regulierungskonzept eingebaut werden. Ein solches Modell des Datenteilens kann so ausgestaltet werden, dass es mit dem Kartellrecht vereinbar ist.

1 Einleitung

Die Digitalisierung ist ein Megatrend, das heißt eine grundlegende, kontinuierlich über einen langen Zeitraum wirkende Veränderung der Gesellschaft.¹ Durch Digitalisierung angestoßen werden dabei zahlreiche weitere Entwicklungen, die ebenfalls auf Wirtschaft und Gesellschaft einwirken, wie beispielsweise das Smartphone, die Sharing Economy oder digitale Plattformen.

Digitalisierung beeinflusst alle Sektoren, Branchen und Unternehmen, wenn auch in unterschiedlicher Intensität. Die Anwendungsmöglichkeiten sind dabei vielfältig und reichen von Prozessen innerhalb von Unternehmen oder Wertschöpfungsketten über digitale Produkte und Dienstleistungen bis hin zu digitalen Geschäftsmodellen. Die Grenzen sind oft fließend – und Digitalisierung ein dynamischer Prozess. Auch im Handel spielt Digitalisierung schon lange eine Rolle. So gibt der Handelsverband Deutschland HDE an, dass E-Commerce schon ab dem Jahr 2000 einen Meilenstein in der Entwicklung des Handels darstellte.² Dabei kann unter E-Commerce ein eigenes Geschäftsmodell verstanden werden – er kann aber auch Bestandteil eines stationären Geschäftsmodells sein. Digitale Bestandteile gibt es im stationären Handel auch ohne E-Commerce, digitale Produkte und Dienstleistungen werden über digitale Kanäle und teilweise auch stationär gehandelt. Damit ist der Einfluss der Digitalisierung auf den Handel nicht nur schon Jahrzehnte lang vorhanden, sondern auch sehr vielschichtig.

Diesen umfassenden digitalen Einflüssen auf den Handel ist gemein, dass in ihrem Rahmen zum einen immer mehr Daten entstehen, die sich zum anderen kostengünstiger als früher sammeln, speichern und auswerten lassen. Gerade letzteres kann der Hebung von Effizienzvorteilen dienlich sein oder ist oft Grundlage von Geschäftsmodellen, die wiederum Daten hervorbringen. Der Prozess kann sich in diesem Sinne selbst verstärken. Die Auswirkungen dieses selbstverstärkenden Prozesses werden exemplarisch bei digitalen Plattformen deutlich. Digitale Plattformen nutzen das Internet, um ökonomisch vorteilhafte Transaktionen zwischen verschiedenen Nutzergruppen zu vermitteln.³ Je mehr Daten diese Plattformen über die Nutzer aus den Nutzergruppen gesammelt haben, desto höher ist die Zahl und Qualität der Vermittlungen. Dadurch kommen die Plattformen in den Besitz weiterer Daten, die zur Verbesserung der angebotenen Dienstleistungen genutzt werden können, was die Plattformen wiederum attraktiv für weitere Nutzer macht. So überrascht es nicht, dass Plattformen mittlerweile das Ranking der wertvollsten Unternehmen dominieren.⁴

Der Erfolg digitaler Plattformen und der selbstverstärkende Effekt von Daten gilt in besonderem Maße für den E-Commerce. Händlern wird es durch digitale Plattformen ermöglicht, wesentlich mehr Kunden zu erreichen. Bei den dadurch zustande kommenden Transaktionen fallen in großem Maße Daten an, die oft von der Plattform gesammelt, ausgewertet und genutzt werden. Aber auch für die über die Plattform tätigen Händler können diese Daten vorteilhaft sein – zum Beispiel, wenn sie dazu beitragen, die Kundenbedürfnisse durch Produktauswahl und -qualität besser abzudecken, ihre Organisationsstruktur zu verbessern oder durch ein optimiertes Marketing Umsätze zu steigern. Die Herausforderung besteht in diesem Zusammenhang in dem Zugang zu den entsprechenden Daten, der gerade für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) oft nicht gewährleistet wird.

Dies lässt sich gut am Beispiel der E-Commerce-Plattform Amazon und den auf Amazon Marketplace aktiven Händlern illustrieren: Wenn unabhängige Händler auf Amazon Marketplace Waren anbieten, so

¹ Naisbitt, Der Horizont reicht meist nur bis zum nächsten Wahltag (Interview), APuZ 31-32/2015, S. 3 ff.

² HDE, Zahlenspiegel 2018, S. 3.

³ Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 8.

⁴ Ebenda, S. 7.

wird der Kauf, also die vertragliche Beziehung zwischen dem Händler und dem Kunden, durch Amazon vermittelt und zumindest teilweise auch durch Amazon abgewickelt. Die Integrationstiefe in Amazon kann der Händler dabei in gewissem Umfang beeinflussen, indem er wählt, ob auch die Versendung durch Amazon abgewickelt werden soll. Amazon Marketplace bietet dem Händler eine Reichweite, die eine eigene Website eines freien Händlers nie gewährleisten könnte. Gleichzeitig bedeutet die Einbindung in die Plattform Marketplace aber, dass die Transaktionsdaten und sämtliche beiläufig erhobenen Daten auch bei der Plattform, also Amazon, anfallen. Anders als bei einem Direktkauf kann der Händler die gewonnenen Informationen nun nicht oder eben nur in einem sehr eingeschränkten Umfang selbst zur Marktanalyse oder Direktansprache von Kunden nutzen.

Noch problematischer für den Händler ist aber, dass Amazon eben nicht nur Betreiber einer Plattform ist, sondern selbst als Händler auftritt. Im Wettbewerb mit den freien Händlern kann Amazon nun die Transaktionsdaten von sämtlichen Händlern und sämtliche beiläufig erfassten Daten nutzen, was Amazon als vertikal integrierter Plattform einen Vorteil im Wettbewerb mit den freien Händlern verschafft. Auf den Direktvertrieb auszuweichen oder selbst eine neue Plattform zu gründen sind in der Regel keine realistischen Alternativen für die freien Händler. Diese Situation kann Amazon zu seinen Gunsten ausnutzen.

Diese starke Stellung der Plattformen am Markt und die Abhängigkeit der Händler von diesen Plattformen, ihren Diensten und Daten, legt es zunächst nahe, an kartellrechtliche Zugangs- und Gleichbehandlungsansprüche zu denken. Strukturell weitergehende Impulse könnten indes von einer gemeinschaftlichen Nutzung von Daten ausgehen. Diese könnte in einer genossenschaftlichen Struktur organisiert sein, bei der die Plattform eine Genossenschaft ist, welche für ihre Mitglieder, die KMU, Daten sammelt, aufbereitet und auswertet. Dadurch würde dem Machtgefälle zwischen der Plattform und den freien Händlern besonders effektiv begegnet. Eine Plattform könnte die asymmetrische Datenverteilung nicht mehr zum Nachteil der freien Händler ausnutzen, vielmehr könnten alle Händler vom wirtschaftlichen Wert der Daten profitieren.

Die gemeinschaftliche Nutzung von Daten, das so genannte Data Sharing, bietet zahlreiche Vorteile, die sich unter anderem auch im Zusammenhang mit E-Commerce-Plattformen heben lassen. Sie liegen zum einen in den besonderen ökonomischen Eigenschaften von Daten auf der einen und digitalen Plattformen auf der anderen Seite begründet. Die Potenziale einer überbetrieblichen Kooperation mittels Data Sharing sind dabei nicht auf den Verkauf an Endkonsumenten (B2C) beschränkt, sondern lassen sich auch im Austausch zwischen Unternehmen (B2B) heben. In diesem Zusammenhang bilden die bestehenden Gesetze und Regelungen, vor allem im Bereich des Datenschutzes, einen festen Rahmen für das Data Sharing, den die beteiligten Akteure beachten müssen.

Vor diesem Hintergrund hat die ServiCon Service & Consult eG Dr. Nikolas Guggenberger und das Institut der deutschen Wirtschaft damit beauftragt, eine Studie zu erstellen, welche Data Sharing im Rahmen von E-Commerce-Plattformen aus ökonomischer und juristischer Sicht untersucht. Dabei wird insbesondere eine genossenschaftliche Organisation der gemeinschaftlichen Nutzung von Daten in den Blick genommen. Neben ökonomischer und rechtlicher Literatur und Sekundärdaten zu E-Commerce, Plattformen und Daten liegen der Analyse die Ergebnisse einer nicht repräsentativen Befragung von Mitgliedern des MITTELSTANDSVERBUNDS zu den Themen Datennutzung und Data Sharing zugrunde. An dieser beteiligten sich insgesamt 29 Mitglieder.

Die Studie betrachtet in Kapitel 2 zunächst den E-Commerce in Deutschland genauer und thematisiert den ökonomischen Hintergrund. Es wird der Status quo des E-Commerce dargestellt und die besonderen

ökonomischen Charakteristika des Geschäftsmodells digitaler Plattformen genauer beleuchtet. Das Kapitel schließt mit einer ökonomischen Betrachtung von Daten im Allgemeinen und Data Sharing im Speziellen. Dabei wird auch auf das Teilen von Daten im Rahmen einer genossenschaftlichen Struktur eingegangen.

In Kapitel 3 wird der gegenwärtige Rechtsrahmen erörtert, der die relevanten rechtlichen Beziehungen zwischen Plattformen und Händlern regelt. Dabei geht es im Schwerpunkt um die Reichweite der kartellrechtlichen Ansprüche von Händlern gegen Onlineplattformen und den Umfang der Verpflichtungen von Plattformen. Erheblich sind insoweit vor allem Teilhabe- und Zugangsansprüche bezogen auf Daten bzw. Informationen und bestimmte Marketingdienste.

Kapitel 4 befasst sich mit den rechtspolitischen Ansätzen zum Umgang mit der digitalen Plattformökonomie. Dabei geht die Studie auf verschiedene Varianten des Teilens von Daten ein und diskutiert die jeweiligen Vorteile und Herausforderungen. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der datenschutzrechtlich einwandfreien Ausgestaltung. Die Studie schließt mit Schlussbemerkungen und spezifischen Handlungsoptionen in Kapitel 5.

2 Wettbewerbsfaktor Daten im E-Commerce

Im E-Commerce spielen Daten als Faktor im Wettbewerb verschiedener Akteure seit langem eine besondere Rolle, deren Bedeutung weiter wächst. Diese Daten entstehen insbesondere, wenn potenzielle Kunden Produkte im Internet anschauen, vergleichen und kaufen oder Verkäufer Produkte online anbieten, bewerben und verkaufen.⁵ Besonders viele Daten werden durch oder mithilfe von E-Commerce-Plattformen gesammelt, die eine große Anzahl von Käufern und Verkäufern vereinen und umfangreiche Transaktionen abwickeln. Die anfallenden Daten können personenbezogen (wie etwa Namen, Adress- und Kontoinformationen) oder nicht-personenbezogen (zum Beispiel Anzahl an Verkäufen eines bestimmten Produkts, Anzahl der Retouren) sein und sich unter anderem auf Käufer, Verkäufer oder das Produkt beziehen.

Je nachdem, wer Zugang zu den Daten hat, können diese Daten unterschiedlichen Zwecken zugeführt werden. So lassen sich aus Sicht des Verkäufers unter anderem das Produkt-Portfolio, das Marketing, die Bepreisung und die Vertriebskanäle optimieren. Die genaue Herkunft der Daten ist dabei in der Regel zweitrangig. Das heißt, die Daten eines Verkäufers und seiner Kunden sind möglicherweise auch für Wettbewerber und E-Commerce-Plattformen ähnlich interessant. Das Motiv für die Nutzung von Daten liegt dabei schlussendlich in der Stabilisierung oder einer Verbesserung der eigenen Marktposition. Der Zugang zu diesen E-Commerce-Daten wird damit zu einem bedeutsamen Faktor im Wettbewerb und kann diesen entscheidend beeinflussen. Die Bedeutung von Daten im Wettbewerb wurde auch in der nicht repräsentativen Befragung von Mitgliedern des MITTELSTANDSVERBUNDS deutlich, an der sich 29 Mitglieder beteiligten. Lediglich fünf Teilnehmer gaben an, dass Daten keinen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit hätten (zwei weitere Befragte konnten keine Aussage treffen). Zudem gaben alle bis auf vier der Befragten an, dass die Bedeutung von Daten weiter zunehmen werde.

Vor diesem Hintergrund zeigt dieses Kapitel zunächst den Status Quo des E-Commerce in Deutschland auf der einen (Abschnitt 2.1.1) und der Bedeutung von Daten auf der anderen Seite (Abschnitt 2.1.3) auf. Die Entwicklung in beiden Bereichen hängt direkt mit den ökonomischen Eigenschaften von digitalen Plattformen sowie Daten selbst zusammen. Daher wird anschließend auf diese eingegangen

⁵ In dieser Studie wird durchgehend vom Handel mit Produkten gesprochen. Grundsätzlich sind die Implikationen bei Dienstleistungen identisch.

(Abschnitt 2.2.1 bzw. 2.2.2). Ziel dieses Kapitels ist es, die – empirische und theoretische – ökonomische Grundlage für die sich anschließende juristische und ökonomische Betrachtung von kartellrechtlichen Zugangsansprüchen und vor allem des Data Sharings zu legen.

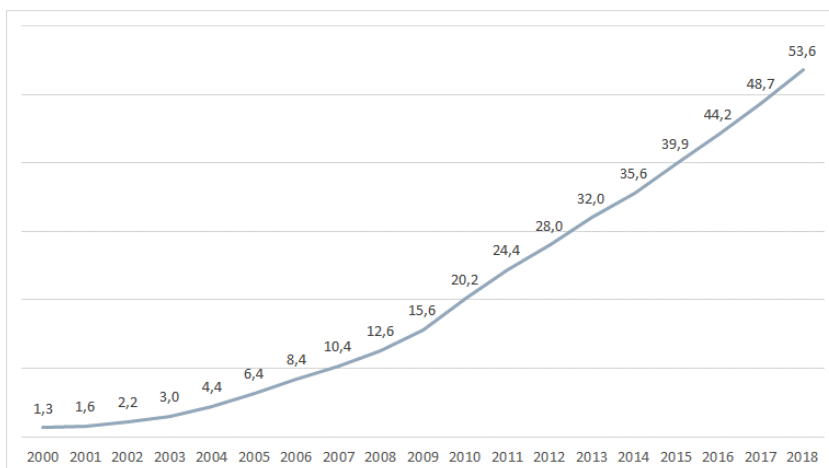
2.1 Status Quo

Um die Debatte um das Teilen von Daten gerade im E-Commerce und die Bedeutung von Daten im Zusammenhang mit der digitalen Transformation allgemein besser nachvollziehbar zu machen, wird im Folgenden der aktuelle Stand in Bezug auf die Wettbewerbsstruktur im E-Commerce, die Bedeutung von Plattformen in diesem Zusammenhang sowie die Relevanz von Daten näher untersucht.

2.1.1 E-Commerce in Deutschland

E-Commerce hat in Deutschland eine steigende Bedeutung: Der Umsatz allein im B2C E-Commerce hat seit dem Jahr 2000 deutlich zugenommen (Abbildung 2-1). Während im Jahr 2000 bundesweit Umsätze von insgesamt 1,3 Milliarden Euro erzielt wurden, waren es laut Handelsverband Deutschland (HDE) im Jahr 2018 rund 53,6 Milliarden Euro und damit mehr als vierzig Mal so viel.⁶ Das Wachstum erfolgte dabei kontinuierlich. In den letzten Jahren hat das Wachstumstempo tendenziell eher noch zugenommen.

Abbildung 2-1: Entwicklung des E-Commerce-Umsatzes (B2C) in Deutschland seit 2000
in Milliarden Euro, nominal

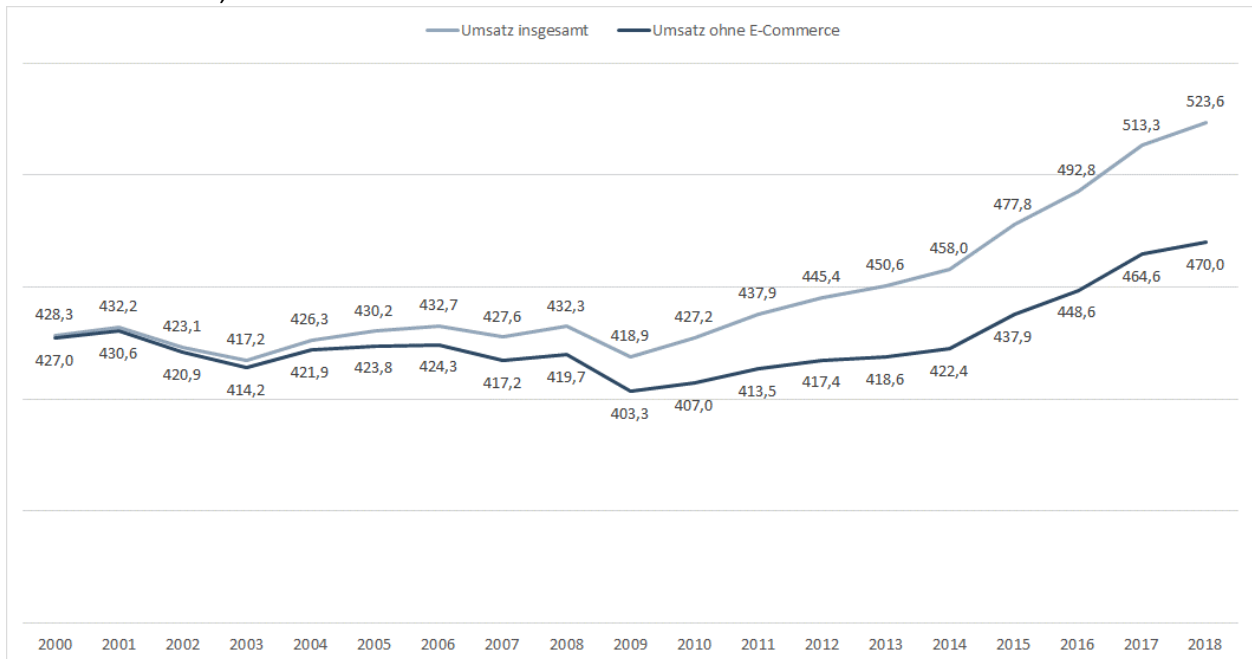


Angaben ohne Umsatzsteuer; Angaben für 2018 geschätzt

Quelle: HDE, Zahlenspiegel 2018; eigene Darstellung

⁶ HDE, Zahlenspiegel 2018.

Abbildung 2-2: Entwicklung des Umsatzes im Einzelhandel in Deutschland seit 2000
in Milliarden Euro, nominal



Angaben für 2018 geschätzt

Angaben zum Gesamtumsatz ohne KfZ, Tankstellen und Apotheken

Quelle: HDE, Zahlenspiegel 2018; eigene Berechnungen

Verglichen mit dem Gesamtumsatz im Einzelhandel hat E-Commerce zwar nur einen relativ geringen Anteil von rund 10 Prozent im Jahr 2018.⁷ Dieser Anteil ist in den vergangenen Jahren jedoch stetig gewachsen (Abbildung 2-2) und zudem hat der Onlinehandel für einzelne Produktkategorien eine weitaus größere Bedeutung (vgl. Abbildung 2-4). Im Jahr 2000 betrug der Gesamtumsatz im Einzelhandel rund 428,3 Milliarden Euro. Die 1,3 Milliarden Euro Umsatz durch E-Commerce trugen zu diesem Zeitpunkt damit lediglich rund 0,3 Prozent zum Gesamtumsatz bei. Insgesamt ist festzustellen, dass E-Commerce bis etwa 2009 einen eher geringen Einfluss auf die Wachstumsrate des gesamten Einzelhandelsumsatzes hatte. Seit dem Jahr 2009 sind die gesamten Umsätze jedoch stärker gestiegen als die Umsätze im Offlinehandel. Dies ist nur durch die hohen Wachstumsraten des E-Commerce und seinen wachsenden Beitrag zum Gesamtumsatz erklärbar.

Bei dieser Betrachtung ist jedoch zu beachten, dass Umsätze im E-Commerce nicht ausschließlich von reinen Onlinehändlern oder über Onlineplattformen generiert werden. Verkauft ein Händler mit einem Ladengeschäft oder ein Hersteller (auch) Waren über einen Onlineshop, wird dieser Umsatz ebenfalls zum E-Commerce gerechnet. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, die Marktanteilsentwicklung des Gesamtumsatzes im Einzelhandel nach Vertriebsformen zu betrachten (Abbildung 2-3). Diese Betrachtung soll der Verdeutlichung des Status Quo des E-Commerce dienen und keine Aussage zur konkreten Marktabgrenzung machen. Die Marktabgrenzung wird ausführlich in Abschnitt 3.2.1.1 behandelt.

Der Marktanteil reiner Onlinehändler lag im Jahr 2017 bei lediglich 4,4 Prozent des Gesamtumsatzes des Einzelhandels (ohne KfZ, Brennstoffe und Apotheken). Dieser Anteil betrug im Jahr 2000 nur rund 0,2 Prozent und ist seither gleichmäßig gewachsen. Im Jahr 2000 wie im Jahr 2017 hatte der nicht filialisierte

⁷ HDE, Zahlenspiegel 2018.

Fachhandel den größten Anteil. Unter dem Fachhandel werden dabei Fachgeschäfte verstanden, die auf bestimmte Branchen, Branchenbereiche oder Bedarfsgruppen spezialisiert sind.⁸ Nicht filialisiert bedeutet zusätzlich, dass diese Fachgeschäfte nicht Teil eines Einzelhandelsunternehmens mit verschiedenen Verkaufsstellen an unterschiedlichen Standorten unter zentraler Leitung sind.⁹ Der Marktanteil des nicht filialisierten Fachhandels ist im Zeitraum 2000 bis 2017 von knapp 32 auf nur noch rund 17 Prozent gesunken. Fachmärkte und Filialisten des Fachhandels mit jeweils rund 16 sowie Discounter mit mehr als 15 Prozent haben den nicht filialisierten Fachhandel somit fast eingeholt, nachdem sie seit 2000 Marktanteile hinzugewinnen konnten. Unter Fachmärkten werden dabei große Einzelhandelsunternehmen verstanden, die ein breites und tiefes Sortiment aus einem Bereich (zum Beispiel Möbel oder Babymarkt) anbieten.¹⁰ Insgesamt legen die Daten nahe, dass auch traditionelle Vertriebsformen von der wachsenden Bedeutung des E-Commerce profitieren, da dessen rund zehnpromzentiger Anteil am Gesamtumsatz nicht nur durch die Marktanteile reiner Onlinehändler erklärbar ist. In der Befragung unter den Mitgliedern des MITTELSTANDSVERBUNDS gaben die meisten Befragten an, dass das Internet durchaus eine Rolle spiele. Die Teilnehmer konnten auf einer Skala von 1 (Internet hat keine Bedeutung) bis 5 (Großteil des Umsatzes wird online erwirtschaftet) antworten. Lediglich für sieben der 29 Befragten spielte das Internet keine Rolle (ein weiterer konnte die Bedeutung nicht beziffern). Jedoch antworteten lediglich zwei Teilnehmer mit „4“ und keiner mit „5“. Somit findet der Großteil des Geschäfts noch offline statt.

Der HDE Online-Monitor erlaubt ein detaillierteres Bild des Onlinehandels in Deutschland (Abbildung 2-4).¹¹ In allen Produktkategorien hat der Onlineanteil von 2016 auf 2017 zugenommen. Der mit rund 29 Prozent höchste Anteil am Gesamtumsatz wurde 2017 im Bereich Consumer Electronics/Elektro verzeichnet. 2016 waren es noch rund 26 Prozent. In den Kategorien Fashion und Accessoires sowie Freizeit und Hobby wurden mit etwas über beziehungsweise unter einem Viertel der Umsätze ebenfalls hohe Onlineanteile verzeichnet. Die niedrigsten Onlineanteile gab es 2017 im Bereich Heimwerken und Garten (5,2 Prozent) sowie Fast Moving Consumer Goods wie Lebensmittel, Drogeriewaren und Heimtierbedarf (FMCG; 2 Prozent). Die hohe Bedeutung letzterer Kategorie für den Offlinehandel und damit den gesamten Umsatz im Einzelhandel – 2017 entfielen 42,5 Prozent des Offlinehandels auf FMCG¹² – führen zum relativ geringen E-Commerce-Anteil von 10 Prozent des Gesamtumsatzes.¹³ Tatsächlich sind die meisten Produktkategorien deutlich stärker vom E-Commerce betroffen.

⁸ Handel erklärt, Fachhandel, <https://www.handel-erklaert.de/glossar/f/fachhandel> [18.06.2019].

⁹ Handel erklärt, Filialunternehmen, <https://www.handel-erklaert.de/glossar/f/filialunternehmen> [18.06.2019].

¹⁰ Handel erklärt, Fachmarkt, <https://www.handel-erklaert.de/glossar/f/fachmarkt> [18.06.2019].

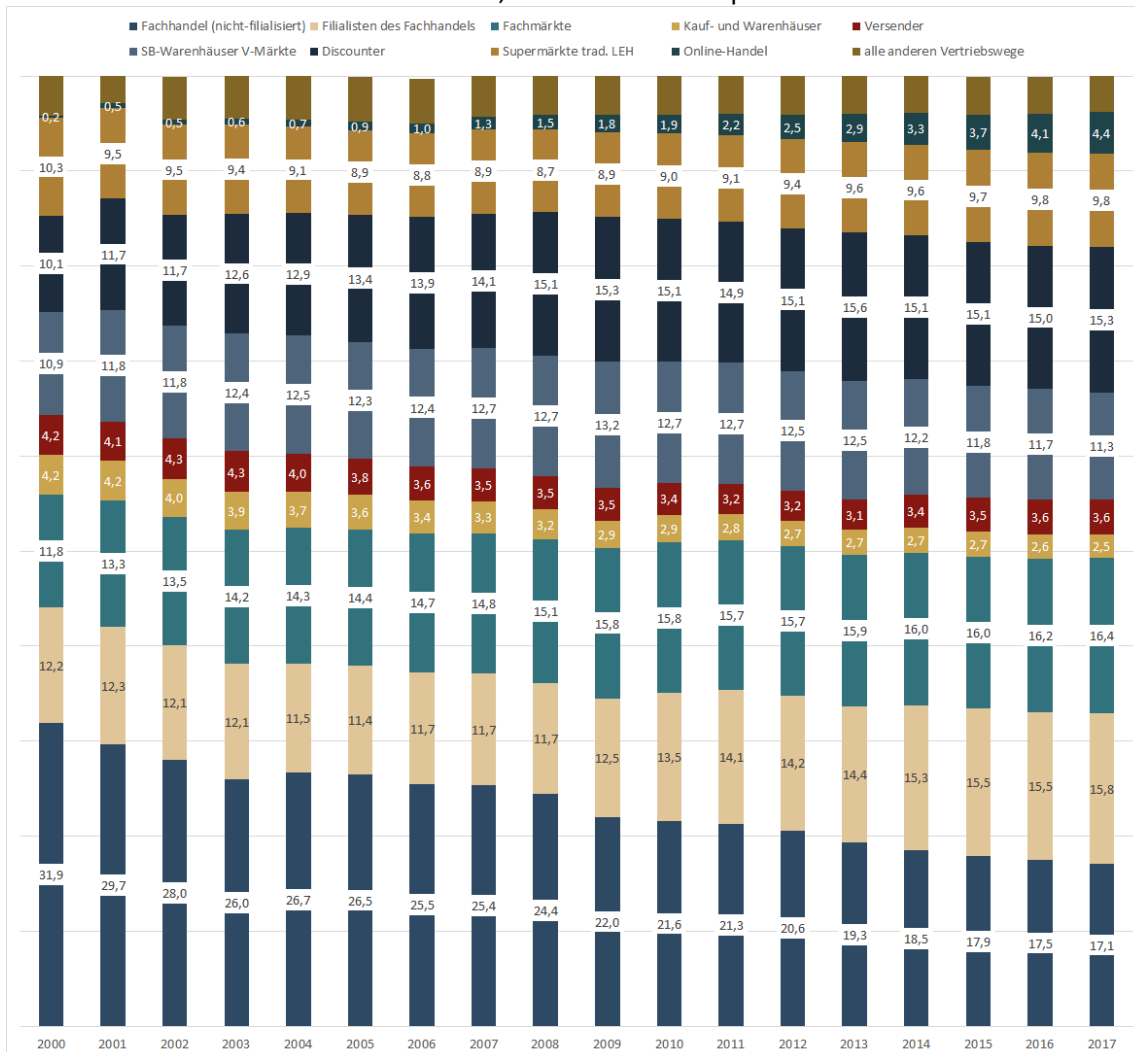
¹¹ HDE, Handel digital. Online-Monitor 2018.

¹² Ebenda.

¹³ HDE, Zahlenspiegel 2018.

Abbildung 2-3: Marktanteilsentwicklung nach Vertriebsformen seit 2000

in Prozent des Gesamtumsatzes ohne Kfz, Brennstoffe und Apotheken



Angaben ohne Kfz, Brennstoffe und Apotheken

Quelle: HDE, Zahlenspiegel 2018; eigene Darstellung

Im Onlinehandel herrschen dabei grob zwei Geschäftsmodelle vor: Zum einen existieren reine Onlinehändler, die Produkte einkaufen und sie anschließend an Kunden weiterverkaufen. Zum anderen gibt es Onlinemarktplätze beziehungsweise Onlineplattformen, die Transaktionen vermitteln, den Warenbestand aber nicht vorhalten und ihre Einnahmen über Provisionen und/oder Werbung erzielen. Amazon tritt in beiden Bereichen auf.¹⁴ Über den so genannten Amazon Marketplace werden Käufer und Verkäufer eines Produktes zusammengebracht. Der Umsatz wird dem jeweiligen Verkäufer der Ware zugerechnet, der diese auch an den Kunden verschickt. Zudem bietet Amazon Händlern weitere Dienstleistungen wie die Versendung und Abwicklung von Bestellungen an. Gleichzeitig verkauft Amazon auch Waren direkt an Endkunden aus dem eigenen Bestand. Der HDE gibt den Marktanteil von Amazon am Umsatz im Onlinehandel für das Jahr 2017 mit 46 Prozent an.¹⁵ 25 Prozentpunkte entfielen dabei auf den Amazon Marketplace und 21 Prozentpunkte direkt auf Amazon als Verkäufer. An diesen Zahlen wird die Position von Amazon im deutschen Onlinehandel deutlich. Selbst ohne Berücksichtigung des Marketplace ist Amazon der mit Abstand größte Onlinehändler in Deutschland (Abbildung 2-5). 2017 erwirtschaftete

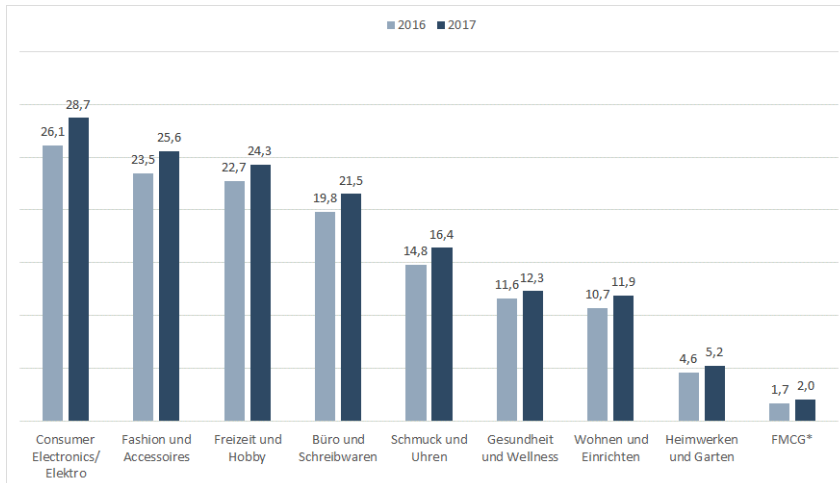
¹⁴ Die folgenden Ausführungen beziehen sich stets auf die deutsche Version amazon.de.

¹⁵ HDE, Handel digital. Online-Monitor 2018, S. 18.

Amazon in Deutschland einen Umsatz von nahezu neun Milliarden Euro. Otto als zweitgrößter Anbieter verzeichnete lediglich einen Umsatz von fast drei Milliarden Euro vor Zalando mit circa 1,3 Milliarden Euro.

Abbildung 2-4: Onlineanteil nach Produktkategorien

in Prozent des Umsatzes der jeweiligen Produktkategorie

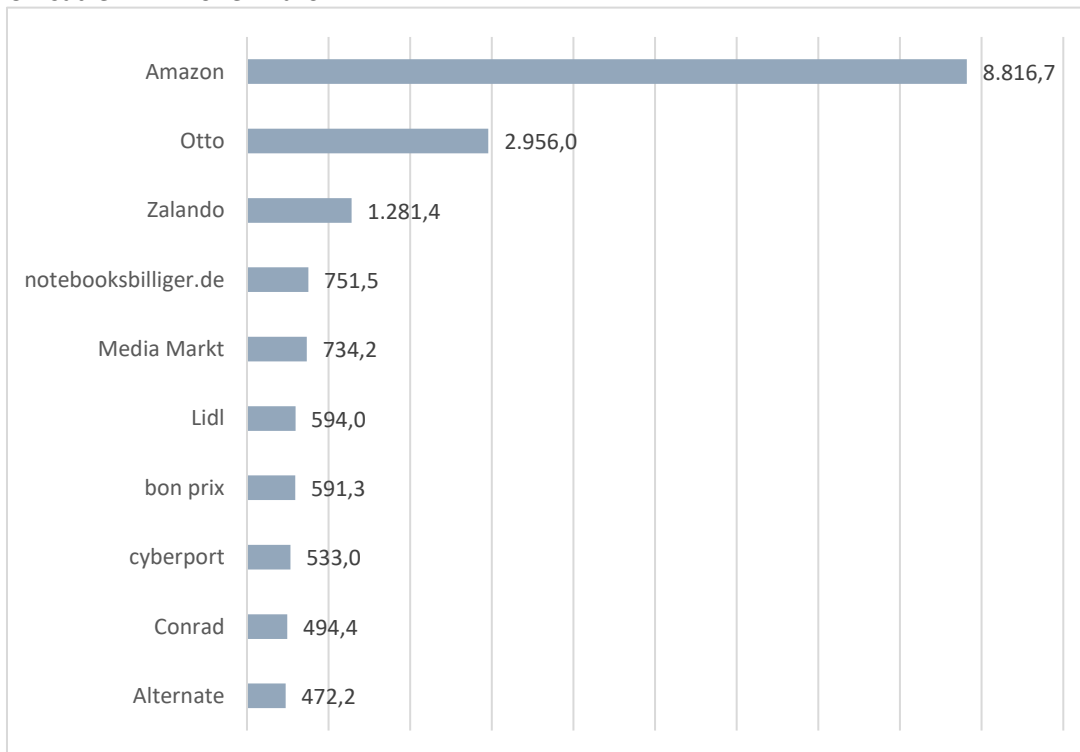


*FMCG – Fast Moving Consumer Goods; z.B. Lebensmittel, Delikatessen, Heimtierbedarf

Quelle: HDE, Handel digital. Online-Monitor 2018; eigene Darstellung

Abbildung 2-5: Die zehn größten* Onlineshops in Deutschland 2017

Umsätze in Millionen Euro



* Angaben beziehen sich auf eigene Verkäufe

Amazon beinhaltet nicht Amazon Marketplace.

Quelle: Statista, Die Top 10 Online-Shops in Deutschland, abrufbar unter <https://de.statista.com/infografik/642/top-10-online-shops-in-deutschland-nach-umsatz/> [17.04.2018]; eigene Darstellung

2.1.2 Plattformen im E-Commerce

Wie bereits im ersten Kapitel ausgeführt, nutzen digitale Plattformen das Internet, um ökonomisch vorteilhafte Transaktionen zwischen verschiedenen Nutzergruppen zu vermitteln.¹⁶ Dabei handelt es sich um eine ökonomische Definition, denn obwohl das Geschäftsmodell digitaler Plattformen weithin diskutiert und analysiert wird, konnte sich eine allgemein gängige Definition bislang nicht durchsetzen. Diese ökonomische Definition bedingt die spezifischen Eigenschaften von digitalen Plattformen (Abschnitt 2.2.1). Digitale Plattformen sind damit quasi Marktplätze, die sich deutlich von reinen Onlineshops oder Onlinehändlern abheben, welche nur eine statt mehrerer unterschiedlicher Nutzergruppen bedienen.

Im Rahmen der Befragung der Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS wurde ebenfalls die Bedeutung von Plattformen für Onlineverkäufe evaluiert. Die Teilnehmer konnten auf einer Skala von 1 (keine Bedeutung) bis 5 (Großteil des Onlineumsatzes erfolgt über Plattformen) antworten. Zehn Befragte gaben an, dass Plattformen keine Bedeutung hätten (drei weitere antworteten mit „weiß nicht“). Jedoch wurde nur jeweils einmal mit „4“ und „5“ geantwortet. Dabei muss beachtet werden, dass 25 Teilnehmer davon ausgehen, dass die Bedeutung von Plattformen weiter zunehmen wird. Digitale Plattformen haben für die Teilnehmer somit zwar keine hohe Bedeutung, ihr Einfluss wird in Zukunft aber laut eigener Einschätzung zunehmen.

Im Folgenden wird empirisch die Bedeutung von digitalen Plattformen näher analysiert. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass es nur wenig empirische Evidenz gibt und eine Überprüfung bei den vorliegenden Daten, ob diese sich tatsächlich auf das eingangs definierte Geschäftsmodell beziehen, notwendig ist. Noch stärkere Einschränkungen treten auf, wenn digitale Plattformen im E-Commerce oder gar nur in Deutschland untersucht werden sollen. Dennoch bieten die nachfolgenden Daten einen guten ersten Überblick.

Plattformen dominieren das Ranking der wertvollsten börsennotierten Unternehmen weltweit.¹⁷ Und auch unter den wertvollsten nicht börsennotierten Unternehmen – den so genannten Unicorns¹⁸ – finden sich zahlreiche digitale Plattformen. 2017 machten diese 41 Prozent der Unicorns weltweit aus.¹⁹ Werden die digitalen Plattformen nach Branchen oder Branchenbereichen differenziert, stellt sich E-Commerce als zweitgrößter Bereich in Bezug auf die Anzahl an Unternehmen heraus (Abbildung 2-6). Knapp 21 Prozent der weltgrößten Plattformen stammen aus diesem Bereich. Einen größeren Anteil macht nur der Bereich Consumer Internet aus (24,5 Prozent der Plattformen), dem Geschäftsmodelle zugeordnet sind, die Dienstleistungen für Endkonsumenten anbieten. Auf Platz drei rangieren Plattformen, die Finanzdienstleistungen vermitteln (13,6 Prozent). Im Vergleich sind die E-Commerce-Plattformen unter den Unicorns jedoch weniger hoch bewertet als Plattformen in anderen Branchen oder Bereichen. Mit rund 10 Prozent der gesamten Marktkapitalisierung der Plattformen befinden sich E-Commerce-Plattformen nur auf dem vierten Rang. Die ersten drei Rangplätze nehmen Plattformen aus den Bereichen Consumer Internet (34,9 Prozent der Marktkapitalisierung), Finanzdienstleistungen (22,6 Prozent) und Transport (18,4 Prozent) ein.

¹⁶ Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 8.

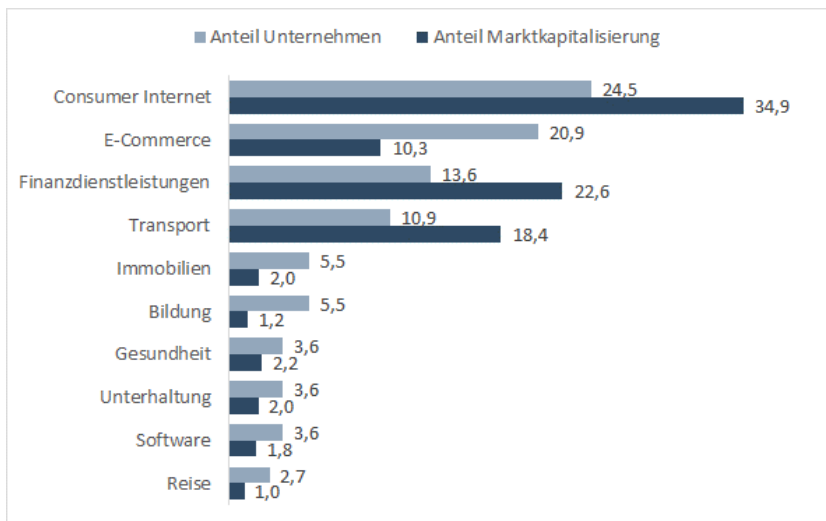
¹⁷ Ebenda, S. 7.

¹⁸ Ein Unicorn ist ein Unternehmen, das nicht börsennotiert ist und eine Marktkapitalisierung von mindestens einer Milliarde US-Dollar aufweist.

¹⁹ Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 23 ff.

Abbildung 2-6: Digitale Plattformen nach Branchen

Anteil an der Anzahl der Unicorn-Plattformen und Anteil an der Marktkapitalisierung der Unicorn-Plattformen in Prozent, nur Top 10, 2017



Quelle: Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 28.

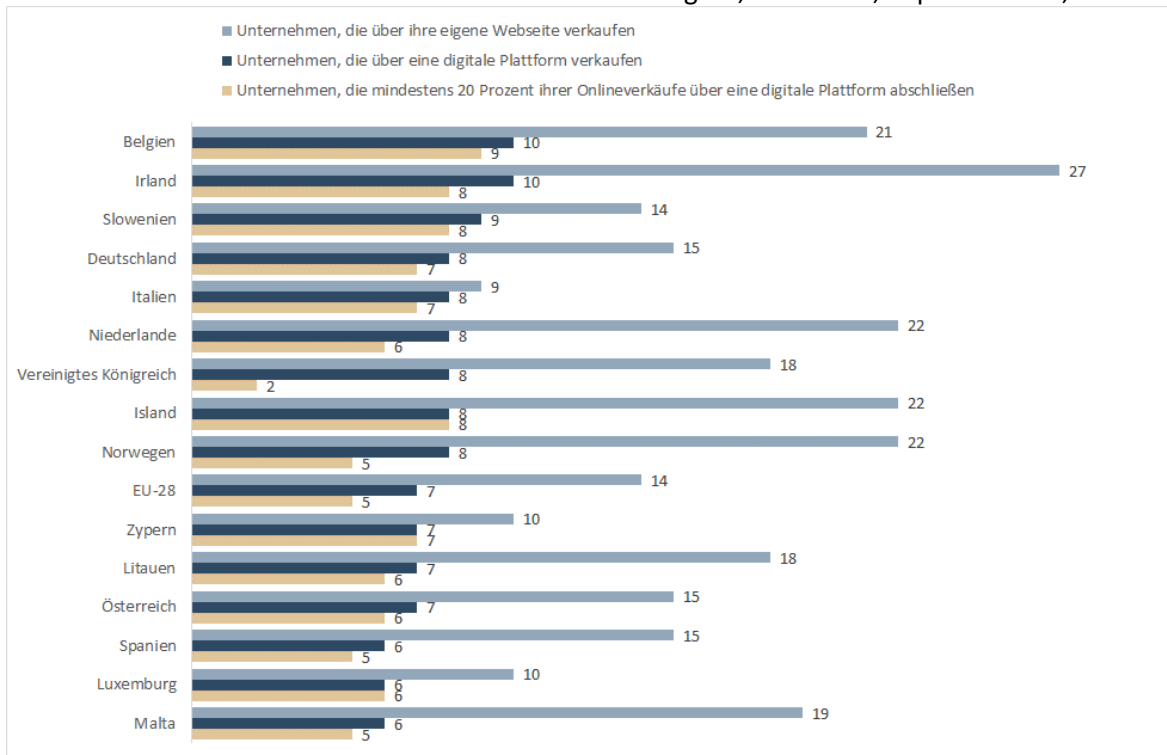
Auf europäischer Ebene werden im Rahmen nationaler Befragungen zur Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien in Unternehmen jährlich auch Daten zum Thema E-Commerce erhoben (Abbildung 2-7: Bedeutung von E-Commerce-Plattformen in Europa). Die Angaben beziehen sich dabei auf Unternehmen mit mindestens 10 Beschäftigten. Im Durchschnitt der EU-28-Länder verkaufen 7 Prozent der Unternehmen über E-Commerce-Plattformen ihre Waren. Deutschland liegt leicht über diesem Schnitt: 8 Prozent der Unternehmen sind auf E-Commerce-Plattformen aktiv. 7 Prozent schließen mehr als 20 Prozent ihrer Onlineverkäufe über solche Plattformen ab. Diejenigen Unternehmen, die E-Commerce-Plattformen in Deutschland nutzen, sind also insgesamt eher aktiv: 87,5 Prozent von ihnen schließen mehr als 20 Prozent der Onlineverkäufe über E-Commerce-Plattformen ab. Besonders häufig nutzen Unternehmen in Belgien und Irland E-Commerce-Plattformen: 10 Prozent der Unternehmen handeln dort mithilfe dieser Intermediäre.

Insgesamt ist die Nutzung von E-Commerce-Plattformen in Europa aber noch überschaubar.²⁰ Dies fällt insbesondere im Vergleich zum Anteil der Unternehmen auf, die Produkte über eine eigene Webseite verkaufen. Im EU-28-Durchschnitt sind dies 14 Prozent aller Unternehmen. Damit ist dieser Anteil doppelt so hoch wie der der Unternehmen, die E-Commerce-Plattformen nutzen. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass Unternehmen mit mindestens 10 Beschäftigten betrachtet werden. In der Regel handelt es sich dabei um Unternehmen, die durchaus das Potenzial haben, eine eigene Webseite mit Onlineshop zu betreiben. Bei kleineren Unternehmen dürften diese Kapazitäten beziehungsweise ein ausreichend hohes Umsatzpotenzial nicht vorliegen, weshalb diese eher die Dienstleistungen einer Onlineplattform nutzen dürften und die Bedeutung von Plattformen damit höher sein könnte.

²⁰ Ebenda, S. 29 f.

Abbildung 2-7: Bedeutung von E-Commerce-Plattformen in Europa

Anteil an den Unternehmen mit mindestens 10 Beschäftigten, in Prozent, Top-15-Länder, 2018



Quelle: Eurostat, ICT usage in enterprises. E-Commerce sales, abrufbar unter https://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=isoc_ci_eu_en2 [13.05.2019]

In Deutschland verkaufen 15 Prozent der Unternehmen über eine eigene Webseite. Typischerweise sind Unternehmen des Einzelhandels im Onlineverkauf deutlich häufiger vertreten als Unternehmen anderer Branchen. In Deutschland sind es in dieser Branche 24 Prozent, die über eine eigene Webseite verkaufen, 9 Prozentpunkte mehr als der Durchschnitt aller Branchen.²¹ Für den Verkauf über E-Commerce-Plattformen liegen für Deutschland keine Daten für den Einzelhandel vor. Im Durchschnitt der EU-28 verkaufen 10 Prozent der Einzelhandelsunternehmen über E-Commerce-Plattformen, gegenüber dem Schnitt von 7 Prozent der Unternehmen aller Branchen.

Im Rahmen des Onlinegeschäfts spielen Plattformen dagegen eine bedeutsame Rolle: Bezogen auf alle Unternehmen in Deutschland, die überhaupt im Internet verkaufen (im Folgenden als „onlineaktiv“ bezeichnet), nutzten 45 Prozent im Jahr 2018 E-Commerce-Plattformen.²² Bei 38 Prozent der onlineaktiven Unternehmen wurden sogar mindestens 20 Prozent der Verkäufe über solche Plattformen abgewickelt. Bezogen nur auf die E-Commerce-Plattformen nutzenden onlineaktiven Unternehmen waren es sogar rund 84 Prozent. Das bedeutet, dass onlineaktive Unternehmen mit mindestens 10 Beschäftigten häufig E-Commerce-Plattformen benutzen und wenn sie dies tun, dann in vier von fünf Fällen Verkäufe in relevantem Ausmaß darüber generieren. Die hohe Bedeutung von digitalen Plattformen für den E-Commerce in Deutschland wird auch anhand der Zahlen des Bundesverbands E-Commerce und

²¹ Eurostat, ICT usage in enterprises. E-Commerce sales, abrufbar unter https://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=isoc_ci_eu_en2 [13.05.2019].

²² Eurostat, ICT usage in enterprises. E-Commerce sales, abrufbar unter https://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=isoc_ci_eu_en2 [21.06.2019].

Versandhandel Deutschland (bveh) deutlich.²³ Der bveh hat die Volumina im E-Commerce in Deutschland nach Versendertyp untersucht. Insgesamt wurde 2018 ein Umsatz inklusive Steuern im E-Commerce von rund 65 Milliarden Euro²⁴ erwirtschaftet. 47 Prozent dieses Umsatzes entfielen auf Marktplätze, 34 Prozent auf Multichannel-Versender und 15 Prozent auf reine Onlinehändler. Der Rest entfällt auf Hersteller, Shopping Clubs sowie sonstige Versendertypen. Somit stehen Marktplätze bereits für nahezu die Hälfte des E-Commerce in Deutschland.

Zusammenfassend ist die Rolle von E-Commerce-Plattformen unter den onlineaktiven Unternehmen in Deutschland sowie im E-Commerce insgesamt damit bedeutend – und es ist davon auszugehen, dass sich dies zukünftig verstärken wird, wie es die Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS ebenfalls erwarten.

Plattformen haben als Matchmaker in der digitalen Welt eine Funktion, die in dieser Form nicht von anderen Akteuren wahrgenommen wird. Es ist entscheidend, schon heute einen genaueren Blick auf die in Deutschland aktiven E-Commerce-Plattformen zu werfen. Es existieren jedoch keine offiziellen Daten dazu, welche E-Commerce-Plattformen bundesweit welche Marktanteile besitzen. Im Folgenden wird aus diesen Gründen explizit auf das Beispiel Amazon eingegangen:

- Amazon ist die größte E-Commerce-Plattform in Deutschland. Aufgrund der Bedeutung dürfte Amazon zudem über die umfangreichste Sammlung an Kunden- und Transaktionsdaten verfügen, was das Unternehmen für ein Data Sharing besonders relevant erscheinen lässt.
- Für die ab Kapitel 3 folgende rechtliche Analyse bedarf es eines konkreten Anwendungsfalls, für den auch ökonomische Aussagen getroffen werden können. Nur für Amazon lässt sich eine marktbeherrschende Stellung mit den entsprechenden kartellrechtlichen Konsequenzen nachweisen.

In diesem Zusammenhang treten hinsichtlich einer Einschätzung zu den Marktanteilen folgende Herausforderungen auf, welche bei der Analyse der E-Commerce-Plattformen in Deutschland von Bedeutung sind:

- Die Plattformaktivitäten sind nicht immer trennscharf von eigenen Aktivitäten als Händler abzugrenzen. Bestes Beispiel hierfür ist Amazon, das mit seinem Marketplace eine Plattform zur Verfügung stellt, gleichzeitig aber im Retailbereich selbst als Händler tätig ist (Abschnitt 2.2.1).
- Die Abgrenzung des relevanten Marktes ist schwierig. So lässt sich Amazon als nahezu Full-Liner hinsichtlich des Produktangebots zwar mit eBay vergleichen, das ebenfalls fast alle Produkte anbietet. Gleichzeitig ist aber auch denkbar, die Sparte Bücher von Amazon mit reinen Buchplattformen wie AbeBooks.de zu vergleichen.

Das IFH Köln hat in einer Studie den Marktanteil von Amazon, getrennt nach Marketplace und Retail, geschätzt (Abbildung 2-8). Danach hatte Amazon Marketplace im Jahr 2017 einen Anteil von 25 Prozent an den insgesamt im Onlinehandel erzielten Umsätzen. Der Retail-Bereich kam auf 21 Prozent, sodass Amazon insgesamt bei 46 Prozent Marktanteil lag. Zu beachten ist dabei, dass diese Anteile über alle Produktkategorien hinweg angegeben werden, sodass keine Differenzierung der einzelnen

²³ bveh, Jahresbericht 2018, S. 38.

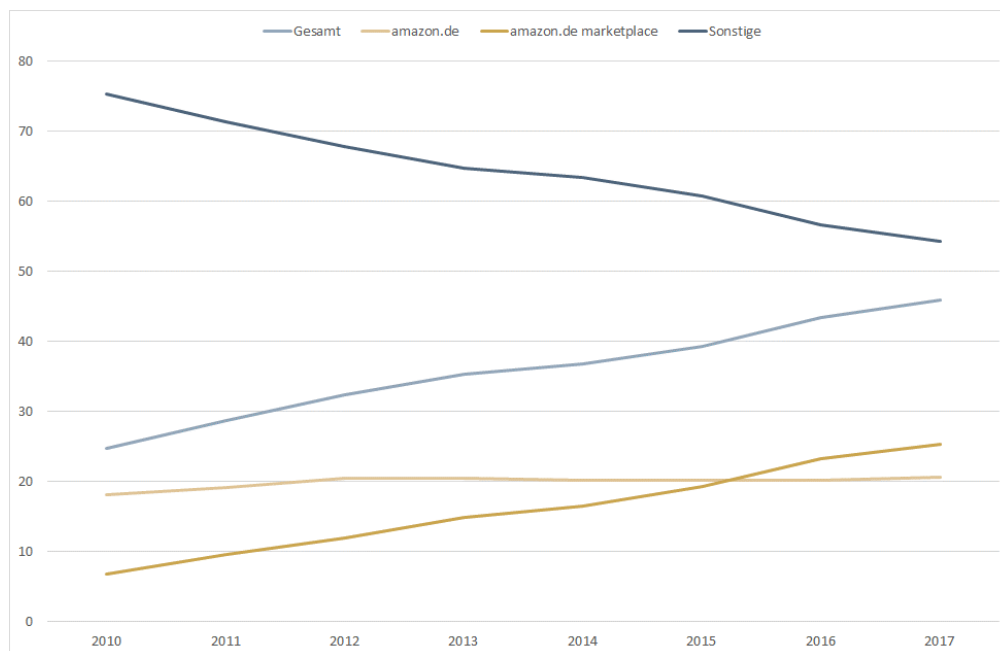
²⁴ Käufe von privaten Verkäufern über Plattformen wurden nicht beachtet. https://www.bevh.org/fileadmin/content/05_presse/Auszuege_Studien_Interaktiver_Handel/Inhaltsverzeichnis_fu_r_bevh_Gesamtbericht_Interaktiver_Handel_in_Deutschland_2018.pdf [12.08.2019].

Produktkategorien vorgenommen werden kann. Interessant ist auch der umfangreiche Aufwuchs des Umsatzanteils des Amazon Marketplace von knapp 7 Prozent im Jahr 2010 auf rund 25 Prozent im Jahr 2017. Die Bedeutung der Plattformaktivitäten von Amazon in Deutschland hat also deutlich zugenommen. Insgesamt betrachtet hat Amazon einen erheblichen Marktanteil. Es kann bei dieser Betrachtung davon ausgegangen werden, dass Amazon Marktmacht besitzt. Dafür gibt es zwei Argumentationslinien:

- Zwar trennt die Empirie den Marktanteil des Marketplace (25 Prozent der Umsätze) von dem des Retail-Bereichs (21 Prozent der Umsätze). Letztlich agiert Amazon Retail jedoch wie ein weiterer, wenn auch sehr großer Händler auf dem Marketplace. Damit ließe sich der Umsatzanteil des Amazon-Retail-Bereichs auch dem Marketplace zurechnen, sodass dieser dann auf einen Gesamtmarktanteil von 46 Prozent im Jahr 2017 kommt.
- Selbst wenn der Retail-Bereich von Amazon so hinreichend unterschiedlich von den Akteuren des Marketplace ist, dass er eine Sonderstellung einnimmt, hat der Marketplace einen großen Marktanteil unter den E-Commerce-Plattformen: Diese anderen E-Commerce-Plattformen sind in den gesamten Umsätzen im Onlinehandel enthalten (Abbildung 2-8). Insgesamt entfielen im Jahr 2017 nur noch rund 54 Prozent der Umsätze im Onlinehandel auf andere Anbieter als Amazon. Darunter sind andere E-Commerce-Plattformen, aber vor allem auch reine Onlinehändler (siehe auch Abbildung 2-5). Zwar ist auch hier unklar, wie sich diese Umsätze auf die beiden genannten Gruppen verteilen. Eindeutig ist jedoch, dass Amazon Marketplace bezogen auf die Onlineumsätze der E-Commerce-Plattformen mindestens einen Marktanteil von 31 Prozent haben muss (unter der Annahme, dass sämtliche sonstigen Onlineumsätze abseits von Amazon von Plattformen gemacht werden). Würde nur die Hälfte der sonstigen Onlineumsätze - abseits von Amazon - auf Plattformen entfallen, läge der Marktanteil von Amazon Marketplace bezogen auf E-Commerce-Plattformen in Deutschland sogar bei 48 Prozent. Angesichts großer Onlinehändler (Abbildung 2-5) ist naheliegend, dass Amazon Marketplace einen eher größeren Marktanteil unter den E-Commerce-Plattformen hat und damit Marktmacht vorliegt.

Abbildung 2-8: Entwicklung des Marktanteils von Amazon in Deutschland

Anteil am Umsatz im Onlinehandel, in Prozent

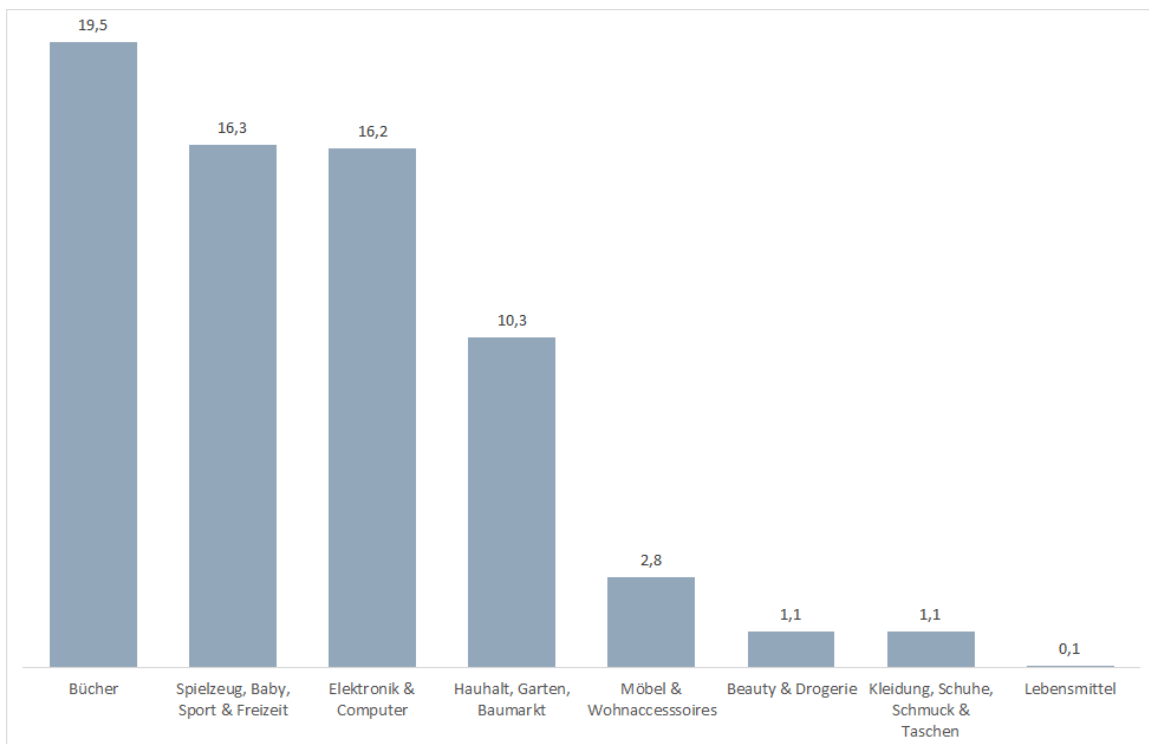


Quelle: IFH Köln, Amazonisierung des Konsums.

Wie zuvor erwähnt, ist ebenfalls denkbar, einzelne Bereiche von E-Commerce-Plattformen mit umfangreichem Produktangebot mit auf diese Bereiche spezialisierten Plattformen zu vergleichen. So ließe sich zum Beispiel die Büchersparte von Amazon mit spezialisierten Bücher-Plattformen wie etwa Abe-Books.de vergleichen. Der betrachtete Markt würde hier nur die Produktkategorie Bücher umfassen statt des Gesamtassortiments von Amazon, so dass der Fokus in diesem Fall deutlich kleiner wäre. Für Amazon wurde ein solcher Vergleich durch Wissenschaftler der Universität St. Gallen vorgenommen.²⁵ Allerdings beinhalten deren Daten nicht nur die Online-, sondern auch die Offlineumsätze, sodass sich nur sehr eingegrenzte Schlüsse ziehen lassen, die keine kartellrechtliche Relevanz haben. Werden die Umsätze von Amazon (Marketplace und Retail) ins Verhältnis zu den gesamten Umsätzen im Online- und Offlinebereich gesetzt, ergeben sich teilweise erhebliche Marktanteile (Abbildung 2-9: Marktanteile von Amazon in Deutschland nach Produktsegmenten). So weist Amazon im ersten Quartal 2018 bei Büchern einen Marktanteil von 19,5 Prozent bezogen auf den Umsatz auf. In den Kategorien Spielzeug, Baby, Sport und Freizeit sowie Elektronik und Computer sind es jeweils rund 16 Prozent. Anders ist es dagegen im Bereich Lebensmittel, was auch durch den starken Offline-Lebensmittelhandel bedingt ist. Diese Betrachtungsweise ist insbesondere deswegen interessant, weil sie die digitalen und die analog erwirtschafteten Umsätze zusammenbringt. Amazon als rein digitales Geschäftsmodell kann sich selbst dann in einigen Produktkategorien erhebliche Marktanteile sichern.

Abbildung 2-9: Marktanteile von Amazon in Deutschland nach Produktsegmenten

in Prozent des Online- und Offlineumsatzes, 1. Quartal 2018



Quelle: digital kompakt, Amazon Watch. Analyse-Report für die reale Marktdominanz von Amazon, Ausgabe 01, Q1, 2018; zitiert nach Heide et al., Handelsblatt vom 06.11.2018, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/e-commerce-so-maechtig-ist-amazon-in-deutschland/23578310.html?ticket=ST-560495-hZ0IFbhwtEDdwR0ft4FB-ap4> [14.05.2019]

²⁵ digital kompakt, Amazon Watch. Analyse-Report für die reale Marktdominanz von Amazon, Ausgabe 01, Q1 2018; zitiert nach Heide et al., Handelsblatt vom 06.11.2018, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/e-commerce-so-maechtig-ist-amazon-in-deutschland/23578310.html?ticket=ST-560495-hZ0IFbhwtEDdwR0ft4FB-ap4> [14.05.2019].

Insgesamt spielt Amazon damit in Deutschland eine gewichtige Rolle. Je nach Marktsegment und Bezugsgröße fallen die konkreten Marktanteile unterschiedlich aus. Insbesondere mit Blick auf das Aggregat der angebotenen Produkte auf dem Amazon Marketplace scheint jedoch Marktmacht vorzuliegen. Damit einhergehend geben die vorliegenden Daten keine Hinweise darauf, dass es in Deutschland eine E-Commerce-Plattform gibt, die ein ähnlich breites Produktportfolio und eine ähnliche Reichweite wie Amazon aufweist und damit ein Substitut darstellen könnte. Dies kann in den einzelnen Produktkategorien im Vergleich zu auf diese Kategorien spezialisierte Plattformen aber durchaus anders sein, sodass diese Schlussfolgerung nicht für sämtliche Märkte gelten muss, auf denen Amazon aktiv ist.

2.1.3 Die Bedeutung von Daten

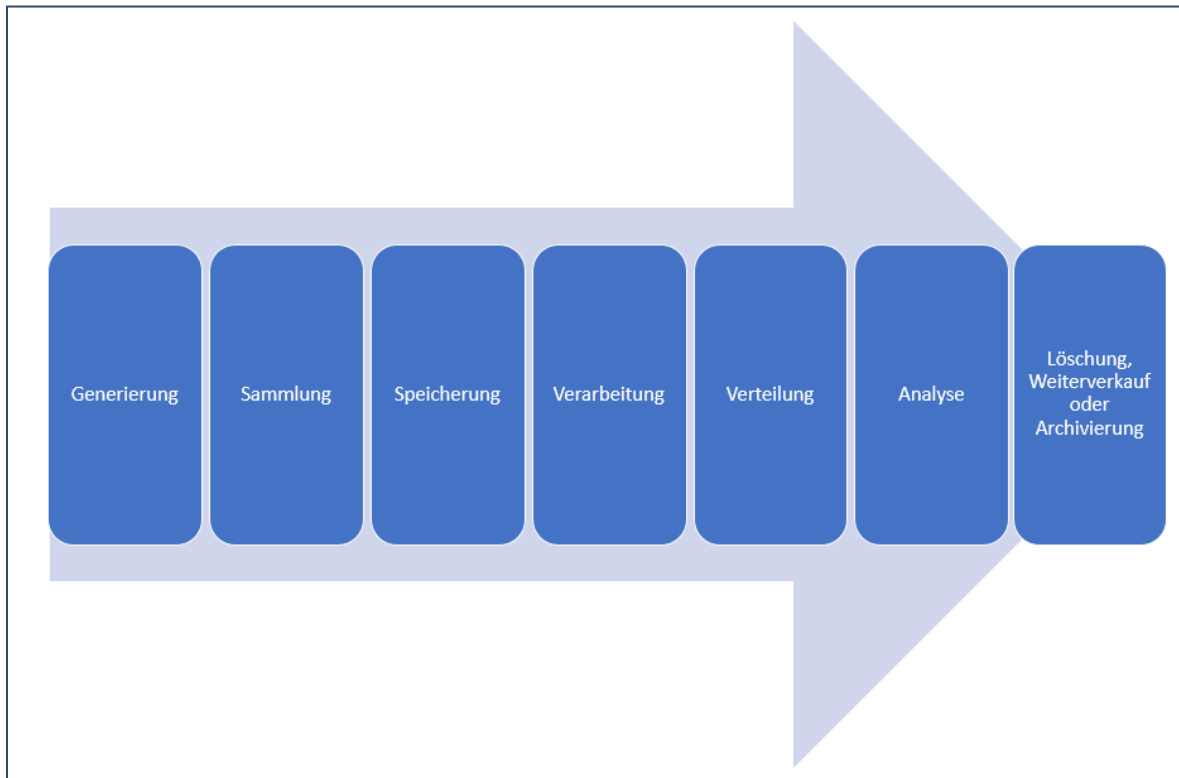
Das technische Fundament der Digitalisierung sowie der dadurch ausgelösten Entwicklungen besteht in der Umwandlung von analogen in digitale Daten.²⁶ Damit kommt Daten gerade eine Schlüsselrolle in der digitalen Transformation zu: Dadurch dass die Informationen aus der realen Welt durch gesammelte Daten in die digitale Welt transferiert werden können, kann die analoge Welt erst durch Computer analysiert und gesteuert werden. Die Schaffung von Mehrwert aus Daten kann in diesem Zusammenhang als Wertschöpfungskette gesehen werden.²⁷ Diese Wertschöpfungskette setzt sich aus bis zu sieben Phasen zusammen (Abbildung 2-10). Zunächst werden die Daten generiert. Dies kann beispielsweise durch die Installation von Sensoren geschehen oder auch durch die Implementierung von Trackern auf Webseiten. Danach werden die generierten Daten gesammelt und gespeichert. Anschließend können sie verarbeitet sowie an die Stellen verteilt werden, wo die Analyse der Daten stattfinden kann. Erst in der sich daran anschließenden Analysephase werden werthaltige Informationen abgeleitet und dementsprechend ein Mehrwert aus Daten geschaffen. Die fünf Phasen vorher führen im Gegensatz dazu in der Regel zu zum Teil erheblichen Kosten, zum Beispiel für Hard- und Software, Speichermedien, Personal oder Energie. Optional kann am Ende der Wertschöpfungskette die Löschung der Daten erfolgen, welche insbesondere für personenbezogene Daten vorgeschrieben sein kann. Alternativ ist es eventuell möglich, die Daten weiterzuverkaufen oder für spätere Anwendungen dauerhaft zu speichern. Die Weitergabe kann alternativ jedoch auch ausgeschlossen werden. Dies ist der Fall, wenn dadurch Geschäftsgeheimnisse publik würden oder wenn der Regulierungsrahmen, wie zum Beispiel das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), es ausschließt.

²⁶ Demary et al., Digitalisierung und Mittelstand, IW-Analysen Nr. 109, S. 5.

²⁷ OECD, Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data", OECD Digital Economy Papers Nr. 222, S. 7.

Abbildung 2-10: Phasen der Daten-Wertschöpfungskette

Datenlebenszyklus



Quelle: Eigene Darstellung auf Basis von OECD, Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data", OECD Digital Economy Papers Nr. 222, S. 7.

Insgesamt nimmt die weltweit generierte Datenmenge stetig zu²⁸ (Abbildung 2-11). Während für das Jahr 2016 eine generierte Datenmenge von rund 16 Zettabyte (ZB) ermittelt wurde, waren es 2018 bereits 33 ZB. Ein ZB entspricht dabei einer Milliarde Terabyte. Insgesamt gehen aktuelle Prognosen von einem rapiden Wachstum der Datenmenge bis 2025 von jährlich 27 Prozent auf dann 175 ZB aus.

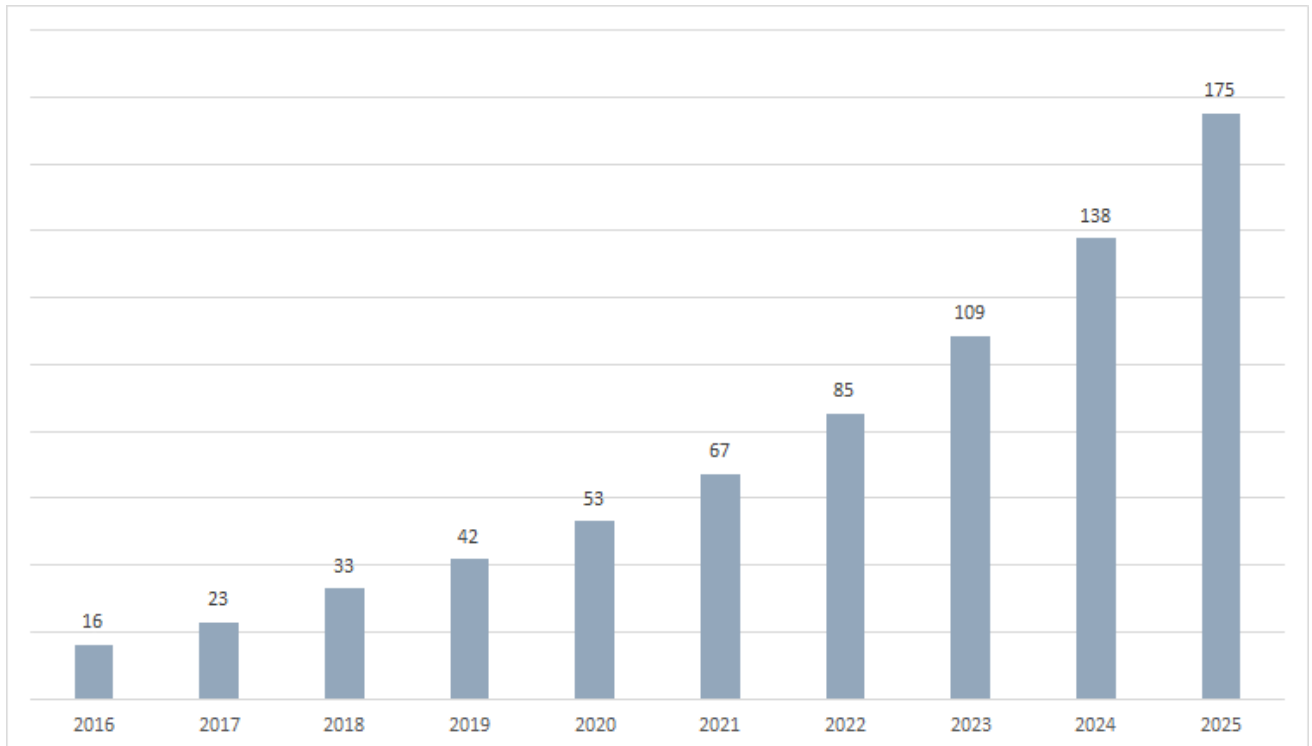
Die OECD²⁹ hat fünf Branchen untersucht, in denen Daten besonders zu Innovationen und Produktivitätswachstum beitragen können. Zu diesen Branchen zählen Onlinewerbung, Gesundheit, Versorgungsunternehmen, Logistik und Transport sowie die öffentliche Verwaltung. Daten dürften jedoch auch in anderen Branchen erhebliche Effekte mit sich bringen.

²⁸ Gantz/Reinsel/Rydning, Data Age 2025: The Evolution of Data to Life-Critical, IDC White Paper sponsored by Seagate; Gantz/Reinsel/Rydning, The Digitization of the World, IDC White Paper sponsored by Seagate; Industry-of-Things.de, Anteil an Echtzeit-Daten soll bis 2025 auf 30 Prozent steigen, abrufbar unter <https://www.industry-of-things.de/anteil-an-echtzeit-daten-soll-bis-2025-auf-30-prozent-steigen-a-782609/> [13.05.2019].

²⁹ OECD, Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data", OECD Digital Economy Papers Nr. 222.

Abbildung 2-11: Weltweit generiertes Datenvolumen

Angaben in Zettabyte; Werte ab 2019: Prognose



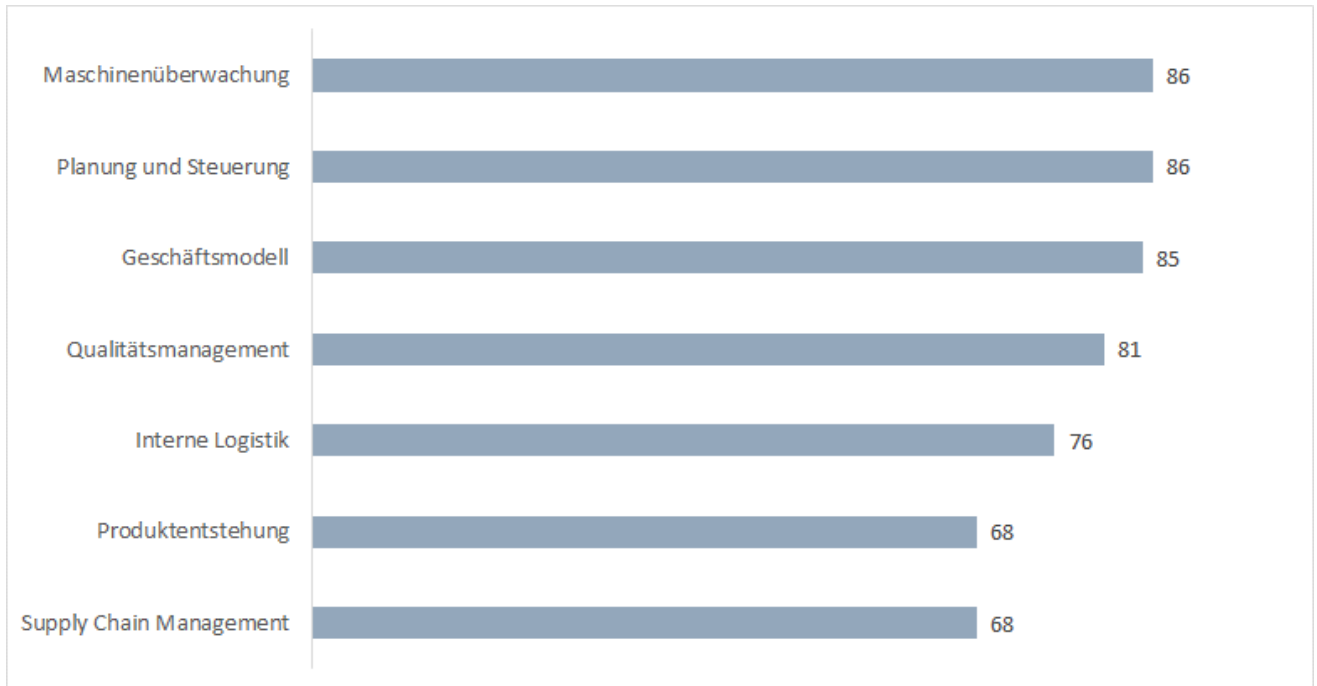
Quelle: Eigene Darstellung auf Basis von Gantz/Reinsel/Rydning, Data Age 2025: The Evolution of Data to Life-Critical, IDC White Paper sponsored by Seagate; Gantz/Reinsel/Rydning, The Digitization of the World, IDC White Paper sponsored by Seagate; Industry-of-Things.de, Anteil an Echtzeit-Daten soll bis 2025 auf 30 Prozent steigen, abrufbar unter <https://www.industry-of-things.de/anteil-an-echtzeit-daten-soll-bis-2025-auf-30-prozent-steigen-a-782609/> [13.05.2019]

Der entstehende Mehrwert durch Daten lässt sich empirisch mithilfe von Befragungen abschätzen. In einer Befragung von 111 Unternehmen in Nordrhein-Westfalen wurde der konkrete Mehrwert vor allem bei der Maschinenüberwachung (86 Prozent), der Planung und Steuerung (86 Prozent) und der Anpassung des eigenen Geschäftsmodells (85 Prozent) gesehen.³⁰ Die geringsten Potenziale, mit Daten einen Mehrwert zu schaffen, sahen die Unternehmen in der Produktentstehung sowie dem Supply Chain Management. Mit Werten von jeweils 68 Prozent sehen aber auch in diesen Unternehmensbereichen immer noch mehr als zwei Drittel der Unternehmen mögliche Mehrwerte durch die Verwendung von Daten.

³⁰ Nentwig/Saft/Taphorn, Mehrwerte aus Daten, Potenziale und Handlungsoptionen für den Mittelstand, Digital in NRW.

Abbildung 2-12: Einschätzung von Unternehmen zum Mehrwert aus Daten

Angaben in Prozent der Unternehmen, N=111, Mehrfachnennung möglich, 2018



Frage: „In welchem Bereich erwarten Sie zukünftig Mehrwerte aus Daten?“

Quelle: Eigene Darstellung auf Basis von Nentwig/Saft/Taphorn, Mehrwerte aus Daten, Potenziale und Handlungsoptionen für den Mittelstand, Digital in NRW.

Auch die Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS wurden nach der Bedeutung von Daten gefragt. Dabei konzentrierte sich die Umfrage auf den Einfluss von Daten aus Verkäufen über das Internet auf die unternehmerische Tätigkeit. Die Teilnehmer konnten auf einer Skala von 1 (keinen Einfluss) bis 5 (dominierenden Einfluss) den Einfluss bewerten. Lediglich 5 der 29 Teilnehmer antworteten mit „1“ (zwei weitere antworteten mit weiß nicht). Zweimal wurde mit „5“ sowie achtmal mit „4“ geantwortet. 25 Teilnehmer erwarteten zudem, dass die Bedeutung von Daten weiter zunehmen wird (dreimal „nein“ und einmal „weiß nicht“). Folglich haben Daten für die meisten Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS aus der Befragung bereits heute einen spürbaren Einfluss auf die unternehmerische Tätigkeit, der in Zukunft sogar noch zunehmen wird.

Im Einzelnen tragen Daten zu folgenden Effekten bei:³¹

Data-to-information: Aus den Daten werden Informationen abgeleitet.

- **Verbesserung des Marketings**

Kunden können entsprechend ihrer Präferenzen durch Unternehmen Produkte und Dienstleistungen empfohlen sowie hinsichtlich des Preises, der Qualität und ähnlicher Kriterien passende Angebote gemacht werden. Dies ist auch ein wesentliches Ziel der befragten Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS in Bezug auf die Nutzung von Daten.

³¹ Vgl. auch Buchholtz/Bukowski/Śniegocki, Big and open data in Europe. A growth engine or a missed opportunity?

- **Unterstützung von Forschung und Entwicklung**

Prozesse und Produkte lassen sich komplett digital abbilden.³² An diesen so genannten digitalen Zwillingen können anschließend Anpassungen schnell und effizient ausprobiert und deren Auswirkungen simuliert werden.

Data-to-product/service: Auf Basis der Daten und ihrer Analyse werden Produkte oder Dienstleistungen entwickelt.

- **Erstellung neuer Daten-Produkte oder neuer Produkte mit Daten als wesentlichem Bestandteil**

Die gesammelten Daten lassen sich beispielsweise verwenden, um datenbasierte Dienstleistungen zu einem klassischen Produkt, wie etwa Predictive Maintenance bei einer Maschine, anzubieten.

Data-to-management: Die Erkenntnisse, die aus Daten gezogen werden, werden zur Entscheidungsfindung verwendet.

- **Optimierung der Produktions- und Auslieferungsprozesse**

Durch die in einer Produktionsanlage entstehenden Daten ist es möglich, kritische Situationen wie Verzögerungen im Ablauf oder Benötigung von Ersatzteilen vorherzusehen und einzugreifen, beispielsweise durch die rechtzeitige Bestellung der Ersatzteile oder die Reduktion der Produktionsgeschwindigkeit.

- **Verbesserung der bestehenden sowie Entwicklung neuer Organisations- und Managementprozesse**

Durch Daten über verkaufte Waren, Verkaufszeiten sowie Daten über häufig gesuchte Produkte können Entscheider beispielsweise die Bestellung von Produkten und deren Lagerhaltung entsprechend anpassen.

Insgesamt ist die Bedeutung von Daten für den Geschäftserfolg von Unternehmen in den vergangenen Dekaden stark gestiegen. Daten sind dabei in vielen Fällen nicht mehr bloßes Beiwerk eines Prozesses oder Produktes, sondern oft integraler Bestandteil. Bedeutende Entwicklungsstufen der Rolle von Daten im Unternehmen sind dabei:³³

- **Daten als Prozessergebnis**

Hier ist ein physisches Produkt essenziell für die Wertschöpfung des Unternehmens. Daten nehmen jedoch bereits eine unterstützende Rolle ein. Als Beispiel können Warenwirtschaftssysteme im Großhandel angeführt werden. Über die systematische Erfassung von Liefermengen und verkauften Mengen kann immer der aktuelle Bestand eingesehen werden und entsprechend reagiert werden, sei es durch Nachbestellung oder durch entsprechende Angebote an Kunden.

- **Daten als Befähiger von Prozessen**

Ab den 1980er- und 1990er-Jahren wurden konsistente und aktuelle Daten zunehmend für das unternehmensweite Geschäftsprozessmanagement eingesetzt. Auf diese Weise konnten standardisierte Prozesse wie beispielsweise Order-to-Cash (Fertigungsprozess von der Bestellung bis

³² Lichtblau/Fritsch/Millack, Abschnitt A – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland, in: IW Consult (Hrsg.), Digital-Atlas Deutschland, S. 1 ff.

³³ Auer et al., Industrial Data Space, Fraunhofer White Paper, S. 10.

zum Zahlungseingang) entwickelt werden. Insgesamt werden Daten so zu einer strategischen Ressource in der Verbesserung der Produktion, Logistik und im Service.

– **Daten als Befähiger von Produkten**

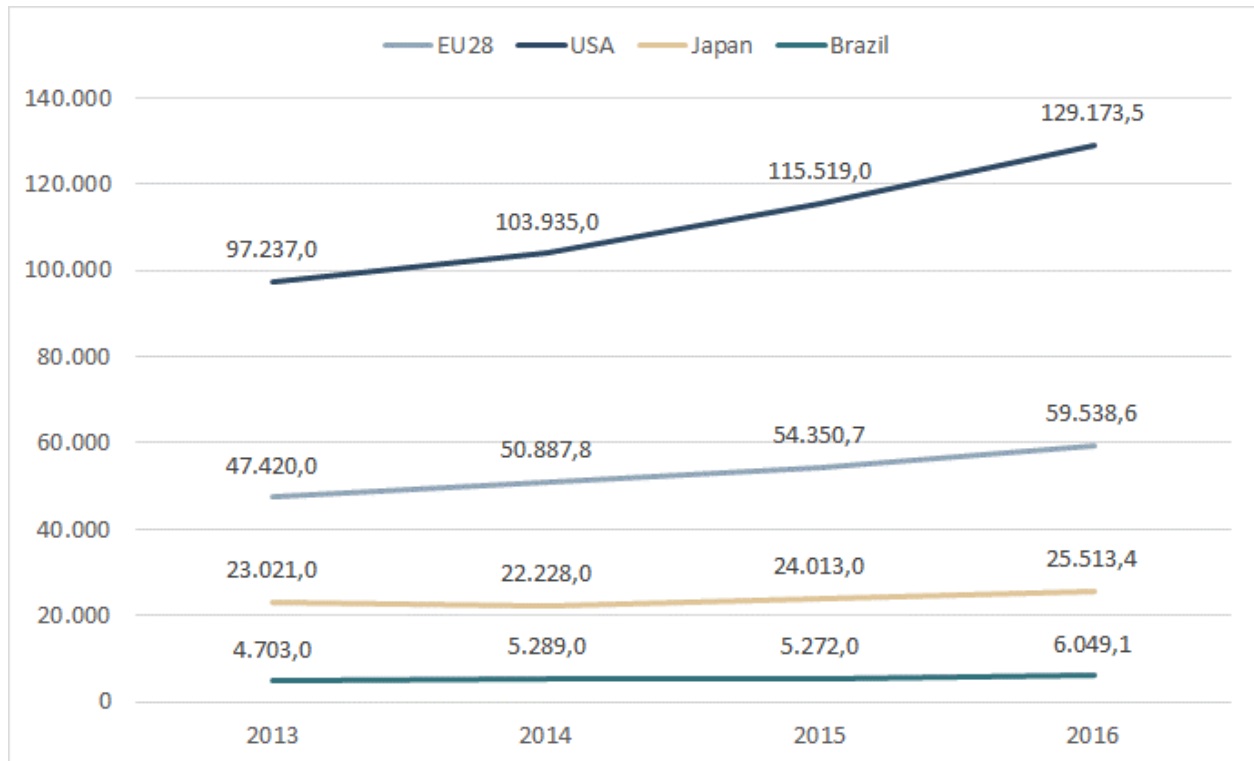
Insbesondere seit dem Jahrtausendwechsel bieten Unternehmen zunehmend Produkte an, die ohne Daten in hoher Qualität nicht möglich sind. Zu nennen sind beispielsweise die Leasing- und Fleet-Management-Modelle von Hilti, soziale Netzwerke und Kommunikationsanwendungen wie Skype. Daten sind ein wesentlicher Bestandteil der Geschäftsmodelle, welche ohne (proprietären Zugang zu) Daten nicht oder nicht in der gleichen Art und Weise funktionieren würden.

– **Daten als Produkt**

Vor allem in den vergangenen Jahren entwickelten sich Daten zunehmend zu einem eigenen Produkt. Zudem etablieren sich Marktplätze für Daten.³⁴ Zwar besteht hier noch erhebliches Ausbaupotenzial, aber dieser Handel mit Daten ist auch kein Nischenphänomen mehr.

Abbildung 2-13: Internationaler Vergleich des Werts der Datenmärkte

Wert der Datenmärkte in Millionen Euro



Quelle: Eigene Darstellung auf Basis von IDC/Open Evidence, European Data Market SMART 2013/0063, Final Report.

Die Bedeutung von Daten als eigenständiges Produkt wird in einer Studie für die Europäische Kommission³⁵ deutlich, die den Datenmarkt in der Europäischen Union mit anderen Volkswirtschaften vergleicht. Der Datenmarkt in der EU hatte im Jahr 2016 schon einen Wert von nahezu 60 Milliarden Euro. Unter die Begrifflichkeit Datenmarkt fallen dabei nicht nur die gehandelten Datensätze, sondern

³⁴ Krotova/Rusche/Spiekermann, Die ökonomische Bewertung von Daten, IW-Analysen Nr. 129.

³⁵ IDC/Open Evidence, European Data Market SMART 2013/0063, Final Report.

beispielsweise auch der Wert für entsprechende Analysesoftware sowie Datenspeicher. Zum Vergleich: Im Jahr 2013 betrug der Gesamtwert des Datenmarktes in der EU lediglich rund 47 Milliarden Euro. International hebt sich der Datenmarkt der USA deutlich ab. Im Jahr 2016 hatte er einen Wert von 129 Milliarden Euro. Gleichzeitig wies er im Betrachtungszeitraum seit 2013 ein deutlich höheres Wachstum auf als der Datenmarkt anderer Regionen wie der EU oder Japans. Folglich kann die wachsende Bedeutung von Daten für Volkswirtschaften bereits anhand der sich etablierenden Datenmärkte in volkswirtschaftlich relevanter Größenordnung erahnt werden. Funktionierende Märkte für Daten können darüber hinaus dazu beitragen, Wettbewerbsprobleme aufgrund von Datenkonzentrationen einzuschränken. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Wettbewerber ohne Zugang zu großen Datenmengen eines marktmächtigen Unternehmens auf einem Datenmarkt Datensätze erwerben kann, die es ihm erlauben, im Wettbewerb zu bestehen.³⁶

2.2 Ökonomische Zusammenhänge

Im Zusammenhang mit dem Geschäftsmodell der digitalen Plattform wie auch mit der Nutzung von Daten durch Unternehmen gibt es eine Reihe ökonomischer Besonderheiten, die im Folgenden näher erläutert werden. Sie bilden die Basis für Ableitungen bezüglich der ökonomischen Aspekte des Data Sharing, die anschließend beleuchtet werden.

2.2.1 Besonderheiten digitaler Plattformen

Digitale Plattformen sind sicher das meistzitierte digitale Geschäftsmodell. Sie weisen besondere Eigenschaften auf, die direkte Auswirkungen auch auf die Dynamik der Märkte haben, in denen sie tätig sind.³⁷ Diese Charakteristika digitaler Plattformen hängen direkt mit ihrer Definition zusammen, die keineswegs unumstritten ist (Abschnitt 2.1.2). Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass digitale Plattformen immer mindestens zwei verschiedene Nutzergruppen haben, die mittels der Plattform miteinander in Kontakt gebracht werden.³⁸ Die Plattform selbst ist kein Transaktionspartner, sondern vermittelt die Transaktion lediglich.³⁹ Damit sind Plattformen allgemein „asset-light“, was bedeutet, dass sie kein Inventar vorhalten, sondern nur eine Infrastruktur.⁴⁰ Ein Beispiel (Abbildung 2-14): Amazon Marketplace ist eine digitale Plattform mit den entsprechenden Eigenschaften. Die Händler halten die Ware vor, die Transaktionen mit den Kunden kommen über Amazon zustande. Die beiden Nutzergruppen der Plattform sind Händler und Endkunden. Amazon Retail selbst ist keine Plattform. Amazon hält als Händler selbst das Inventar an Ware. Einzige Nutzergruppe sind in diesem Fall die Endkunden. Für diese ist zwar prinzipiell erkennbar, ob sie von einem Händler auf Amazon Marketplace oder von Amazon selbst kaufen, die beiden unterschiedlichen Zweige von Amazon sind aber grundsätzlich eng verwoben. Letztlich ist Amazon Retail damit einer von vielen Händlern auf dem Amazon Marketplace (Abschnitt 2.1.2).

³⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 9 ff.

³⁷ Für eine umfassende Analyse der ökonomischen Eigenschaften und Effekte digitaler Plattformen siehe Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123.

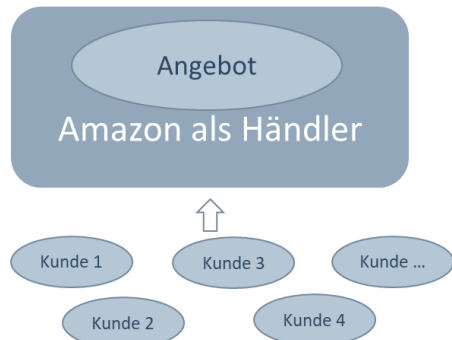
³⁸ Ebenda, S. 8.

³⁹ Hagiu, Merchant or Two-Sided Platform?, Review of Network Economics Vol. 6, No. 2 (2007), 115 ff.

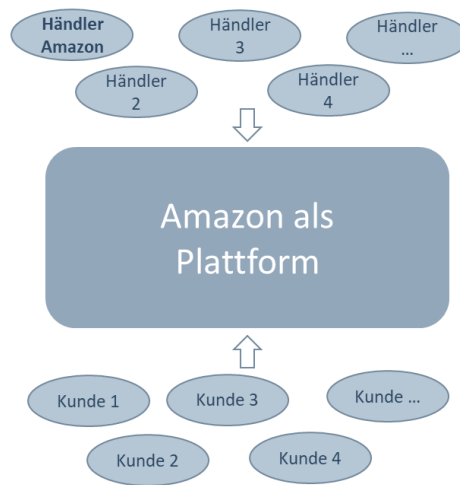
⁴⁰ Demary, Stepping up the game: The role of innovation in the sharing economy, Konkurrensverkets – Swedish Competition Authority, Working Paper Series in Law and Economics Nr. 1.

Abbildung 2-14: Struktur des Geschäftsmodells digitale Plattform am Beispiel Amazon

Amazon Retail



Amazon Marketplace



Quelle: Eigene Darstellung

Digitale Plattformen sind also stets mehrseitig und bedienen mehrere Nutzergruppen.⁴¹ Diese Eigenschaft bewirkt, dass die Definition des relevanten Marktes für digitale Plattformen nicht immer einfach ist.⁴² Dieser hängt letztlich von dem konkreten Geschäftsmodell des Plattform-Unternehmens ab. Neben digitalen Plattformen, die nur auf einem Markt aktiv sind,⁴³ existieren auch solche, deren Aktivitäten in mehreren Märkten relevant sind.

Wesentliche Eigenschaft von digitalen Plattformen ist das Vorliegen von positiven Netzwerkeffekten.⁴⁴ Das bedeutet, dass jeder weitere Nutzer einer Plattform vorteilhaft für die anderen Nutzer der Plattform ist. Netzwerkeffekte können direkt oder indirekt sein. Ein direkter Netzwerkeffekt bezieht sich auf Nutzer in der gleichen Nutzergruppe. So hat beispielsweise ein weiterer Nutzer mit einem Profil in einem sozialen Netzwerk positive Effekte für alle anderen Nutzer mit einem Profil, weil deren potenzielles Netzwerk sich durch den neuen Nutzer vergrößert. Im Unterschied dazu beziehen sich indirekte Netzwerkeffekte auf Auswirkungen auf Nutzer in einer Nutzergruppe auf einer anderen Plattformsseite. Jeder weitere Händler beispielsweise auf einer E-Commerce-Plattform übt potenziell positive Effekte auf die (möglichen) Kunden auf der anderen Seite aus, weil die Auswahl und der Preiswettbewerb zunehmen. Jeder weitere Kunde ist positiv für die Händler, weil die potenzielle Nachfrage nach ihrem Produkt wächst.

Neben den klassischen Netzwerkeffekten lassen sich so genannte datengetriebene Netzwerkeffekte identifizieren, die für viele digitale Plattformen eine große Rolle spielen.⁴⁵ Darunter werden solche Effekte verstanden, die auf der Angebotsseite einer digitalen Plattform entstehen, wenn Daten der Nachfrageseite (zum Beispiel zum Kaufverhalten) zur Verbesserung der Produktqualität beziehungsweise zum Hervorbringen von Innovationen verwendet werden können. Diese Effekte entstehen in so genannten

⁴¹ Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 31.

⁴² OECD, Key Issues for the Digital Transformation in the G20, S. 137 f.

⁴³ Bundeskartellamt, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, B6-113/15, S. 6 f.

⁴⁴ Vgl. zum Folgenden Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 9 ff.

⁴⁵ Graef/Prüfer, Mandated data sharing is a necessity in specific sectors, Economisch Statistische Berichten, Vol. 103 (4763), S. 298 ff.; Prüfer/Schottmüller, Competing with Big Data, CentER Discussion Paper Nr. 2017-007.

datengetriebenen Märkten, zu denen auch digitale E-Commerce-Plattformen zählen. In diesem Zusammenhang kann der Zugang zu solchen Nutzerdaten zu einer Markteintrittsbarriere werden, die dazu führt, dass solche Märkte häufig monopolistische oder nahezu monopolistische Strukturen aufweisen.⁴⁶

Netzwerkeffekte haben das Potenzial, ein schnelles Wachstum von digitalen Plattformen zu forcieren. Eine größere Anzahl von Nutzern macht die Plattform für weitere Nutzer attraktiv, was wiederum weiteres Wachstum nach sich zieht. Der Effekt verstärkt sich damit selbst, was als „positiver Feedbackeffekt“ bezeichnet wird.⁴⁷ Erfolgreiche digitale Plattformen sind also in Bezug auf ihre Nutzerzahlen natürlicherweise eher groß.⁴⁸ Damit ein solches Geschäftsmodell aber diesen Status erreichen kann, gilt es eine kritische Masse von Nutzern („Critical Mass Frontier“) in den verschiedenen Nutzergruppen zu erreichen.⁴⁹ Sobald diese kritische Masse erreicht ist, kann mithilfe von positivem Feedback Wachstum erreicht werden. Ohne die kritische Masse von Nutzern dagegen ist die Plattform nicht stabil.⁵⁰ Allerdings kann je nach Struktur der Plattform die erforderliche kritische Masse zumindest auf einer Seite der Plattform auch klein sein.⁵¹ Viele digitale Plattformen versuchen, die kritische Masse über eine entsprechende Preispolitik zu erreichen, etwa indem die Leistung zumeist auf einer Seite ohne Entgelt oder zu nicht kostendeckenden Preisen angeboten wird.⁵² Ist die Nutzerzahl ausreichend groß, sind dann Veränderungen der Preisstruktur hin zu positiven Preisen oft der nächste Schritt.

Zunächst ist festzuhalten, dass insbesondere kostenlose Dienstleistungen einer Plattform Herausforderungen für die genaue Marktabgrenzung bereithalten, da beispielsweise herkömmliche Verfahren zur Bestimmung von Marktmacht, die sich an Preissetzungsmöglichkeiten orientieren, nicht anwendbar sind. Diese Herausforderungen werden durch die Präsenz mehrerer Nutzergruppen auf einer Plattform eventuell noch verstärkt. In diesem Fall stellt sich beispielsweise die Frage, ob die einzelnen Marktseiten einzeln oder gesamt hinsichtlich Marktmacht untersucht werden müssen. Aufgrund der Bedeutung der Marktabgrenzung zur Ermittlung von Marktmacht, wird dieses Thema ausführlich in Abschnitt 3.2.1.1 behandelt. Neben der Abgrenzung des relevanten Marktes sind jedoch weitere Eigenschaften von digitalen Plattformen für die Marktmacht eines solchen Unternehmens von Bedeutung.⁵³

– Skaleneffekte

Die Entwicklung, Einrichtung und Pflege einer digitalen Plattform bringt umfassende Fixkosten mit sich. Die variablen Kosten dagegen, die durch einen zusätzlichen Nutzer der Plattform entstehen, sind nahe Null. Daraus ergeben sich mit zunehmender Nutzerzahl sinkende Durchschnittskosten und damit positive Skaleneffekte.⁵⁴ Sind diese positiven Skaleneffekte sehr

⁴⁶ Prüfer/Schottmüller, *Competing with Big Data*, CentER Discussion Paper Nr. 2017-007.

⁴⁷ Shapiro/Varian, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*. Denkbar ist grundsätzlich auch ein negativer Feedbackeffekt: Wenn Nutzer einer bestimmten Gruppe eine Plattform verlassen, wird diese unattraktiver für die übrigen, die dann ebenfalls nicht mehr aktiv sind. Ein Beispiel für diesen Effekt ist das soziale Netzwerk MySpace, das neben Facebook zunächst gleichwertig oder gar überlegen im Wettbewerb stand, dann aber enorm an Popularität und Wert einbüßte.

⁴⁸ Ausnahmen sind solche Plattformen, die Nischen bedienen, welche das Wachstum begrenzen.

⁴⁹ Evans/Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multi-Sided Platforms*.

⁵⁰ Demary/Rusche, *The Economics of Platforms*, IW-Analyse Nr. 123, S. 11 ff.

⁵¹ Evans/Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multi-Sided Platforms*, S. 29 f.

⁵² Demary/Rusche, *The Economics of Platforms*, IW-Analyse Nr. 123, S. 13.

⁵³ Vgl. zum Folgenden Evans/Schmalensee, *Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, *Competition Policy International*, 2007 I, S. 151.

⁵⁴ Denkbar sind grundsätzlich auch negative Skaleneffekte. Diese sind zum Beispiel möglich, wenn eine neue Funktion der Plattform oder das Avisieren einer neuen Zielgruppe die Komplexität überproportional erhöht oder sehr kostenintensiv ist.

ausgeprägt, kann die digitale Plattform zu sehr geringen Kosten sehr schnell wachsen und auf diese Weise in kurzer Zeit an Marktmacht gewinnen.

– **Überlastung (Congestion)**

Es ist denkbar, dass bei einer großen Anzahl an Nutzern eine Überlastung der Plattform auftritt. Dies ist vor allem in Offlinemärkten zu beobachten, kann aber auch bei digitalen Plattformen vorkommen, etwa wenn die Serverkapazitäten bei einer großen Anzahl an Zugriffen auf die Webseite nicht ausreichen. Dies kann unter Umständen Marktmacht begrenzen, zumindest kurzfristig.

– **Differenzierung**

Digitale Plattformen sind in der Lage, horizontale oder vertikale Differenzierung zu nutzen, um Überlastung zu begegnen oder sie zu verhindern. Während sich horizontale Differenzierung auf unterschiedliche Nutzergruppen bezieht, meint vertikale Differenzierung unterschiedliche Qualitätsstufen. Es werden somit bewusst nicht alle denkbaren Nutzer in den verschiedenen relevanten Märkten erreicht, so dass auch die Marktmacht eingeschränkt ist. Differenzierung kann auch ein Weg des Markteintritts sein, indem erst eine einzelne Nutzergruppe adressiert wird und nach Etablierung der digitalen Plattform bei dieser Nutzergruppe die Zielgruppen erweitert werden.

– **Multi-Homing**

Viele Nutzer gerade im Endkonsumentensegment nutzen für verschiedene oder gleiche Produkte oder Dienstleistungen mehrere unterschiedliche digitale Plattformen. Genauso nutzen Händler möglicherweise mehrere E-Commerce-Plattformen als Vertriebskanal. Dieses so genannte Multi-Homing kann auch ein Ergebnis von Plattform-Differenzierung sein. Auch wenn es sich dabei um eine individuelle Entscheidung der Nutzer handelt⁵⁵, kann diese doch die Marktmacht einzelner digitaler Plattformen begrenzen.

– **Wechselkosten**

Je nach Geschäftsmodell digitaler Plattformen sind diese durch unterschiedlich hohe Wechselkosten gekennzeichnet, die ein Nutzer aufbringen muss, um zu einer anderen Plattform zu wechseln. Sind diese Kosten prohibitiv hoch, entsteht ein Lock-In-Effekt, bei dem die Nutzer an die Plattform gebunden sind.⁵⁶ Dies stabilisiert deren Marktposition und ist aus diesem Grund für die Plattform sehr wünschenswert. Ein Beispiel für Plattformen mit solch hohen Wechselkosten sind soziale Netzwerke, bei deren Verlassen der einzelne Nutzer sein gebildetes Netzwerk nicht mitnehmen kann.

Wechselseitige, positive indirekte Netzwerkeffekte bei digitalen Plattformen ziehen oft ein so genanntes „Market tipping“ nach sich.⁵⁷ Die sich gegenseitig verstärkenden indirekten Netzwerkeffekte bewirken eine schnelle Zunahme der Marktmacht der Plattform. Märkte mit digitalen Plattformen sind demzufolge oft durch wenige, große Unternehmen gekennzeichnet, oftmals auch durch Monopole.

⁵⁵ Sun/Tse, When Does the Winner Take All in Two-Sided Markets?, Review of Network Economics, Vol. 6, No. 1 (2007), S. 16 ff.

⁵⁶ Shapiro/Varian, Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy.

⁵⁷ Dubé/Hitsch/Chintagunta, Tipping and Concentration in Markets with Indirect Network Effects, Marketing Science, Vol. 29, No. 2 (2010), S. 216 ff.; Evans/Schmalensee, Matchmakers: The New Economics of Multi-Sided Platforms, S. 164.

Diese empirisch belegte Dynamik⁵⁸ wird in der ökonomischen Theorie häufig durch Voraussicht der Nutzer erklärt:⁵⁹ Die Nutzer einer digitalen Plattform erwarten die Dominanz einer Plattform und erfüllen durch ihr resultierendes Verhalten diese Erwartung gleichermaßen.⁶⁰

Market tipping führt zu so genannten „Winner-Takes-All-Märkten“. Auf solchen Märkten ist der Marktanteil des größten Unternehmens so groß, dass allenfalls noch sehr viel kleinere Wettbewerber vorhanden sind.⁶¹ Der Wettbewerb bei digitalen Plattformen kann somit zum Teil um den Markt, das heißt um das Erreichen der kritischen Masse, anstatt auf dem Markt stattfinden. Winner-Takes-All-Märkte und natürliche Monopole werden in der ökonomischen Literatur zumeist nicht klar differenziert.⁶² Die monopolistische Struktur des Marktes ist beiden Konzepten gemein. Der Unterschied besteht in der Ursache für das Vorliegen einer solchen Marktstruktur: Winner-Takes-All-Märkte treten vor allem im Zusammenhang mit digitalen Plattformen auf. Sie entstehen, wenn starke positive Netzwerkeffekte und positives Feedback vorliegen. Grundvoraussetzung ist, dass die Plattform in der Lage ist, Nutzer anzuziehen und zu halten. Damit hängen Winner-Takes-All-Märkte auch von der Nachfrage ab. Im Unterschied dazu beinhalten natürliche Monopole, dass ein Unternehmen in der Lage ist, die Nachfrage zu geringeren Kosten sowie Preisen zu befriedigen als mehrere Unternehmen dies könnten. Dies setzt eine Dauerhaftigkeit der Situation voraus, die im Falle der sehr dynamischen Winner-Takes-All-Märkte so nicht gegeben ist. Letztere haben aufgrund des Marktergebnisses eine enorme Marktmacht generieren können. Die Marktmacht kann sich auch darin äußern, dass für kleinere Anbieter Nachteile entstehen, weil es keine adäquaten Alternativen zum Anbieten über den marktmächtigen Intermediär gibt. Diese Nachteile können zum Beispiel Geschäftsbedingungen oder auch Preise betreffen, die von der Plattform jedoch konform mit den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zu gestalten sind, um die marktbeherrschende Stellung nicht auszunutzen. Auch in Winner-Takes-All-Märkten muss die die Marktmacht der Plattform aber nicht notwendigerweise langfristig Bestand haben. Neue Geschäftsmodelle basierend auf überlegenen Konzepten können alte Strukturen verdrängen oder zumindest unter Druck setzen. Allerdings bestehen berechtigte Befürchtungen, dass dieser potenzielle Wettbewerbsdruck nicht in ausreichendem Maße verhaltensdisziplinierend wirkt und die marktbeherrschenden Plattformen außerdem innovative Konkurrenten gezielt aufkaufen und so Innovation unterdrücken könnten.

Eine besondere Organisationsform einer digitalen Plattform, die grundsätzlich ebenfalls die in diesem Abschnitt dargestellten Eigenschaften aufweist, ist die genossenschaftliche Plattform. Hier ist die Plattform kein Unternehmen, welches den eigenen Gewinn maximieren möchte, sondern eine Genossenschaft, deren Mitglieder über den Unternehmenszweck entscheiden. Der Unterschied zu den typischen digitalen Plattformen besteht darin, dass die genossenschaftliche Plattform im Interesse ihrer Mitglieder agiert sowie diese bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit unterstützt und damit eine ganz andere Zielfunktion hat. Dies hat vor allem für KMU auf der Angebotsseite Vorteile, weil ihre Interessen gebündelt durch die Plattform wahrgenommen werden und sie mitbestimmen können, statt sich nach den

⁵⁸ Andrews/Crisuolo/Gal, The global productivity slowdown, technology divergence and public policy. A firm level perspective, Hutchins Center Working Paper Nr. 24.

⁵⁹ Z. B. Katz/Shapiro, Network Externalities, Competition, and Compatibility, The American Economic Review, Vol. 75, No. 3 (1985), S. 424 ff.; Shy, A Short Survey of Network Economics, Review of Industrial Organization, Vol. 38, No. 2 (2011), S. 119 ff.

⁶⁰ Eine dynamische Betrachtung berücksichtigt die vergangenen Beobachtungen der Nutzer statt ihrer Erwartungen und kommt auf dieser Basis zu dem Ergebnis, dass Multihoming die Koexistenz mehrerer digitaler Plattformen in einem Markt wahrscheinlicher macht. Sun/Tse, When Does the Winner Take All in Two-Sided Markets?, Review of Network Economics, Vol. 6, No. 1 (2007), S. 16 ff.

⁶¹ OECD, Key Issues for the Digital Transformation in the G20, S. 121.

⁶² Zum Folgenden vgl. Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 33 f.

Vorgaben einer (marktmächtigen) Plattform richten zu müssen. Dies gilt insbesondere auch für die Möglichkeit, von den auf der genossenschaftlichen Plattform anfallenden Daten zu profitieren.

2.2.2 Daten als Wettbewerbsfaktor

Die besondere Rolle von Daten in der digitalen Transformation wird durch ihre ökonomischen Eigenschaften unterstützt und zum Teil verstärkt. Aus ökonomischer Sicht besitzen Daten folgende Charakteristika:

– **Nichtrivalität im Konsum**

Daten sind nicht rival im Konsum. Das bedeutet, sie können nicht nur für einen Zweck verwendet werden und sind anschließend verbraucht, sondern der gleiche Datensatz kann zur selben Zeit von verschiedenen Akteuren für unterschiedliche Zwecke genutzt werden. Dies wird dadurch ermöglicht, dass Daten nahezu kostenlos reproduziert und weitergegeben werden können.⁶³ Diese Eigenschaft unterscheidet Daten von vielen anderen Wirtschaftsgütern, deren wichtigstes Kennzeichen in der Rivalität im Konsum besteht.

– **Ausschließbarkeit**

Der Inhaber eines Datensatzes, der die faktische Kontrolle über diese ausübt, kann andere Nutzer vom Konsum ausschließen, indem er ihnen den Zugang verwehrt. Auf diese Weise können einerseits Daten monetarisiert werden. Andererseits wird das Sammeln von Daten wirtschaftlich attraktiv. Ohne Ausschluss wären Daten als öffentliches Gut anzusehen und die private Bereitstellung von Daten läge unterhalb des volkswirtschaftlichen Optimums.⁶⁴ Doch die nahezu kostenlose Kopierbarkeit und Weitergabe stellt in diesem Zusammenhang besondere Anforderung an die Sicherung und gegebenenfalls auch die Geheimhaltung von Daten. Sobald ein Datensatz öffentlich zugänglich ist, kann Ausschließbarkeit nur in seltenen Fällen wiederhergestellt werden.

Während die Nichtrivalität von Daten im Konsum aufzeigt, dass Daten keine knappe Ressource sind⁶⁵, wirkt die Ausschließbarkeit in die entgegengesetzte Richtung. Trotzdem gibt es zwei weitere Aspekte, die einer Knappheit von Daten aus Sicht von Unternehmen entgegenwirken: Erstens steigt die weltweit zur Verfügung stehende Datenmenge zunehmend an (vgl. auch Abschnitt 2.1.2). Unter anderem durch das Vordringen digitaler Technologien in neue Bereiche der Gesellschaft werden mehr Daten verfügbar⁶⁶. Diese Daten führen zu neuen Produkten und Dienstleistungen, welche ihrerseits neue Daten generieren. Zweitens existiert kein Eigentumsrecht an syntaktischen Daten – also den Daten an sich⁶⁷. Die Mehrheit der Wissenschaftler verschiedener Disziplinen, die sich mit dieser Thematik beschäftigen, spricht sich zudem gegen ein solches Eigentumsrecht aus. Unter Beachtung des einschlägigen

⁶³ Lichtblau/Fritsch/Millack, Abschnitt A – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland, in: IW Consult (Hrsg.), Digital-Atlas Deutschland, S. 1 ff.; Rusche/Scheufen, On (Intellectual) Property and other Legal Frameworks in the Digital Economy, IW-Report Nr. 48/18, S. 11 ff.

⁶⁴ Rusche/Scheufen, On (Intellectual) Property and other Legal Frameworks in the Digital Economy, IW-Report Nr. 48/18, S. 11 ff.

⁶⁵ Ebenda, S. 12.

⁶⁶ OECD, Exploring Data-Driven Innovation as a New Source of Growth: Mapping the Policy Issues Raised by "Big Data", OECD Digital Economy Papers Nr. 222, S. 7

⁶⁷ Rusche/Scheufen, On (Intellectual) Property and other Legal Frameworks in the Digital Economy, IW-Report Nr. 48/18.

Regulierungsrahmens wie etwa der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) dürfen Unternehmen daher selbst Daten sammeln, um diese für die eigenen Zwecke zu nutzen.

In diesem Zusammenhang ist die Unterscheidung zwischen syntaktischen und semantischen Daten wichtig. Die syntaktische Ebene von Daten bezieht sich allein auf die Aneinanderreihung von Nullen und Einsen. Die semantische Ebene hingegen zielt auf die konkrete Bedeutung der Daten ab, das heißt die Informationen, die aus ihnen gewonnen werden können. Auf der semantischen Ebene können somit durchaus auch nach derzeitiger Lesart Immaterialgüterrechte entstehen und durchsetzbar sein. Während somit niemand vom Sammeln von Daten ausgeschlossen werden kann, ist der Ausschluss bei daraus generierten Informationen oder Datenbanken möglich. Unter letzteren werden systematisch oder methodisch angeordnete Daten, bei denen bei Bedarf auf einzelne Elemente der Datenbank zugegriffen werden kann, verstanden⁶⁸. Selbst im Fall von Datenbanken sind die einzelnen Elemente (Datenpunkte) gerade nicht geschützt, sondern lediglich die Datenbank als Ganzes und damit der Aufwand zur Erstellung.⁶⁹

Durch die Unterteilung in eine syntaktische und eine semantische Ebene wird deutlich, dass der wesentliche Wert von Daten nicht im Sammeln und der Inhaberschaft per se besteht, sondern in den Informationen, die aus den Daten generiert beziehungsweise in den Produkten und Dienstleistungen, die mit ihrer Hilfe erstellt werden können. Zur Veranschaulichung dieses Zusammenhangs sei an dieser Stelle auf die Schlüsseltechnologie Künstliche Intelligenz (KI) verwiesen. Dabei werden unter KI verschiedene Technologien verstanden, die auch miteinander kombiniert werden können, damit künstliche Systeme wahrnehmen, verstehen, agieren und lernen können⁷⁰. KI birgt für reife Volkswirtschaften beachtliches Potenzial (Abbildung 2-15). So kann durch den Einsatz von KI das höchste zusätzliche Wachstum der Bruttowertschöpfung mit 2,3 Prozent im Jahr im Produzierenden Gewerbe erzielt werden⁷¹. Im Groß- und Einzelhandel kann durch den adäquaten Einsatz von KI immerhin ein zusätzliches Wachstum von 1,9 Prozent erzielt werden.

Damit Künstliche Intelligenz jedoch adäquat angewendet werden kann, sind entsprechende Daten notwendig. Einerseits müssen Daten über Sensoren usw. gesammelt werden, damit die notwendige Entscheidungsgrundlage für die KI-Anwendung vorhanden ist. Andererseits sind bereits Daten für die Programmierung und das Training der entsprechenden Algorithmen notwendig, damit diese lernen können, in welcher Situation welche Reaktion zielführend ist. Daten bilden somit die Grundlage für die Entscheidung an sich sowie die notwendige Vorbedingung, damit die KI entwickelt werden kann. Der Zugang zu einer entsprechenden Menge an Daten in der angemessenen Qualität kann somit ein wichtiger Wettbewerbsfaktor sein, um weitere digitale Schlüsseltechnologien wie die Künstliche Intelligenz erfolgreich einsetzen zu können.

⁶⁸ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, Erwägungsgrund 17.

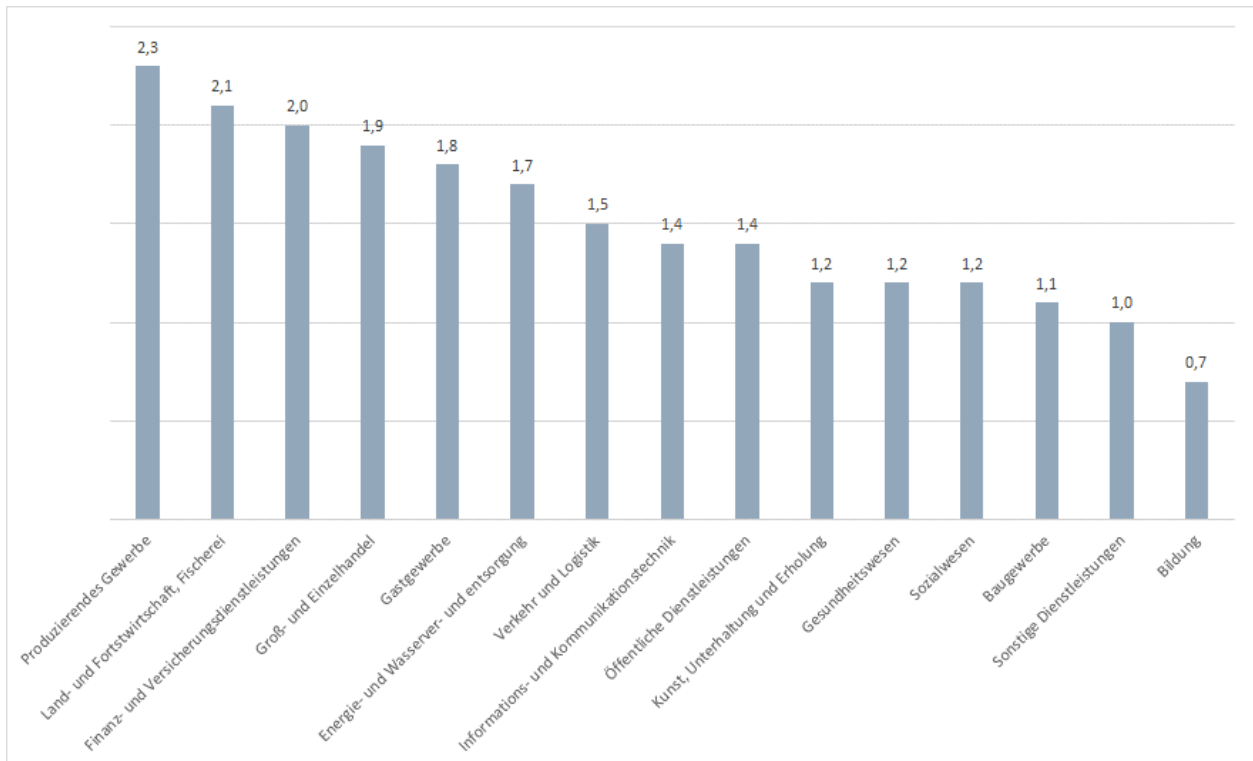
⁶⁹ Rusche/Scheufen, On (Intellectual) Property and other Legal Frameworks in the Digital Economy, IW-Report Nr. 48/18.

⁷⁰ Daugherty/Purdy, How AI Boosts Industry Profits and Innovation, abrufbar unter www.accenture.com/t20171005T065812Z_w_us-en_acnmedia/Accenture/next-gen-5/insight-ai-industry-growth/pdf/Accenture-AI-Industry-Growth-Full-Report.pdf?la=en?la=en [10.04.2019].

⁷¹ Bürger et al., Potenziale der Künstlichen Intelligenz im Produzierenden Gewerbe in Deutschland.

Abbildung 2-15: Durch Künstliche Intelligenz induziertes Wirtschaftswachstum in reifen Volkswirtschaften für ausgewählte Wirtschaftszweige

Wachstum der Bruttowertschöpfung in Prozent pro Jahr



Quelle: Eigene Darstellung auf Basis von Bürger et al., Potenziale der Künstlichen Intelligenz im Produzierenden Gewerbe in Deutschland.

Dabei stellt KI nur eines von unzähligen Beispielen dar, bei denen Daten im Wettbewerb eine große Rolle spielen. Mithilfe von Daten lassen sich Prozesse verbessern, Produkte anpassen und entwickeln, Marketing und Vertrieb optimieren und ganze Geschäftsmodelle aufbauen. Wettbewerber, denen die dafür notwendigen Daten nicht oder nicht in ausreichender Menge oder Qualität vorliegen, haben möglicherweise Wettbewerbsnachteile gegenüber den Wettbewerbern, welche Daten nutzen können. Die konkrete Relevanz von Daten im Wettbewerb ist dabei von vielen Faktoren abhängig.⁷² Dazu zählen unter anderem die folgenden Aspekte:

- **Vorhandensein von Daten**

Damit Daten im Wettbewerb auf einem Markt eine Rolle spielen können, müssen Daten überhaupt anfallen, erfasst und gesammelt werden. Im Rahmen der digitalen Transformation ist dies zunehmend der Fall, aber es sind durchaus noch Bereiche denkbar, in denen (noch) wenig digitale Daten anfallen.

- **Anwendungsmöglichkeiten für Daten**

Dazu gehören unter anderem das Vorhandensein von Effizienzsteigerungspotenzialen, aber auch die Art des Produktes oder des Geschäftsmodells. Während sich viele Produkte durch Daten anreichern lassen, ist dies nicht zwingend. Gleiches gilt für die internen Prozesse wie auch das Geschäftsmodell selbst.

⁷² Demary/Rusche, Daten als Wettbewerbsfaktor, IW-Kurzbericht Nr. 58/2018.

- **Qualität der Daten**

Um die Daten für Unternehmen nutzbar zu machen, ist eine bestimmte Qualität der Daten notwendig, etwa hinsichtlich Struktur, zeitlicher Verfügbarkeit und Konsistenz. Durch geeignete Verfahren lassen sich zwar Verbesserungen in der Qualität erzielen, aber diese ist letztlich auch immer von der Ausgangsbasis abhängig. Zudem verlieren Daten mit der Zeit an Wert.⁷³

- **Kompetenz in der Analyse von Daten**

Damit Daten im Wettbewerb eine Rolle spielen (können), ist es zudem notwendig, dass die Kompetenz in den Unternehmen vorhanden ist oder extern erworben wird, die vorhandenen Daten auch tatsächlich nutzen zu können. Dies ist neben der Beschaffung von entsprechender Hard- und Software vor allem eine Frage der passenden Beschäftigten.

Auch die Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS wurden nach den Auswirkungen von mehr Daten befragt. Konkret wurde gefragt, ob die Teilnehmer durch mehr Daten ihren Unternehmenserfolg steigern können. Geantwortet werden konnte auf einer Skala von 1 (nein) bis 5 (sehr stark). Die Antwort „1“ erfolgte lediglich einmal (ein weiterer der 29 Teilnehmer antwortet mit „weiß nicht“). 16 Mal wurde mit „4“ oder „5“ geantwortet. Die überwiegende Anzahl der Befragten geht folglich davon aus, dass der Zugang zu mehr Daten einen positiven Effekt auf den Unternehmenserfolg hat. Folglich stellen Daten bereits heute einen Wettbewerbsfaktor dar.

Abschließend kann festgestellt werden, dass Daten durchaus ein Wettbewerbsfaktor sein können, sie müssen es aber nicht. Zudem ist der Zugang zu Daten üblicherweise auch nicht der einzige Aspekt, der Marktstruktur und Wettbewerb beeinflusst, sondern es spielen viele verschiedene Faktoren eine Rolle. Allerdings bleibt festzustellen: Die Bedeutung des Datenzugangs ist größer, je kleiner das betreffende Unternehmen ist. Im Zusammenhang mit digitalen Geschäftsmodellen wie Plattformen nimmt die Bedeutung von Daten, auch als USP (Unique Selling Point) von Unternehmen, jedoch stark zu. Daher ist davon auszugehen, dass die Effekte von Daten auf den Wettbewerb zukünftig noch deutlicher ausdifferenzierter und umfassender sein werden als derzeit schon.

2.2.3 Ökonomische Aspekte des Data Sharing

Aufgrund der wachsenden Bedeutung von Daten und der Nichtrivalität bekommt die gemeinschaftliche Nutzung von Daten, das so genannte Data Sharing, eine besondere Bedeutung. Der Zugang zu Daten wird ein bedeutender Faktor im Wettbewerb. Die gemeinschaftliche Nutzung kann vor diesem Hintergrund ein Weg sein, einen fairen Zugang zu Daten zu gewährleisten. Die Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS wurden in diesem Zusammenhang mittels Freitextfeldern befragt, auf welche Weise Data Sharing bei ihnen bereits stattfindet und welche positiven Wirkungen Data Sharing hat oder haben kann. Neun Antworten lagen bezüglich der Art des Data Sharings vor. Alle neun Teilnehmer gaben an, Daten durch eine Verbundgruppe zu sammeln und in aufbereiteter Form an die Mitglieder weiterzuleiten. Bezüglich der positiven Effekte gaben die meisten Teilnehmer an, mittels der Daten einen besseren Marktüberblick erhalten zu wollen, um so ihre Strategie optimal anpassen zu können (9 Befragte gaben dies sinngemäß an). Sieben Befragte gaben sinngemäß an, mehr Informationen über Kunden/Zielgruppen erhalten zu wollen, um diese zielgenauer zu adressieren. Acht von 29 Teilnehmern gaben nichts an.

⁷³ Rusche, Data Economy and Antitrust Regulation, Intereconomics 2019, 114.

Im Folgenden wird das Data Sharing aus ökonomischer Perspektive betrachtet. Lange Zeit wurde die gemeinsame Nutzung vor allem im Zusammenhang mit Forschungsdaten diskutiert, Effekte geschätzt und Vorgehensmodelle erarbeitet.⁷⁴ Die zunehmende Sammlung nicht-wissenschaftlicher Daten im Rahmen der fortschreitenden digitalen Transformation öffnet das Thema Data Sharing auch für andere Bereiche. So forderte Andrea Nahles als Parteivorsitzende der SPD Anfang 2019 ein „Daten-für-alle-Gesetz“, das eine allgemeine Datenteilungspflicht vorsieht.⁷⁵ Dabei stehen insbesondere die großen US-amerikanischen, plattformbasierten Technologieunternehmen wie Google, Facebook und Amazon im Fokus. Unterstützung fand sie unter anderem bei Arbeitsminister Hubertus Heil (SPD).⁷⁶ Hintergrund ist, dass meist der Zugang zu den bei den Plattformen anfallenden Daten anderen Unternehmen nicht einfach offen steht, sondern stattdessen auf den Daten basierende Qualitätsverbesserungen oder Dienste zusätzlich angeboten werden.⁷⁷ Daten sind also integraler Bestandteil des Geschäftsmodells digitaler Plattformen, die aufgrund ihrer Größe gleichzeitig oft mit erheblicher Marktmacht ausgestattet sind (vgl. Abschnitt 2.2.1).

Bei der ökonomischen Analyse wird deutlich, dass Data Sharing Vorteile bringt, die im Folgenden näher beleuchtet werden:

– **Nichtrivalität der Daten**

Daten haben besondere Eigenschaften (Abschnitt 2.2.2). Insbesondere die Nichtrivalität im Konsum sowie die Möglichkeit, Daten nahezu kostenlos zu replizieren und weiterzugeben, stehen dabei besonders im Fokus. Ein Datensatz lässt sich also gleichzeitig von verschiedenen Akteuren auswerten und nutzen, ohne dass der einzelne Akteur in seiner individuellen Nutzung eingeschränkt wird. Demzufolge ist die ausschließliche Nutzung eines Datensatzes durch den die Daten erhebenden Akteur gesamtwirtschaftlich nicht optimal. Die weiteren Nutzungsmöglichkeiten hätten positive Effekte – etwa indem Qualitäts- oder Prozessverbesserungen durchgeführt werden oder Nachfrage passgenauer befriedigt werden könnten –, die sich aber nicht realisieren lassen, wenn Ausschließbarkeit vorliegt. Data Sharing hätte nach dieser Argumentation positive Wirkungen, weil ein Datensatz mehrfach verwendet werden und damit auch mehrfach Nutzen generiert werden könnte.

– **Förderung des Wettbewerbs**

Gerade auch in Zusammenhang mit der Organisationsstruktur digitaler Plattformen (Abschnitt 2.2.1) besteht das Potenzial, dass der exklusive Zugang zu Daten eine marktbeherrschende Stellung zementiert. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Datensatz nicht ohne Weiteres durch eine eigene Datensammlung replizierbar ist, der Zugang zu dem Datensatz nur für das marktbeherrschende Unternehmen möglich ist und die Qualität der aus dem Datensatz ableitbaren Informationen hoch ist. Der Datensatz wird dann zu einem weiteren bestimmenden

⁷⁴ Nature Communications, Data sharing and the future of science, Artikelnummer 2817, abrufbar unter <https://www.nature.com/articles/s41467-018-05227-z> [10.05.2019] und Kühne/Meusel, Data Sharing, abrufbar unter https://tu-dresden.de/gsw/phil/iso/mes/ressourcen/dateien/prof/mitarbeit/dateien_kuehne/Arbeitspa-piere/Datasharing.pdf?lang=de [10.05.2019].

⁷⁵ Nahles, Digitaler Fortschritt durch ein Daten-für-alle-Gesetz, Diskussionspapier.

⁷⁶ dpa, Kampfansage an Google und Co. Heil will Daten-Macht begrenzen, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/kampfansage-an-google-und-co-heil-will-daten-macht-begrenzen-100.html> [10.05.2019]. Hinweise auf weitere Forderungen nach einem Data Sharing finden sich auch bei Biancotti/Ciocca, Opening Internet Monopolies to Competition with Data Sharing Mandates, Peterson Institute for International Economics Policy Brief Nr. 19-3, S. 6 f.

⁷⁷ Vgl. z. B. Leisegang, amazon. Das Buch als Beute.

Faktor für das Ausmaß von Marktmacht (Abschnitt 2.2.1). Es stellt sich dann die Frage, ob der Markt auch in einem solchen Fall weiter bestreitbar ist und ob das marktmächtige Unternehmen seine Marktmacht missbraucht. Dies ist vor allem fallabhängig und wird unter anderem von dem spezifischen Markt und seiner Struktur bestimmt. Das Teilen des spezifischen Datensatzes könnte im Falle eines Missbrauchs von Marktmacht ein Weg sein, Wettbewerb (wieder) zu ermöglichen. Dann ist zu berücksichtigen, dass entlang der Daten-Wertschöpfungskette Kosten entstehen⁷⁸, die zunächst das Unternehmen trägt, das die Daten erhebt. Eine gemeinsame Nutzung von Daten durch mehrere Akteure setzt dann mindestens eine gemeinsame, anteilige Kostenübernahme durch die Akteure voraus, welche Zugang zu diesen Daten erhalten. Daten als entscheidender Faktor für Marktmacht ist jedoch kein unumstrittener Zusammenhang. In die entgegengesetzte Richtung geht die Argumentation, dass jedes Unternehmen grundsätzlich in der Lage ist, Daten zu sammeln und auszuwerten. Dies scheinen branchenübergreifende Befragungsergebnisse zu bestätigen, die nahelegen, dass der Zugang zu relevanten Daten für viele Unternehmen derzeit kein großes Hemmnis darstellt.⁷⁹ Dies deutet auch das Bundeskartellamt selbst an, wenn es um Daten eines marktmächtigen Unternehmens geht. Es kommt zum Schluss, „dass der Zugang zu Daten eines Marktbeherrschers in vielen Märkten eine weniger wichtige Voraussetzung für eine erfolgreiche Tätigkeit auf dem Markt ist, als es die öffentliche Debatte um Datenzugang nahelegt.“⁸⁰ Hintergrund ist, dass jedes Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit hat, selbst Daten zu sammeln. Gleichzeitig besteht die Notwendigkeit, Daten auch tatsächlich in Informationen oder werthaltige Produkte oder Dienstleistungen umzuwandeln. Daten per se reichen also nicht, sondern sie müssen nutzbar gemacht werden. Dazu kommt der fallende Grenznutzen von Daten⁸¹: Eine größere Menge an Daten führt nicht automatisch zu besseren Ergebnissen oder einem größeren Mehrwert. Oftmals lassen sich bereits mit einem relativ kleinen Datensatz und einem passenden Algorithmus gute Ergebnisse erzielen.⁸²

Bei dieser Argumentationslinie ist zu berücksichtigen, dass sich auch das Kartellamt auf den Fall bezieht, bei dem Daten zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen direkten Wettbewerbern geteilt würden. Es bleibt unklar, ob der Zugang zu Daten auch in anderen Konstellationen – wie etwa einer Plattform, welche die Daten hält und den Plattformnutzern – keine entscheidende Rolle spielen würde. Es liegt nahe, dass in einer solchen Konstellation die bei der Plattform anfallenden Daten nicht ohne weiteres in vergleichbarem Umfang und vergleichbarer Qualität von den Nutzern erhoben werden könnten. So hat zwar ein Händler auf Amazon Marketplace etwa Zugang zu Daten in Zusammenhang mit den eigenen Verkäufen, Amazon Marketplace (und damit auch Amazon Retail) kann jedoch auf Daten zu den Verkäufen tausender Händler sowie zu den (potenziellen) Kunden zugreifen. Dieser Datensatz ist für einen einzelnen Händler kaum replizierbar. In der Befragung der Mitglieder des MITTELSTANDSVERBUNDS zu den Chancen des Data Sharing gaben in diesem Zusammenhang immerhin zwei Teilnehmer sinngemäß an, dadurch einen konkurrenzfähigen Datensatz mit entsprechender Aussagekraft aufbauen zu können.

⁷⁸ Vgl. z. B. Stark/Torlach, Realisierungsaufwand zur Herstellung einer Geodatenbasis für die intermodale Routenberechnung zwischen Individual- und öffentlichem Verkehr, in: Strobl/Blaschke/Griesebner (Hrsg.): „Angewandte Geographische Informationsverarbeitung XV“, Beiträge zum AGIT-Symposium.

⁷⁹ Nentwig/Saft/Taphorn, Mehrwerte aus Daten, Potenziale und Handlungsoptionen für den Mittelstand, Digital in NRW.

⁸⁰ Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb.

⁸¹ Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 367.

⁸² Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123.

– **Abbau von zeitlichen Friktionen**

Der Wert von Daten hängt je nach Anwendungsfall auch davon ab, wie aktuell ein Datensatz ist. Sollen einem Nutzer auf einem Onlinemarktplatz direkt spezifisch auf ihn abgestimmte Angebote gemacht werden, sind dafür Daten in Echtzeit notwendig. Selbst wenn eine Plattform wie Amazon Marketplace den einzelnen Händlern Daten direkt zur Verfügung stellt, ist es denkbar, dass technisch kleinste Verzögerungen beim Datentransfer auftreten. Diese können zu einer Senkung der Nutzbarkeit und damit des Werts der Daten führen. Es ist damit quasi für einen winzigen Moment Ausschließbarkeit gegeben. Selbst der Zugang zu den Daten würde den Wettbewerbsvorteil des Plattformbetreibers aufgrund der leicht verzögerten Zustellung nicht oder kaum reduzieren. Dieser Aspekt lässt sich jedoch unter Umständen technisch lösen, indem der Zugang zu den Daten für alle Akteure zum gleichen Zeitpunkt ermöglicht wird. Selbst in diesem Fall ist eine sinnvolle Nutzung der Daten nur dann möglich, wenn Verarbeitung, Analyse und Reaktion auf diese (etwa in Form von Preisanpassungen auf der Plattform) von allen Akteuren in identischer Geschwindigkeit durchgeführt werden können. Erhalten Händler auf Amazon Marketplace zwar einen schnellen Datenzugang, können aber ihre Preise beispielsweise nur manuell anpassen, reicht der reine Datenzugang nicht aus, um Nutzen zu generieren, zumindest nicht in gleicher Weise wie die Plattform selbst.

– **Aufbau von Auswertungskapazitäten**

Daten sind allein kaum nutzbar. Die Umwandlung in Informationen ist notwendig für die Nutzbarkeit (Abschnitt 2.2.2). Gerade bei kleinen Unternehmen stellt dies eine enorme Hürde in Bezug auf Finanzierung und Know-how dar, so dass der Datenzugang per se Wettbewerbsnachteile noch nicht aufheben kann. Um im Wettbewerb bestehen zu können, müssen diese Unternehmen zunächst einmal in die Lage versetzt werden, Daten auch tatsächlich nutzen zu können. In diesem Rahmen könnte insbesondere auch eine genossenschaftliche Struktur hilfreich sein: Die daran beteiligten Unternehmen würden eben nicht unabgestimmt je eine eigene Applikation entwickeln, einkaufen oder entsprechende Informationen von marktmächtigen Plattformen erwerben. Stattdessen könnten Anwendungen zentral für die beteiligten Unternehmen angeschafft und bereitgestellt werden. Know-how und technische Infrastruktur würden geteilt, um die Nutzbarmachung von Daten für die Beteiligten zu erleichtern.

Es gibt jedoch auch einige Nachteile des Data Sharing. Zu diesen zählt unter anderem auch eine aus einer Vorgabe zum Datenteilen resultierende Veränderung der Anreizstrukturen für das Unternehmen, das zum Data Sharing verpflichtet wird. Daten sind gerade bei digitalen Plattformen meist ein wesentlicher Bestandteil des Geschäftsmodells (Abschnitt 2.2.2). Die im Fall von Plattformen oft äußerst umfangreichen Finanzierungsrunden beim Aufbau des Unternehmens fußen auf hohen Gewinnerwartungen für die Zukunft.⁸³ Diese beziehen sich auf den Kern des Geschäftsmodells – die Vermittlung von Transaktionen –, beziehen aber andere Erlösquellen mit ein. Dazu gehören auch die durch Daten generierten Umsätze – etwa, indem neue Dienstleistungen wie zielgruppenspezifische Werbung angeboten werden, die auf Daten und deren Auswertung basieren. Ein Data Sharing reduziert die Möglichkeiten für die Plattform, mit den Daten Erlöse zu erzielen. Dies gilt selbst dann, wenn das Data Sharing erst ab einer bestimmten Größe relevant wird. Das Geschäftsmodell digitaler Plattformen beinhaltet quasi automatisch eine große Größe der Plattform (Abschnitt 2.2.1). In der Konsequenz dürften die erwarteten Gewinne einer Plattform mit Data Sharing niedriger sein als ohne Data Sharing, was geringere Investitionen nach

⁸³ Vgl. z.B. Busch et al., Sharing Economy in Deutschland. Stellenwert und Regulierungsoptionen für Beherbergungsdienstleistungen, S. 68, 70.

sich zieht. Die Anfangsinvestitionen zum Aufbau einer Plattform sind enorm.⁸⁴ In extremen Fällen könnten die getätigten Investitionen bei einer Pflicht zum Data Sharing in ein solches Geschäftsmodell nicht ausreichend sein, um die kritische Masse an Nutzern zu überschreiten und die Plattform überhaupt zu etablieren (Abschnitt 2.2.1).

Auch wenn dieser Fall nicht eintreten würde, könnte sich Data Sharing auf die Innovationsanreize auswirken. Wenn die Plattform mit den Daten keine Gewinne erzielen kann, reduziert dies den Anreiz, besonders hilfreiche oder nutzbare Daten zu generieren und zu sammeln. Die Investitionen der Plattform in Innovationen in Bezug auf Daten wären in der Folge möglicherweise suboptimal. Dies wiederum würde sich nachteilig auf die anderen Akteure auswirken, welche die Daten nutzen. Das Potenzial der Daten, die sich nutzen ließen, würde nicht ausgeschöpft.

Mit diesen letztgenannten beiden Nachteilen ließe sich im Rahmen der konkreten Ausgestaltung eines Data Sharing umgehen. Ein Beispiel für diese Ausgestaltung besteht darin, einen Preis für die gemeinschaftliche Nutzung von Daten einer Plattform festzulegen, ob kostendeckend oder mit Gewinnaufschlag. Es fehlt zudem an empirischer Evidenz für die konkreten Effekte von Data Sharing auf Investitionen in digitale Plattformen sowie auf deren Innovationsanreize. Hier besteht weiterer Forschungsbedarf.

Es wird damit deutlich, dass aus ökonomischer Sicht mehrere Gründe für die gemeinschaftliche Nutzung von Daten sprechen. Es ist allerdings notwendig, den konkreten Anwendungsfall genau zu prüfen, um sicherzustellen, dass bei einem Data Sharing insgesamt die Vorteile die Nachteile überwiegen.

⁸⁴ Demary/Rusche, *The Economics of Platforms*, IW-Analyse Nr. 123, S. 14.

3 De lege lata

Elementare Voraussetzung jeglicher rechtspolitischen Vorschläge zur Verbesserung der Marktzugangsbedingungen und damit des Wettbewerbs in einer Plattformökonomie ist die Aufarbeitung der gegenwärtigen Rechtslage. Der dritte Teil des Gutachtens ist daher eben diesen derzeitigen rechtlichen Zugangsbedingungen gewidmet. Die konkreten rechtlichen Ausführungen und Einordnungen beziehen sich – soweit nicht anderweitig gekennzeichnet – auf Amazon in der Gestalt von Amazon Retail und Amazon Marketplace als Teile einer vertikal integrierten E-Commerce-Plattform.⁸⁵

Unsere Analyse zeigt, dass der derzeitige Rechtsrahmen und vor allem das Kartellrecht durchaus Potentiale aufweist, den Wettbewerb auf Plattformen in einem gewissen, wenngleich nicht hinreichenden, Ausmaß zu beleben. Behörden und Gerichte müssten diese Potentiale aber vollumfänglich aktivieren, auf nationaler und europäischer Ebene. Erste Ansatzpunkte für eine Korrektur der Wettbewerbsbedingungen im Sinne der Chancengleichheit finden sich zunächst innerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen Händlern und Plattformen, in der Gestalt der bürgerlich rechtlichen Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Das größte Potential zur Gewährleistung von fairen Wettbewerbsbedingungen bringt das Kartellrecht in seiner nationalen und europäischen Ausprägung mit sich. Aus dem Kartellrecht ergeben sich Zugangsansprüche und Gleichbehandlungsgebote zugunsten der freien Händler, die im Kontrast zur gegenwärtigen Geschäftspraxis von Amazon Retail und Amazon Marketplace stehen. Die gegenwärtigen Geschäftspraktiken von Amazon sind folglich unseres Erachtens auch unter Berücksichtigung der jüngsten Anpassungen kartellrechtswidrig.

Im November 2018 leitete das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen Amazon ein, welches in erster Linie potenziell missbräuchliche Geschäftsbedingungen und entsprechende Verhaltensweisen von Amazon gegenüber externen Händlern betraf.⁸⁶ Dieses Missbrauchsverfahren wurde inzwischen eingestellt, da Amazon weltweit Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgenommen hat.⁸⁷ Mit der Frage einer möglicherweise missbräuchlichen Nutzung der Transaktionsdaten externer Händler durch Amazon befasste sich das Bundeskartellamt dagegen explizit nicht.⁸⁸

⁸⁵ Die Unterscheidung spiegelt nicht notwendigerweise die gesellschaftsrechtliche Struktur von Amazon wider. Für die Zwecke dieser Ausführungen ist dies aber auch nicht zwingend erforderlich.

⁸⁶ Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 29.11.2018, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/Shared-docs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.html?nn=3591568 [29.06.2019]; Weitere nationale Wettbewerbsbehörden befassen sich mit dem Verhalten von Amazon, nämlich die italienische AGCM, vgl. Pressemitteilung vom 16.04.2019, abrufbar unter <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2019/4/Amazon-investigation-launched-on-possible-abuse-of-a-dominant-position-in-online-marketplaces-and-logistic-services> [29.06.2019] und die österreichische BWB, vgl. Pressemitteilung vom 14.02.2019, abrufbar unter https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/ermittlungsverfahren_gegen_amazon_ingeleitet/ [29.06.2019], die die Ermittlungen aufgrund der geänderten allgemeinen Geschäftsbedingungen allerdings nicht weiterverfolgen wird, vgl. Pressemitteilung vom 17.07.2019, abrufbar unter https://www.bwb.gv.at/news/detail/news/bwb_informiert_amazon_aendert_geschaeftsbedingungen/ [07.08.2019]. Der luxemburgische Conseil de la Concurrence untersucht ebenfalls das Angebot von Plattformdienstleistern, allerdings ohne Amazon explizit zu nennen, vgl. Aufruf vom 01.04.2019, abrufbar unter <https://concurrency.public.lu/dam-assets/fr/actualites/2019/2019-4-1-Communique-services-en-ligne-.pdf> [07.08.2019].

⁸⁷ Bundeskartellamt, Fallbericht vom 17.07.2019, B2 – 88/18 – Amazon, S. 1; Die aktuelle Version der AGB ist abrufbar unter https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/G201190440?language=de_DE&ref=efph_G201190440_cont_G521 [20.08.2019].

⁸⁸ Bundeskartellamt, Fallbericht vom 17.07.2019, B2 – 88/18 – Amazon, S. 2.

Mit dieser Problematik setzt sich die Europäische Kommission in einem am 17. Juli 2019 eröffneten förmlichen Verfahren auseinander. Untersucht werden einerseits die Vereinbarungen zwischen Amazon und den Marketplace-Händlern, die es Amazon Retail erlauben, Daten externer Händler zu analysieren und zu nutzen, andererseits die Bedeutung der Daten bei der Auswahl von Produkten für die sogenannte „Buy Box“.⁸⁹ Richtigerweise muss die Kommission dabei zu dem Ergebnis kommen, dass sich Amazon kartellrechtswidrig verhält. Unter Umständen wird sie auch auf Fragen des Datenteilens eingehen. Unabhängig von seinem Ausgang macht das Kommissionsverfahren Erwägungen zu regulierungsrechtlichen Anpassungen keinesfalls obsolet.

Gleichzeitig ergibt sich aus unserer rechtlichen Analyse nämlich auch, dass der gegenwärtige Rechtsrahmen selbst unter voller Ausschöpfung seiner Potentiale nicht ausreicht, um den Wettbewerb auf E-Commerce-Plattformen nachhaltig zu gewährleisten. Dazu bedarf es vielmehr einer Verschärfung der kartellrechtlichen Marktkontrolle und weitergehender struktureller Maßnahmen, aufbauend auf Erweiterungen des kartellrechtlichen Maßnahmenkatalogs, durch sektorspezifisches Regulierungsrecht oder durch spezialgesetzliche Marktstruktureingriffe. Dem Teilen von Daten, als regulatorische Anordnung oder verbunden mit einer strukturellen Auslagerung, kommt dabei herausragende Bedeutung zu. Die erforderlichen Regulierungsoptionen werden im anschließenden vierten und fünften Teil dargelegt und bewertet.

3.1 Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Kern des Geschäftsmodells digitaler Plattformen ist es, Transaktionen zwischen Nutzern aus zumeist unterschiedlichen Nutzergruppen zu vermitteln.⁹⁰ Im E-Commerce Bereich sind typische Nutzergruppen digitaler Plattformen Händler/Hersteller, Endkonsumenten und Werbepartner.⁹¹ Von beiden Seiten gehen dabei positive indirekte Netzwerkeffekte aus (Abschnitt 2.2.1). Neue Methoden der Datenanalyse, Skaleneffekte sowie sich gegenseitig verstärkende Netzwerkeffekte haben dazu geführt, dass gerade im E-Commerce Sektor Plattformen sehr dynamisch gewachsen sind und jedenfalls eine dieser Plattformen erhebliche Marktmacht erlangen konnte (Abschnitt 2.1.2). Diese Marktmacht und die signifikanten Informationsasymmetrien können durch die Plattformen ausgenutzt werden, um missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen durchzusetzen. Im E-Commerce können davon sowohl Konsumenten als auch Händler betroffen sein.

Im Umgang mit **Händlern** und Konsumenten kann Marktmacht einer Plattform zu ungünstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen führen. Regelmäßig dürfte dies insbesondere dann der Fall sein, wenn Konsumenten nur eine Plattform für einen bestimmten Zweck benutzen (Single-Homing). Im Falle von E-Commerce-Plattformen würde dies die alleinige Nutzung einer Plattform zum Einkaufen von Waren bestimmter Kategorien beinhalten. In diesem Zusammenhang kann die Plattform eine Art Türsteherposition einnehmen: Sie allein hat in der Hand, welche Händler Zugang zu den (Single-Homing-) Konsumenten erhalten. Neben hohen Preisen für die Händler (zum Beispiel über Gebühren und Umsatzbeteiligungen) kann dies auch dazu führen, dass sich die Plattform unverhältnismäßig viele Rechte an oder eine unverhältnismäßig weite faktische Verfügungsmacht über die durch die Transaktion eines Verkäufers entstehenden Daten sichert beziehungsweise diese Daten komplett für sich behält.

⁸⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17.07.2019, abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_en.htm [07.08.2019].

⁹⁰ Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 8 f.

⁹¹ Werbepartner einer Plattform werden im Folgenden zur Vereinfachung nicht betrachtet. Jedoch sind Werbepartner eventuell besonders von ungünstigen AGB betroffen, da von ihnen keine positiven Netzwerkeffekte ausgehen. Vgl. Demary/Rusche, The Economics of Platforms, IW-Analyse Nr. 123, S. 16 ff.

Die Vermittlung sowie die Vergleiche von Produkten verschiedener Anbieter sind für **Konsumenten** auf E-Commerce-Plattformen in der Regel monetär betrachtet kostenlos. Durch die Suche auf den Webseiten und durch die vollzogenen Käufe fallen aber Daten über Konsumenten an, welche durch die Plattform genutzt werden können (Abschnitt 2.2.1). Als marktmächtige Plattform ist es besonders einfach, aufbauend auf einseitigen Bedingungen große Datenmengen von den Nutzern zu extrahieren. Selbst wenn die Nutzer die Bedingungen der Datenverarbeitung kennen und verstehen sollten und auch anderweitige Präferenzen haben sollten, können sie in dieser Situation nämlich nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblicher Kosten auf einen anderen Dienst ausweichen. Der Fall von Facebook kann exemplarisch zur Veranschaulichung dienen⁹²: Das Unternehmen sammelt Daten der eigenen Dienste und kombiniert diese dann mit Daten aus anderen Quellen, wie beispielsweise Webseiten mit einem Facebook-Like Button. Das Bundeskartellamt wertete die notwendige Einverständniserklärung der Nutzer zu dieser Praxis als missbräuchlich, weil die Nutzer aufgrund der Marktmacht der Plattform Facebook keine realistische Möglichkeit zum Widerspruch hätten.

Die Übervorteilung der Nutzer kann dann wiederum Auswirkungen auf die andere Marktseite, nämlich die Händler auf Amazon mit sich bringen. Anders ausgedrückt kann der Vorteil, den sich eine Plattform gegenüber ihren Nutzern oder Käufern verschafft, einen Nachteil für die freien Händler auf der anderen Marktseite mit sich bringen. Eine vertikal integrierte Plattform kann die erhobenen Daten nämlich im Wettbewerb mit den freien Händlern nutzen, die auf ihrer Plattform handeln, aber keine Möglichkeit haben, eine entsprechende Datenbasis aufzubauen. Der größere Datenschatz stärkt die ohnehin starke Stellung am Markt der dominanten Plattformen gegenüber Händlern weiter.

3.1.1 Transparenz hinsichtlich der Zuordnung und Verwendung von Transaktionsdaten im Verhältnis Händler/Plattform

Um dem Problem fehlender Transparenz in Bezug auf die Datennutzung, die Datenzuordnung und den Datenzugang zu begegnen⁹³, ist eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten in Kraft getreten, die ab Juli 2020 gilt. Nach dem insoweit zentralen Art. 7 Abs. 3 lit. a hat der Plattformanbieter den gewerblichen Nutzer in den AGB über eine differenzierte Behandlung bezüglich des Zugang zu Daten, „die gewerbliche Nutzer, Nutzer mit Unternehmenswebsite oder Verbraucher für die Nutzung der betreffenden Online-Vermittlungsdienste [...] zur Verfügung stellen oder die im Zuge der Bereitstellung dieser Dienste generiert werden“ zu informieren. Die gewerblichen Nutzer, im Falle des E-Commerce die freien Händler auf der E-Commerce-Plattform, sind außerdem darüber zu unterrichten, zu welchen Daten der Anbieter einerseits und der gewerbliche Nutzer andererseits Zugang haben, Art. 9 der Verordnung.

Eine solche Initiative ist generell zu begrüßen. Mehr Transparenz bei der Ausgestaltung der vertraglichen Regeln zur Datennutzung, zur Datenzuordnung und zum Datenzugang ist dringend geboten. Derzeit sind detaillierte Informationen für die Händler und für die Öffentlichkeit insgesamt nicht oder nur in unzureichendem Maße vorhanden. Die Verordnung könnte eine Transparenzlücke schließen, welche durch das Datenschutzrecht nicht adressiert wird. Das Datenschutzrecht, also die DSGVO auf europäischer Ebene und das BDSG auf nationaler, statuieren nämlich entsprechende Pflichten nur im Falle der Verarbeitung personenbezogener Daten. Außerdem regelt das Datenschutzrecht in erster Linie das Verhältnis zwischen Datenverarbeitern und Datensubjekten, also denjenigen, die von einer Datenverarbeitung betroffen sind. Nur mittelbar, etwa über das Wettbewerbsrecht und insoweit als potenzieller

⁹² Bundeskartellamt, Beschluss im Verwaltungsverfahren vom 06.02.2019, B6-22/16 – Facebook.

⁹³ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates, Erwägungsgrund 33.

Rechtfertigungsgrund zur Abwehr von im Übrigen gegebenen Ansprüchen, wird das Datenschutzrecht relevant für die nicht an der Datenverarbeitung beteiligten Parteien.

Weitestgehend unabhängig von der Ausgestaltung der Transparenzpflichten im Detail ist aber bereits absehbar, dass diese keinen signifikanten Beitrag zur Behebung struktureller Wettbewerbsdefizite leisten können. Ist ein Händler faktisch auf eine Plattform angewiesen, so ändert sein Wissen über die Zuweisung der Transaktionsdaten wenig; er bleibt auf die entsprechende Nutzung des Dienstes angewiesen. Transparenzpflichten können andere substantiellere kartell- und regulierungsrechtliche Werkzeuge damit nicht ersetzen. Gleichwohl kann aus gesteigerten Transparenzpflichten aber stärkeres öffentliches Bewusstsein erwachsen für eine eventuell sehr einseitige Marktpraxis. Ferner können die offengelegten Informationen wertvolle Impulse für die wettbewerbsrechtliche Aufbereitung der Geschäftspraktiken durch Behörden, Rechtspraxis und Wissenschaft mit sich bringen beziehungsweise die faktische Grundlage für die Verfolgung entsprechender rechtlicher Ansprüche bedeuten.

3.1.2 Materiellrechtliche Zuordnung von Daten im Verhältnis Händler/Plattform

Jenseits der Frage der Transparenz der Regelungen kann sich auch die materiellrechtliche Zuweisung der Daten im Rahmen rechtsgestaltender Allgemeiner Geschäftsbedingungen als unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners und damit als unwirksam und abmahnbar erweisen.⁹⁴ Eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB kann insbesondere aus der *alleinigen* Datenzuordnung an Amazon folgen. Es liegt nämlich nahe, dass eine solche Zuweisung unvereinbar ist mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

In seinen AGB lässt sich Amazon ein weitgehendes Nutzungsrecht und eine entsprechende Lizenz „zur Verwendung jeglicher Art aller [...] Materialien für die Programme oder andere Produkte oder Dienstleistungen von Amazon“ der Händler einräumen und stellt zusätzlich klar, dass es sich auch ohne Zustimmung des Händlers zur Nutzung berechtigt sieht, soweit dies ohne Lizenz möglich ist.^{95,96} Unter „Materialien“ fallen auch Daten und sonstige Informationen, die Amazon durch den Händler zur Verfügung gestellt werden.⁹⁷ Fraglich ist, was unter einem „zur Verfügung stellen“ zu verstehen ist. Die Datenschutzerklärung kann insoweit als Auslegungshilfe herangezogen werden: Nach dieser werden Informationen unter anderem dadurch zur Verfügung gestellt, dass Händler ihre Produkte und Dienstleistungen über Amazon Services anbieten.⁹⁸ Unterstellt man ein einheitliches Begriffsverständnis durch Amazon, so ist auch hier davon auszugehen, dass bereits im Angebot von Produkten auf der Plattform von Amazon ein „zur Verfügung stellen“ der dann unweigerlich anfallenden Transaktions- und Nutzerdaten liegen soll.

⁹⁴ Vgl. Peitz/Schweitzer, NJW 2018, 275, 279.

⁹⁵ https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/G201190440?language=de_DE&ref=efph_G201190440_cont_G521, Punkt 4 [25.08.2019].

⁹⁶ Zu beachten ist, dass Amazon diese Bestimmung im Zuge der durch das Bundeskartellamt bewirkten Anpassung der AGB im Vergleich zur Vorgängerregelung abgeschwächt hat, vgl. https://images-na.ssl-images-amazon.com/images/G/03/rainier/help/legal/BSA_EU_German_redlined.pdf, Punkt 4 [25.08.2019]. Zusätzlich wurde der ursprüngliche Punkt 15 gestrichen, der die Nutzungsmöglichkeiten der Händler in Bezug auf Transaktionsdaten erheblich einschränkte, vgl. https://images-na.ssl-images-amazon.com/images/G/03/rainier/help/legal/BSA_EU_German_redlined.pdf [25.08.2019]. Hier liegt die Vermutung nahe, dass dies mit Blick auf das Kommissionsverfahren geschehen ist, im Rahmen dessen auch die AGB von Amazon überprüft werden.

⁹⁷ https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/G201190440?language=de_DE&ref=efph_G201190440_cont_G521, Definitionen [25.08.2019].

⁹⁸ https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909010&ld=SCDESOLo-gin_dropdown#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A_SEC-TION_58728EF7358E4BF093F107D16E3E9451, Beispiele erhobener Informationen, Nr. 9 [23.06.2019].

Neuerdings besteht für die Händler die Möglichkeit, Amazon aufzufordern, ihre Materialien nicht mehr auf bestimmte Arten zu nutzen.⁹⁹ Dies könnte gegen eine einseitige Zuordnung der Daten zu Amazon sprechen. Andererseits spricht die rechtlich maßgebliche englische Version des Vertragstextes von „removal requests“¹⁰⁰, was nicht auf das Unterlassen von Datenanalysen, sondern lediglich auf eine Entfernung von Marken, Bildern u.ä. von der Amazon-Webseite hindeutet. Jedenfalls nach dem Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung¹⁰¹ ist davon auszugehen, dass sich die Aufforderungsmöglichkeiten der Händler auf von der Webseite entfernbare Inhalte beschränken.

Im Ergebnis bedeutet das, dass sich Amazon in den AGB der Plattform sämtliche anfallenden Daten zuweist, ohne der anderen Marktseite Zugriff auf diese Daten zu gewähren oder den Händlern eine entsprechende Vergütung zukommen zu lassen. Amazon unterscheidet insoweit nicht, ob es sich um Daten handelt, welche die Händler, die Nutzer, die Transaktionen oder die Umstände betreffen. Amazon differenziert nicht, ob es sich um bewusst übermittelte oder beiläufig erhobene Daten handelt. Schließlich lässt Amazon unberücksichtigt, ob einerseits Gründe gegen eine Teilung der Daten mit den Händlern vorliegen, wie etwa datenschutzrechtliche Belange Dritter, oder andererseits ein besonderes Interesse einen Zugriff der Händler auf die Daten rechtfertigen könnte.

Die Frage einer unangemessenen Benachteiligung hängt insbesondere von der Qualifikation des zugrundeliegenden vertraglichen Verhältnisses ab. Nach deutschem Recht weist der Vertrag zwischen E-Commerce-Plattformen und Händlern wesentliche Elemente der entgeltlichen Geschäftsbesorgung auf.¹⁰² Entsprechende Verträge sind geprägt von einer idealtypischen Fremdnützigkeit¹⁰³ der Betätigung. Insbesondere, weil der Geschäftsherr die Chancen und Risiken des Geschäfts trägt¹⁰⁴, sollen ihm und nicht dem Handelnden alle Vorteile aus dem Geschäft und alle das Geschäft betreffenden Informationen zustehen, §§ 675, 667, 666 BGB.¹⁰⁵ Die Herausgabepflicht ist dabei umfassend und betrifft alles, was aus der Geschäftsbesorgung erlangt wird, also was im inneren Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung steht.¹⁰⁶ Auch ein Datenbestand kann erlangt werden; auch Informationen müssen herausgegeben werden.¹⁰⁷

In der Funktion als Plattform bringt Amazon Marketplace Händler und Endkunden zusammen und bietet eine Infrastruktur und Services zur Abwicklung des Geschäfts an, ist aber selbst nicht an dem jeweiligen Vertrag beteiligt. Daten, die bei dieser Vertragsabwicklung anfallen, sind nur als Folge oder Nebenprodukt dieser Vertragsabwicklung verfügbar und damit als Vorteile aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Als Folge der Fremdnützigkeit kommt der Grundgedanke zum Ausdruck, dass der Handelnde abgesehen von seinem Entgelt keine Vorteile aus der Geschäftsbesorgung ziehen soll und auch nicht darüber entscheiden darf, Vorteile und Informationen für sich zu behalten. Darin ist ein wesentlicher Grundgedanke

⁹⁹ https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/G201190440?language=de_DE&ref=efph_G201190440_cont_G521, Punkt 4 [25.08.2019].

¹⁰⁰ https://sellercentral.amazon.co.uk/gp/help/external/201190440?language=en_GB&ref=efph_201190440_cont_201190440, Punkt 4 [25.08.2019].

¹⁰¹ Kollmann, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB – Schuldrecht, BGB § 305 c Rn. 33, für den unternehmerischen Verkehr siehe Rn. 38.

¹⁰² Hoeren, in: v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Teil „Klauselwerke“, E-Commerce-Verträge, Rn. 123.

¹⁰³ Schwab, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB – Schuldrecht, BGB § 675 Rn. 1.

¹⁰⁴ Ebenda.

¹⁰⁵ Teichmann, in: BeckOGK, Stand 01.04.2019, BGB § 675 Rn. 29.

¹⁰⁶ Wiese, in: Schulze et. al., Bürgerlicher Gesetzbuch, BGB § 667 Rn. 2.

¹⁰⁷ Schäfer, in: MüKoBGB, BGB § 667 Rn. 15.

der gesetzlichen Regelung zu sehen. Eine abweichende Vereinbarung in allgemeinen Geschäftsbedingungen würde vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls eine unangemessene Benachteiligung nahelegen und wäre damit unwirksam und abmahnbar.

Aufgrund einer Rechtswahlklausel unterliegen die Verträge zwischen Amazon und den Händlern aber luxemburgischem Recht.¹⁰⁸ Die Inhaltskontrolle der AGB kann daher nicht nach deutschem Recht erfolgen. Die Inhaltskontrolle nach luxemburgischem Recht kommt nicht zwingend zu den gleichen Ergebnissen und wendet nicht zwingend die gleichen Maßstäbe an, insbesondere, weil es sich um den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern handelt.¹⁰⁹ Die Richtlinie über „mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen“, RL 93/13/EWG, zur Harmonisierung der AGB-Kontrolle in der Union gilt nämlich nur für Verbraucherverträge. Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im B2B-Bereich bleibt dem Recht der Mitgliedsstaaten vorbehalten. Im Ergebnis kann die deutsche AGB-Inhaltskontrolle jedenfalls nicht fruchtbar gemacht werden, um wettbewerbliche Benachteiligungen der Händler auf Amazon Marketplace zu adressieren und Daten zugänglicher zu machen.

Auch wenn sich Gründe dafür anführen ließen, eine entsprechende Rechtswahl in AGB durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als missbräuchlich zu erachten, etwa weil solche Klauseln in ihrer konkreten Form nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung durchgesetzt werden konnten, hat das Bundeskartellamt dieses Element im Ergebnis nicht beanstandet. Zwar verzichtet Amazon nunmehr aufgrund wettbewerbsrechtlicher Bedenken auf die Festlegung Luxemburgs als ausschließlichem Gerichtsstand, die Wahl des luxemburgischen Rechts hat das Bundeskartellamt aber als durch sachliche Gründe gerechtfertigt angesehen.¹¹⁰ Somit findet die deutsche Inhaltskontrolle keine Anwendung auf das Verhältnis zwischen Händlern und Amazon.

Diese Situation sollte zum Anlass genommen werden, auf europäischer Ebene über eine plattformsspezifische Standardisierung der materiellen Kontrolle der Zugangsbedingungen für gewerbliche Nutzer nachzudenken. Die Arbeiten des Platform Observatory¹¹¹ könnten regulatorische Impulse liefern. Vorbild könnte insoweit die neue Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten sein. Der bewusste Verzicht auf materiell-rechtliche Regelungen bezüglich des Zugangs zu Daten – eine solche war im Abstimmungsprozess vorgeschlagen worden¹¹² – in dieser Verordnung¹¹³ sollte dabei hinterfragt werden.

3.2 Kartellrechtliche Ansprüche auf Teilhabe an Plattformdaten

Wie bereits in Abschnitt 2.2.2 dargestellt, können Daten auf vielfältige Weise von mehreren Nutzern gleichzeitig positiv genutzt werden. Damit dies jedoch tatsächlich geschehen kann, ist es zunächst notwendig, über den Zugang zu den entsprechenden Daten zu verfügen. Digitalen Plattformen kommt bei der Erhebung von Daten eine Schlüsselrolle zu: Durch ihre Position als Mittler zwischen verschiedenen Nutzergruppen hat eine digitale Plattform Zugang zu den entsprechenden Daten all ihrer Nutzergruppen. Dies zieht typischerweise nach sich, dass sie anfallende Daten nicht nur für die Abwicklung von Transaktionen zwischen dritten Händlern und Nutzern auf der Plattform, sondern auch für ihren eigenen

¹⁰⁸ https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/G201190440?language=de_DE&ref=efph_G201190440_cont_G521, Punkt 17 [25.08.2019].

¹⁰⁹ Vgl. Ancel, Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, Rn. 395.

¹¹⁰ Bundeskartellamt, Fallbericht vom 17.07.2019, B2 – 88/18 – Amazon, S. 3.

¹¹¹ Siehe <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetail&groupId=3607&NewSearch=1&NewSearch=1> [25.08.2019].

¹¹² Stellungnahme des Ausschusses für Verkehr und Tourismus vom 23.11.2018, Änderungsantrag 58.

¹¹³ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates, Erwägungsgrund 35.

Geschäftserfolg nutzen kann. Dies gilt im Besonderen für vertikal integrierte Plattformen die neben der Vermittlung fremder Transaktionen auch selbst als Händler oder Diensteanbieter auftreten, wie etwa Amazon.

Potenzielle Praktiken marktbeherrschender Plattformen in diesem Zusammenhang beziehen sich zunächst etwa darauf, dass die Plattform durch die Auswertung von Daten voraussichtlich erfolgreiche Produkte inklusive eines entsprechenden Preises identifiziert, anschließend selbst anbietet¹¹⁴ sowie Händler mit ähnlichen Produkten gar nicht oder erst mit Verzögerung zulässt. Außerdem können Daten und daraus generierte Information selektiv an bestimmte Anbieter weitergegeben werden, wodurch diesen ein Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten ohne entsprechende Ressourcen zukommt. Ferner hängt der Geschäftserfolg eines Händlers auch davon ab, wie prominent seine Produkte als Ergebnis einer Produktsuche seitens eines Konsumenten angezeigt werden. Mit der Auswahl, welche Daten in das Ranking eingehen sowie welche Daten den Konsumenten angezeigt werden, kann die Plattform eigene Verkäufe positiv beeinflussen. Dadurch kann die Plattform unter Umständen den Wettbewerb auf sowie den Zugang zu angeschlossenen sowie angrenzenden Märkten beeinflussen.

Ob Amazon die auf Amazon Marketplace gesammelten Daten in missbräuchlicher Weise nutzt, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, ist Gegenstand des kürzlich von der Europäischen Kommission eingeleiteten Verfahrens. Die Ergebnisse der vorläufigen Untersuchung deuten darauf hin, dass Amazon wettbewerbsrelevante Daten über Marketplace-Händler, deren Produkte und die auf dem Marketplace stattfindenden Transaktionen nutzt.¹¹⁵ Es bleibt abzuwarten, ob die Europäische Kommission ein entsprechendes Verhalten nachweisen kann. Händler und Berater sollen jedenfalls schon vor Einleitung des Verfahrens die steigenden Kosten für den Zugang zu Daten und Werbe-Services kritisiert haben.¹¹⁶

Zugangsansprüche für die durch eine Plattform erhobenen Daten können sich im Falle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung grundsätzlich aus dem deutschen und dem europäischen Kartellrecht ergeben. Gem. Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 sind beide Rechtsregime nebeneinander anzuwenden, wobei die Mitgliedsstaaten zur Unterbindung einseitiger Handlungen strengeres nationales Wettbewerbsrecht erlassen und anwenden dürfen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003, § 22 Abs. 3 GWB). Ist der Tatbestand des Art. 102 AEUV erfüllt, kann die Europäische Kommission das marktbeherrschende Unternehmen verpflichten, die Zuwiderhandlung abzustellen, Art. 7 der VO (EG) Nr. 1/2003, also beispielsweise die Pflicht zum Teilen von Daten anordnen.¹¹⁷ Die nationale Kartellbehörde kann gem. § 32 GWB Verstöße gegen nationales (§ 19 GWB) oder europäisches Kartellrecht ahnden. Zudem bestehen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB.¹¹⁸ In dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, kann das Bundeskartellamt nach § 32a Abs. 1 GWB von Amts wegen auch einstweilige Maßnahmen anordnen. Gerade auf

¹¹⁴ Vgl. Bond, Financial Times vom 20.09.2018, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/c82ce968-bc8a-11e8-94b2-17176fbf93f5> [20.06.2019]; vgl. van Dorpe, abrufbar unter <https://www.politico.eu/article/amazon-europe-competition-giveth-and-amazon-taketh-away/> [20.06.2019]; vgl. Khan, The Separation of Platform and Commerce, 119 Columbia Law Review 973 (2019), S. 992.

¹¹⁵ Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 17.07.2019, abrufbar unter https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4291_en.htm [07.08.2019].

¹¹⁶ Bond, Financial Times vom 20.09.2018, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/c82ce968-bc8a-11e8-94b2-17176fbf93f5> [20.06.2019].

¹¹⁷ Siehe zu den möglichen Maßnahmen Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 67 f.

¹¹⁸ Siehe zum Anspruchsinhalt Wolf, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 208 f.

europäischer Ebene rücken die entsprechenden, sogenannten „Interim Measures“ derzeit in den Fokus des Interesses.¹¹⁹

Sowohl in den Mitgliedsstaaten als auch auf europäischer Ebene waren Datenbestände und deren Zugänglichkeit bereits Gegenstand von behördlichen Entscheidungen und Gerichtsurteilen. Ein Beispiel für entsprechende kartellrechtliche Zugangsansprüche mit Bezug zur Nutzung von Daten ist der folgende Fall eines Energielieferanten: Die französische Autorité de la concurrence stellte einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung fest, weil ein Energielieferant unter anderem Kundendaten zur Verbesserung seiner Marktstellung nutzte, die er ursprünglich aus einer Stellung als staatlicher Monopolist erlangt hatte.¹²⁰ Das Unternehmen wurde dazu verpflichtet, bestimmte Daten zu objektiven, transparenten und diskriminierungsfreien Konditionen mit seinen Konkurrenten zu teilen.¹²¹ Inhaltlich entspricht das im Wesentlichen den sogenannten FRAND-Bedingungen (fair, reasonable, and non-discriminatory), wie sie aus der kartellrechtlichen Praxis bezüglich standardessentieller Patente bekannt sind.¹²²

Ein anderes Beispiel betrifft eine Entscheidung der Europäischen Kommission:¹²³ Diese hat das Teilen von Daten als Lösung im Rahmen einer kartellrechtlichen Problematik im Kontext der Fusionskontrolle anerkannt. Bei dem geplanten Zusammenschluss zweier Daten- bzw. Informationshändler bestand die Gefahr einer Marktabschottung.¹²⁴ Als Gegenmaßnahme gaben die Beteiligten die Zusage ab, eine Kopie der entsprechenden Datenbanken zu verkaufen und sich zu bemühen, die Erwerber bei der Erlangung der notwendigen Zustimmung für die Verwendung der Informationen zu unterstützen sowie für einen bestimmten Zeitraum inhaltliche Aktualisierungen vorzunehmen. Ferner wurden zusätzliche Maßnahmen zugesichert, die gewährleisten sollten, dass die Datenbanken von den Erwerbern selbst fortgeführt werden konnten.¹²⁵ Eine verwandte Strategie verfolgte die Kommission etwa gegenüber Microsoft: Das Unternehmen wurde verpflichtet, Informationen zur Interoperabilität zur Verfügung zu stellen. Durch die Interoperabilität sollte auf den angrenzenden Märkten Wettbewerb ermöglicht werden.¹²⁶

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass zur Gewährleistung von Wettbewerb auf datengetriebenen Märkten bereits auf das Instrument des Teilens von Daten bzw. Informationen zurückgegriffen wurde. Jedenfalls abstrakt ist das Kartellrecht auch geeignet, Wettbewerbsverzerrungen in der Datenökonomie zu begegnen. Das Kartellrecht mit seinen spezifischen Aufgreifkriterien und insbesondere seinem Charakter als ex post Regulierung ist aber trotz der Möglichkeit einstweilige Maßnahmen zu treffen, nicht zwingend auch hinreichend, um einen funktionierenden Wettbewerb zwischen und auf Plattformen zu gewährleisten.

¹¹⁹ Toplensky, Financial Times vom 27.06.2019, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/d2796956-981b-11e9-8cfb-30c211dcd229> [30.06.2019].

¹²⁰ Autorité de la concurrence, Décision n° 14-MC-02 du 9 sep. 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, abrufbar unter www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14mc02.pdf, Rn. 174 [15.05.2019].

¹²¹ Ebenda, S. 52.

¹²² Osterrieth, Patentrecht, Rn. 972.

¹²³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 19.02.2008, COMP/M.4726 – Thompson Corporation/Reuters Group, Rn. 480 ff.

¹²⁴ Ebenda, Rn. 422.

¹²⁵ Ebenda, Rn. 480; vgl. auch Europäische Kommission, Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen vom 22.10.2008, Rn. 62 ff.

¹²⁶ EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04 – Microsoft.

Wesentliches Aufgreifkriterium des Kartellrechts ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Grundsätzlich gilt¹²⁷: Nur, soweit eine solche marktbeherrschende Stellung gegeben ist, können sich kartellrechtliche Ansprüche oder Pflichtenstellungen ergeben. Die Logik hinter dieser Eingriffsschwelle ist einfach: Liegt keine marktbeherrschende Stellung vor, so geht das Gesetz grundsätzlich davon aus, dass der Markt sich selbst reguliert und korrigiert. Verbleibende Sonderprobleme werden regelmäßig durch spezifisches Regulierungsrecht erfasst. Um das kartellrechtliche Potenzial zur Behebung der wettbewerblichen Herausforderungen zu bestimmen, wird im Folgenden erörtert, ob und inwieweit Amazon eine marktbeherrschende Stellung mit einer entsprechenden Verantwortungsstellung im Wettbewerb zukommt.

3.2.1 Amazon als Marktbeherrscher

Wie bereits in Abschnitt 2.1.1 bei der Analyse des E-Commerce in Deutschland deutlich wurde, kommt als marktbeherrschende Plattform vor allem Amazon Marketplace in Frage, auf die 2017 46 Prozent der Umsätze im E-Commerce entfielen.¹²⁸ Für eine Entscheidung, ob Amazon aber auch tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung im kartellrechtlichen Sinne innehat, müssen zunächst die zur Bestimmung einer solchen Stellung relevanten Kriterien herausgearbeitet werden. Ob Amazon diese Kriterien erfüllt, wird dabei insbesondere auch von der Würdigung der Tatsache abhängen, dass Amazon eine Plattform für Händler ist, Dienstleistungen für Verkäufer auf seinem Marktplatz anbietet sowie selbst als Händler auftritt (Abbildung 2-14). Das heißt, es muss determiniert werden, ob und inwieweit diese Märkte getrennt betrachtet oder als Gesamtheit analysiert werden müssen (vgl. Abschnitt 2.2.1).

Für ein Unternehmen ergibt sich aus einer marktbeherrschenden Stellung eine besondere Verantwortung, den Wettbewerb auf dem entsprechenden oder gegebenenfalls einem angrenzenden Markt durch sein Verhalten nicht zu beeinträchtigen.¹²⁹ Diese besondere Verantwortung ist Rechtfertigung für die Eingriffe in die unternehmerische Freiheit des Marktbeherrschers und Pflichtenprogramm zugleich. Auf das Wesentlichste reduziert folgt aus der marktmächtigen Stellung, eben diese Stellung nicht zum Nachteil anderer auszunutzen. Das Recht tritt an die Stelle des insoweit funktionsunfähigen Wettbewerbs und nimmt dessen im Allgemeinen verhaltensdisziplinierende Rolle ein.

Nach ständiger Rechtsprechung von EuGH und EuG ist mit einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 102 AEUV „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“¹³⁰ Durch die marktbeherrschende Stellung muss ein Wettbewerb zwar nicht ausgeschlossen werden, das Unternehmen muss aber in der Lage sein, die Bedingungen, unter denen sich Wettbewerb entwickeln kann,

¹²⁷ § 20 GWB erweitert den Adressatenkreis auf Unternehmen, zu denen kleine und mittlere Unternehmen in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stehen (relative Marktmacht) und solche, die gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen überlegene Marktmacht haben.

¹²⁸ HDE, Handel digital. Online-Monitor 2018, S. 18.

¹²⁹ Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 09.11.1983, C-322/81 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin, Rn. 57; EuGH, Urteil vom 06.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca, Rn. 98.

¹³⁰ U.a. EuGH, Urteil vom 14.02.1978, Rs. 27/76 – United Brands, Rn. 63 ff.; EuGH, Urteil vom 13.02.1979, Rs. 85/76 – Hoffmann-La Roche, Rn. 38; EuG, Urteil vom 01.07.2010, T-321/05 – AstraZeneca, Rn. 239; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 06.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca; EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 229.

zu bestimmen oder wenigstens zu beeinflussen.¹³¹ Die Definition der marktbeherrschenden Stellung in § 18 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass einem Unternehmen Verhaltensspielräume zukommen, die sich daraus ergeben, dass es an einem (hinreichend intensiven) Wettbewerb fehlt.¹³²

3.2.1.1 Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung ist der Ausgangspunkt jeder kartellrechtlichen Analyse: Die Feststellung einer beherrschenden Stellung setzt unweigerlich die Abgrenzung eines kartellrechtlich relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht voraus (siehe auch § 18 Abs. 1 GWB). Anders ausgedrückt, muss sich die jeweilige Handlung nach dem Marktmachtkonzept auf dem relevanten Markt auswirken.¹³³ Die Umgrenzung des Marktes spiegelt die Substituierbarkeit, also Ersetzbarkeit, der entsprechenden Güter wider. Wettbewerbsdruck entsteht nur soweit die entsprechenden Wirtschaftsgüter hinreichend substituierbar sind.

3.2.1.1.1 Sachliche Marktabgrenzung

AEUV: Nach der Rechtsprechung umfasst der sachlich relevante Markt „alle Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen oder Dienstleistungen nur in geringem Maße austauschbar sind“.¹³⁴ Damit besteht ein Markt aus „sämtliche[n] Erzeugnisse[n] und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar und substituierbar angesehen werden“.¹³⁵ Relevant sind dabei u.a. Kriterien wie die Qualität und der Preis eines Produktes, seine Verfügbarkeit im Markt, Verbraucherpräferenzen oder Marktzutrittsschranken für neue Wettbewerber.¹³⁶ Das durch die Institutionen definierte Bedarfsmarktkonzept orientiert sich insbesondere an der sogenannten Kreuzpreiselastizität, nach der es darauf ankommt, ob eine hypothetische Preissteigerung von 5-10 Prozent zu einem Ausweichen der Nachfrager führt.¹³⁷

GW B: Nach dem Bedarfsmarktkonzept erfolgt die Abgrenzung aus Sicht der Marktgegenseite.¹³⁸ Es kommt auf eine funktionelle Austauschbarkeit der Waren bzw. Dienstleistungen aus Sicht der Abnehmer zur Befriedigung gleicher Bedürfnisse an.¹³⁹ Einen einheitlichen Markt bilden also alle Waren bzw. Dienstleistungen, „die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage

¹³¹ EuGH, Urteil vom 13.02.1979, Rs. 85/76 – Hoffmann-La Roche, Rn. 39.

¹³² Lorenz, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, GWB § 18 Rn. 5.

¹³³ Lettl, Kartellrecht, § 3 Rn. 9.

¹³⁴ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, C-7/97 – Oscar Bronner, Rn. 33.

¹³⁵ Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 372/5 vom 09.12.1997, Rn. 7.

¹³⁶ Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 8.

¹³⁷ Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 372/5 vom 09.12.1997, Rn. 39 f.; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 18 Rn. 46; siehe außerdem Nachweise bei Füller, in: MüKoWettbR, Einleitung Rn. 1046.

¹³⁸ v. Merveldt/Berg, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, GWB § 36 Rn. 20, 22.

¹³⁹ BGH, Beschluss vom 16.01.2007, KVR12/06, Rn. 27, BGHZ 170, 299 – National Geographic II; Bardong, in: Lange/Bunte, § 18 Rn. 19.

zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.¹⁴⁰ Angesichts der in weiten Teilen übereinstimmenden Definition unterscheiden sich der nationale und der europäische Ansatz der Marktabgrenzung in der Anwendung im Regelfall kaum.¹⁴¹

3.2.1.1.2 Räumliche Marktabgrenzung

AEUV: Mit dem geografisch relevanten Markt ist das Gebiet gemeint, in dem die relevanten Produkte oder Dienstleistungen vertrieben werden. Die Wettbewerbsbedingungen müssen auf diesem Gebiet hinreichend homogen sein und es muss sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheiden.¹⁴² Zusätzlich erfordert Art. 102 AEUV, dass die beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil davon besteht. Hier kommt es in erster Linie auf eine wirtschaftliche Betrachtung an und das Merkmal ist weit auszulegen.¹⁴³ Ein Gebiet erfüllt das Merkmal, wenn es hinreichende Bedeutung für die Verwirklichung der Ziele der EU hat, welche sowohl wirtschaftlich, als auch politisch begründet sein können.¹⁴⁴ Schon das Gebiet eines einzelnen Mitgliedsstaates stellt häufig einen wesentlichen Teil des Binnenmarktes dar.¹⁴⁵

GWB: Ergänzenswert mit Blick auf die Anwendung nationalen Rechts erscheint vor allem die Klarstellung in § 18 Abs. 2 GWB, wonach ein räumlich relevanter Markt auch größer sein kann als das Bundesgebiet. Den räumlich relevanten Markt bilden alle Anbieter, die aus Sicht der Nachfrager zur Deckung eines bestimmten Bedarfs in räumlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁴⁶

3.2.1.1.3 Marktabgrenzung im Onlinehandel

Bei der Marktabgrenzung im E-Commerce sind die allgemeinen Kriterien zur Anwendung zu bringen. Amazon Marketplace interagiert mit einer Vielzahl von Geschäftspartnern auf einer Vielzahl von Märkten. Für die Fragen des Zugangs zur Plattform und einer denkbaren Verpflichtung zum Teilen von Daten ist das Verhältnis von Amazon zu den auf Amazon Marketplace auftretenden Händlern relevant. Es geht um den Vertriebsweg der Händler über die Amazon Plattform.

Mithilfe des Onlinevertriebs werden andere, oft regional deutlich weiter gestreute Zielgruppen erreicht als im stationären Handel. Die Marketingstrategien unterscheiden sich signifikant. Weil der Onlinehandel je nach Produktparte sehr unterschiedlich weit entwickelt ist, lassen sich online und offline jeweils nicht dieselben Produktpaletten in gleicher Weise vertreiben. In diesem Kontext muss insbesondere die unterschiedliche Reichweite von On- und Offlineangeboten gewürdigt werden. Die hypothetischen

¹⁴⁰ Z.B. BGH, Urteil vom 24.10.1995, KVR 17/94, Rn. 10, WuW/E BGH 3026, 3028 – Backofenmarkt; BGH, Beschluss vom 21.12.2004, KVR 26/03, Rn. 18, WuW/E DE-R 1419, 1423 – Deutsche Post/trans-o-flex.

¹⁴¹ Vgl. Emmerich, Kartellrecht, § 27 Rn. 12; vgl. Füller, in: MüKoWettbR, Einleitung Rn. 1034 und die Nachweise zur europäischen und deutschen Praxis, Einleitung Rn. 1052.

¹⁴² Europäische Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 372/5 vom 09.12.1997, Rn. 8; EuGH, Urteil vom 14.02.1978, Rs. 27/76 – United Brands, Rn. 10; Europäische Kommission, Entscheidung vom 02.06.2004, COMP/38.096 – Clearstream, Rn. 196.

¹⁴³ Berg, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 26.

¹⁴⁴ De Bronett, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 22 Rn. 17.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 09.11.1983, C-322/81 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin, Rn. 102 f.; EuGH, Urteil vom 26.11.1998, C-7/97 – Oscar Bronner, Rn. 36; Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 37.

¹⁴⁶ Bundeskartellamt, Beschluss vom 13.8.2015, B9 – 48/15 – Wessels&Müller/Trost u.a., Rn. 99; Bardong, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 Rn. 44.

Kosten eines Umstiegs sind erheblich; oftmals lässt sich ein Vertriebswechsel wirtschaftlich gar nicht sinnvoll umsetzen und zwar in beide Richtungen. Auch der Onlinehandel über Plattformen verlangt nach einer bestimmten Infrastruktur, die nicht jeder Offlinehändler ohne Weiteres aufbauen könnte. Insgesamt sind deshalb aus der **Sicht eines Händlers Onlinehandel und Offlinehandel als Vertriebswege nicht substituierbar**. Die bestehende Marktstruktur untermauert dieses Ergebnis und es liegen hinreichende Indizien dafür vor, dass die beiden Vertriebswege komplementär zu betrachten sind. Im Jahr 2017 entfielen 31,8 Prozent der Onlineumsätze auf Onlinehändler mit stationärer Basis.¹⁴⁷ Umgekehrt „betreiben einstige Versender und Internet-Pure-Player [inzwischen] eigene stationäre Geschäfte“.¹⁴⁸

Des Weiteren wurde in den Abschnitten 2.1.2 und 2.2.1 herausgearbeitet, dass auch innerhalb des E-Commerce verschiedene Geschäftsmodelle existieren. Aus **Sicht eines Händlers sind das Angebot auf E-Commerce-Plattformen und der Betrieb eines eigenen Onlineshops keine Substitute**. Während eine E-Commerce-Plattform die Geschäftsbedingungen vorgibt und Provisionen verlangt, entfallen diese Vorgaben bei einem eigenen Onlineshop. Dafür ermöglichen Plattformen den direkten Zugang zu einer großen Anzahl an möglicherweise internationalen Nachfragern, die auch mit Hilfe von fortgeschrittenem SEO nicht erreicht werden kann. Amazon genießt einen erheblichen Vertrauensvorsprung im Markt gegenüber Einzelanbietern und dieser schlägt über Amazon Marketplace und das dortige Rating System unmittelbar auf die Händler durch. Die hohen Fixkosten einer Plattform spielen für den einzelnen Händler aufgrund von Skaleneffekten kaum eine Rolle. Im Unterschied dazu müssen bei einer eigenen Webseite die Entwicklungs- und Betriebskosten in voller Höhe allein getragen werden.¹⁴⁹ Dazu kommen Kosten für Marketing, um eine Kundenbasis in ausreichender Größe zu erreichen. Diese Kosten lohnen sich nur bei großen und/oder bekannten Händlern und selbst für diese ist es bei der Adressierung von Kunden in anderen Staaten von Vorteil, auf die Dienste einer etablierten Plattform zurückzugreifen.

Produkte können über eine eindeutige Identifikationsnummer (ASIN) unproblematisch eingestellt werden; eine gesonderte Beschreibung des Produkts ist nicht erforderlich. Amazon bietet außerdem die Abwicklung des Zahlungsverkehrs im Paket mit dem Plattformauftritt an. Beides erleichtert die Durchführung von Verkäufen in hohem Maße und trägt dazu bei, diese effizient zu gestalten. Eine geringfügige Kostenänderung oder entsprechende Veränderung der Geschäftsbedingungen auf einer E-Commerce-Plattform dürften im Normalfall nicht dazu führen, dass die Einrichtung des eigenen Onlineshops unter sonst gleichen Bedingungen eine tatsächliche Alternative für den jeweiligen Händler darstellt.

Die Dienste von Amazon als Plattform gegenüber den Händlern unterscheiden sich wiederum erheblich von den Diensten anderer Plattformen, die sich zuvorderst nicht an gewerbliche Händler wenden. Beispiele solcher Plattformen, die sich vornehmlich hinsichtlich beider Nutzerseiten an Verbraucher wenden, sind eBay Kleinanzeigen und Facebook Marketplace. Anders als bei Amazon stehen den Händlern dort nicht dieselben Abwicklungsdienste zur Verfügung, die eine gewerbliche Nutzung zum Verkauf in erheblichem Umfang attraktiv machen. Eine online-Abwicklung ist insoweit durch die Plattform selbst gar nicht vorgesehen oder zumindest nicht angeboten. Es ist von einem separaten sachlichen Markt für die gewerbliche Nutzung von E-Commerce-Plattformen auszugehen. Damit ist davon auszugehen, dass **in sachlicher Hinsicht ein Markt für E-Commerce-Plattformdienste gegenüber gewerblichen Händlern besteht**.

¹⁴⁷ HDE, Handel digital. Online-Monitor 2018, S. 18.

¹⁴⁸ Ebenda, S. 17.

¹⁴⁹ Dies gilt auch, wenn vergleichsweise günstige Vorlagen für die Einrichtung des Onlineshops genutzt werden. Diese stehen möglicherweise im Widerspruch zu einfacher Nutzbarkeit, Wiedererkennungswert und Individualität aus Sicht des Kunden und könnten in einem solchen Fall die Ausweitung des Kundenstamms beeinträchtigen.

In räumlicher Hinsicht ergibt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze einen nationalen Markt.

3.2.1.2 Marktbeherrschung

Wichtige Hinweise auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung geben die Marktanteile.

AEUV: Hohe Marktanteile, die über einen längeren Zeitraum bestehen, sind häufig ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung.¹⁵⁰ Einen besonders hohen Marktanteil nehmen EuG und EuGH bei mehr als 50 Prozent an.¹⁵¹ Ab einem Marktanteil von ca. 40 Prozent kann eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden, wenn weitere Umstände hinzukommen, z.B. ein hoher Marktanteilsabstand zum nächstgrößeren Wettbewerber.¹⁵² Ergänzend hat aber eine umfängliche Untersuchung der Marktverhältnisse zu erfolgen.¹⁵³ Hierzu zählen eine Bewertung der Struktur des Marktes, des Verhaltens der Marktbeteiligten und der tatsächlichen Marktergebnisse¹⁵⁴ sowie hohe Kosten des Marktzutritts für Dritte und andere Marktzutrittsschranken.¹⁵⁵

GWB: Zur Bestimmung der Marktmacht eines Unternehmens hat eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände stattzufinden. Anhaltspunkte bietet der nicht abschließende¹⁵⁶ Kriterienkatalog aus § 18 Abs. 3 GWB, der unter anderem den Marktanteil des Unternehmens nennt, ergänzt durch die in § 18 Abs. 3a GWB genannten Aspekte. Insbesondere die in § 18 Abs. 3a GWB aufgezählten Umstände sollen dazu beitragen, Wettbewerbsverhältnisse auf mehrseitigen Märkten im digitalen Zeitalter besser zu erfassen.¹⁵⁷ Bei einem Marktanteil von mindestens 40 Prozent greift die Marktbeherrschungsvermutung des § 18 Abs. 4 GWB.

Die Datenlage zur Bestimmung der präzisen Marktanteile von Amazon ist begrenzt (vgl. Abschnitt 2.1.2). Die folgenden Einschätzungen dienen daher vor allem einer vorläufigen Orientierung. Gleichwohl lassen sich aus den vorliegenden Daten durchaus bereits rechtlich relevante Schlüsse ziehen, insbesondere weil die vorliegenden Daten belastbare Mindestwerte für die Marktanteile nahelegen.

Amazon ist zweifelsohne **die für Händler bedeutendste E-Commerce-Plattform in Deutschland**. Im Jahr 2017 hatten der Marketplace- und der Retailbereich von Amazon gemeinsam einen Marktanteil von 46 Prozent am Umsatz im Onlinehandel (Abbildung 2-8). Dabei entfiel auf Dritthändler, die Amazon als Plattform nutzen, ein Marktanteil von 25 Prozent, mit seit Jahren wachsender Tendenz.¹⁵⁸ Gemäß Abschnitt 2.1.2 liegt in diesem Zusammenhang die Vermutung nahe, dass Amazon Marktmacht besitzt. Addiert man die Umsatzanteile mit der oben angeführten Argumentation, so greift die Marktbeherrschungsvermutung

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 13.02.1979, Rs. 85/76 – Hoffmann-La Roche, Rn. 41; EuG, Urteil vom 12.12.1991, T-30/89 – Hilti, Rn. 91; EuG, Urteil vom 01.07.2010, T-321/25 – AstraZeneca, Rn. 242; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 06.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca; Europäische Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 13 ff.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 03.07.1991, C-62/86 – AKZO, Rn. 60; EuG, Urteil vom 01.07.2010, T-321/25 – AstraZeneca, Rn. 243; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 06.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca.

¹⁵² Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV Art. 102 Rn. 91.

¹⁵³ Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 24.

¹⁵⁴ Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 24; Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, Rn. 1106.

¹⁵⁵ De Bronett, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 22 Rn. 26.

¹⁵⁶ Lorenz, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, GWB § 18 Rn. 23.

¹⁵⁷ BT-Drs. 18/10207, S. 48 f.

¹⁵⁸ HDE, Handel digital. Online-Monitor 2018, S. 17.

gemäß § 18 Abs. 4 GWB aufgrund eines ausreichend hohen Marktanteils. Jedoch selbst wenn angenommen wird, dass die einzelnen Geschäftsbereiche nicht als Ganzes gezählt werden können, ist vermutlich Marktmacht gegeben (siehe Abschnitt 2.1.2). Dafür spricht zusätzlich, dass Amazon der mit Abstand größte Online-Händler in Deutschland ist, der auch einen beträchtlichen Vorsprung gegenüber dem nächstgrößeren Konkurrenten aufweist (Abschnitt 2.1.1).

Weiterhin wurde deutlich, dass **Amazon in den Produktkategorien Bücher, Spielzeug & Freizeit sowie Elektronik & Computer besonders hohe Marktanteile hat**. Diese lagen im ersten Quartal 2018 zwischen 19,5 und 16,2 Prozent der Gesamtumsätze, also online und offline (Abbildung 2-9). Es bleibt unklar, wie groß diese Anteile ausschließlich bezogen auf die Onlineumsätze sind. Diese Produktsegmente sind jedoch allgemein vergleichsweise stark im Onlinehandel vertreten (Abbildung 2-4). So wurden in der Kategorie Consumer Electronics/Elektro im Jahr 2017 28,7 Prozent der Umsätze online erzielt. Von gleicher Kategorienabgrenzung ausgehend und die unterschiedlichen Zeitpunkte der Messung vernachlässigend, entspräche der Gesamtmarktanteil Amazons in diesem Bereich von 16,2 Prozent somit einem Marktanteil von 56,5 Prozent an den Onlineumsätzen des Segments. Diese sehr grobe Schätzung ist ein weiteres Indiz für Amazons Bedeutung und entsprechende Marktmacht auch innerhalb bestimmter Produktkategorien.¹⁵⁹

Im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Wirtschaft und mit Blick auf die Entstehung von Plattformen, die in großem Umfang Nutzerdaten sammeln ist die Frage in den Fokus der kartellrechtlichen Diskussion gerückt, welche **Bedeutung eine etwaige „Datenmacht“ für die marktbeherrschende Stellung** eines Unternehmens hat. Verwiesen werden kann insofern beispielsweise (keinesfalls abschließend) auf die Publikation „Big Data und Wettbewerb“ (2017) des Bundeskartellamts, das gemeinsame Papier „Competition Law and Data“ (2016) des Bundeskartellamts und der französischen Autorité de la Concurrence oder auch das 68. Hauptgutachten der Monopolkommission mit dem Titel „Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte“ (2015).

Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurde § 18 Abs. 3a GWB eingefügt. Nach § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB ist bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens neben anderen Faktoren auch sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten zu beachten. Diese Norm geht auf die Erkenntnis zurück, dass große Datenpools in der Plattformökonomie zur Entstehung und Verfestigung dominanter Marktpositionen beitragen können.¹⁶⁰ Größere Datensätze, die verschiedenartige Daten enthalten, lassen häufig mehr Erkenntnisse bezüglich der Nutzer zu als kleine und getrennte und ermöglichen so ein besseres Matchmaking und eine bessere Vermarktung der eigenen Produkte.¹⁶¹ Dieser Zugang zu Daten schafft Marktzutrittschranken für Wettbewerber, insbesondere auf Märkten mit indirekten Netzwerkeffekten (Abschnitt 2.2.1), die dazu führen können, dass sich die Wettbewerbsvorteile der großen Plattformen noch verstärken.¹⁶² So ist zu erwarten, dass der Zugang zu mehr Daten zu einer Verbesserung der Qualität des Angebots führt, was mehr Kunden anzieht und dem Unternehmen wiederum mehr Daten beschert und sich

¹⁵⁹ Aufgrund der Unterschiedlichkeit der verwendeten Produktkategorien in den beiden Quellen bietet sich eine solche überschlagsähnliche Rechnung für die anderen beiden Kategorien nicht an.

¹⁶⁰ Furman, Unlocking digital competition, S. 75; vgl. Europäische Kommission, COM(2016) 288 final, S. 15; vgl. Busch, Der Mittelstand in der Plattformökonomie, WISO Diskurs 08/2019, S. 7.

¹⁶¹ Martens, An Economic Policy Perspective on Online Platforms, Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper 2016/05, S. 5.

¹⁶² BT-Drs. 18/10207, S. 51; Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 364; Bundeskartellamt, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, B6-113/15, S. 95 f.; Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 4, 7; Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, S. 11; siehe auch https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en [20.05.2019].

auch auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Plattformen auswirken kann.¹⁶³ Weitere Vorteile ergeben sich aus besserer Prognosemöglichkeit in Bezug auf Nachfrage und Marktentwicklungen, was Effizienzsteigerungen in Produktion und Vertrieb der eigenen Güter erlaubt.¹⁶⁴

Dass großen Datenbeständen grundsätzlich wettbewerbliche Relevanz zukommen kann, lassen auch die Ausführungen der Europäischen Kommission zu den Fusionen Facebook/Whatsapp und Google/DoubleClick erkennen. Es wurde jeweils untersucht, ob eine potenzielle Kombination der Datenbestände zu einer kartellrechtlich relevanten Stärkung der Marktposition führen könnte.¹⁶⁵ Im Ergebnis wurde dies in beiden Fällen abgelehnt¹⁶⁶, was zeigt, dass ein großer Datenbestand nicht zwingend eine marktbeherrschende Stellung indiziert. Notwendig bleibt weiterhin eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalls¹⁶⁷ um die Bedeutung der konkret verfügbaren Daten für die Marktstellung des betroffenen Unternehmens zu ermitteln.¹⁶⁸ Beurteilungsmaßstab ist damit, ob Amazon Daten allgemein oder speziell im eigenen Retail-Bereich nutzen kann, um sich im Wettbewerb unabhängig zu verhalten.

Im Ergebnis resultiert aber aus der Kombination von Marktanteilen und besonderen Bedingungen der Plattformökonomie, insbesondere starker Netzwerkeffekte und der aus Daten resultierenden Potentialen eine **marktbeherrschende Stellung von Amazon Marketplace auf dem nationalen Markt für die gewerbliche Nutzung von E-Commerce-Plattformen.**

3.2.2 Datensammlungen als wesentliche Einrichtungen

Der Zugang zu Daten kann als „Schlüssel zur Teilnahme an der Wirtschaft“¹⁶⁹ angesehen werden. Im hier behandelten Kontext sind insbesondere die folgenden Kategorien von Daten relevant: Identifikations- und Kontaktdaten der Kunden, Daten bezüglich einzelner Transaktionen, Daten zur Geschäftsleistung, zum Nutzerverhalten sowie Analysen von Markttrends und der Marktentwicklung.¹⁷⁰ Aus dem Zugang zu diesen Daten ergeben sich diverse Vorteile, insbesondere der detaillierte Überblick über konkrete Klickzahlen oder Fluktuationen in der Nachfrage und die Möglichkeit präziser Anpassungen der Bepreisung und des Angebots. Die Datensammlung könnte damit für sich genommen eine wesentliche Einrichtung darstellen, zu der ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch besteht.

¹⁶³ Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 7 f.; Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, S. 13; Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 12; Furman, Unlocking digital competition, S. 23; Monopolkommission, Hauptgutachten XX, S. 65; Monopolkommission, 68. Sondergutachten, Tz. 394.

¹⁶⁴ Furman, Unlocking digital competition, S. 23.

¹⁶⁵ Europäische Kommission, Entscheidung vom 11.03.2008, COMP/M.4731 – Google/DoubleClick, Rn. 359 ff.; Europäische Kommission, Entscheidung vom 03.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, Rn. 164 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 03.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, Rn. 185 ff. und Europäische Kommission, Entscheidung vom 11.03.2008, COMP/M.4731 – Google/DoubleClick, Rn. 269 ff., Rn. 364 f.

¹⁶⁷ BT-Drs. 18/10207, S. 51; Nuys, WuW 2016, 512, 515; Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 364; Bundeskartellamt, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, B6-113/15, S. 95; ähnlich https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestage/announcements/making-data-work-us_en [20.05.2019].

¹⁶⁸ Siehe zu den relevanten Aspekten Bardong, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 18 Rn. 158; Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 364 f.; Nuys, WuW 2016, 512, 515; Bundeskartellamt, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, B6-113/15, S. 95; vgl. auch BT-Drs. 18/10207, S. 51; Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 7.

¹⁶⁹ Podszun/Kersting, ZRP 2019, 34, 37.

¹⁷⁰ Hausemer/Rabuel/Graux, Study on data in platform-to-business relations, S. 27.

3.2.2.1 Die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB

Nach dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Nr. 4 HS. 1 GWB handelt ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich, wenn es „sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden.“ Ein Missbrauch liegt allerdings nicht vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung „nicht möglich oder nicht zumutbar ist“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 HS. 2 GWB).

Notwendig ist zunächst die Existenz von zwei Märkten: Einerseits muss ein (hypothetischer) Markt für die Nutzung der Infrastruktureinrichtung bestehen, andererseits ein diesem vor- bzw. nachgelagerter Markt. Dabei darf es sich nicht um einen einheitlichen Markt handeln, die Märkte müssen aber in Beziehung zueinander stehen.¹⁷¹ Die Vorschrift betrifft außerdem nur Zugangsverweigerungen gegenüber solchen Unternehmen, die zumindest potenziell als Wettbewerber des Inhabers der Einrichtung auf einem vor- oder nachgelagerten Markt auftreten können.¹⁷² Im Fall von Amazon stellt der Markt um die Nutzung von E-Commerce-Daten den Markt der Infrastruktureinrichtung dar, während der nachgelagerte Markt der Markt für den gewerblichen Online-Absatz von Waren ist. Auf diesem stehen die Marketplace-Händler mit Amazon Retail in Konkurrenz.

3.2.2.1.1 Marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt

Adressaten des Missbrauchsverbots sind marktbeherrschende Unternehmen. Überzeugend erscheint es, jedenfalls eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt um die Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtung¹⁷³ ausreichen zu lassen.¹⁷⁴ Bislang ist aber vollkommen ungeklärt, wie eine Marktabgrenzung auf Datenmärkten dieser Art aussehen könnte. Eine Eingrenzung auf Daten, die Relevanz für E-Commerce aufweisen erscheint sinnvoll. Unternehmen wie Google und Facebook sammeln ebenfalls große Menge an Daten. Ob diese aus Sicht von Datennutzern ein Substitut für die von Amazon erhobenen Daten darstellen und damit zum gleichen Markt zu zählen sind, lässt sich nicht abstrakt beantworten. Obwohl Amazon sein Angebot inzwischen diversifiziert hat, lässt sein Geschäftsmodell aber mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vermuten, dass der Anteil von Daten mit Relevanz für E-Commerce im Datenbestand von Amazon deutlich höher liegt, als bei anderen Unternehmen mit datenbasierten Geschäftsmodellen, die heterogenere Daten erheben.

An dieser Stelle wird auch zwischen verschiedenen Datenkategorien zu differenzieren sein. Auf dem Markt um Daten, die die Einteilung von Nutzern in Zielgruppen erlauben oder deren Interessen betreffen liegt eine marktbeherrschende Stellung weniger nahe als bei solchen, die mit konkreten Käufen

¹⁷¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 27/04, Rn. 39, BGHZ 163, 296 – Arealnetz; Lettl, Kartellrecht, § 9 Rn. 72.

¹⁷² Thomas, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 20 Rn. 204; Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 433, 446; Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 71; Wiedemann, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 23 Rn. 236; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 331.

¹⁷³ BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 27/04, Rn. 39, BGHZ 163, 296 – Arealnetz.

¹⁷⁴ Vgl. Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 434; vgl. auch Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 72; vgl. Lettl, WuW 2011, 579, 582 und 589.

zusammenhängen oder hochaktuelles Feedback über das stattfindende Nutzerverhalten¹⁷⁵ (z.B. Betrachten eines bestimmten Artikels) liefern. Der Marktanteil Amazons auf dem Markt für Dienstleistungen von Verkaufsplattformen liefert ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Weiterer Klärung bedarf auch die Frage, ob Marktanteile und die üblichen Schwellenwerte geeignete Kriterien sind, um auf Märkten um die Nutzung von Daten Marktmacht feststellen zu können.

3.2.2.1.2 Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung

Das GWB erfasst in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB Netze und Infrastruktureinrichtungen und meint damit alle technischen und sonstigen Einrichtungen, die entweder dem Absatz von Waren und Dienstleistungen oder bereits deren Erbringung dienen.¹⁷⁶ Auch virtuelle Netze und Infrastruktureinrichtungen, wie beispielsweise Buchungssysteme, werden von der Definition erfasst.¹⁷⁷ Selbst Daten und Informationen als solche können grundsätzlich virtuelle Infrastruktureinrichtungen darstellen.¹⁷⁸ Um die Wesentlichkeit der Infrastruktureinrichtung bejahen zu können, muss es dem Zugangspetenten ohne den Zugang zu dieser aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen wirtschaftlich unmöglich sein, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden (Zugangsgrund). Dazu darf die Einrichtung weder duplizierbar noch substituierbar sein.¹⁷⁹

3.2.2.1.2.1 Fehlende Duplizierbarkeit

An der Duplizierbarkeit fehlt es, wenn die Einrichtung nicht durch andere vorhandene Einrichtungen ersetzt oder vom Zugangspetenten selbst geschaffen werden kann.¹⁸⁰ Dabei geht es nicht um eine theoretisch undenkbare, sondern um eine rechtlich oder tatsächlich, z.B. wirtschaftlich unmögliche Duplizierung. Diverse Gründe können gegen eine Nicht-Duplizierbarkeit von Datenbeständen angeführt werden. So sind wirklich einzigartige Daten eher selten.¹⁸¹ Teilweise wird daher angeführt, dass Daten jedenfalls keine wesentliche Einrichtung seien, solange nicht ausnahmsweise eine Exklusivität vorliege.¹⁸² Exklusivität könne bei (nicht-personenbezogenen) Daten angenommen werden, die nur vom Inhaber erstellt werden könnten und deswegen aufgrund rechtlicher oder faktischer Hindernisse nicht duplizierbar seien.¹⁸³ Personenbezogene Daten seien dagegen, auch aufgrund des Rechts auf Datenportabilität aus Art. 20 DSGVO¹⁸⁴, nicht exklusiv.¹⁸⁵ Daten, die bei der Beobachtung des Online-Verhaltens der Nutzer

¹⁷⁵ Wie viele und welche Daten tatsächlich erhoben werden können, hängt im Einzelfall immer von den Privatsphäre- bzw. Cookie-Einstellungen des jeweiligen Nutzers ab.

¹⁷⁶ Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 443; Thomas, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 20 Rn. 205.

¹⁷⁷ Lorenz, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 110; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB Rn. 324.

¹⁷⁸ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 19 GWB Rn. 322; vgl. Drexl, NZKart 2017, 415, 418; a.A. Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 158; Nuys, WuW 2016, 512, 516.

¹⁷⁹ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 326.

¹⁸⁰ Lorenz, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 112; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 226; Thomas, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 20 Rn. 209; Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 73.

¹⁸¹ https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en [20.05.2019].

¹⁸² Körber, ZUM 2017, 93, 99.

¹⁸³ Louven, NZKart 2018, 217, 220.

¹⁸⁴ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 102.

¹⁸⁵ Louven, NZKart 2018, 217, 221; vgl. auch Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf? ZEW Discussion Paper No. 17-043, S. 81.

anfallen, sollen nicht exklusiv sein, da sie von mehreren Unternehmen gesammelt werden, was sie – jedenfalls theoretisch – relativ leicht verfügbar macht.¹⁸⁶

Allein die Tatsache, dass Daten in ihrer Nutzung nicht rival sind (Abschnitt 2.2.2), führt jedoch nicht dazu, dass sie allen Wettbewerbern auch gleichermaßen zur Verfügung stehen.¹⁸⁷ Die Schaffung von großen Datensätzen kann mit hohen Kosten verbunden sein. Um unmittelbar auf solche Daten zugreifen zu können, müssten Wettbewerber eine ähnliche Plattform mit einer ausreichend großen Nutzerbasis erschaffen.¹⁸⁸ Eine hochfrequentierte Online-Plattform erlaubt es, einen wettbewerbsrelevanten Datenvorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern¹⁸⁹ und damit unüberwindbare Marktzutrittsschranken aufzubauen¹⁹⁰. Aus dem Zugriff auf überlegene Datensätze ergeben sich Möglichkeiten besserer, zielgerichteter Werbung, einer umfassenderen Ausschöpfung der Zahlungsbereitschaft der Kunden und präziserer Prognosen bezogen auf den nachgelagerten Markt.¹⁹¹

Entsprechend argumentierte das Bundeskartellamt im Fall von CTS Eventim: Die durch das Unternehmen aufgebaute Kundendatenbank sei für Konkurrenten auf dem Ticketsystemmarkt nicht duplizierbar, da ihre Online-Shops weniger frequentiert würden und sie dadurch über bedeutend weniger Kundendaten verfügten. Auch der Umstand, dass andere Unternehmen große Datenmengen sammeln, relativiere den Datenvorsprung solange nicht, wie diese nicht auf demselben Markt tätig würden.¹⁹² Ähnliches gilt für die Möglichkeit, Daten von Dritten zuzukaufen.¹⁹³ Für Funktionen wie die Bereitstellung relevanter Kaufvorschläge werden spezifische Daten gebraucht, die nicht unbedingt frei auf dem Markt verfügbar sind.¹⁹⁴ Die entsprechenden Datenströme und Datensammlungen könnten aus diesem Grund als einzigartig¹⁹⁵ und folglich nicht duplizierbar angesehen werden.

Zur näheren Bestimmung nicht duplizierbarer Arten von Daten bieten sich folgende Eingrenzungen an:

- **Gesamter Rohdatenbestand über Händler-Transaktionen/Amazon-Transaktionen**
Der gesamte Datenbestand einer Plattform kann durch einzelne Händler nicht erhoben werden. In seinem Umfang kann der Datensatz auch durch andere (nicht marktbeherrschende) Plattformen nicht geschaffen werden. Insoweit fehlt es an der Duplizierbarkeit.
- **Amazons Analyseergebnisse**
Die Ergebnisse der Datenauswertung der Rohdaten durch Amazon sind ebenso nicht duplizierbar. Insbesondere kleineren Händlern könnte ein Umgang mit den Analyseergebnissen eventuell

¹⁸⁶ Holzweber, NZKart 2016, 104, 109.

¹⁸⁷ Vgl. Früh, sic! 2018, 521, 522.

¹⁸⁸ Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, S. 37 f.; vgl. Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 7.

¹⁸⁹ Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 7; vgl. Bundeskartellamt, Beschluss im Verwaltungsverfahren vom 23.11.2017, B 6 – 35/17 – CTS Eventim, Rn. 190.

¹⁹⁰ Drexl, Designing Competitive Markets for Industrial Data, MPI Research Paper No. 16-13, S. 49; vgl. Khan, Amazon's Antitrust Paradox, Yale Law Journal, Vol. 126, 2017, S. 773.

¹⁹¹ Vgl. Bundeskartellamt, Beschluss im Verwaltungsverfahren vom 23.11.2017, B 6 – 35/17 – CTS Eventim, Rn. 192 ff.

¹⁹² Ebenda, Rn. 195.

¹⁹³ Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, S. 12.

¹⁹⁴ Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 271.

¹⁹⁵ Vgl. König, Der Zugang zu Daten als Schlüsselgegenständen der digitalen Wirtschaft, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 89, 90.

leichter fallen, als mit Rohdaten.

– **Echtzeitdaten/hochaktuelle Daten**

Dieser Subkategorie an Roh- oder Analysedaten kommt ein besonderer Wert zu. Echtzeitdaten beziehungsweise hochaktuelle Daten sind nicht duplizierbar. Freie Händler können die Daten selbst allerdings auf der Plattform wiederum vermutlich nur beschränkt isoliert nutzen. Eine Kooperation der Plattform wäre beim Einsatz der Daten nötig.

– **Transaktionsbezogene Daten über (eigene) Kunden**

Spezielle transaktionsbezogene Daten nur über die eigenen Kunden und Kundenbeziehungen sind für die Händler insoweit nicht duplizierbar, als diese Daten ausschließlich bei der Plattform anfallen.

– **Transaktionsbezogene Daten über die eigene Verkaufstätigkeit, die eigenen Produkte oder auch Interaktionen mit diesen, auf die keine Transaktion folgt** (also durch potenzielle Kunden, evtl. in anonymisierter Form) fallen in ihrer konkreten Form ebenfalls nur bei der Plattform an und sind insofern nicht duplizierbar.

Diese Arten von Daten stehen im Kontrast etwa zu **allgemeinen Persönlichkeitsprofilen, allgemeinen Marktkennzahlen oder sonstigen allgemeinen Erkenntnissen**. Für die entsprechenden Daten gibt es nämlich entweder eine Vielzahl von Quellen oder aber die darauf aufbauenden Informationen setzen bestimmte Daten gar nicht zwingend voraus. Insgesamt ist festzustellen, dass bestimmte, wirtschaftlich bedeutende Arten von Daten durch freie Händler nicht dupliziert werden können.

3.2.2.1.2.2 *Fehlende Substituierbarkeit*

Das engste Kriterium einer wesentlichen Einrichtung ist die Voraussetzung der fehlenden Substituierbarkeit. Eine Einrichtung ist nur dann nicht substituierbar, wenn der Zugang zum benachbarten Markt ohne den Zugang zur Einrichtung unmöglich ist.¹⁹⁶ Hierbei genügt es nicht, dass der Marktzugang durch die Nutzung der Infrastruktureinrichtung gegenüber anderen Zugangsmöglichkeiten bloß erleichtert oder beschleunigt wird.¹⁹⁷ Die Nutzung der Einrichtung muss für den Marktzugang vielmehr unerlässlich sein.¹⁹⁸ Nicht notwendig ist hingegen der Nachweis, dass durch die Weigerung jeglicher Wettbewerb ausgeschaltet wird, vielmehr muss die Weigerung nur *geeignet sein*, jeglichen *wirksamen* Wettbewerb auszuschalten. Die Existenz marginaler Tätigkeiten durch Wettbewerber in „Marktnischen“ widerlegt diese Eignung nicht.¹⁹⁹ Anders als bei Produkten, die auf einen bestimmten informationellen Input angewiesen sind, wie etwa Software, die auf einem Betriebssystem aufbaut und mit diesem kompatibel sein muss, haben Daten im E-Commerce aber eine ergänzende Funktion. Sie werden insbesondere zu Marketingzwecken oder für die Optimierung des Sortiments genutzt. Nur weil der Datenzugang die Marktposition der externen Händler verbessert, wird er allerdings noch nicht zwingend für die Teilnahme am nachgelagerten Markt.²⁰⁰

¹⁹⁶ Lorenz, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 112; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 226.

¹⁹⁷ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 326 f.; vgl. auch OLG Hamburg, Urteil vom 19.06.2002, 5 U 28/02 – Online-Ticketshop, WuW 2003, 514, 517 f.

¹⁹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 30.03.2011, KZR 6/09, Rn. 20, BGH NJW 2011, 2730, 2731.

¹⁹⁹ EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 563.

²⁰⁰ Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 10 f.

Etwas anderes könnte sich aber dann ergeben, wenn ohne einen Datenzugang zwar Zutritt zum Markt bestünde, der Zugangspetent in Wahrheit aber nicht als effektiver Wettbewerber auftreten könnte. Ohne den Datenzugang stellen die Marketplace Händler möglicherweise keine wirtschaftlich tragfähige Konkurrenz²⁰¹ dar und können keinen wirksamen Wettbewerbsdruck auf den Marktbeherrscher²⁰² ausüben. Aufgrund des besseren Datenzugriffs, der Amazon Informationen über seine Wettbewerber und deren Kunden liefert, könnte die Plattform einen einzigartigen, uneinholbaren Vorteil erlangen, der die erfolgreiche wettbewerbliche Betätigung für Marketplace-Händler unmöglich macht.²⁰³

Besondere Bedeutung kommt dabei den außergewöhnlich wertvollen **Echtzeit- bzw. nahe-Echtzeitdaten** (X hat im Moment Produkt Y in den Warenkorb gelegt) zu, die ein effektives Adressieren des Kunden erlauben. In gesteigertem Maße gilt dies vor allem für Echtzeit-Ortsdaten, soweit diese verwendet werden dürfen. Der Wert des entsprechenden Wissens und der Information ist zeitbezogen (Abschnitt 2.2.3).

Solange die Händler aber generell erfolgreich am Markt tätig sind, erscheint es insgesamt trotz einiger Hinweise auf erhebliche Nachteile beim Marktauftritt fraglich, ob Behörden und Gerichte in dem Datenbestand von Amazon oder einem Teil dessen auf der Grundlage der fehlenden Substituierbarkeit nach der derzeitigen Rechtslage eine wesentliche Einrichtung begründen würden. Dies bedeutet nicht, dass die freien Händler eine gleichwertige Chance im Wettbewerb hätten, also ein „Level Playing Field“ bestünde, sondern vielmehr nur, dass die engen Voraussetzungen der wesentlichen Einrichtung mit Blick auf den Datenbestand voraussichtlich nicht erfüllt sind.

3.2.2.1.3 Zugangsverweigerung

Eine Zugangsverweigerung ist gegeben, soweit Wettbewerber keinen Zugang zum entsprechenden Datenbestand erhalten, wobei schon die Verweigerung des Zugangs zu einem Teil der Einrichtung genügt²⁰⁴. Fest steht, dass die Händler Zugang zu gewissen Daten haben. Mangels entsprechender Transparenz der Angebote lässt sich nicht feststellen, welche Daten genau geteilt und welche komplett zurückgehalten werden. Aussagen dazu, ob die entsprechenden Preise eventuell überhöht oder gar prohibitiv sind, lassen sich nicht treffen. Berichte legen nahe, dass selbst Marken und Händler, die den Service Amazon Retail Analytics Premium zum Preis von mindestens \$ 100,000 pro Jahr nutzen, nicht zu allen von Amazon gesammelten und teilbaren Daten Zugang erhalten.²⁰⁵

Als weiterer Anhaltspunkt lässt sich eine Studie im Auftrag der Europäischen Kommission heranziehen, in der gewerbliche Plattformnutzer (verschiedener Arten von Plattformen) zu ihrem Datenzugang befragt wurden. Jeweils 26 Prozent der Befragten gaben dabei an, Zugang zu Daten über Transaktionen und zu Marktanalysen zu haben. Bloß 21 Prozent gaben dagegen an, auf Daten zum Nutzerverhalten zugreifen zu können. Zugang zu den Daten anderer Nutzer, wie z.B. potenzieller Kunden, werde nur in seltenen Fällen gewährt.²⁰⁶ Ferner gaben in einer Eurobarometer-Studie zur Nutzung von Online-

²⁰¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 21.04.2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft, Rn. 1064.

²⁰² EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 355 f.

²⁰³ Furman, Unlocking digital competition, S. 34.

²⁰⁴ Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 443.

²⁰⁵ Creswell, New York Times vom 23.06.2018, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2018/06/23/business/amazon-the-brand-buster.html> [21.06.2019]; Bond, Financial Times vom 20.09.2018, abrufbar unter <https://www.ft.com/content/c82ce968-bc8a-11e8-94b2-17176fbf93f5> [20.06.2019].

²⁰⁶ Hausemer/Rabuel/Graux, Study on data in platform-to-business relations, S. 39.

Plattformen durch KMU 42 Prozent der Befragten an, von Online-Marktplätzen nicht die Daten zu erhalten, die sie eigentlich bräuchten.²⁰⁷

Die Ergebnisse deuten darauf hin, dass die freien Händler keinen hinreichenden Zugang zu relevanten Daten erhalten können. Der Datenzugang wird wohl nur soweit gewährt, wie bessere Leistungen der gewerblichen Nutzer der Plattform einen Vorteil bringen, z.B. zu einer höheren Zahl an Transaktionen führen, aber nicht soweit, dass diese eine ernstzunehmende Konkurrenz darstellen.²⁰⁸

3.2.2.1.4 Rechtfertigung der Verweigerung

Inhaber wesentlicher Einrichtungen können rechtfertigende Gründe dafür vorbringen, keinen Zugang zu diesen zu gewähren. Ein naheliegender und im Regelfall valider Grund einer Zugangsverweigerung kann die tatsächliche Unmöglichkeit aufgrund von Kapazitätsgrenzen sein.²⁰⁹ Daten sind aber nicht rival und die Übertragung bedeutet keine signifikanten zusätzlichen Herausforderungen für die ohnehin vorhandenen Infrastruktur. Der Einwand, dass ein Infrastrukturihaber den Wettbewerb gegen sich selbst nicht fördern müsse, greift jedenfalls im Fall von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht ein.²¹⁰

Unter Umständen kann die Zugangsgewährung aber unzumutbar sein. Diese Unzumutbarkeit ist anhand einer Interessenabwägung unter Maßgabe der Zielsetzung des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs zu schützen, zu bestimmen.²¹¹ Auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens ist dabei grundsätzlich jedes Interesse zu berücksichtigen, das nicht rechtswidrig ist, insbesondere das unternehmerische Interesse an der freien Gestaltung des eigenen Geschäftsbetriebs.²¹² Auf der anderen Seite sind diejenigen Interessen geschützt und in die Abwägung einzustellen, die sich gegen eine Beeinträchtigung der eigenen Wettbewerbsfreiheit durch ein marktmächtiges Unternehmen richten, wie etwa die Freiheit des Marktzugangs und die Chancengleichheit im Verhältnis zu anderen Unternehmen.²¹³ Bei der anschließenden Abwägung sind die Ziele des nationalen und europäischen Wettbewerbsrechts einzubeziehen, insbesondere der Normzweck des Missbrauchsverbots.²¹⁴ Dieser Normzweck umfasst eine „umfassende Offenhaltung der Märkte“²¹⁵ und den Schutz des Wettbewerbs als Prozess.

Insbesondere das berechtigte Interesse am Schutz von Geschäftsgeheimnissen kann eine Ausnahme vom anderweitig bestehenden Zugangsanspruch rechtfertigen.²¹⁶ Es ergibt sich zwar kein unmittelbarer Schutz durch das am 26.04.2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

²⁰⁷ Flash Eurobarometer 439 (2016), The use of online marketplaces and search engines by SMEs, S. 14.

²⁰⁸ Vgl. Hausemer/Rabuel/Graux, Study on data in platform-to-business relations, S. 40.

²⁰⁹ Thomas, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 20 Rn. 213; Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 455; Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 77; Wiedemann, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 23 Rn. 237.

²¹⁰ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 332 m.w.N.; Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 79 m.w.N.

²¹¹ Thomas, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 20 Rn. 214; Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 456; Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 79; Wiedemann, in: Wiedemann, Kartellrecht, § 23 Rn. 239.

²¹² Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 126; Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 20; Westermann, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 47.

²¹³ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 127; Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 21.

²¹⁴ Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 22, 24; Westermann, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 47.

²¹⁵ Westermann, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 49.

²¹⁶ Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 138.

(GeschGehG), da dieses den Inhaber des Geheimnisses nur gegen unbefugte Handlungen schützt (§ 4 GeschGehG). Die Wertungen des Geheimnisschutzes lassen sich allerdings in der Interessenabwägung einbeziehen, insbesondere weil dem Geheimnisschutz auch grundrechtliche Bedeutung zukommt.²¹⁷ Nach § 2 Nr. 1 GeschGehG, dessen Gehalt als seinerseits verfassungsgemäße Konkretisierung des grundrechtlichen Schutzes herangezogen werden kann, liegt ein Geschäftsgeheimnis vor, wenn eine Information geheim und aufgrund dessen von wirtschaftlichem Wert ist, durch den Inhaber angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen ergriffen wurden und ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht.

Einzelne Daten, die bei der Nutzung von Internetdiensten gesammelt oder abgegriffen werden, sind häufig frei zugänglich, sodass es sich nicht um geheime Daten handelt.²¹⁸ Insbesondere Informationen über tatsächliche Nutzereigenschaften (z.B. Alter, Geschlecht, Beruf) mögen per se zwar nicht als geheim anzusehen sein. Die Kombination der einzelnen Daten kann aber unter Umständen ein Geschäftsgeheimnis darstellen.²¹⁹ Außerdem sind Daten über Interessen, welche die Nutzer auf einer bestimmten Online-Plattform gezeigt haben, ihr Online-Verhalten oder ihre Kaufhistorie ggf. nicht allgemein bekannt und können so unter den Geheimnisschutz fallen.²²⁰ Das Kriterium des wirtschaftlichen Wertes ist weit zu verstehen, es genügt bereits ein potenzieller Wert²²¹, sodass auf Plattformen anfallende Daten umfasst sind²²².

Im Ergebnis legt dies nahe wie folgt zu unterscheiden: Jedenfalls an denjenigen Daten, die aus den Transaktionen der jeweiligen Marketplace Händler stammen, sollte kein Geheimnisschutz als Rechtfertigung geltend gemacht werden dürfen. An Informationen beziehungsweise Daten, die ein marktbeherrschendes Unternehmen aus den gesammelten Daten abgeleitet hat, besteht ein stärkeres Geheimhaltungsinteresse und dieses Geheimhaltungsinteresse ist zumindest im Ausgangspunkt auch legitim. Die entsprechenden Daten sind Produkt einer Leistung, die über das bloße „Handaufhalten“ hinausgeht und zumindest potenziell eine Innovationskomponente enthält. Daraus folgt, dass ein Anspruch auf Teilhabe an abgeleiteten Daten jedenfalls schwerer zu begründen ist.²²³

Gleichwohl ist auch in diesen Fällen das Interesse am Geheimnisschutz keineswegs absolut. Es bietet sich eine Entscheidung danach an, ob die entsprechenden Daten die Grundlage für das Geschäftsmodell des Plattformanbieters bilden oder eher ein Nebenprodukt der Haupttätigkeit der Plattform sind.²²⁴ Die Grundlage des Geschäftsmodells ist etwa betroffen, wenn es um die Algorithmen geht, welche den Suchmechanismus auf der Plattform oder die Inhaltsmoderation der Händlerbewertungen steuern. Soweit die Daten ein Nebenprodukt darstellen, sollte der Geheimnisschutz aber in jedem Fall zurücktreten. In diese Kategorie fällt auch der Zweck, eigene Angebote besser vermarkten zu können als die Produkte der freien Händler. Anderenfalls würden die Wertungen des Kartellrechts und insbesondere diejenigen hinter der Figur der wesentlichen Einrichtung vollständig unterlaufen.

²¹⁷ Vgl. Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, GG Art. 14 Rn. 204 m.w.N.; Kloepfer/Greve, NVwZ 2011, 577, 578 f. m.w.N.; Brammsen, DÖV 2007, 10; Körber, WuW 2015, 120, 132.

²¹⁸ Drexl et al., Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, MPI Positionspapier vom 16.08.2016, S. 8 f.

²¹⁹ Drexl et al., Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, MPI Positionspapier vom 16.08.2016, S. 9; Ohly, GRUR 2019, 441, 443.

²²⁰ Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 142.

²²¹ Ohly, GRUR 2019, 441, 443.

²²² Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 142.

²²³ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 101.

²²⁴ Drexl, Designing Competitive Markets for Industrial Data, MPI Research Paper No. 16-13, S. 23 f.

Eine weitere mögliche Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung kann sich aus dem Datenschutzrecht ergeben. Der Anknüpfungspunkt hierfür ist entweder rechtliche Unmöglichkeit des Teilens²²⁵, die sich hier aus den Vorgaben des Datenschutzrechts²²⁶ ergeben könnte oder aber jedenfalls eine Unzumutbarkeit rechtswidrigen Verhaltens. Eine eingehende Auseinandersetzung mit datenschutzrechtlichen Fragestellungen erfolgt in Abschnitt 3.3. In jedem Fall kann dieser Einwand aber nur personenbezogene Daten erfassen und diese auch nur in dem Umfang, in dem sie nicht anonymisiert werden können. Nur wenn diese Möglichkeit nicht besteht, ist ein Zugangsanspruch zu verneinen. Der Einwand, eine Unzumutbarkeit des Teilens von Daten ergebe sich daraus, dass eine Anonymisierung der Daten zusätzliche Investitionen für den Inhaber der Einrichtung bedeuten könnte²²⁷, verfängt indes nicht. Die Zugangsgewährung muss nämlich in keinem Fall unentgeltlich erfolgen. Der Inhaber der wesentlichen Einrichtung darf vielmehr ein angemessenes Entgelt für die Nutzung der Einrichtung verlangen. Als Reflex dessen kann sich der Inhaber aber nun nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands berufen. Gleiches gilt bezüglich der administrativen Kosten zur Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzrechts. Außerdem bestünde eine Pflicht, die eigenen Geschäftspraxis inklusive der Datenschutzerklärungen und Einwilligungslösungen so auszurichten, dass ein späteres Datenteilen nicht torpediert wird.

3.2.2.1.5 Anwendbarkeit von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB auf immaterialgüterrechtlich geschützte Daten

Auf nationaler Ebene folgen Zugangsansprüche zu wesentlichen Einrichtungen aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Nach der Gesetzesbegründung sollen gewerbliche Schutzrechte nicht von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB erfasst sein.²²⁸ Über den Wortlaut hinaus wollte der Gesetzgeber vermutlich auch Immaterialgüterrechte von dieser Ausnahme erfasst sehen.²²⁹ Aus dem einzelnen Datum ergibt sich kein hier relevanter Anknüpfungspunkt. Ein „Dateneigentum“ ist bisher nicht positiv geschaffen worden und seine Anerkennung ist heftig umstritten.²³⁰ Jedenfalls ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nicht in einer unbenannten Ausnahme zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ein Dateneigentum anerkennen und dieses zum Ausschlussgrund eines im Übrigen gegebenen Anspruchs erheben wollte.

²²⁵ Thomas, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 20 Rn. 215; Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 77.

²²⁶ Louven, NZKart 2018, 217, 221; Paal, NZKart 2018, 157; vgl. Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 133 f.; Sahl, PinG 2016, 146, 152; Paal/Hennemann, Big Data as an asset, Abida Gutachten, S. 58.

²²⁷ Vgl. Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf? ZEW Discussion Paper No. 17-043, S. 81 f.

²²⁸ BT-Drs. 9720, S. 79 f.

²²⁹ Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 158; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 318; Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 87.

²³⁰ Siehe dazu Amstutz, AcP 218 (2018), 438; Specht, CR 2016, 288; Specht/Kerber, Datenrechte, Abida-Gutachten; allgemein gegen ein solches Kühling/Sackmann, Rechte an Daten, Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, S. 10; ablehnend auch Drexl, NZKart 2017, 339, 340 ff. mit Überblick über den Stand der Diskussion; Drexl, Designing Competitive Markets for Industrial Data, MPI Research Paper No. 16-13, S. 19 ff.; Drexl et al., Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, MPI Positionspapier vom 16.08.2016, S. 2 ff.; Podszun, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, Gutachten fpmi, S. 40 ff.; Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf? ZEW Discussion Paper No. 17-043, S. 51 f., 72; Wagner/Brecht/Raabe, PinG 2018, 229; Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, Abida Gutachten, S. 43 ff.

Im Ergebnis ebenso abzulehnen ist eine generelle Ausnahme auf der Basis eines entgegenstehenden Urheberrechts in der Gestalt eines Datenbankwerks oder eines Leistungsschutzrechts an einer bloßen Datenbank. Erhebliche Zweifel am Vorliegen eines urheberrechtlich geschützten Datenbankwerks i.S.v. § 4 Abs. 2 S. 1 UrhG ergeben sich schon bei der Frage, ob es sich im Fall der Datensammlung von Amazon bei der Auswahl oder Anordnung der Daten um eine persönliche geistige Schöpfung i.S.v. § 2 Abs. 2 UrhG handelt. Geschützt wird nämlich nicht der eigentliche Inhalt einer Datenbank, sondern die geistige Leistung in Form Auswahl bzw. Anordnung der einzelnen Elemente.²³¹ Das Nutzungsinteresse bezieht sich im vorliegenden Fall aber nicht auf die Auswahl und Anordnung der Informationen, sondern auf die Daten oder Informationen als solche, sodass ein etwaiger Schutz nach § 4 Abs. 2 UrhG eher ausscheidet.

Darüber hinaus kennt das Urheberrecht einen sui generis Schutz für Datenbanken, §§ 87a ff. UrhG. Online von Benutzern gesammelte Daten sind diesem Schutz grundsätzlich zugänglich²³², solange sie systematisch oder methodisch angeordnet werden und einzeln zugänglich sind, d.h. nicht lediglich „Datenhaufen“ darstellen²³³. Erforderlich ist außerdem eine wesentliche Investition gerade in die „Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung“ der Elemente.²³⁴ Der Datenbankhersteller darf sich im Ergebnis ein ausschließliches Zugangsrecht vorbehalten.²³⁵ Der Schutz erstreckt sich gem. § 87b Abs. 1 S. 1 UrhG aber nur auf die gesamte Datenbank bzw. einen quantitativ oder qualitativ wesentlichen Teil.

Damit steht kein immaterialgüterrechtlicher Schutz entgegen, wenn der Zugangsanspruch lediglich auf einen unwesentlichen Teil der Datenbank gerichtet ist. Angesichts der Größe der Gesamtdatenbank wird es sich häufig nicht um einen wesentlichen Teil handeln, wenn ein Händler lediglich Zugang zu bestimmten Daten verlangt. Ferner ist nicht zu erwarten, dass bei einem wiederholten Zugang zu unwesentlichen Teilen der Datenbank ihre normale Auswertung gestört oder Interessen des Inhabers in unzumutbarer Weise beeinträchtigt werden (vgl. § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG).

Unabhängig davon, ob im Ergebnis ein immaterialgüterrechtlicher Schutz besteht oder nicht, lassen sich ähnliche Ergebnisse unter Anwendung einer anderen Rechtsgrundlage erzielen. Im Fall von Zwangslizenzen ist nämlich entweder die Generalklausel (§ 19 Abs. 1 GWB) oder das allgemeine Verbot der Behinderung und/oder Diskriminierung (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) anzuwenden.²³⁶ Sollte Amazon mit dem Argument des Bestehens eines Immaterialgüterrechts durchdringen, so kann der freie Händler auf diese Anspruchsgrundlagen verweisen, die eine entsprechende Ausnahme für Immaterialgüterrechte nicht kennen. Inhaltlich lassen sich die im Folgenden dargestellten in der europäischen Rechtsprechung aufgestellten Kriterien zu Essential Facilities in Bezug auf Immaterialgüterrechte heranziehen.²³⁷

²³¹ Ahlberg, in: BeckOK UrhR, 24. Edition, Stand: 20.04.2018, UrhG § 4 Rn. 11; Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, UrhG § 4 Rn. 4.

²³² Vgl. Witte, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 6 Rn. 15.

²³³ Götz, ZD 2014, 563, 565.

²³⁴ Thum/Hermes, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, UrhG § 87a Rn. 34; Witte, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 6 Rn. 29; zur Abgrenzung zwischen Beschaffung und Erzeugung von Daten vgl. EuGH, Urteil vom 09.11.2004, C-203/02 – British Horseracing Board, Rn. 28 ff.; BGH, Urteil vom 25.03.2010, I ZR 47/08 – Autobahnmaut, Rn. 22 ff.

²³⁵ Thum/Hermes, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, UrhG § 87b Rn. 30.

²³⁶ Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 370; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.07.2004, KZR 40/02, Rn. 25: Ein Anspruch auf eine Zwangslizenz wurde auf §§ 19, 20 Abs. 1 GWB a.F. gestützt.

²³⁷ Thomas, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 20 Rn. 151.

3.2.2.2 Die Essential Facilities-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV)

In Art. 102 AEUV ist die Fallgruppe der Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung nicht ausdrücklich geregelt. Aus der Rechtsprechung der europäischen Gerichte und Entscheidungen sowie Stellungnahmen der Kommission lassen sich aber Kriterien dafür ableiten, wann von einem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Zugangsverweigerung ausgegangen werden kann. Auch hier müssen zunächst zwei unterschiedliche Märkte vorliegen, wobei es ausreicht, wenn für die Infrastruktureinrichtung lediglich ein potenzieller Markt besteht, der Inhaber sie also bisher ausschließlich selbst nutzt.²³⁸ Der Antragsgegner muss eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt um die Infrastruktureinrichtung innehaben.²³⁹ Der Begriff der notwendigen Einrichtung ist weit zu verstehen und kann verschiedenste Einsatzgüter umfassen,²⁴⁰ sodass auch ein Datenbestand eine entsprechende Einrichtung sein kann.

Die weiteren Voraussetzung für die Anwendung der Essential Facilities-Doktrin im Rahmen von Art. 102 AEUV sind die Eignung der Zugangsverweigerung, jeglichen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt durch den Zugangspetenten auszuschalten, das Fehlen von tatsächlichem oder potenziellem Ersatz für die Einrichtung und die fehlende objektive Rechtfertigung der Verweigerung.²⁴¹ Auch Alternativen, die klar weniger vorteilhaft für den Wettbewerber sind, lassen die Unentbehrlichkeit des Zugangs entfallen.²⁴² Soweit die allgemeinen Kriterien aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls in speziellen Segmenten erfüllt sein sollten, stellt sich zusätzlich die Frage, ob ein Zugangsanspruch die **Schaffung eines neuen Produkts** voraussetzt. Zu dieser Frage haben sich die europäischen Gerichte im Kontext des Anspruchs auf Nutzung eines Immaterialgüterrechts bereits mehrfach geäußert.

Rs. Volvo: Eine Lizenzverweigerung als solche ist kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Die Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts in einer bestimmten Weise kann aber missbräuchliche Verhaltensweisen begründen.²⁴³

Rs. Magill: Außergewöhnliche Umstände (und damit ein Marktmachtmissbrauch) werden dadurch begründet, dass das Auftreten eines neuen Produkts verhindert wurde, nach dem eine Nachfrage der Verbraucher bestand.²⁴⁴

Rs. IMS Health: Das Verhalten eines Unternehmens ist „bereits dann missbräuchlich, wenn drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind“. Eine dieser Bedingungen ist die Verhinderung „eines neuen Erzeugnisses“, nach dem eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht.²⁴⁵

²³⁸ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, C-418/01– IMS Health, Rn. 44; Europäische Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 Nr. C 45/7, Rn. 79; Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 345 ff.; Deselaers, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 102 Rn. 473; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 102 Rn. 249; Eilmansberger/Kruis, in: Streinz, AEUV Art. 102 Rn. 71.

²³⁹ Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 353.

²⁴⁰ Ebenda, Rn. 343.

²⁴¹ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, C-7/97 – Oscar Bronner, Rn. 41.

²⁴² Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 338; vgl. auch EuGH, Urteil vom 26.11.1998, C-7/97 – Oscar Bronner, Rn. 43.

²⁴³ EuGH, Urteil vom 05.10.1988, Rs. 238/87 – Volvo/Veng, Rn. 8 f.

²⁴⁴ EuGH, Urteil vom 06.04.1995, Verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P – Magill, Rn. 50, 54.

²⁴⁵ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, C-418/01– IMS Health, Rn. 38.

Hintergrund der Diskussion um die Verhinderung eines neuen Produkts ist die Interessenabwägung zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und der Teilhabe am Wettbewerb. Letztere, so die Logik, kann nur überwiegen, wenn zum Nachteil der Verbraucher eine Marktentwicklung verhindert wird.²⁴⁶ Nach dem entsprechenden Gedanken soll es für eine missbräuchliche Weigerung nicht ausreichen, dass sich das zugangsbegehrende Unternehmen darauf beschränkt, die gleichen Produkte anzubieten, die auch schon vom Inhaber des Immaterialgüterrechts angeboten werden.²⁴⁷ Wesentlich ist, dass das zusätzliche Kriterium nur in Fällen angewandt wurde, in denen es um den Zugang zu immaterialgüterrechtlich geschützten Ressourcen ging.²⁴⁸ Der Zugangsanspruch soll nur besonders gerechtfertigt werden müssen, weil das Ausschlussrecht die „Kernsubstanz“ dieser Rechte darstellt.²⁴⁹ All das spricht dafür, das **Erfordernis des neuen Produkts jedenfalls dort nicht anzuwenden, wo Daten betroffen sind, die keinem Immaterialgüterrecht unterliegen** (vgl. Abschnitt 3.2.2.1.5).²⁵⁰

Die Europäische Kommission geht indes nicht davon aus, dass zwingend ein neues Produkt verhindert werden muss, vielmehr soll die Unerlässlichkeit eines Inputs für die Ausübung der fraglichen Tätigkeit ausreichen.²⁵¹ Ein neues Erzeugnis ist danach nur ein Faktor im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung.²⁵² Richtigerweise sind die vom EuGH aufgestellte Kriterien damit lediglich als Beispiele für Missbrauchstatbestände des Art. 102 S. 2 AEUV zu verstehen, sodass bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht zwingend ein neues Produkt geschaffen werden muss.²⁵³ Diese Einschätzung wird auch von der neueren Rechtsprechung des EuG geteilt.²⁵⁴ In der Literatur wird die Anwendung besonders strikter Kriterien für Zugangsansprüche im Falle immaterialgüterrechtlich geschützter Einrichtungen teilweise sogar vollständig abgelehnt.²⁵⁵ Es erscheint insbesondere dort nicht angezeigt, zwingend die Entstehung eines neuen Produkts zu verlangen, wo sich ein faktischer Standard gebildet hat und Kunden nicht bereit sein werden, ein neues Produkt zu akzeptieren.²⁵⁶

Anders als in den Rs. Magill und Microsoft geht es vorliegend nicht darum, spezifische Informationen als Rohstoff für ein eigenes Produkt zur Verfügung zu stellen, sondern Daten als Ausgangspunkt zugänglich zu machen, um daraus eigene Marktchancen abzuleiten.²⁵⁷ Anders als in der Rs. Magill wird außerdem kein „Informationsprodukt“ durch die Händler selbst angeboten, für welches die entsprechenden Daten den Rohstoff bilden. Die Daten und die daraus zu gewinnenden Informationen sollen gerade nicht dazu genutzt werden, Produkte von Amazon Marketplace oder Amazon Retail zu kopieren²⁵⁸ oder die

²⁴⁶ Ebenda, Rn. 48.

²⁴⁷ Ebenda, Rn. 49; Inhaltlich hat der EuGH keine Entscheidung getroffen, sondern diese an das vorliegende Gericht verwiesen. Es ging nicht um den Zugang zu bestimmten Informationen, sondern die Nutzung einer als Datenbankwerk geschützten Aufbereitungsstruktur für Daten, siehe Rn. 21, 50.

²⁴⁸ Früh, sic! 2018, 521, 535; EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 334; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV 102 Rn. 337; Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 170.

²⁴⁹ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV 102 Rn. 337.

²⁵⁰ Vgl. Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 366.

²⁵¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 03.07.2001, COMP D3/38.044 – IMS Health, Rn. 68.

²⁵² Weidebach/Vogt/Hauser, WRP 2012, 66, 74.

²⁵³ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten XX, S. 410 f.

²⁵⁴ EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 647.

²⁵⁵ Eingehend Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 201 ff.; Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 374 ff.

²⁵⁶ Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 198.

²⁵⁷ Vgl. Früh, sic! 2018, 521, 535.

²⁵⁸ Vgl. ebenda, 537.

Plattform als Ganzes, sondern sie sollen nur die Grundlage dafür bieten, eigene Produkte erfolgreich anbieten zu können. In der Rs. Microsoft hatte das EuG genau diese Feststellung genügen lassen.²⁵⁹ Außerdem erscheint das bloße und beiläufige Erheben von Daten durch eine E-Commerce-Plattform nicht als besonders innovationsgetriebene oder investitionsbedürftige Tätigkeit.²⁶⁰ Entsprechend ist nicht zu erwarten, dass durch die Zugangsgewährung wesentliche Innovationsanreize wegfallen würden.²⁶¹ Das Erfordernis eines neuen Produkts sollte deshalb nicht herangezogen werden, wenn der Datensatz eine Markteintrittsbarriere für andere Unternehmen darstellt.²⁶²

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Annahme einer Essential Facility in der Gestalt der Datensammlung durch Amazon nach den Maßgaben des europäischen Kartellrechts zwar theoretisch möglich erscheint, sich aber praktisch vor allem wegen der strengen Anforderungen an die fehlende Substituierbarkeit als wahrscheinlich nicht durchsetzbar darstellt. Die Essential Facilities-Doktrin im europäischen Kartellrecht ist damit in ihrer derzeitigen Ausgestaltung keine hinreichende Grundlage, um den Dritthändlern eine faire Partizipation am Wettbewerb zu ermöglichen.

3.2.3 Plattformen als wesentliche Einrichtungen

Statt auf den Zugang zu Daten könnte auf den Zugang der Händler zu Plattformen als wesentlichen Einrichtungen abgestellt werden. Der gedankliche Hintergrund ist insoweit, dass die Händler beim Vertrieb ihrer Waren so elementar auf die Plattformen angewiesen sein könnten, dass ihnen eine Versagung des Zugangs zu den Plattformen die Teilhabe am Wettbewerb im nachgelagerten Markt des E-Commerce versperren könnte. Weil der Eigenvertrieb gerade für KMU keine rentable Alternative bietet, kommt Plattformen eine besondere Funktion bei der Ermöglichung der wirtschaftlichen Betätigung im E-Commerce zu. Unsere Untersuchungen ergeben aber, dass die engen kartellrechtlichen Kriterien für das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung oder Essential Facility vermutlich nicht als erfüllt angesehen werden dürften.

3.2.3.1 Die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB

Wesentliche Einrichtungen im Sinne des GWB umfassen wie bereits beschrieben neben Netzen auch Infrastruktureinrichtungen, wobei auch Internet-Handelsplattformen grundsätzlich in diese Kategorie fallen.²⁶³ Amazon hält mit Marketplace genau eine solche Einrichtung vor. Zentrale Voraussetzung für das Bestehen eines Zugangsanspruchs ist wiederum die Wesentlichkeit der Einrichtung, die sich aus der fehlenden Duplizierbarkeit und Substituierbarkeit ergibt. 2005 hat das KG Berlin etwa eine Klassifikation der Plattform eBay als wesentliche Einrichtung aufgrund von Duplizierbarkeit abgelehnt, allerdings ohne nähere Begründung.²⁶⁴ Diese Rechtsprechung ist aber nicht ohne Weiteres übertragbar auf die Position von Amazon heute.

Zur Begründung einer Nicht-Duplizierbarkeit kommt im Fall von E-Commerce-Plattformen insbesondere die wirtschaftliche Unmöglichkeit in Betracht. Überwiegend wird dabei ein objektiver Maßstab unterstellt, sodass es keinem dritten Unternehmen möglich sein dürfe, in den Markt einzutreten. Dies sei dann der Fall, wenn der Aufbau einer weiteren Einrichtung „unter kaufmännischen Gesichtspunkten

²⁵⁹ Vgl. EuG, Urteil vom 17.09.2007, T-201/04 – Microsoft, Rn. 656 ff.

²⁶⁰ Vgl. Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 139.

²⁶¹ Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 268 f.

²⁶² Ebenda, S. 275.

²⁶³ Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 158.

²⁶⁴ KG Berlin, Urteil vom 05.08.2005, 13 U 4/05, Rn. 36.

absolut unvernünftig“ sei.²⁶⁵ Allerdings seien bei der Einschätzung auch positive Netzwerkeffekte zu berücksichtigen²⁶⁶, was die Aufgreifschwelle wiederum etwas absenkt. Es gibt Anzeichen dafür, dass Netzwerkeffekte so stark sein können, dass eine Einrichtung selbst für einen ähnlich starken Wettbewerber nicht duplizierbar ist. Hierauf deutet der Fall des sozialen Netzwerks Google+ hin, welches sich trotz seiner Zugehörigkeit zum Google Konzern nicht neben Facebook etablieren konnte.²⁶⁷ Entsprechendes kann inzwischen für Amazon angenommen werden.

Zusätzlich darf die Einrichtung auch **nicht substituierbar** sein. Zunächst stellt der Vertrieb über Amazon Marketplace natürlich nicht die einzige Möglichkeit dar, Waren (online) abzusetzen. Auch andere Plattformen oder Online-Shops erlauben den Zugang zum Kunden.²⁶⁸ Online-Plattformen fungieren aber als immer bedeutendere Vermittler für Transaktionen. Gleichzeitig wirken auf Plattform-Märkten starke indirekte Netzwerkeffekte, sodass Unternehmen im Ergebnis auf wenige oder gar eine Online-Plattformen angewiesen sind, wenn es um den Zugang zu Märkten und Verbrauchern geht (Gatekeeper-Funktion von Vermittlungsplattformen).²⁶⁹

Als Vergleichsmaßstab lohnt insoweit ein Blick auf Google als Suchmaschine: Dem Nutzer stehen zwar verschiedene Suchmaschinen zu Verfügung, praktisch relevant werden diese Alternativen aber kaum. Ein bestimmter Anbieter konnte sich praktisch als Standard etablieren.²⁷⁰ Dieser Umstand wiederum prägt den Markt der Werbenden auf Suchmaschinen; ihnen steht faktisch nur eine Möglichkeit offen, obgleich die Nutzer theoretisch ohne Weiteres eine andere Suchmaschine verwenden könnten. In diesem Zusammenhang muss das Verständnis der Wesentlichkeit möglicherweise angepasst werden.²⁷¹ Mit Blick auf Amazon stellt sich die Frage, ob Marketplace in einem ähnlichen Grad zum Standard für Endkunden geworden ist. Die Nutzung anderer Vertriebskanäle ist mit dem Verlust der Vorteile verbunden, welche die marktbeherrschende Plattform bietet und stellt möglicherweise keine effektive Alternative des Vertriebs dar.²⁷²

Im Ergebnis ist die Position der Händler jedoch noch nicht so alternativlos, als dass unter Anwendung der hergebrachten Kriterien des Kartellrechts von einer wesentlichen Einrichtung mit entsprechenden Konsequenzen für die Vertragsfreiheit ausgegangen werden kann. In bestimmten Teilmärkten für bestimmte Nischenprodukte mag sich diese Situation allerdings gegenteilig darstellen. Jedenfalls ist aber derzeit nicht zu erwarten, dass Amazon Marketplace als Ganzes als wesentliche Einrichtung im Sinne des GWB klassifiziert wird. Setzen sich die Trends der vergangenen Jahre fort, so ist aber damit zu rechnen, dass die kartellrechtliche Aufgreifschwelle in den nächsten Jahren erreicht wird und den Händlern in der Tat keine vernünftige Alternative des Vertriebs mehr offensteht.

²⁶⁵ Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 89.

²⁶⁶ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19, Rn. 328.

²⁶⁷ Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 15.02.2019, B6-22/16 – Facebook, S. 6.

²⁶⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 26.11.1998, C-7/97 – Oscar Bronner, Rn. 43: Das Vorliegen anderer Vertriebswege für Tageszeitungen wurde als ausreichend angesehen, um die Unentbehrlichkeit der Teilnahme am landesweit einzigen Hauszustellungssystem zu verneinen.

²⁶⁹ Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 8; Furman, Unlocking digital competition, S. 30; Busch, Der Mittelstand in der Plattformökonomie, WISO Diskurs 08/2019, S. 6; vgl. auch Europäische Kommission, Entscheidung vom 04.11.1988, 88/589/EWG – SABENA, Rn. 26 zur Bedeutung der Aufnahme in ein Reservierungssystem für die Marktteilnahme.

²⁷⁰ Surblyté, EuCML 2015, 170, 177.

²⁷¹ Ebenda, 178.

²⁷² Vgl. Patterson, Google and Search-Engine Market Power, Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series, S. 20.

Unterstellt man, dass die Plattform Amazon Marketplace bereits heute eine wesentliche Einrichtung verkörpert, würde dies in der Praxis bedeuten, dass Amazon jedem freien Händler den Verkauf von Produkten zu fairen Konditionen über die Plattform ermöglichen müsste und ihnen die Nutzung der Plattform nicht ohne rechtfertigende Gründe verwehren dürfte.²⁷³ Eine Zugangsverweigerung zu Teilen der wesentlichen Einrichtung würde für einen Missbrauch wiederum ausreichen.²⁷⁴ Daraus ergibt sich aber nicht zwingend eine Pflicht Amazons, alle Daten oder auch nur Teile dieser Daten zugänglich machen, da hier nur der Zugang zur Plattform als solcher betroffen ist. Der Datenbestand ist zwar Teil der Einrichtung und Grundlage für deren Funktionieren. Ein Teilen des Bestands ist aber zur reinen Ermöglichung des Zugangs zu der Plattform nicht erforderlich.

3.2.3.2 Die Essential Facilities-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV)

Auch die europarechtliche Essential Facilities-Doktrin lässt sich auf den Zugang zu Plattformen beziehen. Im Ergebnis hat ein umfassender Zugangsanspruch zu Amazon Marketplace als Plattform auf der Basis der derzeitigen Interpretation der rechtlichen Grundlagen aber geringe Erfolgsaussichten. Als problematisch erweist sich zunächst das Kriterium der Nicht-Duplizierbarkeit. Dieses wird insbesondere dann äußerst streng verstanden, wenn die Schaffung einer eigenen Einrichtung aus wirtschaftlichen Gründen unmöglich oder unzumutbar sein soll. Eine Duplizierung müsste auch für ein wirtschaftlich besonders starkes, mit dem Marktbeherrscher vergleichbares Unternehmen wirtschaftlich unmöglich oder unzumutbar ist.²⁷⁵ Zumindest müsse es unrentabel sein, ein zweites System von vergleichbarem Umfang zu schaffen.²⁷⁶ Insoweit greifen die folgenden Einwände: Es ist weder gänzlich ausgeschlossen noch zwingend unrentabel, eine alternative Online Plattform aufzubauen. Die tatsächliche Existenz anderer, kleinerer Plattformen wie etwa eBay, untermauert diese Einschätzung.

Das ausschließliche Abstellen auf einen potenziellen Wettbewerber mit gleichen finanziellen Mitteln spiegelt aber nicht notwendigerweise die schützenswerten Belange von Händlern wider. Sie wird auch der Bewahrung des wettbewerblichen Prozesses nicht gerecht, sondern fußt auf einer unrealistischen und deshalb konzentrationsfördernden Überbetonung der Wirkung potenziellen Wettbewerbs als Maßstab für kartellrechtliches Eingreifen. Diese Auslegung des kartellrechtlichen Maßstabs sollte dringend aufgegeben werden zugunsten einer stärker an den tatsächlichen Entwicklungen orientierten Erfassung. Nur so lässt sich in einer von Netzwerkeffekten geprägten und Venture finanzierten Plattformökonomie Wettbewerb nachhaltig gewährleisten.

Indizien dafür, dass ein solcher Wandel des Begriffsverständnisses in näherer Zukunft nicht ausgeschlossen ist, liefern vereinzelte Aussagen der Europäischen Kommission zur Frage der Duplizierbarkeit. Zum einen gibt die Kommission zu bedenken, dass die Duplizierbarkeit u.a. dann unwahrscheinlich ist, wenn starke Netzwerkeffekte wirken oder Single-Source-Informationen vorliegen.²⁷⁷ Sie hat sich ferner mit der nur theoretischen Möglichkeit, eine alternative Einrichtung zu schaffen, auseinandergesetzt.²⁷⁸ Die

²⁷³ Vgl. BGH, Beschluss vom 24.09. 2002, KVR 15/01 – Fährhafen Puttgarden, Rn. 39, BGHZ 152, 84.

²⁷⁴ Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 443.

²⁷⁵ Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV Art. 102 Rn. 334; Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 390.

²⁷⁶ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, C-7/97 – Oscar Bronner, Rn. 46.

²⁷⁷ Europäische Kommission, Mitteilung – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 Nr. C 45/7, Fn. 3 zu Rn. 83; Single-Source-Informationen sind solche, die nicht aus anderen Quellen bezogen werden können.

²⁷⁸ Europäische Kommission, Entscheidung vom 02.06.2004, COMP/38.096 – Clearstream, Rn. 209 ff.

Duplizierbarkeit einer entsprechenden Einrichtung wurde in einem einschlägigen Fall etwa aus mehreren, auch wirtschaftlichen Gründen, abgelehnt, insbesondere weil kein Kundeninteresse an einer solchen Struktur bestand²⁷⁹ und im konkreten Fall nicht zu erwarten war, dass ein Unternehmen in absehbarer Zukunft die notwendigen Investitionen aufbringen würde²⁸⁰.

Schon in der Rs. IMS Health vertrat die Europäische Kommission die Auffassung, dass eine „realistische Möglichkeit“ der Verwendung einer neu geschaffenen Struktur bzw. ihre Marktfähigkeit bestehen müsse.²⁸¹ Wenn die überwiegende Mehrheit der Nutzer nicht bereit sei, zu einer anderen Struktur zu wechseln, habe sich eine De-facto-Industrienorm etabliert.²⁸² Der Fall wies allerdings einige besondere Umstände auf, die spezifische Lock-in Effekte mit sich brachten.²⁸³ Trotz der nicht unerheblichen Lock-in Effekte der Amazon-Umgebung, von Amazon Prime bis zu proprietären E-Book Readern, dürften die potenziellen Wechselkosten bei Amazon dennoch schwächer ausgeprägt sein, was eine der Rs. IMS Health entsprechende Würdigung durch die Kommission weniger wahrscheinlich macht.

Die kartellrechtliche Praxis steht somit vor der Aufgabe, die Entwicklungen genau zu beobachten und einzugreifen, wenn sich Amazon als entsprechender Standard etabliert. Insofern sei auf die Wertungen in der Rs. Sabena verwiesen: Hier wurde die Unerlässlichkeit des Zugangs zu einem computergestützten Reservierungssystem bejaht, obwohl im Zeitpunkt der Entscheidung noch andere Reservierungsmöglichkeiten zur Verfügung standen. Die Europäische Kommission ging davon aus, dass diese in absehbarer Zeit durch rechnergestützte Reservierungen abgelöst werden würden und aufgrund von Vorteilen des Systems keine gleichwertige Alternative darstellten.²⁸⁴ Insofern hat die Kommission eine Marktprognose in die Klassifikation als wesentliche Einrichtung aufgenommen. So kann die größte Schwäche des kartellrechtlichen ex-post Regimes nämlich, dass die freien Händler zu diesem künftigen Zeitpunkt, inklusive eines Durchsetzungsverzugs von 3-8 Jahren²⁸⁵ bis zu einer endgültigen Entschädigung erheblichen und vermutlich irreparable Schäden erlitten haben werden, etwas aufgefangen werden.

Sind die Voraussetzungen einer wesentlichen Einrichtung erfüllt, lässt sich eine komplette Versagung des Zugangs zu einer E-Commerce-Plattform kaum rechtfertigen. Darüber hinaus sind selbst Kapazitätsgrenzen, die bei Amazon derzeit realistischerweise nicht erreicht werden, keine absoluten Grenzen. Weil ein Zugangsanspruch auf eine faire Teilhabe abzielt, läge eine unrechtmäßige Verweigerung in einem Zugangsangebot unter weniger günstigen Bedingungen, als für die eigenen Dienste.²⁸⁶ Ein Datenzugang ist für Plattformzugang allerdings wiederum nicht zwingend notwendig. Insgesamt dürfte die derzeit herrschende Interpretation der Essential Facilities-Doktrin einem Zugangsanspruch der Händler zu den Plattformen entgegenstehen, weil noch Alternativen des plattformgebundenen Onlinevertriebs bestehen, obwohl diese nicht gleichwertig sind.

²⁷⁹ Ebenda, Rn. 210, 212.

²⁸⁰ Ebenda, Rn. 214.

²⁸¹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 03.07.2001, COMP D3/38.044 – IMS Health, Rn. 71, 131.

²⁸² Ebenda, Rn. 89.

²⁸³ Ebenda, Rn. 92.

²⁸⁴ Europäische Kommission, Entscheidung vom 04.11.1988, 88/589/EWG – SABENA, Rn. 14.

²⁸⁵ Einstweilige Maßnahmen können schneller wirken.

²⁸⁶ Europäische Kommission, Entscheidung vom 21.12.1993, IV/34.689 — Sea Containers gegen Stena Sealink — Einstweilige Maßnahmen, Rn. 66.

3.2.4 Marketing-Dienste als wesentliche Einrichtung

Statt auf den Datensatz oder generell auf den Zugang zu Marketplace abzustellen, könnten die Marketing-Dienste von Amazon als wesentliche Einrichtung oder Essential Facility begriffen werden, also diejenigen Dienste, die Amazon einsetzt, um Produkte auf der Plattform besser zu vermarkten. Dies kann Algorithmen zur Preissetzung ebenso umfassen, wie Platzierungen auf der Website oder Kaufvorschläge. Diese Variante umfasst also nur Teile eines umfassenden Zugangs, wie er in Abschnitt 3.2.3 diskutiert wurde.

In der Praxis führt Amazon selbst für externe Produkte Merchandising- und Werbeaktionendurch.²⁸⁷ Über Anzeigen, die im Rahmen des Programms Sponsored Products²⁸⁸ geschaltet werden, bestimmt Amazon ebenfalls einseitig, insbesondere wird eine besondere Positionierung oder Rangstelle nicht garantiert und Anzeigen können nach freiem Ermessen abgeändert oder ohne Ankündigung entfernt werden.²⁸⁹ Amazon ist folglich derzeit kein „neutraler“²⁹⁰ Anbieter von Marketing-Leistungen, auf den die Händler bestimmenden Einfluss ausüben oder von dem sie beliebige Leistungen erwerben können. Im Ergebnis erscheint es aber unwahrscheinlich, dass Behörden oder Gerichte unter den gegenwärtigen Standards eine wesentliche Einrichtung oder Essential Facility in der Gestalt von Marketing-Diensten anerkennen werden.

3.2.5 Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen

Statt eines Zugangsanspruchs könnten Händler auf Amazon Marketplace den Anspruch geltend machen, nicht diskriminiert und dadurch im Wettbewerb beeinträchtigt zu werden – und zwar unter Einschluss des eigenen Retailgeschäfts durch Amazon. Es ist davon auszugehen, dass ein solcher Anspruch auf Gleichbehandlung aus der marktbeherrschenden Stellung Amazons folgt, da diese die besondere Verantwortung nach sich zieht, den Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen.²⁹¹ Dies hat zur Folge, dass Amazon Marketplace den freien Händlern sämtliche Marketing- und Vertriebsmöglichkeiten einräumen muss, die Amazon Retail zum Vertrieb der eigenen Produkte nutzt.

Zwar kann ein Diskriminierungsverbot im Ergebnis faktisch zu einem Resultat führen, das einem Kontrahierungszwang kaum nachsteht. Eine Umgehung der Voraussetzungen der Figur der wesentlichen Einrichtung oder Essential Facility ist darin dennoch nicht zu sehen.²⁹² Das marktbeherrschende Unternehmen hat im vorliegenden Fall nämlich bereits freiwillig beschlossen seine Einrichtung zu öffnen und mit anderen Marktteilnehmern zu kontrahieren.²⁹³ In den Fällen der Figur der wesentlichen Einrichtung oder Essential Facility geht es dagegen um eine Weigerung, Vertragsbeziehungen überhaupt erst einzugehen, sodass eine Verpflichtung hierzu einen stärkeren Eingriff darstellt. Außerdem bleibt es dem marktbeherrschenden Unternehmen vorbehalten, die Diskriminierung dadurch abzustellen, dass es die

²⁸⁷ https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/G201190440?language=de_DE&ref=efph_G201190440_cont_G521, S-1.2 [25.08.2019].

²⁸⁸ <https://services.amazon.de/programme/werbung/so-funktioniert-es.html> [23.06.2019].

²⁸⁹ https://sellercentral.amazon.de/gp/help/external/G201190440?language=de_DE&ref=efph_G201190440_cont_G521, C-1 [25.08.2019].

²⁹⁰ Soweit eine Neutralität beim Angebot der entsprechenden Dienste überhaupt denkbar ist.

²⁹¹ Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 09.11.1983, C-322/81 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin, Rn. 57; EuGH, Urteil vom 06.12.2012, C-457/10 P – AstraZeneca, Rn. 98.

²⁹² Vgl. Guggenberger, Netzneutralität: Leitbild und Missbrauchsaufsicht, S. 373 ff.

²⁹³ Valdivia, The scope of the ‘special responsibility’ upon vertically integrated dominant firms after the Google Shopping case, World Competition 41, no. 1 (2018), S. 61.

Einrichtung nur noch exklusiv nutzt. Diese Ausweichoption steht dem Inhaber einer wesentlichen Einrichtung nicht offen. Außerdem profitiert ein vertikal integrierter Plattformanbieter von den Wettbewerbern auf der Plattform²⁹⁴: Aus der Öffnung ergeben sich eine umfassendere Produktpalette, die Möglichkeit zur Auswertung der Daten im Zusammenhang mit Transaktionen der Dritthändler zur Verbesserung des eigenen Angebots und das Potenzial für neue Produktideen und Innovationen. Die entsprechenden Anforderungen an das Verhalten des Marktbeherrschers erscheinen deshalb auch insoweit gerechtfertigt, als die Voraussetzungen einer wesentlichen Einrichtung oder Essential Facility nicht erfüllt sind.²⁹⁵

Bevor man auf das Sonderproblem der Selbstbegünstigung eingehen kann gilt es aber die allgemeinen Kriterien der Diskriminierung zu bestimmen.

Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV: Im Europarecht ist prima facie eine Diskriminierung anzunehmen, wenn eine differenzierte Behandlung gegenüber einem anderen Unternehmen, das in Geschäftskontakt mit Marktbeherrscher steht, vorliegt²⁹⁶ und dafür kein sachlicher Grund besteht.²⁹⁷ Es geht um die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen. Gemeint sind dabei die Leistungen des Marktbeherrschers auf dem von ihm beherrschten Markt.²⁹⁸ Zwischen den unterschiedlich behandelten Handelspartnern muss Wettbewerb bestehen.²⁹⁹ Ferner muss die Benachteiligung der Handelspartner im Wettbewerb erfolgen, wodurch Wettbewerbsbeziehungen zwischen ihnen verfälscht werden.³⁰⁰

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB: Im nationalen Recht findet sich ein sehr ähnliches Verständnis der Diskriminierung. Unter dem Begriff ist eine unterschiedliche Behandlung von gleichartigen (nach ihrer unternehmerischen Tätigkeit und wirtschaftlichen Funktion³⁰¹) Unternehmen zu verstehen, für die keine sachliche Rechtfertigung (nach einer Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der Zielsetzung des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs zu gewährleisten³⁰²) vorliegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass grundsätzlich keine Pflicht besteht, Wettbewerber zum eigenen Nachteil zu fördern.³⁰³

Daraus ergibt sich zunächst, dass eine marktbeherrschende Plattform wie Amazon Marketplace, welche Datenzugriff oder bestimmte Marketingdienste gewährt, nicht zwischen einzelnen Vertragspartnern diskriminieren darf, wenn es dadurch zu einer Benachteiligung im Wettbewerb kommen würde.³⁰⁴

²⁹⁴ In einem Brief an die Amazon-Aktionäre hat Jeff Bezos offengelegt, dass seit einigen Jahren über 50 Prozent der Verkäufe von externen Händlern stammen, siehe 2018 Letter to Shareholders, abrufbar unter <https://blog.aboutamazon.com/company-news/2018-letter-to-shareholders> [15.06.2019].

²⁹⁵ Hoffer/Lehr, NZKart 2019, 10, 16 f.

²⁹⁶ Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 133; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV Art. 102 Rn. 377; Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 274.

²⁹⁷ Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 135; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 102 Rn. 192; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV Art. 102 Rn. 380.

²⁹⁸ Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 135; Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 279.

²⁹⁹ Huttenlauch/Lübbig, in: LMRKM, Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 203.

³⁰⁰ Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 290.

³⁰¹ Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 19 Rn. 37 m.w.N.

³⁰² Westermann, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 46; Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 47.

³⁰³ Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 20.

³⁰⁴ Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf? ZEW Discussion Paper No. 17-043, S. 82.

Von besonderer Relevanz ist nun die Frage, ob und inwieweit eine „Selbstbegünstigung“ einer Diskriminierung verschiedener Drittunternehmen gleichsteht. Hier kann als Vergleich die Entscheidung in der Rs. Google Shopping herangezogen werden, in der eine bevorzugte Darstellung der eigenen Dienstleistung adressiert wird. Diese Vorzugsbehandlung wurde nicht spezifisch als Diskriminierung behandelt oder in eine andere bestehende Fallgruppe eingeordnet, sondern allgemein als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geprüft.³⁰⁵ Im Ausgangspunkt gibt es auch keine allgemeine Pflicht, sich selbst nicht zu bevorzugen.³⁰⁶

Eine Einzelfallanalyse kann aber durchaus ergeben, dass ein solches Verhalten zu Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führt und idealerweise über das Diskriminierungsverbot adressiert werden sollte.³⁰⁷ Art. 102 lit. c AEUV schließt es gerade nicht aus, die Fallgruppe der Diskriminierung auch dann anzuwenden, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen betroffen ist, das Handelspartner und eigene Services unterschiedlich behandelt.³⁰⁸ Die Europäische Kommission hat bereits angenommen, dass eine Diskriminierung auch dann vorliegen kann, wenn für einen Abnehmer des Marktbeherrschers ein Wettbewerbsnachteil gegenüber diesem selbst entsteht.³⁰⁹

Es wäre auch ohne weiteres möglich gewesen, Google Shopping als einen Fall von Diskriminierung aufzugreifen: Die Kommission hat sich auf unzulässige Wettbewerbsvorteile für Google bezogen und nicht geprüft, ob Google eine Essential Facility darstellt.³¹⁰ In der Rs. Google Shopping stellte die Kommission insbesondere ab auf die herausgehobene, prominente Anzeige der eigenen Dienstleistung gegenüber konkurrierenden Dienstleistern.³¹¹ Daraus, so die Entscheidung, würden sich nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb ergeben: Es bestehe ein Marktabschottungspotenzial³¹², der Leistungswettbewerb werde gestört und Google gewähre sich selbst Vorteile, die aus einer marktdominanten Position folgten.³¹³ All dies ist übertragbar auf die Situation von Amazon Marketplace und legt nahe, dass die Selbstbegünstigung jedenfalls grundsätzlich auch als Diskriminierung aufgegriffen werden kann.

Im Zusammenhang mit der Problematik der Selbstbegünstigung ist auch eine aktuelle Beschwerde von Spotify gegen Apple bei der Europäischen Kommission von Interesse und weiter zu beobachten. Die Ausgangssituation gestaltet sich sehr ähnlich wie im Fall von Amazon, da Apple die Plattform für den Erwerb von Apps (Apple App Store) hält, dort externe App Anbieter (im konkreten Fall für Musikstreamingdienste) zulässt, aber auch seine eigenen entsprechenden Apps anbietet. Spotify macht hierzu geltend, dass alle Anbieter auf der Plattform gleich zu behandeln seien.³¹⁴

³⁰⁵ Europäische Kommission, Beschluss vom 27.06.2017, AT.39740 – Google Shopping.

³⁰⁶ Valdivia, The scope of the ‘special responsibility’ upon vertically integrated dominant firms after the Google Shopping case, World Competition 41, no. 1 (2018), S. 48 ff.; Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 66.

³⁰⁷ Valdivia, The scope of the ‘special responsibility’ upon vertically integrated dominant firms after the Google Shopping case, World Competition 41, no. 1 (2018), S. 53.

³⁰⁸ Ebenda, S. 59.

³⁰⁹ Europäische Kommission, Entscheidung vom 20.10.2004 – BdKEP, Rn. 93; vgl. auch Petit, Theories of self-preferencing under Article 102 TFEU: A reply to Bo Vesterdorf, S. 3.

³¹⁰ Valdivia, The scope of the ‘special responsibility’ upon vertically integrated dominant firms after the Google Shopping case, World Competition 41, no. 1 (2018), S. 62.

³¹¹ Europäische Kommission, Beschluss vom 27.06.2017, AT.39740 – Google Shopping, Rn. 344.

³¹² Ebenda, Rn. 593.

³¹³ Ebenda, Rn. 600.

³¹⁴ Vgl. dazu Walzel, CR 2019, 314.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Plattformen eine regulierende Funktion zukommt, weil sie als Intermediäre Regeln für ihre Nutzer setzen. Aufgrund dieser Funktion liegt es in ihrer Verantwortung, fairen, unvoreingenommenen und nutzerfreundlichen Wettbewerb auf ihren Plattformen zu gewährleisten.³¹⁵ Die jeweiligen Regeln dürfen nicht in wettbewerbsbehindernder Weise ausschließend oder diskriminierend sein, die marktbeherrschende Plattform darf ihre Fähigkeit, Regeln zu setzen, nicht dazu nutzen, die Wettbewerbsergebnisse festzulegen.³¹⁶ Eine kartellrechtliche Bewertung, die zu Recht den Fokus auf diese Regelsetzungsfunktion legt, erlaubt eine Lösung von den Kriterien für das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung oder Essential Facility bei der Frage, wann eine missbräuchliche Selbstbegünstigung vorliegt.³¹⁷ Unabhängig von den Kriterien der wesentlichen Einrichtung oder Essential Facility kann daher auch eine Selbstbegünstigung missbräuchlich sein, wenn dahinter kein wettbewerbsfördernder Grund steht und eine Übertragung von Marktmacht möglich ist.³¹⁸

Positiv formuliert ergibt sich aus dem Diskriminierungsverbot damit ein Gleichbehandlungsgebot bzw. eine umfassende Neutralitätspflicht: Amazon Marketplace muss die freien Händler so behandeln, wie es die eigene Retail-Sparte behandelt, unabhängig davon, ob es um den Zugang zu Daten oder Marketingleistungen geht. Umgehungen dieser Handlungsgebote sind ebenfalls als missbräuchlich anzusehen.

3.2.6 Behinderungsmisbrauch

Nimmt man an, dass ein Diskriminierungsmisbrauch im Fall der Selbstbegünstigung tatbestandlich ausgeschlossen ist³¹⁹, kann das Verhalten mit entsprechender Argumentation auch über die Fallgruppe des Behinderungsmisbrauchs erfasst werden. Die Tatbestände weisen ohnehin Überschneidungen auf und sind nicht scharf voneinander zu trennen.³²⁰

Art. 102 Abs. 1 AEUV: Nach europäischem Recht ist von einer Behinderung von Wettbewerbern auszugehen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten die wettbewerbslichen Betätigungsmöglichkeiten anderer Marktteilnehmer in einer Weise behindert, die bei funktionierendem Wettbewerb nicht möglich wäre.³²¹

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB: Nach deutschem Recht ist von einer Behinderung auszugehen, wenn das Verhalten des Marktbeherrschers die Betätigungsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Wettbewerb objektiv nachteilig beeinflusst,³²² deren Wettbewerbschancen schmälert³²³ und das Verhalten unbillig

³¹⁵ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 60 f., Schweitzer, ZEuP 2019, 1, 11.

³¹⁶ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 62.

³¹⁷ Schweitzer, ZEuP 2019, 1, 10 f.

³¹⁸ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 66.

³¹⁹ Vgl. Eilmansberger/Bien, in: MüKoEuWettbR, AEUV Art. 102 Rn. 273; vgl. Westermann, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 45; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 121; Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 44; siehe auch Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 99 m.w.N.

³²⁰ Siehe nur Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 15; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 100 f.

³²¹ Busche, in: Busche/Röhling, Kölner Kommentar zum Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 139; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 102 Rn. 214; Huttenlauch/Lübbig, in: LMRKM, Kartellrecht, AEUV Art. 102 Rn. 218.

³²² Westermann, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 41; Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 16; Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 102.

³²³ Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 19 Rn. 103.

erscheint. Die Unbilligkeit ergibt sich aus einer Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der Zielsetzung des GWB, die Freiheit des Wettbewerbs zu gewährleisten.³²⁴

Die Argumentation zum Diskriminierungsverbot, Abschnitt 3.2.5 lassen sich unmittelbar übertragen. Eine Selbstbevorzugung von Amazon und die entsprechende Benachteiligung anderer Marktteilnehmer ist eine Behinderung und als solche kartellrechtswidrig.

3.2.7 Ergebnis

Im Ergebnis ergeben sich aus dem deutschen und europäischen Kartellrecht durchaus Potenziale den Wettbewerb auf E-Commerce-Plattformen dadurch zu beleben, dass Plattformteilnehmern ein Zugangsanspruch zu bestimmten Daten des Plattformbetreibers gewährt wird. Diese Potentiale müssten von den Behörden und Gerichten aber auch genutzt werden. Während es fraglich erscheint, ob auf der Grundlage der traditionellen kartellrechtlichen Maßstäbe Amazon Marketplace oder sein Datenbestand als wesentliche Einrichtung oder Essential Facility anerkannt würden, lässt sich jedenfalls eine Gleichbehandlungspflicht der Händler im Vergleich zu Amazon Retail herleiten. Richtigerweise sollten die kartellrechtlichen Aufgreifmechanismen vor allem in der Rechtsanwendung geschärft werden. Nur so kann einer fortschreitenden Konzentration der Online Märkte effektiv begegnet werden. Trotz dieser signifikanten Potenziale ist das Kartellrecht aber aufgrund seiner systeminduzierten Grenzen nicht allein geeignet, einen funktionierenden Wettbewerb in der modernen Plattformökonomie zu gewährleisten. Vor allem aber sind die hier aufgezeigten kartellrechtlichen Pflichten bislang nicht umfassend anerkannt und umgesetzt. Es ist nicht damit zu rechnen, dass das durch die Europäische Kommission eingeleiteten Verfahren in absehbarer Zukunft zu hinreichenden Änderungen führt und eine regulatorische Untätigkeit droht in der Zwischenzeit irreparable wettbewerbliche Schäden zu verursachen.

3.3 Datenschutzrechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Teilens von Daten

Das Teilen von Daten und der Zugang zu Daten sind Möglichkeiten, den Wettbewerb auf Plattformen und vor allem auf Amazon Marketplace zu beleben. Jede Form des Teilens von Daten, unabhängig davon, auf welcher Grundlage der Zugang gewährt wird (d.h. auch, wenn dieser auf das Diskriminierungs- bzw. Behinderungsverbot gestützt wird), muss sich allerdings innerhalb des gesetzlichen Rahmens halten, der insbesondere durch das Datenschutzrecht und insoweit vor allem die DSGVO definiert wird. Das wesentliche Aufgreifkriterium des Datenschutzrechts ist der Personenbezug der Daten. Nicht personenbezogene Daten können demgegenüber ohne entsprechende Beschränkungen geteilt werden.

3.3.1 Personenbezogene Daten als Anknüpfungspunkt

Das Datenschutzrecht betrifft nur personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO. Die Verordnung schützt nur natürliche Personen, Art. 1 DSGVO. Daten juristischer Personen werden nicht erfasst, soweit sie nicht ihrerseits Personenbezug aufweisen. Der räumliche Anwendungsbereich des Datenschutzregimes wird definiert durch Art. 3 DSGVO. Er ist eröffnet, wenn die Niederlassung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der EU liegt (Abs. 1), die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen in der EU an Personen, die sich in der EU befinden, steht (Abs. 2 lit. a) oder das Verhalten von Personen, die sich in der EU befinden beobachtet werden soll (Abs. 2 lit. b).

³²⁴ Westermann, in: MüKoGWB, GWB § 19 Rn. 46; Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 18; Lorenz, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, GWB § 19 Rn. 9.

Die Definition personenbezogener Daten umfasst nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person [...] beziehen“. Als personenbezogene Daten können „alle Arten von Aussagen über eine Person“ angesehen werden, die Informationen vermitteln.³²⁵ Nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe ist ein Personenbezug gegeben, wenn Informationen über eine bestimmte Person vorliegen³²⁶, wenn die Verwendung der Daten (zumindest potenziell) dem Zweck dient, „eine Person zu beurteilen, in einer bestimmten Weise zu behandeln oder ihre Stellung oder ihr Verhalten zu beeinflussen“³²⁷ oder wenn die Verwendung der Daten Auswirkungen auf die Rechte und Interessen dieser Person haben könnte³²⁸.

Schließlich müssen sich die Informationen auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Ergibt sich die Identität der Person unmittelbar aus der Information, so handelt es sich um eine identifizierte Person.³²⁹ Identifizierbarkeit ist nach Art. 4 Nr. 1 Hs. 2 DSGVO gegeben, wenn eine natürliche Person „direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind“. Für die Beurteilung der Identifizierbarkeit sind nach Erwägungsgrund 26 S. 3 DSGVO alle Mittel zu berücksichtigen, die nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich für eine Identifizierung genutzt werden und zwar entweder vom Verantwortlichen oder von einem Dritten. Nach S. 4 richtet sich die Wahrscheinlichkeit nach allen objektiven Faktoren des Einzelfalls, beispielsweise den Kosten und dem Zeitaufwand für die Identifizierung sowie den vorhandenen Technologien und der technologischen Entwicklung. Eine Identifizierbarkeit ist zu verneinen, wenn die Identifizierung gesetzlich verboten oder aber praktisch nicht durchführbar ist, beispielsweise aufgrund eines unverhältnismäßigen Aufwandes.³³⁰ Es kommt darauf an, ob der Einsatz einer Methode für die Identifizierung vernünftigerweise zu erwarten ist.³³¹

Die Verarbeitung personenbezogener Daten begründet eine Verantwortlichkeit bei dem Verarbeitenden. Diese Verantwortlichkeit ist in Art. 4 Nr. 7 DSGVO geregelt und erfasst diejenige natürliche oder juristische Person, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Im Ausgangspunkt ist dies die Plattform, welche die Transaktionen vermittelt und abwickelt, Amazon Marketplace. Händler werden selbst oder gemeinsam verantwortlich, sobald sie personenbezogene Daten erhalten und (ebenfalls) selbst über die Verarbeitung entscheiden. Im Ausgangspunkt verbietet die DSGVO jede Verarbeitung personenbezogener Daten, womit die Frage nach einschlägigen Rechtfertigungsgründen aufgeworfen ist.

³²⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136, 01248/07/DE, S. 7.

³²⁶ Ebenda, S. 11.

³²⁷ Ebenda, S. 11 f.

³²⁸ Ebenda, S. 12.

³²⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.10.2016, C-582/14 – Patrick Breyer, Rn. 38.

³³⁰ Ebenda, Rn. 46.

³³¹ Ziebarth, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DSGVO Art. 4 Rn. 23.

3.3.2 Reichweite der Rechtfertigungsgründe nach der DSGVO³³²

Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO ist eine Verarbeitung von Daten nur rechtmäßig, wenn einer der dort genannten Rechtfertigungsgründe erfüllt ist. Der Begriff der Datenverarbeitung ist in Art. 4 Nr. 2 DSGVO definiert. Er ist sehr weit zu verstehen und umfasst jeden Vorgang, der einen Umgang mit personenbezogenen Daten beinhaltet.³³³ Dies schließt jede denkbare Nutzung durch Amazon Marketplace oder freie Händler ein. Mit Blick auf das Teilen von Daten bedürfen verschiedene Schritte der Datenverarbeitung einer Rechtfertigung, nämlich zumindest die Übertragung beziehungsweise Offenlegung von Kundendaten durch Amazon an Dritte und die weitere Nutzung durch die freien Händler. Die Möglichkeit einer Anonymisierung wird in Abschnitt 3.3.4. behandelt.

Grundsätzlich kommen verschiedenen Rechtfertigungsgründe für ein Teilen von Daten in Betracht.

Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO:

Zunächst ist an eine Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO zu denken. Hierin könnte eine Rechtsgrundlage für die Weitergabe der Daten an die Händler liegen, wenn man in einem kartellrechtlich begründeten Zugangsanspruch eine rechtliche Verpflichtung im Sinne der Vorschrift sieht. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO stellt als solcher allerdings keine Rechtsgrundlage dar, sondern setzt eine Rechtsvorschrift voraus, aus der eine Verarbeitungspflicht folgt.³³⁴ Die Rechtsgrundlage für eine solche Verarbeitung muss durch Unionsrecht oder das Recht des Mitgliedsstaates, dem der Verantwortliche unterliegt, bestimmt sein und sie muss den Zweck der Verarbeitung festlegen (Art. 6 Abs. 3 DSGVO). Es ist bereits zweifelhaft, ob man bei kartellrechtlichen Zugangsansprüchen von einer ausreichenden Rechtsgrundlage³³⁵ i.S.v. Art. 6 Abs. 3 DSGVO ausgehen kann. Zumindest die Voraussetzung der Festlegung des Zwecks der Datenverarbeitung erfüllen aber weder § 19 GWB noch Art. 102 AEUV, da eine entsprechende Verarbeitung für den Betroffenen nicht vorhersehbar ist.³³⁶ Zudem erscheint es zirkulär, in einer wettbewerbsrechtlichen Pflicht zum Teilen von Daten eine rechtliche Pflicht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO zu erblicken.³³⁷ Im Rahmen der Frage nach einer Rechtfertigung der Zugangsverweigerung (Abschnitt 3.2.2.1.4) entsteht ein Konflikt zwischen Kartellrecht und Datenschutzrecht. Entweder es ist einem marktbeherrschenden Unternehmen unzumutbar, dem Zugangsanspruch unter Verstoß gegen das Datenschutzrecht stattzugeben oder es besteht ein Rechtfertigungsgrund, sodass das Teilen von Daten rechtmäßig möglich und damit nicht unzumutbar ist. Es leuchtet allerdings nicht ein, dass gerade der Kartellrechtsverstoß eine Pflicht zum Teilen von Daten begründen soll, die dann selbst als Rechtfertigung für dieses Teilen dient. Die Pflicht kann vielmehr erst entstehen, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen zählt die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Zugangsgewährung, auch mit Blick auf rechtliche Grenzen (hier das Datenschutzrecht). Ferner müssten die betroffenen Personen ein Teilen ihrer personenbezogenen Daten hinnehmen, mit dem ein Kartellverstoß beseitigt werden soll, an dem sie nicht beteiligt waren.

³³² Diese Ausführungen setzen voraus, dass die aktuell stattfindende Datenverarbeitung durch Amazon in datenschutzkonformer Weise erfolgt. Jegliche Zugangsansprüche sind also durch die Praktiken von Amazon limitiert. Soweit diese datenschutzrechtswidrig sind, besteht auch kein Anspruch anderer Marktteilnehmer, in jeglicher Form an der Nutzung der entsprechenden Daten beteiligt zu werden.

³³³ Gola, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DSG-VO Art. 4 Rn. 30.

³³⁴ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 6 Rn. 78.

³³⁵ Vgl. zu Beispielen für entsprechende Normen Schulz, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 6 Rn. 44.

³³⁶ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 6 Rn. 91 mit Verweis auf Erwägungsgrund 41.

³³⁷ So aber Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 319.

Bestünde eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zum Teilen von Daten, stellte sich die Situation indes völlig anders dar. Diese gesetzliche Grundlage könnte, soweit sie die Anforderungen der DSGVO erfüllt, ohne Weiteres als Rechtfertigung für das Teilen von Daten herangezogen werden. Hierauf könnte allerdings lediglich die Weitergabe der Daten und nicht ihre Nutzung durch die externen Händler gestützt werden. Diese Weiternutzung bedürfte einer eigenen Rechtfertigungsgrundlage.

Notwendigkeit der Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO:

Einen weiteren Rechtfertigungsgrund stellt die Notwendigkeit der Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung dar, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO. Dieser Rechtfertigungsgrund ist eng auszulegen und daher vorliegend nicht einschlägig. Er umfasst nur Datenverarbeitungen, die tatsächlich notwendig für die Vertragserfüllung sind und liefert beispielsweise keine Rechtsgrundlage für die Profilbildung eines Kunden, der Waren online bestellt, für verhaltensbasierte Werbung oder die Verbesserung von Waren und Services.³³⁸ Insbesondere kann durch die Aufnahme einer bestimmten Datenverarbeitung in die Vertragsklauseln nicht festgelegt werden, dass diese Verarbeitung auch notwendig für die Vertragserfüllung ist.³³⁹

Berechtigte Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO:

Als Rechtfertigungsgrund kommt Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO in Betracht, wenn die Datenverarbeitung „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen“. Dieser Rechtfertigungsgrund kann möglicherweise sowohl eine Verwendung der Daten zu Marketingzwecken durch die externen Händler als auch die Weitergabe durch Amazon decken, da die Interessen Dritter berücksichtigungsfähig sind.

Nach dem Wortlaut ist der Begriff der Interessen grundsätzlich weit auszulegen und kann theoretisch auch das wirtschaftliche Interesse umfassen, viele Informationen über Kunden zur Verfügung zu haben, um möglichst zielgerichtete Werbung einsetzen zu können.³⁴⁰ Nach Erwägungsgrund 47 S. 7 der DSGVO kann die Verarbeitung von personenbezogenen Daten mit dem Zweck der Direktwerbung unter Umständen als einem berechtigten Interesse dienend angesehen werden. Eine Nutzung von Daten im Rahmen des Direktmarketings muss also nicht zwingend auf eine Einwilligung gestützt werden, wie auch der Umkehrschluss aus Art. 21 Abs. 2 DSGVO und Erwägungsgrund 70 DSGVO (Widerspruchsrecht gegen Direktmarketing) nahelegen.³⁴¹ Auch andere Formen des Marketings und der Werbung können eventuell berechnete Interessen verkörpern und deshalb gerechtfertigt sein.³⁴² Es muss folglich zwischen dem berechtigten Interesse der Händler auf der einen und den Grundrechten und Grundfreiheiten sowie sonstigen Interessen des Betroffenen auf der anderen Seite abgewogen werden. Die Privatsphäre der Kunden und das Interesse daran, nicht in ausufernder Weise überwacht zu werden sind in jedem Fall erfasst.³⁴³

³³⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, 844/14/EN, S. 21 f.; EDPB, Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Rn. 36, 46, 49, 53.

³³⁹ EDPB, Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Rn. 23.

³⁴⁰ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, 844/14/EN, S. 31.

³⁴¹ Gierschmann, MMR 2018, 7, 9.

³⁴² Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, 844/14/EN, S. 32.

³⁴³ Ebenda, S. 59.

Einzubeziehen sind nach Erwägungsgrund 47 S. 1 Hs. 2 DSGVO die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person. Nach S. 3 fließt in die Abwägung ferner ein, ob der Betroffene im Zeitpunkt der Datenerhebung unter Berücksichtigung ihrer Umstände absehen kann, dass eine Verarbeitung zu diesem Zweck erfolgen würde. Zu beachten ist auch, ob der Betroffene eine bestimmte Beziehung zum Verantwortlichen hat, z.B. dessen Kunde ist (S. 2). Generell ist davon auszugehen, dass ein Betroffener eher damit rechnet, dass eine Verarbeitung durch den Verantwortlichen und nicht durch einen Dritten stattfinden wird.³⁴⁴ Allerdings ist bei Transaktionen mit dritten Händlern auch erkennbar, dass zumindest ein Teil der Daten durch einen weiteren Verantwortlichen verarbeitet wird. Eine zusätzliche Nutzung der Daten zu Marketingzwecken durch diesen ist nicht vollkommen überraschend, insbesondere dann, wenn gegenüber Amazon eine entsprechende Einwilligung erteilt wird. Einzustellen sind ferner Maßnahmen zum Schutz der Kundeninteressen, beispielsweise einfach zugängliche Möglichkeiten, um einer solchen Datennutzung zu widersprechen.³⁴⁵

In die Abwägungen muss weiterhin eine Abschätzung einfließen, welche Folgen die Datenverarbeitung für den Betroffenen haben wird.³⁴⁶ Die Weitergabe an eine größere Gruppe von Personen birgt i.d.R. höhere Gefahren für die Interessen der betroffenen Person, da weniger Kontrolle ausgeübt werden kann und eine Aggregation leichter fällt. Die Bildung eines Datenpools, der es den Händlern erlaubt, frei auf alle personenbezogenen Daten fremder Kunden zuzugreifen, ist für die betroffenen Kunden daher besonders belastend. Zweifel bestehen auch an der praktischen Möglichkeit, Informationspflichten bei einer so großen Zahl potenzieller Verwender der Daten zuverlässig zu erfüllen. So ist, gestützt auf diesen Rechtfertigungsgrund, höchstens an eine Weitergabe personenbezogener Daten an die an der jeweiligen Transaktion beteiligten Händler zu denken. Weiter einzustellen ist die Stellung der betroffenen Person gegenüber dem Verantwortlichen, insbesondere das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, die es dem Verantwortlichen u.U. erlaubt, dem Betroffenen seine Interessen zu diktieren.³⁴⁷

Insgesamt wird allerdings angenommen, dass bei Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten, die gering und nicht besonders zwingend sind, die Interessen und Rechte des Betroffenen überwiegen, wenn die Folgen für diesen nicht noch geringer sind. Ansonsten wird eine Einwilligung als rechtliche Grundlage verlangt.³⁴⁸ Insoweit und im Rahmen der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung sind auch mögliche Schutzmaßnahmen wie etwa Anonymisierung oder Pseudonymisierung in die Abwägung einzubeziehen.³⁴⁹ Wo genau die Grenze liegt, wird stets Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall³⁵⁰ sein. Aufgrund der Heterogenität der Kunden und Händler auf Amazon gestaltet sich der Sachverhalt als zu komplex für eine pauschale Aussage. Wegen der Abhängigkeit von einer vergleichsweise offenen Abwägungsentscheidung besteht jedenfalls erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Händler würden sich je nach Nutzung einer signifikanten Gefahr eines Datenschutzverstößes aussetzen.

³⁴⁴ Gierschmann, MMR 2018, 7, 10.

³⁴⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, 844/14/EN, S. 33.

³⁴⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, 844/14/EN, S. 47.

³⁴⁷ Ebenda, S. 51.

³⁴⁸ Ebenda, S. 41.

³⁴⁹ Ebenda, S. 39.

³⁵⁰ Als Anhaltspunkt können die von der Artikel-29-Datenschutzgruppe gebildeten Beispiele dienen: Ebenda, S. 41.

Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO:

Schließlich kann die Einwilligung der betroffenen Person in die Datenverarbeitung eingeholt werden. Nach der Definition in Art. 4 Nr. 11 DSGVO handelt es sich dabei um eine freiwillig, für den bestimmten Fall und in Kenntnis der Sachlage unmissverständlich abgegebene Willensbekundung, die das Einverständnis der betroffenen Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden Daten zum Ausdruck bringt. Für die Freiwilligkeit muss die betroffene Person eine echte Entscheidungsmöglichkeit über die Erteilung der Einwilligung haben, ohne zu dieser gedrängt zu werden oder im Fall der Ablehnung oder Rücknahme negative Folgen zu erleiden.³⁵¹

Die Einwilligung muss in voller Kenntnis der Sachlage erfolgen: Der Europäische Datenschutzausschuss hält es, in Bestätigung der Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe, insbesondere für notwendig, dass Identitäten angegeben werden, wenn Daten an andere Verantwortliche weitergegeben oder von diesen verarbeitet werden sollen und sich diese anderen Verantwortlichen auf die ursprüngliche Einwilligung stützen wollen.³⁵² Vor diesem Hintergrund erscheint die Schaffung eines gemeinsamen Datenpools gestützt auf eine Einwilligung gegenüber Amazon, durch den alle Marketplace-Händler auf personenbezogene Daten aus allen Transaktionen zugreifen können nur schwer vorstellbar. Es müsste in ausreichend transparenter und verständlicher Weise dargelegt werden, welchen Dritten die Daten zur Verfügung gestellt werden, sodass die betroffene Person die Tragweite ihrer Einwilligung einschätzen kann.³⁵³ Was Bestandsdaten angeht ergibt sich zusätzlich das Problem, dass entsprechende Informationen schon vor Beginn der Datenerhebung zur Verfügung gestellt werden müssen.³⁵⁴

Zusätzlich greift der Zweckbindungsgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO ein. Danach darf die Datenerhebung nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erfolgen und es darf keine Weiterverarbeitung in mit diesen Zwecken unvereinbarer Weise geben. Die Einwilligung wird also immer für einen oder mehrere bestimmte Zwecke erteilt, wobei dies verschiedene Arten der Verarbeitung erfassen kann, wenn diese dem gleichen Zweck dienen.³⁵⁵ Sollen mit der Datenverarbeitung getrennte Zwecke verfolgt werden, muss die betroffene Person die Möglichkeit haben zu wählen, für welche Zwecke sie eine Einwilligung erteilt (sog. Granularität).³⁵⁶ Die Bindung an den festgelegten Zweck führt zu einer Begrenzung der Zwecke, für die die erhobenen personenbezogenen Daten nachträglich genutzt werden dürfen.³⁵⁷ Damit für die betroffene Person erkennbar ist, welche Arten von Verarbeitung in Zusammenhang mit dem Zweck zu erwarten sind, müssen die Informationen ausreichend bestimmt und detailliert, vor allem aber nicht zu vage oder generalklauselartig sein.³⁵⁸ Die Zweckfestlegung muss grundsätzlich

³⁵¹ EDPB, Endorsement 1/2018 zu Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259, 17/DE, S. 6.

³⁵² EDPB, Endorsement 1/2018 zu Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259, 17/DE, S. 16; vgl. Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 7 Rn. 59.

³⁵³ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 7 Rn. 59.

³⁵⁴ Ebenda.

³⁵⁵ EDPB, Endorsement 1/2018 zu Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259, 17/DE, S. 14.

³⁵⁶ EDPB, Endorsement 1/2018 zu Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259, 17/DE, S. 11; Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates (DSGVO), Erwägungsgründe 32 und 43.

³⁵⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, 00569/13/EN, S. 15; Wolff, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 401.

³⁵⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, 00569/13/EN, S. 16, 51 f.; Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 7 Rn. 70; Pötters, in: Gola,

spätestens bei Erhebung der Daten erfolgen.³⁵⁹

Nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO ist eine Weiterverarbeitung zu einem anderen Zweck, als die Daten ursprünglich erhoben wurden möglich, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, eine Einwilligung eingeholt wird oder die Verarbeitung mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar ist. Es genügt nicht, dass für die Verarbeitung zu einem anderen Zweck lediglich ein Rechtfertigungsgrund (mit Ausnahme der in Art. 6 Abs. 4 DSGVO genannten, insbesondere der Einwilligung) besteht; die Kompatibilität ist eine eigene Voraussetzung.³⁶⁰ Für die Beantwortung der Frage, ob eine weitere Verarbeitung mit den ursprünglichen Zwecken der Datenerhebung zu vereinbaren ist, liefert Art. 6 Abs. 4 DSGVO mehrere nicht abschließende Kriterien.

Allgemein muss eine Verbindung zwischen dem Zweck der Erhebung und der Weiterverarbeitung bestehen. Dies ist danach zu bestimmen, ob die ursprünglich benannten Zwecke die Weiterverarbeitung mehr oder weniger implizieren und die Weiterverarbeitung einen logischen nächsten Schritt darstellt oder aber eine schwache bzw. keine Verbindung besteht.³⁶¹ Dabei sind der Kontext der Datenerhebung und die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person in Bezug auf die Weiterverarbeitung auch unter Berücksichtigung der Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen zu berücksichtigen.³⁶² Amazon stellt ausdrücklich klar, keine persönlichen Daten zu verkaufen und Daten nur in bestimmten, eng begrenzten Fällen an Dritte weiterzugeben.³⁶³ Wenn allerdings ein Vertragsverhältnis mit Drittanbietern eingegangen wird, ist eventuell vernünftigerweise zu erwarten, dass zumindest bestimmte Daten bei diesen Händlern ankommen werden.

Darüber hinaus bedarf aber auch eine mit dem Zweck der Erhebung kompatible Weiterverarbeitung der Daten selbst eines datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgrundes.³⁶⁴ Da jedenfalls eine rechtssichere Lösung des Datenteilens derzeit ohnehin eine Einwilligung voraussetzt, kann diese Einwilligung dann auch entsprechend ausgestaltet werden.

Erheblich ist weiterhin die Art der Daten und der Einfluss der Weiterverarbeitung auf die betroffene Person: Je sensibler die Informationen sind, desto weniger ist von einer Vereinbarkeit der Verarbeitung mit dem ursprünglichen Zweck auszugehen. Relevant ist ferner, ob die Daten von einem anderen Verantwortlichen in einem anderen Kontext weiterverarbeitet werden oder einer großen Gruppe von Personen zugänglich gemacht werden.³⁶⁵ Schutzmaßnahmen durch den Verantwortlichen, wie etwa eine

Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 5 Rn. 14; Wolff, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 401.

³⁵⁹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, 00569/13/EN, S. 15; Pötters, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 5 Rn. 16.

³⁶⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, 00569/13/EN, S. 27; Wolff, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 412.

³⁶¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, 00569/13/EN, S. 24.

³⁶² Ebenda.

³⁶³ https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A_SECTION_2609CB37E82B4A4991D3BECAE70486B7 [23.06.2019].

³⁶⁴ Albrecht, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO, Einführung zu Art. 6 Rn. 12 ff.; Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, DS-GVO Art. 6 Rn. 183; a.A. Schulz, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 6 Rn. 210; Wolff, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 411.

³⁶⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, 00569/13/EN, S. 25 f.

Anonymisierung, Pseudonymisierung oder Aggregation sind grundsätzlich geeignet, datenschutzrechtlichen Bedenken zu begegnen.³⁶⁶

Eine mögliche Konstruktion für das Datenteilen könnte damit wie folgt ausgestaltet werden: Bei einem Kauf über einen Händler stellt Amazon nicht nur die eigene Datenschutzerklärung zur Verfügung, sondern gibt freien Händlern die Möglichkeit, eine eigene frei gestaltbare Datenschutzerklärung beizufügen und dadurch die erforderliche Einwilligung einzuholen. Akzeptiert der Kunde beide Datenschutzerklärungen, so kann Amazon dem betroffenen Händler jedenfalls die Daten aus dieser Transaktion vollständig zur Verfügung stellen. Darauf basierende Analyseergebnisse kann dies ebenfalls umfassen. Die größte praktische Herausforderung stellen in diesem Zusammenhang die hohen Anforderungen an die Transparenz dar. Die Einwilligung muss nämlich in voller Kenntnis der Sachlage erfolgen (s.o.). Durch die Gestaltung der Datenschutzerklärungen und des Einwilligungsprozesses muss die betroffene Person hinreichend präzise nachvollziehen können, welcher Verantwortliche welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet und welche datenschutzrechtlichen Pflichten er erfüllt. Die Zurverfügungstellung mehrerer Datenschutzerklärungen in einem Kaufprozess darf für die betroffene Person nicht überfordernd oder verwirrend sein.

Zusätzlich ist bei einer solchen Lösung eine mögliche gemeinsame Verantwortlichkeit Amazons und der externen Händler zu beachten. Eine solche ergibt sich nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO, wenn mindestens zwei Verantwortliche die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung gemeinsam bestimmen. Erhebt Amazon Daten sowohl für die eigene Nutzung, als auch für eine Weitergabe an die externen Händler, also in deren Interesse, liegt eine gemeinsame Verantwortlichkeit nahe.³⁶⁷ Erforderlich ist dann nach Art. 26 Abs. 1 und 2 DSGVO, dass die Verantwortlichen eine Vereinbarung treffen, in der in transparenter Form festgelegt ist, wer welche in der DSGVO niedergelegten Pflichten erfüllt. Der wesentliche Teil der Vereinbarung muss den betroffenen Personen zur Verfügung gestellt werden. In der Praxis stellt sich damit das Problem, alle notwendigen Informationen und Erklärungen so zu gestalten, dass die Datenverarbeitungsprozesse für die betroffene Person nachvollziehbar bleiben. Wichtig ist, dass auch bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit jeder Verantwortliche für die von ihm vorgenommenen Datenverarbeitungen, also auch für die Weitergabe von Daten an den anderen Verantwortlichen, eines Rechtfertigungsgrundes bedarf.³⁶⁸

Anders wäre dies hingegen bei einer Auftragsverarbeitung i.S.v. Art. 28 DSGVO, bei der die Übertragung an den Auftragsverarbeiter keiner gesonderten Rechtfertigung bedarf³⁶⁹ und dieser auch nicht Verantwortlicher i.S.d. DSGVO³⁷⁰ ist. Hierfür müsste Amazon allerdings die Datenverarbeitung im Auftrag der Händler durchführen, an deren Weisungen gebunden sein und keinen eigenen Entscheidungsspielraum über die Zwecke der Verarbeitung haben.³⁷¹ Im Verhältnis zwischen Amazon und den freien Händlern ist dies offensichtlich nicht der Fall. Außerdem behielte Amazon bei einer solchen Konstruktion gerade die alleinige Kontrolle über den Prozess, wodurch Missbrauchspotentiale bei Amazon verblieben.

³⁶⁶ Ebenda, S. 26.

³⁶⁷ Vgl. Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 26 Rn. 3, 12.

³⁶⁸ Petri, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 26 Rn. 1; Schantz, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 375; a.A. Piltz, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO Art. 26 Rn. 8.

³⁶⁹ Gola, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 4 Rn. 75; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 28 Rn. 8a ff.

³⁷⁰ Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 28 Rn. 2, 10.

³⁷¹ Klabunde, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 4 Rn. 40; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 28 Rn. 2.

Der Erfüllung eines im Übrigen gegebenen kartellrechtlichen Anspruchs auf ein Teilen der Daten aus den Transaktionen des jeweiligen Händlers steht damit insoweit kein datenschutzrechtlicher Einwand als Rechtfertigung entgegen. Die dafür erforderlichen Anstrengungen sind Amazon auch zumutbar und Händler kommen damit zumindest an diejenigen Daten, die aus der eigenen Transaktion stammen.

Nicht zwangsläufig verhindert wird damit freilich die Akkumulation von Daten über eine Vielzahl von Transaktionen bei Amazon und die daraus folgenden Missbrauchspotenziale. Im Übrigen sollte das Zusammenspiel der kartellrechtlichen Gleichbehandlungspflicht und der datenschutzrechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten so ausgelegt werden, dass Amazon Retail ebenfalls nur diejenigen personenbezogenen Daten nutzen darf, die im Zusammenhang mit Transaktionen angefallen sind, an denen Amazon Retail beteiligt war. Nur so ist die kartellrechtlich vorgesehene Gleichbehandlung im Rahmen des Datenschutzrechts und ohne neue gesetzliche Grundlage zur Geltung zu bringen.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass ohne gesetzliche Änderung in der Gestalt einer Ermächtigung zum Teilen von Daten die kartellrechtlichen Ansprüche am besten über eine Einwilligungskonstruktion umgesetzt werden, bei der Amazon den Händlern ermöglicht, eigene Datenschutzerklärungen zur Verfügung zu stellen und darauf aufbauend Einwilligungen für eine Nutzung der Daten einzuholen. Gleichzeitig sollte Amazon Marketplace basierend auf dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot untersagt werden, an Amazon Retail Daten oder Analyseergebnisse weiterzugeben, die aus Transaktionen von freien Händlern stammen, weil eine entsprechende Weitergabe von Daten aus den Transaktionen von Amazon Retail an die freien Händler aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht möglich wäre. Nur so lässt sich eine Verzerrung zugunsten von Amazon Retail vermeiden. Das Angebot sämtlicher Marketingleistungen auf der Plattform ohne eine entsprechende Weitergabe der Daten an die Händler kann nur dann als eine gleichwertige Alternative begriffen werden, wenn auch Amazon Retail selbst die Daten nur innerhalb der Grenzen der Amazon Plattform nutzt und keinen weiteren Nutzen daraus ziehen kann. Könnte und dürfte Amazon Retail die Daten nämlich frei nutzen, etwa im stationären Handel, in den Amazon vordringt, so ergäbe sich ein Wettbewerbsvorteil gegenüber den freien Händlern, die nur Zugriff auf die Marketingleistungen der Plattform hätten, die Daten aber nicht selbst „hebeln“ könnten, um sie ebenso auf anderen Märkten zu nutzen.

3.3.3 Übertragung an Treuhänder

Alternativ zum direkten Teilen der Daten mit den freien Händlern könnten sämtliche Daten, die auf Amazon Marketplace anfallen durch Amazon auch an eine dritte Stelle, nämlich einen Daten-Treuhänder herausgegeben werden, um so den Anforderungen des Kartellrechts nachzukommen oder schlicht den Wettbewerb zu stärken. Vorschläge dieser Art kommen insbesondere aus dem anglo-amerikanischen Raum. Das Ziel wäre insoweit die Schaffung eines Mechanismus, mit Hilfe dessen sichergestellt werden kann, dass Daten nur in zulässiger Weise genutzt werden und gleichzeitig die Herausforderungen für die wettbewerbliche Struktur adressiert werden.³⁷² Datenschutzrechtlich ließe sich dies über eine alleinige Verantwortung des Treuhänders, eine Auftragsdatenverarbeitung oder eine gemeinsame Verantwortung ausgestalten.

Der Treuhänder würde die Interessen der Nutzer wahren³⁷³ und könnte Schutzmaßnahmen, wie etwa eine Anonymisierung oder Pseudonymisierung vornehmen, bevor er die Daten der Plattform oder

³⁷² Reed/Ng, Data Trusts as an AI Governance Mechanism, S. 2.

³⁷³ Ebenda.

Händlern – ggf. nach Freigabe durch die betroffene Person³⁷⁴ – zur Verfügung stellt.³⁷⁵ Ein verwandtes Modell wurde etwa von Microsoft vorgestellt (Microsoft Cloud): Sämtliche Daten befinden sich insoweit bei einem unabhängigen Treuhänder, der zeitlich befristet Zugriffsrechte gewähren kann.³⁷⁶ Vereinbarungen bestehen jeweils zwischen Datentreuhänder und nutzendem Unternehmen und Datentreuhänder und einzelnen Kunden. Der Datenzugriff muss für jeden Einzelfall beantragt werden und wird vom Datentreuhänder im Auftrag des Kunden überwacht.³⁷⁷

Neben einer vertraglichen Ausgestaltung zwischen den Parteien wäre für die Verarbeitung personenbezogener Daten, außer wenn eine Ausgestaltung als Auftragsdatenverarbeitung³⁷⁸ gelingt, nach dem europäischen Datenschutzrecht weiterhin ein Rechtfertigungsgrund nötig. Daraus ergeben sich dieselben Herausforderungen wie bereits oben beschrieben. Eine Einwilligung der Kunden in spezifische Verarbeitungsschritte, die im amerikanischen Raum so nicht erforderlich ist, lässt sich durch eine generelle treuhänderische Wahrnehmung der Interessen der Kunden³⁷⁹ nicht kompensieren. Rechtssicherheit könnte nur durch eine explizite gesetzliche Regelung geschaffen werden, die eine vertraglich festgelegte „Datentreuhand“ zulässt oder vorschreibt und möglicherweise auch Anforderungen an eine solche Vereinbarung spezifiziert.³⁸⁰ Eine Reform mit einem solchen Paradigmenwechsel wäre zwar durchaus erwägenswert, ist aber derzeit nicht zu erwarten. Wesentlich wäre aber in jedem Fall sicherzustellen, dass der Treuhänder in Anlehnung an das Treuhandrecht³⁸¹ tatsächlich eine neutrale und unabhängige Stelle ist, die keinerlei eigene (wirtschaftliche) Interessen an den verwalteten Daten hat.³⁸²

3.3.4 Möglichkeiten und Grenzen der Anonymisierung

Die Anonymisierung ist interessant, wenn es um die Weitergabe von Daten durch einen datenschutzrechtlich Verantwortlichen an eine andere Stelle geht, welche die Daten ebenfalls verarbeiten will. Für anonymisierte Daten muss es zunächst aber überhaupt einen sinnvollen Anwendungsbereich geben. Hier kann etwa zwischen der Datennutzung für Direktmarketing einerseits und für Auswertungen bezüglich des eigenen Erfolgs und allgemeinere Marktanalysen andererseits differenziert werden. Dass Wettbewerber im ersteren Fall von anonymisierten Daten profitieren würden, erscheint eher zweifelhaft. Andererseits können Daten auch in anonymisierter Form wertvolle Erkenntnisse liefern, wenn das Interesse an ihnen eher statistischer Natur ist. In diese Richtung geht auch der Vorschlag des „Daten-für-alle“-Gesetzes.³⁸³ Hierzu ist jedoch anzumerken, dass für die Geschäftsmodelle „datenmächtiger“ Unternehmen personenbezogene Daten häufig wichtiger sind, als anonymisierte.³⁸⁴

³⁷⁴ Vgl. Kühling/Sackmann, Rechte an Daten, Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, S. 17.

³⁷⁵ Jäschke et al., Für immer anonym: Wie kann De-Anonymisierung verhindert werden? Abida Gutachten, S. 55 ff.

³⁷⁶ Rath/Kuß/Maiworm, CR 2016, 98, 100.

³⁷⁷ Rath/Kuß/Maiworm, CR 2016, 98, 101; Schwartz/Peifer, CR 2017, 165, 170.

³⁷⁸ Gola, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 4 Rn. 75; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 28 Rn. 8a ff.

³⁷⁹ Vgl. Reed/Ng, Data Trusts as an AI Governance Mechanism, S. 2.

³⁸⁰ Ebenda, S. 3 f.

³⁸¹ Vgl. ebenda, S. 7 f.

³⁸² Kühling/Sackmann, Rechte an Daten, Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, S. 18; Jäschke et al., Für immer anonym: Wie kann De-Anonymisierung verhindert werden? Abida Gutachten, S. 59.

³⁸³ Nahles, Digitaler Fortschritt durch ein Daten-für-alle-Gesetz, Diskussionspapier, Rn. 179 ff.

³⁸⁴ Buchner, WRP 2018, I, Nr. 10.

Laut Erwägungsgrund 26 S. 5, 6 DSGVO sollen anonyme oder anonymisierte Daten nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Gemeint sind nach S. 5 solche Informationen, die sich nicht auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen oder solche personenbezogenen Daten, die eine Identifizierung der betroffenen Person nicht (mehr) zulassen (Abschnitt 3.3.1). Mögliche Techniken hierfür sind die Aggregation, also das Zusammenfassen der Daten mehrerer Betroffener, sodass sich im Nachhinein nicht mehr feststellen lässt, auf wen sich Einzeldaten beziehen³⁸⁵, die Daten-Synthetisierung, bei der aus einem Ursprungsdatensatz „künstliche“, nicht mehr von natürlichen Personen stammende, Daten generiert werden, die dessen statistische Eigenschaften möglichst genau abbilden³⁸⁶ und andere³⁸⁷.

Solange Daten re-identifizierbar sind, ist allerdings nur von einer Pseudonymisierung auszugehen.³⁸⁸ Diesen Unterschied zwischen Anonymisierung und Pseudonymisierung betont auch die Artikel-29-Datenschutzgruppe in ihrer Stellungnahme zu Anonymisierungstechniken.³⁸⁹ Anonymisierte Daten, die aus dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts herausfallen, liegen also so lange nicht vor, wie die Stelle, die die Daten erhoben hat (oder ein Dritter) einzelne betroffene Personen noch identifizieren kann.

Eine verwandte, aber dennoch eigene Frage ist, wie sicher Daten vor einer Umkehrung der Anonymisierung sein müssen. Hierfür sind technische Entwicklungen zu berücksichtigen.³⁹⁰ Schon heute bestehen beispielsweise Möglichkeiten, durch Big Data-Analysen auch aus anonymisierten Daten wahrscheinlichkeitsbasierte Rückschlüsse auf Einzelpersonen zu ziehen. Dadurch sind die Daten zumindest potenziell personenbeziehbar.³⁹¹ Eine absolute Anonymisierung, welche die Wiederherstellung des Personenbezugs für jedermann dauerhaft technisch unmöglich macht³⁹², ist aber auch nicht zwingend notwendig. Vielmehr kommt es darauf an, ob damit zu rechnen ist, dass eine Person unter Einsatz aller vernünftigerweise zu erwartenden Methoden identifiziert werden kann (sog. faktische Anonymisierung).³⁹³

Die Durchführung der Anonymisierung ist selbst eine Datenverarbeitung i.S.v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO,³⁹⁴ die nach einer Rechtfertigung verlangt.³⁹⁵ Hierfür sollte aber Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO eine ausreichende Grundlage liefern. Der Prozess der Anonymisierung als solcher berührt die Rechte und Interessen der betroffenen Person nur in geringem Maße. In der Regel wird hier also das Interesse an der

³⁸⁵ Ernst, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 4 Rn. 49; Ziebarth, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DSGVO Art. 4 Rn. 27.

³⁸⁶ Drechsler/Jentzsch, Synthetische Daten, Impuls paper Stiftung Neue Verantwortung, S. 2.

³⁸⁷ Vgl. zu weiteren Anonymisierungstechniken Jäschke et al., Für immer anonym: Wie kann De-Anonymisierung verhindert werden? Abida Gutachten, S. 28 ff.; Art-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 05/2014 zu Anonymisierungstechniken, WP 216, 0829/14/DE, S. 13 ff.

³⁸⁸ Ernst, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 4 Rn. 49.

³⁸⁹ Art-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 05/2014 zu Anonymisierungstechniken, WP 216, 0829/14/DE, S. 24 ff.

³⁹⁰ Art-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 05/2014 zu Anonymisierungstechniken, WP 216, 0829/14/DE, S. 10.

³⁹¹ Drexler, NZKart 2017, 415, 416.

³⁹² Ziebarth, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DSGVO Art. 4 Rn. 29.

³⁹³ Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf? ZEW Discussion Paper No. 17-043, S. 31 f.; Ziebarth, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DSGVO Art. 4 Rn. 22, 23, 30; Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates (DSGVO), Erwägungsgrund 26 S. 3, 4; vgl. Art-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 05/2014 zu Anonymisierungstechniken, WP 216, 0829/14/DE, S. 6.

³⁹⁴ Hansen, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 4 Nr. 5 Rn. 23.

³⁹⁵ Art-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 05/2014 zu Anonymisierungstechniken, WP 216, 0829/14/DE, S. 8.

Weiterverwendung anonymisierter Daten überwiegen. Unter Berücksichtigung der oben angeführten Kriterien ist auch von einer Einhaltung des Zweckbindungsgrundsatzes auszugehen. Anzumerken ist ferner, dass Unternehmen, die Daten sammeln, diese eventuell bereits für eigene Zwecke rechtmäßig in einer Art und Weise verarbeiten, dass anonymisierte Daten entstehen.

Regelmäßig kommt es in diesem Zusammenhang auf die umstrittene Frage an, auf wessen Sichtweise bei der Frage der Identifizierbarkeit abzustellen ist. Nach der relativen Theorie kommt es darauf an, ob der Verantwortliche selbst über Identifizierungsmöglichkeiten verfügt, während die absolute Theorie auch die Identifizierungsmöglichkeiten jedes Dritten berücksichtigt.³⁹⁶ Im Ergebnis wird darauf abzustellen sein, ob mit einer Identifizierung durch den Empfänger vernünftigerweise gerechnet werden kann, insbesondere ob eine Nutzung der Zusatzwissens Dritter zu erwarten ist.³⁹⁷ Besteht hierfür keine ausreichende Wahrscheinlichkeit, ist von nicht personenbezogenen Daten auszugehen und es bedarf jedenfalls für die weitere Verarbeitung keines eigenen Rechtfertigungsgrundes. Geht man demgegenüber davon aus, dass die weitergebende Stelle eines solchen Rechtfertigungsgrundes bedarf, da es sich für sie weiterhin um personenbezogene Daten handelt, ist diese Grundlage wiederum in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO zu suchen. Die Folgen für die betroffene Person sind in diesem Fall nämlich vergleichsweise gering.

Eine hinreichende Anonymisierung eröffnet weitgehende Möglichkeiten zum Teilen von Daten unter Einhaltung des Datenschutzrechts. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass mit einer Anonymisierung, wenn sie denn technisch gelingt, Einschränkungen der Nutzungsmöglichkeiten insbesondere im Bereich des Direktmarketings einhergehen.

3.4 Kartellrechtliche Grenzen des Teilens von Daten

Ein Teilen von Daten kann und sollte nur insoweit erfolgen, wie es den Wettbewerb fördert. Teilweise wird das Zusammenführen mehrerer Datenbestände aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive kritisch gesehen.³⁹⁸ Diese Bedenken schlagen beim Datenteilen im E-Commerce im Ergebnis nicht durch. Es geht nämlich nicht um das Zusammenführen vormals getrennter Datenbestände, sondern um die Erweiterung des Zugriffs auf Daten, über die Amazon ohnehin schon faktische Herrschaft hat. Insofern dürfte der bessere Datenzugang für Wettbewerber den Wettbewerb eher fördern als schwächen.³⁹⁹

Grundsätzlich können sich aus einem erweiterten Datenzugang aber auch wettbewerbsrechtliche Probleme ergeben. So könnte sich die Markttransparenz derart erhöhen, dass der Preiswettbewerb an Intensität verliert.⁴⁰⁰ Hierfür bestehen allerdings bisher keine tatsächlichen Anzeichen. In praktischer Hinsicht lässt sich anführen, dass auf dem deutschen Tankstellenmarkt ein Mehr an Transparenz auch zu mehr

³⁹⁶ Ziebarth, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DSGVO Art. 4 Rn. 35; Gola, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO Art. 4 Rn. 17.

³⁹⁷ Ziebarth, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DSGVO Art. 4 Rn. 37; Brink/Eckhardt, ZD 2015, 205, 211.

³⁹⁸ Telle, InTer 2017, 3, 9; vgl. Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 367; Monopolkommission, 68. Sondergutachten, Tz. 109, 464, 478 f.; Holzweber, NZKart 2016, 104, 108 f.; Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 9 f.; Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt, Competition Law and Data, S. 16 f; vgl. auch Europäische Kommission, Entscheidung vom 11.03.2008, COMP/M.4731 – Google/DoubleClick und Europäische Kommission, Entscheidung vom 03.10.2014, COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp.

³⁹⁹ Vgl. Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 367; vgl. Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, Abida Gutachten, S. 65; näher zu möglichen Effizienzen Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 94 ff.

⁴⁰⁰ Drexl, NZKart 2017, 415, 419; Bundeskartellamt, Big Data und Wettbewerb, S. 8.

Wettbewerb geführt hat.⁴⁰¹ Außerdem könnte der Austausch bestimmter Daten mit Wettbewerbern auch zu einem Verstoß gegen Art. 101 AEUV führen.⁴⁰² Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB normieren jeweils Kartellverbote. In jedem Fall darf das Teilen von Daten nicht dazu führen, dass der Wettbewerb dadurch beschränkt wird, dass die Marktteilnehmer nicht mehr selbstständig über ihr Marktverhalten entscheiden.⁴⁰³ Spezifische Ausführungen zu einer kartellrechtskonformen Ausgestaltung genossenschaftlicher Strukturen finden sich in Abschnitt 4.1.6.

Im Ergebnis ist zu beachten, dass Art. 101 und 102 AEUV und ihre nationalen Entsprechungen einer gemeinsamen Nutzung von Daten auch Grenzen setzen können, soweit das Teilen selbst den Wettbewerb beeinträchtigen würde, wie etwa durch einen unerlaubten Informationsaustausch oder eine Diskriminierung einzelner Unternehmen beim Datenzugang.⁴⁰⁴ Entsprechende Konsequenzen sind aber mit Blick auf ein Datenteilen im E-Commerce nicht zu erwarten. Nachdem dieser Teil der aktuellen Rechtslage gewidmet war, stellt sich im Folgenden die Frage der optimalen künftigen Ausgestaltung des Rechtsrahmens.

⁴⁰¹ Haucap et al., Auswirkungen der Markttransparenzstelle für Kraftstoffe (MTS-K): Änderungen im Anbieter- und Nachfragerverhalten, DICE Ordnungspolitische Perspektiven, No. 91.

⁴⁰² Hoffer/Lehr, NZKart 2019, 10, 18; Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 138.

⁴⁰³ EuGH, Urteil vom 23.22.2006, C-238/05 – Asnef-Equifax, Rn. 51 f., 58 f.

⁴⁰⁴ Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 138; Podszun, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, Gutachten fpmi, S. 43; zur Würdigung des Informationsaustausches: EuGH, Urteil vom 23.22.2006, C-238/05 – Asnef-Equifax, Rn. 60; Europäische Kommission, Mitteilung – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2011/C 11/01, Rn. 55 ff.; vgl. auch Podszun, WuW 2019, 289.

4 De lege ferenda

Der folgende Teil ist den verschiedenen Vorschlägen zur künftigen Gestaltung des Rechtsrahmens für elektronische Plattformen im E-Commerce gewidmet. Dabei setzt sich dieses Gutachten mit den einzelnen Ansätzen auseinander und geht an den relevanten Stellen auf die datenschutzkonforme Umsetzung der Vorschläge ein. Im Ergebnis sollte eine regulatorische Festschreibung des Data Sharing angestrebt werden. Dadurch könnten Monopolisierungstendenzen zu Gunsten „datenmächtiger“ Unternehmen bereits im Vorfeld vermieden werden. Vor allem genossenschaftliche Strukturen, die es erlauben, Ressourcen gemeinsam zu nutzen und die Vorteile von Daten ihren Erzeugern zukommen zu lassen, sollten als erfolgsversprechende Modelle ausreichend Berücksichtigung finden.

4.1 Neue Ansätze der Plattformregulierung

Mit der Verschärfung der wettbewerblichen Defizite auf den digitalen Plattformmärkten wurden in der jüngeren Vergangenheit verschiedene Ansätze zum Umgang mit einer auf starken Netzwerkeffekten beruhenden Branche unterbreitet und diskutiert. Dabei handelt es sich teilweise um systemimmanente Verschärfungen des Kartellrechts, entweder aufseiten der Aufgreifkriterien oder aber mit Blick auf den Maßnahmenkatalog. Im Übrigen werden regulierungsrechtliche Maßnahmen vorgeschlagen. Als erstes soll nun der Open Data Vorschlag näher untersucht werden.

4.1.1 Open Data

Open Data bezeichnen allgemein Daten, die ohne Einschränkungen von jedem genutzt werden können.⁴⁰⁵ Hintergrund von Open Data ist die bereits mehrfach angesprochene Nichtrivalität von Daten im Konsum (Abschnitt 2.2.2): Da Daten von allen interessierten Kreisen gleichzeitig für unterschiedlichste Zwecke genutzt werden können, soll, so die entsprechenden Vorschläge, der Zugang zu Daten allen offenstehen, um deren gesamtes Potenzial ausnutzen zu können. In diesem Zusammenhang haben internationale Organisationen, nationale Regierungen, Städte sowie Lokalregierungen begonnen, ihre Daten zur Verfügung zu stellen. Beispielsweise haben 69 Staaten und staatliche Stellen die Open Data Charter gegründet⁴⁰⁶, die Europäische Union stellt Daten im EU Open Data Portal⁴⁰⁷ und Deutschland im GovData Portal⁴⁰⁸ zur Verfügung.

Die positiven Effekte der kostenlosen oder sehr kostengünstigen Bereitstellung von Daten sind dabei enorm. In einer Studie für die Europäische Kommission⁴⁰⁹ wurde ermittelt, dass durch geringere Gebühren für den Zugang zu Daten die Anzahl der Weiterverwender je nach Ausmaß der Reduktion um 1.000 bis 10.000 Prozent gestiegen ist. Das volkswirtschaftliche Potenzial von Open Data wurde ebenfalls bereits untersucht: Unter optimalen Bedingungen kann allein für Deutschland mit einem jährlichen Beitrag zum Bruttoinlandsprodukt von 43,1 Milliarden Euro sowie 20.000 zusätzlich geschaffenen Arbeitsplätzen gerechnet werden⁴¹⁰. Diese Schätzung beinhaltet neben Daten aus staatlichen Quellen auch Daten des Privatsektors (sog. Business und Personal Data).

⁴⁰⁵ Balta et al., Open Data. The Benefits, Kuzev (Hrsg.), Studie im Auftrag der Konrad-Adenauer-Stiftung, S. 9.

⁴⁰⁶ <https://opendatacharter.net/> [30.06.2019].

⁴⁰⁷ <https://data.europa.eu/euodp/en/home> [30.06.2019].

⁴⁰⁸ <https://www.govdata.de/> [30.06.2019].

⁴⁰⁹ De Vries et al., Pricing Of Public Sector Information Study – Models of Supply and Charging for Public Sector Information (ABC), Final Report, S. 6.

⁴¹⁰ Balta et al., Open Data. The Benefits, Kuzev (Hrsg.), Studie im Auftrag der Konrad-Adenauer-Stiftung, S. 11.

Kostenloses Open Data verpflichtend für Akteure des Privatsektors zu machen, führt aber eventuell zu einem ökonomischen Anreizproblem: Durch einen verpflichtenden Zugang verlieren die Daten ihre Ausschließbarkeit. Nichtrivalität und Nicht-Ausschließbarkeit sind jedoch die Charakteristika eines öffentlichen Gutes. Öffentliche Güter sind in der Regel mit einem Marktversagen verbunden:⁴¹¹ Das entsprechende Gut wird nur noch in einem zu geringen Umfang hergestellt. Die effiziente Menge muss in diesem Fall durch den Staat bereitgestellt werden.

Für Daten würde dies bedeuten, dass, falls ein Unternehmen kostenlos Zugang zu den eigenen gesammelten Daten gewähren müsste, der Anreiz Daten zu sammeln zurückgehen und insgesamt weniger Daten generiert werden würden. Dies hat zwei Gründe: Einerseits müsste ein Unternehmen die Daten nicht selbst sammeln, sondern könnte sie von anderen Unternehmen einfordern. Andererseits wäre der Mehrwert des Sammelns für das eigene Unternehmen gering, da automatisch Wettbewerber in die gleiche Position kommen und Wettbewerbsvorteile so nur schwer erreichbar sein würden.

Eine weitere Herausforderung ergibt sich an der Schnittstelle zwischen Open Data (Zugriff ohne Beschränkungen) für jedermann und dem Datenschutz, der die Verarbeitung personenbezogener Daten gerade bewusst limitiert. In der Regel beziehen sich Open Data-Vorschläge daher nur auf bestimmte Arten von Daten und schließen personenbezogenen Daten nicht ein.

Die Europäische Kommission plant etwa, die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors durch eine Überarbeitung der PSI-Richtlinie sowie den Zugang zu wissenschaftlichen Informationen zu verbessern.⁴¹² Die Institutionen haben zudem einen Leitfaden veröffentlicht, durch den die Weitergabe von Daten aus dem privaten Sektor im B2B-Bereich erleichtert und gefördert werden soll.⁴¹³ Die Leitlinien beziehen sich insbesondere auf maschinengenerierte Daten und stellen Grundsätze für die gemeinsame Datennutzung auf, vor allem in Bezug auf die Gestaltung entsprechender Verträge.⁴¹⁴ Es werden Gestaltungsmöglichkeiten für die gemeinsame Nutzung von Daten aufgezeigt (Open-Data-Ansatz, Datenmarktplatz, geschlossene Plattform).⁴¹⁵ Das Dokument geht ferner auf rechtliche (insbesondere die Vertragsgestaltung betreffende)⁴¹⁶ und technische⁴¹⁷ Aspekte der gemeinsamen Datennutzung ein. Es wird darauf verwiesen, dass für einzelne Sektoren bzw. Formen der gemeinsamen Datennutzung Mustervertragsbedingungen ausgearbeitet werden und über ein Unterstützungszentrum für die gemeinsame Datennutzung bewährte Verfahren, bestehende Mustervertragsbedingungen und Checklisten zusammengetragen werden sollen.⁴¹⁸

Gerade für nicht-personenbezogene Daten aus dem öffentlichen oder öffentlich finanzierten Sektor scheint der Open Data Ansatz besonders vielversprechend. Mit Blick auf den Privatsektor wäre im Einzelfall zu beurteilen, ob die Bedenken hinsichtlich der entstehenden Anreizmechanismen durch andere Vorteile aufgewogen werden. Zwar existieren vereinzelt freiwillige Ansätze von Unternehmen, die

⁴¹¹ Weimann, Wirtschaftspolitik, Allokation und kollektive Entscheidung.

⁴¹² Europäische Kommission, Factsheet vom 25. April 2018, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-3365_de.htm [01.06.2019].

⁴¹³ Europäische Kommission, SWD(2018) 125 final. Die ebenfalls behandelte Thematik der gemeinsamen Datennutzung durch Unternehmen und Behörden wird hier vernachlässigt.

⁴¹⁴ Ebenda, S. 2 ff.

⁴¹⁵ Ebenda, S. 4 f.

⁴¹⁶ Ebenda, S. 5 ff.

⁴¹⁷ Ebenda, S. 8 ff.

⁴¹⁸ Europäische Kommission, SWD(2018) 125 final S. 6; Europäische Kommission, Anhang zu C(2018) 568 final, S. 42.

einem Open Data Modell entsprechen.⁴¹⁹ Diese dienen aber im Regelfall in irgendeiner Form den eigenen Interessen der Unternehmen. Eine freiwillige Förderung des Wettbewerbs gegen sich selbst ist keinesfalls zu erwarten. Insofern wäre die Schaffung einer gesetzlichen Pflicht vonnöten. Aus rechtspolitischer Sicht müsste dann eine Auseinandersetzung mit den beschriebenen Bedenken bezüglich der Anreizstruktur erfolgen. Für personenbezogene Daten ist der der Open Data Ansatz ungeeignet. Er ist mit dem gegenwärtigen Rechtsrahmen nicht vereinbar und eine entsprechende Neuerfindung der Grundsätze des Datenschutzrechts ist weder zu erwarten noch zu empfehlen.

4.1.2 Datenteilen und Konditionen

Das Kartellrecht ist basierend auf den obigen Ausführungen (vgl. Abschnitt 3.2.7) und selbst in der hier vorgeschlagenen Anwendung allenfalls partiell geeignet, die strukturellen Wettbewerbsdefizite auszugleichen.⁴²⁰ Dem Kartellrecht sollte in Ansehung der Herausforderungen der Plattformökonomie eine gewichtigere Rolle zukommen und ein entsprechendes Potential besteht durchaus. Insbesondere das reaktive Durchsetzungssystem⁴²¹, die geringe Effektivität aufgrund langer Verfahrensdauern bis zu endgültigen Entscheidungen und die geringe Rechtssicherheit in Bezug auf Zugangsfragen bringen aber erhebliche systeminduzierte Schranken mit sich.⁴²² Vorzugswürdig ist deshalb die Schaffung eines neuen (spezialgesetzlichen) Datenzugangssystems.⁴²³

So könnten Zugangsansprüche unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung geschaffen werden für natürliche und juristische Personen, die ein besonderes Interesse am Datenzugang zum Zwecke der weiteren Auswertung haben, aber aufgrund eines typisierten vertraglichen Ungleichgewichts ein solches nicht durchsetzen können. Eine sektorspezifische Betrachtung erscheint insoweit vorzugswürdig. Mögliche Störungen von Anreizmechanismen bei der Erhebung der Daten sind insoweit in Betracht zu ziehen. Dogmatisch könnte ein solcher Ansatz auf einer Verallgemeinerung und Ausweitung des Rechtsgedanken der Datenportabilität aus Art. 20 DSGVO aufbauen.⁴²⁴

Andere sehen allgemeine, gesetzlich festgelegte Zugangsansprüche als zu weitgehend an und plädieren stattdessen für eine konsequentere, weniger zurückhaltende Anwendung der kartellrechtlichen Instrumentarien.⁴²⁵ Gewarnt wird unter anderem vor einer pauschalen, allgemein gehaltenen Vorschrift, die Datenzugangsrechte und -pflichten übergreifend regelt. Stattdessen sei, wenn überhaupt, nur über sektorspezifische Regelungen nachzudenken.⁴²⁶ Denkbar wäre eine solche Beschränkung etwa für das Verhältnis zwischen Handelsplattformen und gewerblichen Nutzern.

⁴¹⁹ Linux Foundation, <https://cdla.io/> [01.06.2019]; vgl. Open Data Institute, The UK's geospatial data infrastructure, S. 15 f.; vgl. Dewenter/Lüth, Datenhandel und Plattformen, Abida Gutachten, S. 20; vgl. Furman, Unlocking digital competition, S. 74.

⁴²⁰ Stender-Vorwachs/Steegen, NJOZ 2018, 1361, 1366; Früh, sic! 2018, 521, 536.

⁴²¹ Vgl. Busch, Der Mittelstand in der Plattformökonomie, WISO Diskurs 08/2019, S. 3.

⁴²² Drexl et al., Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, MPI Positionspapier vom 16.08.2016, S. 11, 13; Früh, sic! 2018, 521, 535.

⁴²³ Stender-Vorwachs/Steegen, NJOZ 2018, 1361, 1367; vgl. König, Der Zugang zu Daten als Schlüsselgegenständen der digitalen Wirtschaft, in: Hennemann/Sattler (Hrsg.), Immaterialgüter und Digitalisierung, 89, 91; vgl. Drexl et al., Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, MPI Positionspapier vom 16.08.2016, S. 11; vgl. Czychowski/Siesmayer, in Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 34. EL Mai 2018, 20.5 Rn. 50, 60; zu vorhandenen spezialgesetzlich vorgesehenen Zugangsansprüchen: Früh, sic! 2018, 521, 536.

⁴²⁴ Drexl, NZKart 2017, 339, 344.

⁴²⁵ Kühling/Sackmann, Rechte an Daten, Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, S. 22.

⁴²⁶ Drexl, NZKart 2017, 415, 419.

Jedenfalls reicht das Recht auf Datenportabilität in seiner jetzigen Gestalt allein zur Absicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den plattformgestützten Märkten nicht aus. Zwar erlaubt es einzelnen Nutzern, die Übertragung von Daten zu verlangen und kann damit die Wechselkosten senken und lock-in-Effekte schmälern. Die Möglichkeiten der Händler, Daten zu nutzen, hängen aber vollständig vom Wechselwunsch der Nutzer (und ihrer Kenntnis der Übertragungsmöglichkeit) ab.⁴²⁷ Einen Zugangsanspruch für Wettbewerber von Amazon Retail enthält die Regelung gerade nicht.⁴²⁸ Zudem werden Daten, die bei einer Handelsplattform anfallen, sowohl vom Nutzer zur Verfügung gestellt, als auch vom Anbieter generiert. Insofern ist bereits unklar, ob tatsächlich der gesamte Datensatz unter Art. 20 DSGVO fällt.⁴²⁹ Das Instrument der Datenportabilität ist bislang faktisch nicht sehr erfolgreich. Dies kann technische Ursachen haben oder eine Zurückhaltung der Nutzer widerspiegeln, ihre rechtlichen Möglichkeiten wahrzunehmen, insbesondere dann, wenn der Mehrwert hauptsächlich anderen zukommt.

Eine Pflicht, den kompletten Datenbestand zu teilen, würde erheblich in die unternehmerische Freiheit des Inhabers eingreifen⁴³⁰ und könnte die Anreize für Investitionen und Innovationen mindern.⁴³¹ Die Ausgestaltung eines Ansatzes zum Datenteilen muss deshalb verhältnismäßig sein. In diesem Sinne wäre beispielsweise zunächst an das Zugänglichmachen von bestimmten Teilen der Rohdaten zu denken und dann erst an die Pflicht, verarbeitete Daten zur Verfügung zu stellen, in deren Auswertung schon weitere Investitionen geflossen sind.⁴³² Dabei ist allerdings zu beachten, dass gerade kleinere Händler mit Rohdaten nicht notwendigerweise angemessen umgehen können, weshalb auch weitergehende Pflichten verhältnismäßig erscheinen. Außerdem kann die Weitergabe aufbereiteter Informationen datenschutzrechtlich schonender umgesetzt werden. Alternativ kann die Auswertung von Rohdaten für die Händler auch einer genossenschaftlich organisierten Stelle überlassen werden, was eine geringere Belastung für den Inhaber darstellen, den Händlern aber die gleichen Vorteile gewähren würde.

Im Folgenden werden verschiedene Vorschläge zur Ausgestaltung des Datenteilens aufgenommen, die zu einer Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs beitragen können:

- Durch die Schaffung eines marktmachtunabhängigen Instruments, z.B. der Festlegung eines Zugangsrechts in einer „Plattform-Verordnung“ könnte verhindert werden, dass „Datenmonopole“ und die entsprechenden schädlichen Konsequenzen überhaupt erst entstehen.⁴³³ Dadurch würde vor allem dem Wettbewerb und der Innovation auf dem nachgelagerten E-Commerce Markt nachhaltig und zukunftsgerichtet Vorschub geleistet.
- Im Kartellrecht, gerade mit Blick auf § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB und optimalerweise auch auf europäischer Ebene könnte klargestellt werden, dass der urheberrechtliche Datenbankschutz kartellrechtliche Zugangsansprüche jedenfalls insoweit nicht ausschließen kann, als es sich nicht um

⁴²⁷ Ähnlich Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 153.

⁴²⁸ Louven, NZKart 2018, 217, 219.

⁴²⁹ Graef, EU competition law, data protection and online platforms, S. 146.

⁴³⁰ Verfassungsrechtliche Überlegungen bei Wiebe, CR 2017, 87, 92.

⁴³¹ Schweitzer/Peitz, Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf? ZEW Discussion Paper No. 17-043, S. 81; Furman, Unlocking digital competition, S. 75; Czychowski/Siesmayer, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 34. EL Mai 2018, 20.5 Rn. 49; vgl. Grave/Nyberg, WuW 2017, 363, 365.

⁴³² Furman, Unlocking digital competition, S. 75.

⁴³³ Busch, IWRZ 2018, 147, 151.

dieselbe Nutzung der Datenbank handelt, sondern eine Aktivität auf einer anderen Marktstufe. Ein angemessenes Entgelt kompensiert den Inhaber der Datenbank insoweit hinreichend.

- Im deutschen Kartellrecht sollte klargestellt werden, ob Immaterialgüterrechte, die nicht gewerbliche Schutzrechte sind, von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB erfasst werden. Richtigerweise sollte dies zu Gunsten von Kartellrecht und Wettbewerb aufgelöst werden.
- Für die Zugangsmodalitäten sollten Mindeststandards normiert werden, die gewährleisten, dass die geteilten Daten auch praktisch effizient verwertbar sind. Dies betrifft insbesondere die Frage, in welchem Format Daten zugänglich gemacht werden. Standardisierungen und die Förderung von Interoperabilität sind dabei wünschenswert. Hier kann möglicherweise eine Selbstregulierung durch die Kommission unterstützt werden.⁴³⁴ Spezifische Vorgaben sollten stets mit technologieneutralen Prinzipien unterlegt werden, wonach die Daten zu einer typischen Verwendung geeignet sein müssen. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Regelung innovativ bleibt.
- Ergänzend sollten „praktisch handhabbare Fallgruppen eines Daten-Behinderungsmissbrauchs“ im Kartellrecht entwickelt und entsprechend kommuniziert werden.⁴³⁵ Eine Mitteilung der Europäischen Kommission wäre insoweit hilfreich.
- Die Beweisregeln im Kartellrecht hinsichtlich der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb könnten gerade dort, wo Netzwerkeffekte eine starke Konzentrationstendenz mit sich bringen, umgekehrt werden. Dies könnte insbesondere auch im Zusammenhang mit einer Selbstbegünstigung zum Einsatz gebracht werden.⁴³⁶
- Weiterführend empfiehlt sich ein Maßnahmenbündel zur Stärkung des Datenzugangs: Die Europäische Kommission sollte die kartellrechtlichen Grenzen eindeutig umreißen, Interoperabilität und Portabilität garantieren und für vertragliche Lösungen Mustervertragsklauseln oder Standardvertragsregeln schaffen.⁴³⁷ Empfehlenswert wäre auch eine Hilfestellung bei der datenschutzkonformen Ausgestaltung des Zugangs zu personenbezogenen Daten.
- Für maschinen-generierte, nicht personenbezogene Daten prüft die Kommission bereits verschiedene Herangehensweisen. Darunter fallen u.a. Leitlinien für das vertragliche Teilen von Daten, Mustervertragsbedingungen, die gesetzliche Festlegung von dispositiven Vertragsregelungen für Datenlizenzen, ein Datenherstellerrecht und der Datenzugang gegen Entgelt, insbesondere eine Verpflichtung zur Lizenzerteilung.⁴³⁸ Diese Vorhaben sollten dringend weiterverfolgt und zügig implementiert werden.

⁴³⁴ Drexl et al., Ausschließlichkeits- und Zugangsrechte an Daten, MPI Positionspapier vom 16.08.2016, S. 14.

⁴³⁵ Peitz/Schweitzer, NJW 2018, 275, 280.

⁴³⁶ Vgl. Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 66 f.

⁴³⁷ Podszun, Innovation, Vielfalt & faire Wahlmöglichkeiten – Neue Regeln für die digitale Wirtschaft, Gutachten fpmi, S. 57.

⁴³⁸ Europäische Kommission, COM(2017) 9 final S. 12 f.; Europäische Kommission, SWD(2017) 2 final S. 30 ff.

4.1.3 Diskriminierungsfreier Zugang zu Daten

Um den diskriminierungsfreien Zugang zu Daten zu gewährleisten setzen sowohl das Bundeswirtschaftsministerium als auch die Europäische Kommission auf vertragliche Lösungen. Das BMWi empfiehlt in seinem Weißbuch vertragliche Lösungen im B2B-Bereich, da das Vertragsrecht die angesichts des technologischen Wandels nötige Flexibilität und Innovationsoffenheit aufweise.⁴³⁹ Konkretere Regelungen der Kontrolle von Klauseln bezüglich der Datennutzung, insbesondere wenn sie diese exklusiv einer Partei zuschreiben, könnten durch eine Modernisierung des AGB-Rechts implementiert werden.⁴⁴⁰ Auch die Europäische Kommission hält vertragliche Zugangsregelungen, die auf freiwilligem Datenhandel und Vertragsfreiheit basieren, für die beste Lösung. Nach diesem Ansatz sollen Daten also wie jede andere Ressource zu erwerben sein.⁴⁴¹ Um den freiwilligen Datenaustausch zu fördern, bietet sich eine Stärkung der Rechtssicherheit dadurch an, dass Hinweise zu einer datenschutzkonformen Ausgestaltung gegeben werden.

Angesichts der Schwierigkeiten, die die Feststellung von Marktmacht im Rahmen der digitalen Ökonomie bereitet, könnte sich ein Rückgriff auf § 20 GWB anbieten. Diese Vorschrift erlaubt es, Missbrauch auch durch solche Unternehmen festzustellen, die nicht marktbeherrschend sind. Nach § 20 Abs. 3 GWB genügt es, wenn das Unternehmen überlegene Marktmacht⁴⁴² innehat. Der Anwendungsbereich der Absätze 1 und 3 ist allerdings auf KMU beschränkt. Dann gilt für diese Unternehmen das Verbot, die KMU unter Ausnutzung ihrer Marktmacht mittelbar oder unmittelbar unbillig zu behindern. Inhaltlich entspricht der Begriff der unbilligen Behinderung dem des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.⁴⁴³

§ 20 Abs. 1 GWB erweitert die Adressatenstellung insofern, als dass nicht nur marktbeherrschende Unternehmen dem Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB unterliegen, sondern auch solche, von denen kleine und mittlere Unternehmen derart abhängig⁴⁴⁴ sind, dass zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen (relative Marktmacht). Hinsichtlich des erforderlichen Verhaltens ergeben sich aber keine Unterschiede zur Diskriminierung oder Behinderung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen.⁴⁴⁵ § 20 Abs. 3 GWB könnte auf Märkten mit starken Konzentrationstendenzen dazu dienen, Verdrängungspraktiken durch solche Unternehmen zu begegnen, die zwar nicht marktbeherrschend sind, aber ähnliche Anreize für eine solche Verdrängung von Wettbewerbern haben. Die Überlegenheit kann dabei auch aus der Größe der vorhandenen Datenschätze resultieren.⁴⁴⁶ Der Gesetzgeber sollte insoweit prüfen, ob und inwieweit die Beschränkung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 GWB auf KMU noch berechtigt ist und es eventuell einer Ausdehnung des Tatbestandmerkmals der Abhängigkeit im Kontext der Plattformökonomie bedarf.⁴⁴⁷

Im Kartellrecht könnte und sollte zur Schaffung von Rechtssicherheit klargestellt werden, dass das Diskriminierungsverbot auch in der Gestalt eines Verbots der Selbstbevorzugung und dies wiederum unterhalb der Schwelle der Essential Facilities-Doktrin eingreift.

⁴³⁹ BMWi Weißbuch Digitale Plattformen, S. 69.

⁴⁴⁰ Ebenda, S. 78.

⁴⁴¹ Europäische Kommission, SWD(2017) 2 final, S. 12.

⁴⁴² Zur Bestimmung siehe Loewenheim, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 20 Rn. 57.

⁴⁴³ Ebenda, Rn. 59.

⁴⁴⁴ Dazu im hier behandelten Kontext Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 52 ff.

⁴⁴⁵ Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 20 Rn. 23.

⁴⁴⁶ Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 55.

⁴⁴⁷ Peitz/Schweitzer, NJW 2018, 275, 280.

Bei der Ausgestaltung könnte und sollte auf Erfahrungen aus dem Automobilssektor zurückgegriffen werden. Dort besteht für bestimmte Hersteller bereits seit einiger Zeit die Pflicht, Informationen zu teilen. Die Pflicht ist unabhängig von einer etwaigen Marktmacht. Die neueste Version dieser Regeln ist in VO (EU) Nr. 2018/858 enthalten, die ab dem 01. September 2020 gilt und die bisherigen Vorschriften über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen (VO (EG) Nr. 715/2007 und VO (EG) Nr. 595/2009) ablösen wird. Fahrzeug-OB-D-Informationen (On-Board-Diagnose) sowie Fahrzeugreparatur- und -wartungsinformationen müssen in einem standardisierten Format leicht und unverzüglich über das Internet zugänglich gemacht werden und der Zugang darf im Vergleich zu demjenigen, der autorisierten Händlern und Reparaturbetrieben gewährt wird, nicht diskriminierend sein, Art. 61 Abs. 1 und Anhang X, 2.1. In Erwägungsgrund 52 etwa wird die Bedeutung des Informationszugangs für die Konkurrenzfähigkeit unabhängiger Wirtschaftsakteure gegenüber Vertragshändlern betont. Zudem muss der direkte Fahrzeugdatenstrom über einen genormten Datenübertragungsanschluss bereitgestellt werden, Anhang X, 2.9. Zu Datenbanken, die bestimmte Aufzeichnungen enthalten, muss der Zugang unentgeltlich gewährt werden (Art. 61 Abs. 9), ansonsten dürfen für den Zugang gem. Art. 63 Gebühren erhoben werden, die angemessen und verhältnismäßig sind, insbesondere den Umfang der Nutzung berücksichtigen. Die Zugangsverweigerung kann in Sanktionen resultieren, Art. 84 Abs. 3 lit. a. Diese Zugangsansprüche haben den Wettbewerb bereits befördert und sollten weiter ausgebaut werden.

Andere sektorspezifische Ansätze, die eine wettbewerbsfördernde Zielsetzung⁴⁴⁸ haben, betreffen etwa Bankdaten. Nach der Umsetzung der PSD II-Richtlinie in nationales Recht müssen Banken bestimmten Anbietern von Drittdiensten Zugriff auf Kundendaten gewähren, die zur Erbringung der entsprechenden Dienste notwendig sind.⁴⁴⁹

Diese Beispiele zeigen zunächst, dass Zugangsansprüche zu Daten und Informationen ein im Grundsatz erprobtes und erfolgreiches Mittel zur Stärkung des Wettbewerbs sind, gerade in Bereichen, die durch besondere Markteintrittshürden geprägt sind und in denen der Wettbewerb als besonders verkrustet galt. Die Erfahrungen legen nahe, dass sich keine signifikanten negativen Effekte auf die Innovationskraft der Infrastrukturmärkte ergeben. Die Beispiele liefern aber auch Blaupausen für die Ausgestaltung der Zugangsansprüche. So ist sowohl im Interesse der Plattform als auch der Händler darauf zu achten, dass die Vorgaben und Konditionen innovationsoffen definiert werden.

4.1.4 Diskriminierungsfreier Zugang zu Diensten der Plattformen

Statt eines diskriminierungsfreien Zugangs zu Daten kann ebenso angedacht werden, einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Plattformen regulierungsrechtlich zu verankern. Die Konsequenzen und Unterschiede gegenüber einem Zugang zu Daten wurden bereits in dem Abschnitt zum Kartellrecht diskutiert.

Ein diskriminierungsfreier Zugang zu Plattformen hätte, ebenso wie ein diskriminierungsfreier Zugang zu Daten, belebende und positive Effekte auf den plattformgestützten Markt des E-Commerce. Der wesentliche Unterschied läge darin, dass diese Variante nur die Stellung der Händler auf der entsprechenden Plattform selbst, aber nicht im Gesamtmarkt verbessern würde.

⁴⁴⁸ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates, Erwägungsgrund 33; vgl. auch Arnold/Binham/Brunsdon, Financial Times vom 12.01.2018, <https://www.ft.com/content/e026eb2e-f6c7-11e7-8715-e94187b3017e> [20.06.2019]; zum Open Banking-Ansatz im Vereinigten Königreich <https://www.openbanking.org.uk/customers/what-is-open-banking/> [20.06.2019].

⁴⁴⁹ §§ 48 ff. ZAG; siehe auch Werner, ZBB 2017, 345, 346.

Im Ergebnis sollte aus juristischer Sicht eine Kombination sowohl eines diskriminierungsfreien Zugangs zu den Plattformen als auch eines diskriminierungsfreien Zugangs zu Daten in Erwägung gezogen werden. Von ersterem profitieren vor allem kleinste und kleinere Händler, von zweiterem könnten vor allem größere Händler profitieren, welche die Kapazität haben oder zumindest zukaufen können, um mit den entsprechenden Datenmengen umgehen zu können.

4.1.5 Treuhändermodell zum Teilen von Daten

Eine regulierungsrechtliche Festschreibung eines Treuhändermodells für die auf den Plattformen anfallenden Daten würde erheblichen rechtlichen Anpassungsbedarf bedeuten. Die Einwilligung der Nutzer sollte dabei nicht vollständig ersetzt, sondern wirksam zur Geltung gebracht und ergänzt werden. Die Vorschläge lassen bislang weitestgehend unberücksichtigt, wie eine Treuhandbeziehung in einer Weise zustande kommt, die eine ausreichende Transparenz sichert. Insoweit besteht noch Gestaltungsbedarf. Es könnte eine Förderung der Weiterentwicklung von PIMS (Personal Identity Management Systems) angedacht werden, die aktuell in ihrer Anfangsphase sind, bisher aber keinen signifikanten Markterfolg gezeigt haben.⁴⁵⁰

4.1.6 Genossenschaftliche Strukturen als Organisationsform des Datenteilens

Das Modell einer Genossenschaft könnte besonders geeignet sein, ein Teilen der Daten zwischen Händlern zu organisieren, weil eine solche Ausgestaltung der gemeinsamen Schöpfung und Schaffung der Daten gerecht wird. Eine Genossenschaft wird als „Personenvereinigung mit offener Mitgliederzahl zur Förderung gemeinsamer wirtschaftlicher Interessen definiert.“⁴⁵¹ Kerngedanke einer Genossenschaft ist dabei die Unterstützung der Mitglieder bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit sowie zum Teil auch erst die Schaffung der Grundlage dafür, dass die Mitglieder wirtschaftlich tätig werden können⁴⁵². Die Mitglieder sind in diesem Zusammenhang auch die Eigentümer der Genossenschaft. Je nachdem in welchem Bereich die Mitglieder unterstützt werden sollen, werden vier Gründe für eine genossenschaftliche Kooperation unterschieden:⁴⁵³

- Mit Hilfe der Genossenschaft sollen **neue Märkte und Wertschöpfungsketten** organisiert sowie strukturiert werden. Ein Beispiel ist die Organisation und Verwaltung von Internetadressen.
- Mit Hilfe der Genossenschaft sollen **Projekte** durchgeführt werden, die die einzelnen Mitglieder allein überfordern würden. Die Mitglieder bleiben dabei in der Regel selbstständig.
- Durch eine Genossenschaft sollen **Dienstleistungen und Produkte** ausgelagert beziehungsweise organisiert werden. Dies ist zum Beispiel bei Einkaufsgenossenschaften der Fall.
- Durch eine Genossenschaft sollen den Mitgliedern **Vertrauensgüter sowie wissensbasierte Leistungen** zur Verfügung gestellt werden. Dies kann beispielsweise beim Aufbau einer digitalen Plattform, die die Mitglieder zum Anbieten ihrer Waren und Dienstleistungen nutzen können, der Fall sein.

⁴⁵⁰ Vgl. Peitz/Schweitzer, NJW 2018, 275, 278; Europäische Kommission, SWD(2017) 2 final, S. 19.

⁴⁵¹ Kyrer, Wirtschaftslexikon, S. 226.

⁴⁵² Theurl/Schweinsberg, Neue kooperative Ökonomie: Moderne genossenschaftliche Governancestrukturen, S. 38.

⁴⁵³ Ebenda, S. 36 ff.

Bei der Ausgestaltung der einzelnen Kooperationsformen haben sich aufgrund ihrer langen Tradition, die bis ins 19. Jahrhundert zurückreicht⁴⁵⁴, regulatorische Rahmen für die genossenschaftlichen Kooperationen sowie Mustersatzungen für den Aufbau einer eigenen Genossenschaft etabliert. Beim Aufbau einer Datengenossenschaft könnte auf diese Tradition und Erprobungsgeschichte zurückgegriffen werden. Ein Beispiel einer genossenschaftlich organisierten Plattform ist etwa Fairmondo⁴⁵⁵. In diesem Fall gehört die Plattform ihren Nutzern und Mitarbeitern. Über eine genossenschaftliche Struktur können die Nutzer zum gegenseitigen Vorteil die Plattform als Ressource teilen, ohne von einem (marktmächtigen) Anbieter abhängig zu sein.

Im Kontext von Daten kann insbesondere die Versorgung von Mitgliedern mit Vertrauensgütern sowie wissensbasierten Leistungen ein Vorbild darstellen. Die Kooperation kann sich dabei vordergründig auf den Aufbau einheitlicher Analysefähigkeiten beziehen. Die auf einer genossenschaftlich organisierten Plattform anfallenden Daten stehen dann allen Mitgliedern zu und damit auch die aus diesen Daten gezogenen wirtschaftliche Vorteile. Die Struktur würde den gemeinsamen Schaffensprozess der Daten spiegeln und befindet sich damit in einer Linie mit neueren Strömungen, die Daten als Arbeit (Data as Labor) verstehen⁴⁵⁶ und darüber einen Kompensationsanspruch der Nutzer sozialer Medien begründen wollen. Die Argumentation fußt dort auf der Grundlage, dass die Nutzer zu einem signifikanten oder sogar überwiegenden Anteil zu der Entstehung der Daten beigetragen haben. Dieser Gedanke lässt sich übertragen.

Eine genossenschaftliche Organisation könnte ein Gegengewicht zum Geschäftsmodell der führenden Onlineplattformen darstellen, indem sich kleinere Anbieter gemeinsam organisieren, eine Infrastruktur für die Datennutzung schaffen und so selbst von den bei ihren Verkäufen anfallenden Daten profitieren. Die Nutzungsmöglichkeit würde denjenigen zugewiesen, die maßgeblich an der Schaffung beteiligt sind. Die praktische Nutzbarkeit der Daten, die einzelne Anbieter allein häufig nur schwer erreichen können, könnte durch eine gemeinsame Stelle deutlich erleichtert werden. Außerdem würde so die Möglichkeit geschaffen, nicht nur die eigenen Daten, sondern einen deutlich größeren Datenbestand zu nutzen. Die Vorteile dieser geteilten Daten würden dennoch allein den beteiligten, zum Gesamtdatensatz beitragenden Händlern zukommen und nicht einem zentralen Plattformanbieter.

Dies könnte mit folgender Gestaltung erreicht werden: Es würde eine gemeinsame Plattform bzw. Infrastruktur geschaffen, die die Durchführung von Transaktionen erlaubt und die dabei anfallenden Daten sammelt. Im Interesse der beteiligten Händler bietet diese Plattform verschiedene datenbezogene Services an, z.B. Big Data-Analysen, Bereitstellung von Daten in anonymisierter Form oder auch die Möglichkeit, Marketing für die eigenen Produkte über die Plattform zu schalten. So entsteht kein Pool aus personenbezogenen Transaktionsdaten, auf den alle Händler gleichermaßen Zugriff haben. Stattdessen kann nur die auswertende, genossenschaftlich organisierte Stelle auf die Datensammlung zugreifen. Die beteiligten Händler können Dienste dieser Stelle nutzen, ohne selbst personenbezogene Daten zu erhalten oder zu verarbeiten. Somit findet keine rechtfertigungsbedürftige Datenweitergabe oder -nutzung statt. Eine Ausnahme bilden insoweit die Daten, die die Händler im Zusammenhang mit den eigenen Transaktionen erheben, hierfür sind aber ohnehin Rechtfertigungsgründe nötig und in der Regel vorhanden. Im Ergebnis ist lediglich die Datenverarbeitung durch die gemeinsame Plattform rechtfertigungsbedürftig, was am zuverlässigsten über eine Einwilligung zu lösen ist (Abschnitt 3.3.2).

⁴⁵⁴ Gleber, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28.09.2006, Seite B5.

⁴⁵⁵ https://www.fairmondo.de/ueber_uns [30.06.2019].

⁴⁵⁶ Arrieta Ibarra et al., Should We Treat Data as Labor? Moving Beyond 'Free', American Economic Association Papers & Proceedings, Vol. 1, No. 1 (Forthcoming), S. 2 ff.

Wie in Abschnitt 3.4 angesprochen, kann eine Kooperation zwischen mehreren Unternehmen Bedenken in Hinblick auf das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV auslösen. Da Genossenschaften regelmäßig selbst Unternehmen oder aber Unternehmensvereinigungen sind, sind auch sie Adressaten des Kartellverbots.⁴⁵⁷ Die Grenze zwischen den alternativen Formen der missbilligten Kooperation verlaufen fließend.⁴⁵⁸ Gemeinsam ist ihnen ein gewisses Maß des Zusammenwirkens, was zu einer „Koordinierung“ bzw. „Abstimmung“ führt.⁴⁵⁹ Aus diesem Zusammenwirken muss eine Wettbewerbsbeschränkung resultieren. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist im Allgemeinen darin zu sehen, dass die Handlungsfreiheit und Autonomie etwaiger Marktteilnehmer in Bezug auf die Bestimmung des eigenen Marktverhaltens eingeschränkt werden.⁴⁶⁰ Die Beschränkung des Wettbewerbs muss entweder bezweckt oder bewirkt werden. Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ist nach objektiven Kriterien zu ermitteln und das koordinierte Verhalten als solches muss den Wettbewerb beeinträchtigen.⁴⁶¹ Kann eine bezweckte Beschränkung des Wettbewerbs nicht festgestellt werden, so ist zu prüfen, welche tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen das entsprechende Verhalten auf den Wettbewerb hat.⁴⁶² Verbotene Wettbewerbsbeschränkungen sind also abzugrenzen von erlaubten gesellschaftsrechtlich organisierten Zusammenschlüssen zu einer wirtschaftlichen Einheit.

Trotz der besonderen Eigenschaften von Genossenschaften, zu denen die Förderung der Mitglieder, ein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb und Treuepflichten gehören, ist damit in genossenschaftlichen Strukturen nicht per se ein Kartell zu sehen,⁴⁶³ wie sich einer Entscheidung des EuGH⁴⁶⁴ entnehmen lässt. Auch das GWB verfolgt nicht das Ziel, diese Gesellschaftsform umfassend als unzulässiges Kartell einzustufen.⁴⁶⁵ Ferner kann nicht ohne Weiteres aus einem gleichförmigen Verhalten innerhalb einer genossenschaftlichen Struktur auf ein abgestimmtes Verhalten der Mitglieder geschlossen werden.⁴⁶⁶ Der Zweck einer Genossenschaft liegt grundsätzlich nicht darin, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedern zu beschränken. Die unternehmerische Handlungsfreiheit der Mitglieder bleibt erhalten. Dennoch kann, je nach konkreter Situation, die Nutzung einer genossenschaftlichen Struktur gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen, soweit diese Struktur die Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer und damit den Wettbewerb in signifikanter Weise beschränkt,⁴⁶⁷ also spürbar stört.⁴⁶⁸ Im Kontext des AEUV muss die Koordinierung schließlich geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.

⁴⁵⁷ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 49; Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 17; Mestmäcker/Schweitzer, in: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 9 Rn. 9.

⁴⁵⁸ Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Grundfragen des Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 138.

⁴⁵⁹ Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 101 Rn. 88.

⁴⁶⁰ Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 83.

⁴⁶¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 130 m.w.N.

⁴⁶² Kling, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 5 Rn. 104.

⁴⁶³ Zum deutschen Recht Bauer, Genossenschaftshandbuch, K 6020 Rn. 3; ähnlich Beuthien, in: Beuthien, Genossenschaftsgesetz, § 1 Rn. 156.

⁴⁶⁴ EuGH, Urteil vom 12.12.1995, C-399/93 - Oude Luttikhuis, Rn. 12.

⁴⁶⁵ Fuchs, BB 1993, 1893.

⁴⁶⁶ Vgl. Bauer, Genossenschaftshandbuch, K 6010 Rn. 14.

⁴⁶⁷ Vgl. Bauer, Genossenschaftshandbuch, K 6020 Rn. 3.

⁴⁶⁸ Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 101 Rn. 85; siehe dazu Europäische Kommission, Mitteilung – De-minimis-Bekanntmachung, 2014/C 291/01, Rn. 8; zur Praxis des EuGH siehe Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 101 Rn. 223.

Geht es um die Überprüfung einzelner Bestimmungen, denen die Genossenschaftsmitglieder unterliegen, können solche, die für das ordnungsgemäße Funktionieren einer Genossenschaft notwendig sind, aus dem Tatbestand herausfallen.⁴⁶⁹ Im deutschen Recht als Gedanke der Immanenz⁴⁷⁰ bekannt, findet sich dieser Ansatz inhaltlich auch im europäischen Recht wieder.⁴⁷¹ Die gemeinsame Datensammlung, -aufbereitung und -auswertung ist zunächst unter dem Gesichtspunkt der Vertriebskooperation⁴⁷² zu untersuchen. Als Schnittstelle zwischen Händler und Abnehmer hat der Vertrieb eine hohe Bedeutung für den Wettbewerb⁴⁷³, dementsprechend müssen Kooperationen auf wettbewerbsbeschränkende Zwecke oder Wirkungen überprüft werden.

Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt nahe, wenn gegenseitige Verpflichtungen entstehen, die den jeweiligen Vertrieb wechselseitig einschränken,⁴⁷⁴ wie es beispielsweise bei Bindungen bezüglich Preisen und Absatzmengen typischerweise der Fall ist⁴⁷⁵. Bei der hier vorgestellten Gestaltung des Datenteilens bleiben die einzelnen Händler bezüglich aller Verkaufsentscheidungen aber völlig frei und stehen weiterhin in freier Konkurrenz zueinander. Es sollen weder gemeinsame Entscheidungen zur Preisgestaltung oder zu Produktionsmengen getroffen, noch eine Marktaufteilung vorgenommen werden.⁴⁷⁶ Die Kooperation beschränkt sich auf das Sammeln und Auswerten von Daten, auf deren Basis jeder Händler Informationen zur Verfügung gestellt bekommt, um ausgehend hiervon individuelle Entscheidungen zur Verbesserung seiner Wettbewerbsposition treffen zu können.

Teilweise werden Andienungspflichten und ähnliche Exklusivvereinbarungen, die einen Unterfall von Wettbewerbsverboten darstellen sollen, als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen. Durch solche Andienungspflichten werden die Beteiligten zum Vertrieb über die gemeinsame Organisation verpflichtet.⁴⁷⁷ Der vorliegend beschriebene Fall weist aber erhebliche Unterschiede zu solchen Gestaltungen auf. Die Mitglieder sollen nämlich keinesfalls verpflichtet werden, ihre Waren ausschließlich über eine genossenschaftseigene Plattform zu vertreiben, sodass sie nicht als Anbieter am Markt ausfallen⁴⁷⁸. Die Nutzung anderer Vertriebswege wird nicht ausgeschlossen. Die Plattform nimmt ausschließlich separate Aufgaben in Bezug auf Datensammlung, -auswertung und -bereitstellung wahr. Sie bietet also Leistungen an, welche die Händler in Anspruch nehmen können, aber nicht müssen. Weil etwaige „Ablieferungspflichten“ bezüglich der entstehenden Daten als Andienungspflichten angesehen werden könnten, sollte es den Beteiligten freigestellt werden, Daten, die im Zusammenhang mit ihren Transaktionen anfallen, auch selbstständig zu nutzen (vorausgesetzt, dies ist datenschutzkonform möglich). So wird auch in Bezug auf Daten eine Exklusivbindung an die Genossenschaft vermieden. Solange keine Verpflichtung

⁴⁶⁹ EuGH, Urteil vom 15.12.1994, C-250/92 – Gøttrup-Klim u. a./DLG, Rn. 34 ff.

⁴⁷⁰ BGH, Beschluss vom 15.04.1986, KVR 1/85 – Taxigenossenschaft, Rn. 17; BGH, Beschluss vom 10.11.1992, KVR 26/91 – Taxigenossenschaft II, Rn. 16, NJW 1993, 1710, 1711; dazu Fuchs, BB 1993, 1893; siehe auch Bauer, Genossenschaftshandbuch, K 6020 Rn. 5 m.w.N.

⁴⁷¹ Kling, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 5 Rn. 227.

⁴⁷² Vgl. Bauer, Genossenschaftshandbuch, K 6020 Rn. 26; vgl. Europäische Kommission, Mitteilung - Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontalleitlinien), 2011/C 11/01, Rn. 225.

⁴⁷³ Seeliger, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 4. Vertrieb Rn. 2; Schroeder, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 101 Rn. 652.

⁴⁷⁴ Seeliger, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 4. Vertrieb Rn. 19.

⁴⁷⁵ Säcker/Mohr, WRP 2011, 793.

⁴⁷⁶ Vgl. Europäische Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 230 ff.

⁴⁷⁷ Seeliger, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 4. Vertrieb Rn. 38.

⁴⁷⁸ Vgl. Bauer, Genossenschaftshandbuch, K 6020 Rn. 24.

besteht, die Daten exklusiv „abzugeben“, ist nicht anzunehmen, dass die Konstruktion über das für das Funktionieren der Genossenschaft erforderliche Maß hinausgeht.⁴⁷⁹

Auch wenn die Daten als Grundlage für Marketing genutzt werden, liegt kein Fall (wettbewerbsrechtlich problematischer) gemeinsamer Werbung⁴⁸⁰ vor. Es soll nämlich gerade kein gemeinsames Marketingkonzept entwickelt werden oder ein gemeinsames Auftreten nach außen stattfinden. Auch die Kosten für Marketing und Vertrieb werden (mit Ausnahme der Datenauswertung) nicht innerhalb der Genossenschaft verteilt. Stattdessen bleibt jeder Händler finanziell und konzeptionell für seine eigene Außen- darstellung verantwortlich.

Denkt man über eine kooperative Nutzung von Verkaufsdaten nach, stellt sich fast unweigerlich die Frage nach einem kartellrechtlich bedenklichen Informationsaustausch, der laut Kommission auch über die Einschaltung einer gemeinsamen Einrichtung stattfinden kann⁴⁸¹. Um die Gefahr wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen zu vermeiden dürfen Unternehmen keinen Aufschluss über die Marktstrategien ihrer Wettbewerber bekommen.⁴⁸² Nach dem sog. Selbstständigkeitspostulat müssen Unternehmer selbstständig über ihr Marktverhalten bestimmen.⁴⁸³ Vor allem der Austausch über strategische Informationen, wie z.B. Preise, Kundenlisten, Verkaufszahlen oder Marketingpläne, kann unter das Kartellverbot fallen.⁴⁸⁴ Für deutlich weniger wahrscheinlich hält die Kommission Wettbewerbsbeschränkungen dagegen, wenn aggregierte Daten, aus denen nicht ohne weiteres auf individuelle unternehmensspezifische Daten geschlossen werden kann⁴⁸⁵ oder lediglich historische Daten, die keinen Aufschluss über künftiges Verhalten der Wettbewerber bieten⁴⁸⁶ ausgetauscht werden.

Informationsaustausch ist also nicht absolut verboten und Unternehmen können Maßnahmen ergreifen, um wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu begegnen. Dazu gehört insbesondere der Ausschluss des Zugriffs von Nutzern der gemeinsamen Einrichtung auf Daten anderer Nutzer durch entsprechende technische Gestaltung.⁴⁸⁷ So sollten beispielsweise nur aggregierte Daten bzw. Analyseergebnisse zur Verfügung gestellt werden. Es sollte ferner Aufgabe der Händler sein, konkrete inhaltliche Anfragen zu formulieren oder Aufträge an die Plattform zu erteilen, ohne dass die Plattform hierüber irgendeine Definitivität hat. Durch die Menge an Daten von unterschiedlichen Händlern könnte diese nämlich in der Lage sein, den beteiligten Unternehmen Prognoseentscheidungen und damit Wettbewerbsrisiken abzunehmen. Es muss vermieden werden, dass die angebotenen Services in eine Art Marktsteuerung seitens der Plattform umschlagen. Das ist aber ohnehin nicht im Interesse der Beteiligten, da sie untereinander weiter im Wettbewerb stehen und auch kein Interesse an der Förderung einer gemeinsamen Verkaufsplattform besteht.

⁴⁷⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.12.1994, C-250/92 – DLG, Rn. 40.

⁴⁸⁰ Europäische Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 243; Seeliger, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 4. Vertrieb Rn. 55.

⁴⁸¹ Europäische Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 55.

⁴⁸² Ebenda, Rn. 57.

⁴⁸³ Schroeder, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 101 Rn. 725.

⁴⁸⁴ Europäische Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 86.

⁴⁸⁵ Ebenda, Rn. 89.

⁴⁸⁶ Ebenda, Rn. 90.

⁴⁸⁷ Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht von 27.02.2018, B5-1/18-001 – XOM Metals, S. 3; vgl. Europäische Kommission, XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 2001, SEK/2002/0462 endg., Kasten 4 „Convisint“.

Sollten dennoch grundsätzlich wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen festgestellt werden, ist eine Verbotsfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV (und § 2 GWB) in Betracht zu ziehen.⁴⁸⁸ Notwendig ist zunächst, dass die Kooperation „zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitr[ägt]“. Gemeint sind objektive Effizienzgewinne, die nicht ohne die Kooperation herbeigeführt werden können.⁴⁸⁹ Anerkannt ist beispielsweise ein Ausgleich gegenüber marktmächtigen bzw. marktstarken Lieferanten.⁴⁹⁰ Die Kooperation im Bereich von Daten kann zur Behauptung der Wettbewerbsfähigkeit von KMU gegenüber marktmächtigen Konkurrenten beitragen und dadurch den Wettbewerb stärken.⁴⁹¹ Eine entsprechende Plattform könnte zu Gunsten der Verbraucher die Auswahl erhöhen. Gleichzeitig könnten die erheblichen Nachteile abgefangen werden, die für KMU aufgrund der kaum einholbaren Überlegenheit großer Plattformen und ihrer Datenmacht bestehen.

Die angemessene Beteiligung der Verbraucher an diesen Vorteilen wird weit verstanden.⁴⁹² Die Beteiligung ist als angemessen anzusehen, wenn die durch die Abstimmung hervorgerufenen Nachteile durch Vorteile ausgeglichen werden.⁴⁹³ Die Wettbewerbsbeschränkung ist für die Verwirklichung der Kooperationsziele unerlässlich, wenn keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Möglichkeiten offenstehen.⁴⁹⁴ Schließlich darf es nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs kommen.

Das nationale Recht enthält in § 3 GWB eine Freistellung für Mittelstandskartelle. Zweck dieser Vorschrift ist es unter anderem, den häufig wettbewerbsfördernden Wirkungen mittelständischer Kooperation Rechnung zu tragen und die Wettbewerbschancen von KMU zu verbessern.⁴⁹⁵ § 3 GWB gilt für horizontale Vereinbarungen, setzt also ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Beteiligten voraus.⁴⁹⁶ Bei diesen muss es sich um KMU handeln.⁴⁹⁷ Es muss eine „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“ stattfinden. Dies meint Effizienzsteigerungen im Bereich jeglicher „wirtschaftlicher Vorgänge“, z.B. auch im Vertrieb⁴⁹⁸. Schließlich darf keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung eintreten⁴⁹⁹ und die Wettbewerbsfähigkeit von KMU muss verbessert werden. Im AEUV findet sich allerdings keine entsprechende Regelung. Wegen des Vorrangs des EU-Rechts hat § 3 GWB nur Bedeutung, soweit die Zwischenstaatlichkeitsklausel nicht erfüllt ist.⁵⁰⁰ Beim Datenteilen im E-Commerce dürfte im Regelfall aber ein zwischenstaatlich relevanter Vorgang vorliegen. Im Ergebnis bleibt dennoch festzustellen, dass sich genossenschaftliche Strukturen zum Teilen von Daten so organisieren lassen, dass auch sie den Anforderungen des europäischen Kartellrechts genügen.

⁴⁸⁸ Vgl. zur Schaffung einer gemeinsamen Plattform Europäische Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 254.

⁴⁸⁹ Beuthien, in: Beuthien, § 1 Rn. 151.

⁴⁹⁰ Säcker/Mohr, WRP 2011, 793, 794.

⁴⁹¹ Vgl. Bauer, Genossenschaftshandbuch, K 6020 Rn. 18.

⁴⁹² Kling, in: Kling/Thomas, Kartellrecht, § 5 Rn. 284; Nordemann, in: LMRKM, Kartellrecht, AEUV Art. 101 Rn. 49 f.

⁴⁹³ Mestmäcker/Schweitzer, in: Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 14 Rn. 65 m.w.N.

⁴⁹⁴ Beuthien, in: Beuthien, § 1 Rn. 151.

⁴⁹⁵ BT-Drs. 15/3640, S. 28.

⁴⁹⁶ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 3 Rn. 41 ff.

⁴⁹⁷ Zum Begriff siehe Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 3 Rn. 45 ff.; Nordemann, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 3 Rn. 12 ff.

⁴⁹⁸ Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 3 Rn. 8.

⁴⁹⁹ Eingehend Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 3 Rn. 10; Nordemann, in: LMRKM, Kartellrecht, GWB § 3 Rn. 55 ff.

⁵⁰⁰ Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB § 3 Rn. 4; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 3 Rn. 19.

4.1.7 Datenstandardisierung

Ein Weg, Daten leichter nutzbar zu machen durch diejenigen, mit denen die Daten geteilt werden, ist die Standardisierung dieser Daten. Standards im weiteren Sinne (im engeren Sinne Normen und Standards) wirken auf vielfältige Weise positiv auf eine Volkswirtschaft.⁵⁰¹ Ihnen kann dabei insbesondere eine positive Wirkung auf das Funktionieren des Wettbewerbs zukommen, da durch einheitliche Standards bei Waren und Dienstleistungen Abhängigkeiten innerhalb von Wertschöpfungsketten verringert werden. Produkte und damit die produzierenden Unternehmen können mithilfe von Standards leichter ausgetauscht werden. Die höheren Produktionsmengen bei standardisierten Produkten führen tendenziell ebenfalls zu niedrigeren Preisen. Wechselkosten und Lock-in Effekte werden verringert.

Diese Wirkungen von Standards sind auch im Kontext von Daten vorhanden: Eine einheitliche Erfassung sowie Speicherung in einheitlichen Datenformaten sowie einer einheitlichen Struktur reduzieren die Kosten der Datenauswertung und regen generell den Handel mit Daten an, da ein Datensatz ohne großen Aufwand im eigenen Unternehmen eingesetzt und mit selbst erstellten Daten verglichen werden kann.⁵⁰² Welche Standards sich dabei etablieren, hängt jedoch zum Teil auch von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen ab. Ein marktmächtiges Unternehmen ist in diesem Kontext eventuell in der Lage, Standards zu seinem eigenen Vorteil zu setzen und damit den Wettbewerb zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Ein bloßes Vertrauen auf die natürliche Herausbildung von Industriestandards bringt daher eventuell nicht das gewünschte Ergebnis mit sich.

Weitere Ansätze zur Standardisierung der Formate in denen Daten geteilt werden, sei es im Rahmen der Datenportabilität oder aber neuer regulatorischer Vorgaben zum Teilen von Daten sollten deshalb in Erwägung gezogen werden.

4.1.8 Aufspaltung und Entflechtung

Eine weitere Alternative des Umgangs mit marktbeherrschenden Plattformen ist die derzeit vor allem in den USA diskutierte Aufspaltung in Plattfortmätigkeit und Handelstätigkeit, also im konkreten Fall von Amazon Retail und Amazon Marketplace. Dabei lassen sich zwei Möglichkeiten unterscheiden. Zunächst kommt eine interne Trennung der Geschäftsbereiche in Betracht, wie sie etwa im Kontext des Kommissionsentwurfs für eine europäische Trennbankenverordnung⁵⁰³ als mögliche Rechtsfolge angedacht wurde. Dies würde die Schaffung getrennter Abteilungen innerhalb des Unternehmens verlangen, wobei eine kommerzielle Betätigung als Händler nur durch eine getrennte und unabhängige Konzerngesellschaft, die von der Plattform selbst in keinerlei Weise bevorzugt werden kann ausgeübt werden kann.⁵⁰⁴ Dadurch sollen Interessenkonflikte reduziert werden, ohne das Unternehmen zu zerschlagen. Im konkreten Fall müsste dies vor allem eine Datenschanke beinhalten. Eine solche Datenschanke würde den Daten- und Informationsaustausch auf dasjenige Maß beschränken, das mit Dritten praktiziert wird.

Die zweite Möglichkeit ist eine vollständige strukturelle und eigentumsmäßige Trennung. Der Plattform wären die Marktaktivitäten verboten, die anderen durch die Plattform ermöglicht werden, um den Interessenkonflikt zu beseitigen, der durch die Nutzung der Plattform im Wettbewerb mit anderen

⁵⁰¹ Rusche, Potenziale von Standards für die deutsche Wirtschaft, IW policy papers Nr. 2.

⁵⁰² Vgl. auch Europäische Kommission, SWD(2015) 100 final, S. 65 und Europäische Kommission, Rolling Plan for ICT Standardisation, S. 25 ff.

⁵⁰³ Europäische Kommission, COM(2014) 43 final.

⁵⁰⁴ Khan, The Separation of Platform and Commerce, 119 Columbia Law Review 973 (2019), S. 1079.

Unternehmen entsteht.⁵⁰⁵ Eine Betätigung als Plattform und die kommerzielle Betätigung als Händler wären nur durch getrennte Unternehmen mit unterschiedlichen Inhabern möglich. Für diese Spielart spricht vor allem die sonst nicht vollständig beseitigte Gefahr der missbräuchlichen Informationszuordnung.⁵⁰⁶

Gerade im europäischen Kontext liegen die Vorteile einer vollständigen Trennung vor allem darin, dass sich dann komplexe datenschutzrechtliche Konstruktionen zum datenschutzkonformen Teilen von Daten vermeiden ließen. Außerdem lässt sich anführen, dass eine solche Maßnahme zwar einen stärkeren Eingriff in die unternehmerische Freiheit der vertikal integrierten Plattform darstellt, datenschutzrechtlich aber die wohl schonendere Variante verkörpert. Wettbewerbsrechtliche Herausforderungen, wie sie im Kontext des Teilens von Daten auftreten können, würden ebenfalls vermieden. Allerdings enthält das Kartellrecht auf deutscher und europäischer Ebene derzeit keine Ermächtigung zur Entflechtung im Sinne einer eigentumsrechtlichen Zerschlagung von Unternehmen.

4.2 Definition der angemessenen Umsetzungsebenen

Auf europäischer Ebene ist kürzlich eine Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten in Kraft getreten. Ziel der Verordnung ist es unter anderem sicherzustellen, dass für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten eine angemessene Transparenz geschaffen wird (Art. 1 Abs. 1). Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten sollen ihre gewerblichen Nutzer klar über den Umfang, die Art und die Bedingungen ihres Zugriffs auf bestimmte Datenkategorien und deren Nutzung informieren, sodass für die gewerblichen Nutzer erkennbar ist, ob sie die Daten zur Steigerung ihrer Wertschöpfung einsetzen können.⁵⁰⁷

Wie erwähnt, zielt die die Verordnung auf die Schaffung von Transparenz und wirksamen Rechtsbehelfsmöglichkeiten ab. Zugangsansprüche zu Daten werden bewusst nicht geregelt. Möglich sei allerdings, dass die Steigerung der Transparenz zu einem verstärkten Teilen von Daten und so zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Datenraums beitragen werde.⁵⁰⁸

Die Verordnung lässt nationale Vorschriften unberührt, die in Einklang mit dem Unionsrecht einseitiges Handeln oder unlautere Geschäftspraktiken verbieten oder sanktionieren, soweit die relevanten Aspekte nicht unter die Bestimmungen der Verordnung fallen. Gleiches gilt für Regeln des nationalen Zivilrechts, Art. 1 Abs. 4.

Für eine Regelung auf EU-Ebene wird angeführt, dass man durch isolierte Maßnahmen der Mitgliedsstaaten den transnationalen Aspekten des Problems nicht gerecht werden könne. Für ein reibungsloses Funktionieren des digitalen Binnenmarkts seien einheitliche Regeln für die Beziehung zwischen Händlern und Plattformen nötig.⁵⁰⁹ Mehrere Technologieunternehmen in der EU haben sich im Zusammenhang mit dem Verordnungsentwurf für eine schärfere Regulierung der Plattfortmätigkeit auf europäischer Ebene ausgesprochen und angeführt, dass Transparenz allein nicht ausreiche, um ein Gleichgewicht zwischen Plattformen und von ihnen abhängigen Unternehmen herzustellen.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ Ebenda, S. 1077.

⁵⁰⁶ Ebenda, S. 1079.

⁵⁰⁷ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates, Erwägungsgrund 33.

⁵⁰⁸ Ebenda, Erwägungsgrund 35.

⁵⁰⁹ Europäische Kommission, SWD(2018) 139 final, S. 2; siehe auch Drexl, NZKart 2017, 339, 339 f.

⁵¹⁰ Khan, Financial Times vom 25.09.2018, <https://www.ft.com/content/c577cbda-c008-11e8-95b1-d36dfef1b89a> [20.06.2019].

Wie in Abschnitt 3.1 angemerkt, ist über eine zukünftige Harmonisierung der Inhaltskontrolle im B2B-Bereich nachzudenken. Es ist an konkrete inhaltliche Vorgaben zu denken, die beispielsweise die Bedeutung der gerechten Datenzuordnung adressieren. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Anknüpfung an die Inhaltskontrolle die Gefahr birgt, rein faktisch ausschließliche Zuordnungen (die im AGB-Text nicht benannt werden) nicht erfassen zu können. Möglicherweise sind daher inhaltliche Vorgabe vorzugswürdig, die unabhängig von der Inhaltskontrolle gelten. Die Kommission hat eine Beobachtungsstelle für die Online-Plattformwirtschaft eingesetzt, zu deren Aufgaben es gehört, die Entwicklungen der Plattform-Ökonomie zu analysieren und die Kommission in damit zusammenhängenden Fragen zu beraten.⁵¹¹

Eine weitere aktuelle Initiative der EU, die in der VO (EU) 2018/1807 mündete, zielt darauf ab, den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der EU zu gewährleisten (Art. 1). Dabei geht es vorrangig um den Abbau von Datenlokalisierungsaufgaben (Art. 4) und die Nutzung von Datenverarbeitungsdiensten (vgl. Art. 6), also generell um eine Verbesserung der Übertragbarkeit von Daten (dazu soll die Kommission gem. Art. 6 Abs. 1 auch die Entwicklung von Verhaltensregeln auf Unionsebene fördern und erleichtern, „um zu einer wettbewerbsfähigen Datenwirtschaft auf der Grundlage der Grundsätze der Transparenz und der Interoperabilität und unter angemessener Berücksichtigung offener Standards beizutragen“). Die Verordnung setzt also an einem Punkt an, an dem die Bereitschaft zur Datenübertragung bereits vorhanden ist.

Als Kompetenznorm für eine Festschreibung materieller Vorgaben vom Datenteilen bis zur Nichtdiskriminierung kann, mit der gleichen Begründung wie für die Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz, Art. 114 AEUV herangezogen werden. Auch die Verordnungen, die den Zugriff auf Fahrzeugdaten regeln, VO (EU) 2018/858 und VO (EG) 715/2007, stützen sich auf Art. 114 AEUV bzw. Art. 95 EGV. Dasselbe gilt für VO (EU) 2018/1807, die den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten betrifft. Es besteht ebenso ein grenzübergreifendes Potential von Online-Plattformen. Diese haben erhebliche Bedeutung für das Funktionieren des Binnenmarkts und durch abweichende Vorschriften in den Mitgliedsstaaten würde es zu einer Fragmentierung des Binnenmarktes kommen.⁵¹²

Zu den erklärten Zielen der Kommission gehört die Schaffung eines klaren und angemessenen Rechtsrahmens für die digitale Ökonomie, indem vorhandene Hindernisse für den Datenverkehr beseitigt und rechtliche Unsicherheiten, die durch neue Datentechnologien entstanden sind, adressiert werden. Zudem wird eine erhöhte Verfügbarkeit und Nutzung von Daten, die Förderung neuer datenbasierter Geschäftsmodelle und die Verbesserung der Bedingungen für den Datenzugang und die Entwicklung von Datenanalysen in der EU angestrebt.⁵¹³ Ein Vorhaben zum Datenteilen passt in die Strategie der EU für den digitalen Binnenmarkt: Die Europäische Kommission plant insoweit eine „Schaffung der richtigen Bedingungen für florierende digitale Netze und Dienste“.⁵¹⁴

Auch das BMWi betont die Notwendigkeit einer Lösung, die nationale und europäische Konzepte in Einklang bringt und die Schaffung eines harmonisierten Rechtsrahmens erlaubt. Gleichzeitig sollen nur solche Entscheidungen auf europäischer Ebene getroffen werden, die Bedeutung für den gesamten Binnenmarkt haben.⁵¹⁵

⁵¹¹ Europäische Kommission, C(2018) 2393 final, Art. 2.

⁵¹² Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates, Erwägungsgrund 7.

⁵¹³ Europäische Kommission, COM(2017) 9 final, S. 4.

⁵¹⁴ Europäische Kommission, COM(2015) 192 final, S. 4.

⁵¹⁵ BMWi Weißbuch Digitale Plattformen, S. 36, 52, 56 f., 74.

Für eine Harmonisierung auf EU-Ebene streitet vor allem die Sorge um den Binnenmarkt und das „Level Playing Field“ auf diesem. Außerdem ist die digitale Plattformökonomie ihrer Natur nach grenzüberschreitend und dieser Umstand sollte Berücksichtigung finden.⁵¹⁶ Eine europäische Regelung wäre außerdem effektiver, weil sie die entsprechenden Zugangsrechte für die den gesamten Binnenmarkt definieren und damit Händlern deutlich weitergehende Möglichkeiten eröffnen würde.

Im Ergebnis wäre eine Festschreibung materieller Vorgaben vom Datenteilen bis Nichtdiskriminierung beim Plattformzugang am besten auf europäischer Ebene vorzunehmen. Eine Verpflichtung zum Datenteilen und ein Diskriminierungsverbot beim Zugang würden sich nahtlos in die Regulierungsvorhaben der EU einfügen. Gleichzeitig dürfen die politischen Realitäten nicht ignoriert werden. Sollte sich eine Umsetzung auf europäischer Ebene nicht in absehbarer Zeit realisieren lassen, so ist eine nationale Lösung der regulatorischen Untätigkeit vorzuziehen.

⁵¹⁶ Bischke/Brack, NZG 2019, 58, 60.

5 Fazit

5.1 Zusammenfassung

Die gemeinschaftliche Nutzung von Daten birgt umfassende Vorteile, sowohl für den einzelnen Datennutzer als auch gesamtwirtschaftlich. Dies liegt vor allem in der Nichtrivalität von Daten im Konsum begründet, was bedeutet, dass die gleichen Daten sich simultan von mehreren Nutzern verwenden lassen. Neben dem Zugang zu Daten spielt die Kompetenz in der Analyse und Auswertung von Daten eine entscheidende Rolle für deren Nutzbarkeit. Dies gilt vor allem für KMU, wenn die Plattform, bei der die Daten anfallen, eine wesentliche Größe und damit eine entsprechende Marktmacht erreicht hat, aus der Wettbewerbsnachteile für die KMU erwachsen. Data Sharing ist insbesondere dann geeignet die Wettbewerbsnachteile von KMU auszugleichen, wenn sie die Kompetenzen für die Auswertung und damit die Nutzung der Daten gemeinsam organisieren – etwa in Form einer Genossenschaft. Wie bereits in Abschnitt 2.2.3 erwähnt, gibt es innerhalb des MITTELSTANDSVERBUNDS bereits Verbundgruppen, die Daten zentral sammeln sowie aufbereiten und anschließend an die Mitglieder weitergeben. Data Sharing hat sich in diesem Sinne somit bereits bewährt.

Dennoch können aus einem Data Sharing auch ökonomische Nachteile für diejenigen entstehen, die ursprünglich alleinigen Zugang zu den Daten hatten. Zwar ist die Abschottung eines Marktes auf Basis solcher Daten grundsätzlich abzulehnen. Allerdings bilden Daten und deren Auswertung oftmals den Kern digitaler Geschäftsmodelle wie etwa digitaler Plattformen. Die Effekte eines Data Sharing auf solche Geschäftsmodelle, Innovations- und Investitionsanreize sowie den Wettbewerb auf einem Markt sind damit nicht trivial. In der Praxis bedeutet dies, dass aus ökonomischer Sicht stets eine sehr konkrete Einzelfallprüfung unabdingbar ist, um die Sinnhaftigkeit und Wirkungen eines Data Sharing zu evaluieren, bevor über dessen Umsetzung nachgedacht wird.

Entsprechendes gilt für die Analyse der Maßstäbe des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, des kartellrechtlichen Rahmens und der Vorgaben des Datenschutzrechts. Aus dem Kartellrecht ergeben sich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Amazon umfangreiche Pflichten zur Gleichbehandlung: Amazon Marketplace darf freie Händler nicht gegenüber seinen eigenen Diensten benachteiligen. Das bedeutet, dass Amazon den freien Händlern alle Dienste anbieten muss, die es Amazon Retail zur Verfügung stellt und einen gleichwertigen Zugang zur Plattform gewähren muss.

Vor allem dem Datenschutzrecht kommt erhebliche Bedeutung bei der Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche und bei der Definition eines Rahmens für das Teilen von Daten zu. Generell ist zu unterscheiden zwischen der derzeitigen Rechtslage und den daraus resultierenden Konsequenzen für die Erfüllung kartellrechtlicher Ansprüche und der Schaffung eines Regulierungsrahmens zum Teilen von Daten. Zunächst ist aber darauf hinzuweisen, dass sich die relevanten Herausforderungen nahezu ausschließlich auf personenbezogene Daten beschränken. Jedenfalls hinsichtlich anderer Arten von Daten oder ursprünglich personenbezogener, aber zwischenzeitlich anonymisierter Daten ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken.

Soweit personenbezogene Daten betroffen sind, ergeben sich aus dem Datenschutzrecht Grenzen für ein Teilen von Daten, die sich als Rechtfertigungsgründe für Amazon manifestieren, im Übrigen gegebene kartellrechtliche Ansprüche nicht durch ein Teilen der Daten zu erfüllen oder aber freiwillige Initiativen auszuschlagen. Den datenschutzrechtlichen Herausforderungen kann zunächst insbesondere durch die Pflicht, Dritthändlern die Möglichkeit einzuräumen, Einwilligungen selbst einzuholen, begegnet werden. Aus dem kartellrechtlichen Verbot einer Diskriminierung kann sich weiter ein Verbot für Amazon

Marketplace ergeben, diejenigen Daten an Amazon Retail weiterzugeben, die nicht auch mit Händlern geteilt werden können.

Davon zu unterscheiden sind diejenigen Anforderungen, die an eine künftige gesetzliche Verpflichtung zum Teilen von Daten zu stellen sind. Insoweit ergeben sich aus dem Datenschutzrecht keine harten Grenzen für das bloße Teilen der Daten selbst: Solange und soweit der europäische Gesetzgeber die Garantien der Grundrechtecharta einhält und dabei im Besonderen Art. 8 GRCh beachtet, steht es ihm frei, auch ein Teilen von personenbezogenen Daten anzuordnen. Der nationale Gesetzgeber hat darüber hinaus die Vorgaben des Grundgesetzes und die Anforderungen der DSGVO einzuhalten. Auch auf nationaler Ebene ergibt sich daraus aber ein erheblicher rechtspolitischer Spielraum. Art. 6 Abs. 1 lit. c stellt nämlich klar, dass eine gesetzliche Verpflichtung zum Teilen der Daten eine Rechtfertigung für die entsprechend erforderliche Verarbeitung der Daten im Sinne der DSGVO darstellt.

Daraus ergibt sich aber noch keine Rechtfertigung für eine eigene Nutzung der Daten durch die freien Händler. Eine solche Rechtfertigung lässt sich rechtssicher nur über eine zusätzliche vorangegangene Einwilligung lösen. Eine organisatorische Ausgliederung des Datenbestands in eine genossenschaftliche Struktur kann aber einen erheblichen Beitrag zur Operationalisierung des datenschutzkonformen Datenteilens leisten: Insoweit kann nämlich der künftige Datenverarbeiter für alle Transaktionen bereits zum Zeitpunkt der jeweiligen Transaktion festgelegt und benannt werden. Ähnliche Effekte hätte eine entflechtende Strukturreform von Plattformen, wie sie derzeit vor allem in den USA diskutiert wird.

5.2 Handlungsoptionen

Aus den juristischen und ökonomischen Ausführungen lassen sich für den vor allem in Kapitel 3 skizzierten Anwendungsfall Amazon verschiedene Handlungsoptionen ableiten.⁵¹⁷ Deren Notwendigkeit und Umsetzung ist immer abhängig von einer detaillierten juristischen und ökonomischen Prüfung des konkreten Sachverhalts, was im Rahmen dieser Studie allenfalls begonnen wurde, umfassend aber (unter anderem aufgrund der Datenlage zur Marktmacht von Amazon Marketplace) nicht geleistet werden kann. Dennoch lassen sich die verschiedenen Möglichkeiten des weiteren Vorgehens aufzeigen.

Ziel sollte es stets sein, ein Level Playing Field für die Händler und Amazon Retail herzustellen. Dies kann erreicht werden, indem der Zugang zu den Daten der Amazon-Plattform entsprechend fair beziehungsweise einheitlich gestaltet wird. Damit verbunden sollte die Schaffung einer Möglichkeit für die Händler sein, die Daten in der gleichen Art und Weise zu nutzen wie Amazon Retail.⁵¹⁸ Denkbar sind dabei vor allem zwei Wege, die auch in Kombination angewendet werden können: Die Schaffung eines angemessenen Datenzugangs für alle Händler auf Amazon Marketplace und die Trennung des Retailgeschäfts von Amazon vom Amazon Marketplace sowie den entsprechenden Daten.

In diesem Zusammenhang bestehen für das Vorgehen folgende Optionen:

Schaffung des Datenzugangs für alle Händler auf Amazon Marketplace

Eine erste Handlungsoption liegt darin, Amazon Marketplace (und gegebenenfalls weitere E-Commerce-Plattformen mit vergleichbaren Verhaltensweisen) regulatorisch zu verpflichten, allen Händlern gleichen

⁵¹⁷ Die Ausführungen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

⁵¹⁸ Dies bezieht sich zum Beispiel auf die Geschwindigkeit, mit der Reaktionen auf Datenanalysen möglich sind, etwa bei der Anpassung von Preisen (Abschnitt 2.2.3).

Zugang zu den Daten zu gewähren wie Amazon Retail.⁵¹⁹ Dabei sind zwei Modelle denkbar, die sich in ihrer Intensität unterscheiden. Voraussetzung ist jeweils, dass technisch die Möglichkeiten vorliegen oder geschaffen werden, damit eine Reaktion der Händler auf die Daten in der gleichen Qualität und Geschwindigkeit möglich ist wie durch Amazon Retail.

– **Weitergabe aufbereiteter Informationen**

In der Ausprägung der Pflicht als Weitergabe aufbereiteter Informationen bestünde die Verpflichtung für Amazon darin, die für einen fairen Wettbewerb zwischen den Händlern und Amazon Retail notwendigen Informationen bereits aufbereitet datenschutzkonform zur Verfügung zu stellen. Der Zugang zum Datensatz selbst bliebe Amazon vorbehalten, aber die daraus generierten Informationen zu Preisen, Nachfrage, abgeschlossenen Transaktionen und anderen für die Händler relevanten Indikatoren würden durch Amazon weitergegeben. Diese Weitergabe erfolgt gegen ein Entgelt, das unter anderem die Kosten der Sammlung, Speicherung und Aufbereitung abdeckt.

Diese Vorgehensweise hätte den Vorteil, dass die Händler nicht selbst in der Lage sein müssten, einen Rohdatensatz insbesondere in der entsprechend erforderlichen Geschwindigkeit auszuwerten. Der regulatorische Eingriff wäre vergleichsweise gering. Zudem würde für Amazon auf Basis der Daten ein Geschäftsmodell entstehen, innerhalb dessen zielgruppengerechte Informationen aus den Daten abgeleitet und an die Händler verkauft werden würden. Da Amazon in diesem Konstrukt weiterhin alleinig den Zugang zum Datensatz hätte, wäre eine Überwachung der Vorgehensweise angezeigt, um faire Preise und die zur Verfügungstellung sämtlicher potenziell für die Händler relevanten Informationen zu garantieren. Solche Geschäftsmodelle verfolgen einige digitale Plattformen auch ohne einen regulatorische Eingriffe: So bietet beispielsweise die Sharing-Plattform Airbnb den Anbietern von Unterkünften gegen Entgelt die Möglichkeit, auf Basis der zur Verfügung stehenden Daten zu Nachfrage, Veranstaltungen in der Nähe und anderen Komponenten, die Preissetzung von Unterkünften automatisiert anzupassen.⁵²⁰ Hier manifestieren sich möglicherweise die Unterschiede in den Interessenlagen zwischen voll vertikal integrierten Plattformen und solchen Plattformen, die sich weitestgehend auf eine Handelsstufe beschränken. Auch wenn Amazon den auf dem Marketplace tätigen Händlern gewisse Informationen, wie z.B. Referenzpreise für die angebotenen Produktkategorien zur Verfügung stellt, werden Berichten zufolge selbst im Rahmen des Premium Services noch Informationen zurückgehalten (siehe Abschnitt 3.2.2.1.3).

– **Data Sharing**

Im Unterschied zur Weitergabe von aufbereiteten Informationen würde eine Vorgabe zum Data Sharing Amazon verpflichten, den Händlern im Rahmen der datenschutzrechtlichen Möglichkeiten Zugang zu seinem gesamten Datensatz zu gewähren. Gegebenenfalls ließe sich dies auch auf die relevanten Teile des gesamten Datensatzes begrenzen. Auch in diesem Fall würde für den Zugang ein Entgelt erhoben, das jedoch aufgrund der fehlenden Aufbereitung und Analyse der Daten geringer sein könnte als bei der Weitergabe aufbereiteter Informationen.

Dies würde die Händler vor die Herausforderung stellen, eine Datenanalyse selbst durchführen zu müssen, was insbesondere für die kleineren Händler schwierig sein dürfte. Denkbar wäre

⁵¹⁹ Siehe auch Biancotti/Ciocca, Opening Internet Monopolies to Competition with Data Sharing Mandates, Peterson Institute for International Economics Policy Brief Nr. 19-3.

⁵²⁰ Airbnb, Sei Gastgeber einer Unterkunft, abrufbar unter www.airbnb.de [04.06.2019].

dann, dass Händler sich gemeinsam organisieren – wie in Abschnitt 2.2.3 angesprochen möglicherweise in Form einer Genossenschaft – und sich damit die Kosten für die Analyse der Daten teilen. Die Daten würden gemeinsam genutzt und zentral ausgewertet, so dass für den einzelnen geringere Kosten für die Auswertung anfallen und gleichzeitig die Vorteile des Datenzugangs gerade für KMU auch in vollem Maße ausgeschöpft werden können. Alternativen sind auch hier eine Analyse durch Amazon selbst oder durch andere Unternehmen, die sich dieses Geschäftsfeld erschließen. Dieser Wettbewerb in der Analysephase der Daten kann den Aufwand der Kontrolle der Preise im Vergleich zur Weitergabe aufbereiteter Informationen durch Amazon möglicherweise verringern. Dennoch stellt sich auch hier die grundsätzliche Frage nach der Überwachung beziehungsweise der Durchsetzung einer solchen Regulierung sowie den damit verbundenen Kosten.

Trennung von Amazon Retail vom Datenzugang auf Amazon Marketplace

Die andere Handlungsoption in Bezug auf Amazon besteht in einer Trennung der beiden unterschiedlichen Geschäftsbereiche des Unternehmens, dem Marketplace und der Retail-Sparte. Anders als bei der Vorgabe des Datenzugangs für Händler zieht diese Handlungsoption nicht automatisch nach sich, dass die Händler den Zugang zu Daten oder aus Daten generierten Informationen erhalten. Das Level Playing Field wird hier stattdessen darüber geschaffen, dass auch die Retail-Sparte von Amazon den Datenzugang nicht mehr automatisch erhält. Ein Data Sharing unter allen auf Amazon Marketplace aktiven Unternehmen (inklusive Amazon Retail) wird jedoch auch nicht ausgeschlossen. Auch bei dieser Option bestehen zwei Möglichkeiten der Umsetzung:

- **Interne Entflechtung Amazon Retail und Marketplace**

Eine Option stellt die Vorgabe an Amazon dar, intern strukturell Amazon Marketplace und Amazon Retail zu trennen. Dies würde unter anderem beinhalten, dass keine Daten, die im Zusammenhang mit Aktivitäten oder Transaktionen auf dem Marketplace entstanden sind und erhoben wurden, ungerechtfertigterweise an die Retail-Sparte weitergegeben werden dürfen. Diese Option ist damit gleichbedeutend mit einer internen „Mauer“ zwischen den beiden Unternehmensbereichen in Bezug auf Daten. Das heißt aber nicht zwangsläufig, dass Amazon Retail keine Daten mehr zur Verfügung stünden, sondern, dass die Retail-Sparte wie ein Drittunternehmen behandelt werden müsste. Alle Beziehungen mit Amazon Retail mit direkter Relevanz für den Wettbewerb auf der Plattform müssten einem Drittvergleich standhalten. Die in den Transaktionen unter Beteiligung von Amazon Retail entstandenen Daten können durch diesen Unternehmensteil freilich weiterhin selbst genutzt werden. Aufgrund der Größe von Amazon Retail (Abbildung 2-8), werden so auch weiterhin umfangreiche Datensätze anfallen. Lediglich der freie Zugang zu Daten aus den Transaktionen anderer Händler auf Amazon Marketplace ist unterbunden.

Die Vorteile dieser Option bestehen darin, dass nach einer einmaligen Anpassung der internen Prozesse bei Amazon die Überwachungskosten gering sein dürften und der Marketplace ein Level Playing Field wäre, auf dem der Retail-Bereich mit anderen Händlern konkurrieren würde. Ein solches Vorgehen ist nicht ohne Vorbild: So hat das Bundeskartellamt im Jahr 2019 entschieden, dass Facebook keine Daten von konzern eigenen Diensten (z.B. WhatsApp) und mittels eigener Dienste aus konzernfremden Quellen (z.B. Webseiten Dritter) generierte Daten mit auf Facebook.com erhobenen Daten verknüpfen und dann verwenden darf.⁵²¹ Ein solches Verbot ist eine Spielart der internen Entflechtung, wenngleich im Falle von Amazon die Daten gerade nach

⁵²¹ Bundeskartellamt, Beschluss im Verwaltungsverfahren vom 06.02.2019, B6-22/16 – Facebook, S. 4 ff.

Marktkonditionen allen, inklusive Amazon Retail zur Verfügung stünden. Bedenken gegen eine „nur“ interne Entflechtung rühren von den Anreizen, die Strukturen zur internen Trennung zu umgehen und der eigenen Retail-Sparte so Vorteile zu verschaffen.

– **Strukturelle Zerschlagung von Amazon in Amazon Retail und Amazon Marketplace**

Neben der internen Trennung der beiden Bereiche von Amazon besteht eine weitere Option in der kompletten Trennung von Amazon Retail und Marketplace durch Aufspaltung in zwei Unternehmen. Während bei einer Entflechtung nur einzelne Bereiche insbesondere in Bezug auf Daten durch „Mauern“ voneinander getrennt werden, deren Überwindung einem Drittvergleich standhalten muss, werden bei einer strukturellen Zerschlagung aus einem Unternehmen auch rechtlich zwei voneinander unabhängige Gesellschaften.

Diese Vorgehensweise stellt den größtmöglichen Eingriff dar und ist daher mit Vorsicht zu verwenden. Außerdem müssten die gesetzlichen Grundlagen dafür erst geschaffen werden. Vorteilhaft gegenüber der Entflechtung wären hier die möglicherweise noch geringeren Überwachungskosten, die nahe null sein dürften, weil keine beziehungsweise jedenfalls keine direkten Anreize⁵²² mehr bestünden, einzelne Sekundärmarktteilnehmer zu bevorzugen.

Weitere Option

– **Glaubwürdige Androhung von Maßnahmen**

Aus ökonomischer Sicht kann grundsätzlich bereits die Androhung der Ergreifung von regulatorischen Maßnahmen zu einer Verhaltensanpassung der von einer potenziellen Regulierung betroffenen Marktteilnehmer führen. Wichtig ist dabei, dass die Androhung zum einen glaubwürdig und zum anderen dauerhaft ist. Ersteres ist notwendige Bedingung dafür, dass Vorgehensweisen überhaupt angepasst werden. Nur wer die Umsetzung einer konkreten Regulierung fürchtet, ist bereit, das eigene Verhalten oder Vorgehen anzupassen, um ihr zu entgehen. Letzteres, die Dauerhaftigkeit der Drohung, ist erforderlich, damit auch die Anpassung des Verhaltens oder Vorgehens von Dauer sein kann.

In dem konkreten Fall bedeutet dies, Amazon zu verdeutlichen, dass ohne eine Anpassung des Verhaltens im Hinblick auf den Zugang zu den Daten die Umsetzung einer oder auch mehrerer der zuvor erläuterten Optionen unmittelbar bevorsteht. Da hier das Verhalten eines Unternehmens im Fokus steht, könnte dies innerhalb direkter Gespräche zwischen Vertretern von Amazon und der Politik erfolgen. Es bliebe aber die Frage, wie sich die Dauerhaftigkeit solcher Bedingungen sichern ließe. Zudem wäre auch in diesem Fall eine enge Begleitung der Preissetzung für den Datenzugang erforderlich (s. oben).

Aus ökonomischer Sicht ist die Schaffung eines Datenzugangs gegen Entgelt für alle Händler auf Amazon Marketplace durch entsprechende Vorgaben im Vergleich zur Alternative der Trennung der Amazon-Geschäftsbereiche der geringere Eingriff in den Markt und daher zu befürworten.⁵²³ Dies gilt trotz der

⁵²² Unberücksichtigt bleiben insoweit Interessenkonflikte durch mögliche Konzentrationen auf der Ebene der Anteilseigner, vgl. Bebchuk/Cohen/Hirst, *The Agency Problems of Institutional Investors*, 31 *Journal of Economic Perspectives*, 89 (2017), S. 108 f.; Posner/Scott Morton/Weyl, *A Proposal to Limit the Anti-Competitive Power of Institutional Investors*, 81 *Antitrust Law Journal*, 3 (2017).

⁵²³ Da es sich bei den für die Händler relevanten Daten in großen Teilen um personenbezogene Daten handelt, kann ein solcher Zugang nur unter Beachtung der Vorgaben der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) erfolgen.

zweifelsohne entstehenden, unter Umständen hohen Überwachungskosten für diese Lösung. Eine Trennung von Geschäftsbereichen ist ein starker Markteingriff, der nur dann in Erwägung gezogen werden sollte, wenn andere Maßnahmen nicht wirken. Dies gilt umso mehr, als der regulatorische Eingriff der Trennung von Geschäftsbereichen nicht das Data Sharing per se zum Ziel hat, sondern lediglich die Schaffung eines Level Playing Field. Die gemeinschaftliche Nutzung von Daten durch die Plattform und die drauf aktiven Händler inklusive des Retail-Bereichs kann daraus resultieren, sie muss es aber nicht. Die gesamtwirtschaftlichen Vorteile aus der Nichtrivalität im Konsum der Daten (Abschnitt 2.2.2) werden damit unter Umständen nicht realisiert, während sie bei der Alternative der Vorgabe der Schaffung des Datenzugangs in jedem Fall auftreten. Auch dies spricht für letztere Option der Regulierung.

Soll ein Datenzugang geschaffen werden, ist die Weitergabe von Informationen einem Teilen des Rohdatensatzes (Data Sharing) vorzuziehen. Gerade kleinere Händler auf dem Amazon Marketplace besitzen mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht die Ressourcen, um große Mengen an (Roh-)Daten in angemessener Zeit und Qualität auszuwerten. Vor diesem Hintergrund würde ein Data Sharing nicht zu einem Level Playing Field führen können. Die Vorgabe zur Weitergabe von Informationen dagegen überwindet diese Problematik und kann dazu beitragen datenschutzrechtliche Bedenken zu zerstreuen.

Für nicht-personenbezogene Daten, worunter auch erfolgreich anonymisierte Daten fallen, ergeben sich keine weiteren datenschutzrechtlichen Anforderungen, die beachtet werden müssten. Eine Struktur für das Teilen personenbezogener Daten lässt sich datenschutzkonform über eine Kombination aus einer staatlichen Anordnung des Datenteilens mit einer Einwilligung, die mittels eigener Datenschutzerklärungen der Händler eingeholt werden kann, umsetzen. Dadurch wird die Verwendung aber natürlicherweise begrenzt auf diejenigen Daten, die bei einer Transaktion mit einem bestimmten Händler anfallen. Verschiedene Händler könnten dann versuchen, die Daten gemeinsam durch eine dritte Instanz auswerten zu lassen, die in der Datenschutzerklärung bereits benannt ist. Alternativ könnten sämtliche anfallenden Daten an eine dritte, gegebenenfalls genossenschaftlich organisierte Instanz gegeben werden, die in der auf Amazon abrufbaren Datenschutzerklärung bereits benannt ist.

Neben diesen konkreten Handlungsoptionen im Zusammenhang mit E-Commerce-Plattformen wie Amazon lassen sich eine Reihe allgemeinerer Optionen ableiten, welche für **Unternehmen** relevant sind, die von einem Data Sharing profitieren möchten:

- **Kompetenzaufbau in Sammlung und Auswertung großer Datenmengen in Echtzeit**
In Abschnitt 2.2.2 wurde deutlich, dass Daten in ihrer syntaktischen Form lediglich einen Rohstoff darstellen, aus dem werthaltige Informationen abgeleitet werden müssen. Aufgrund der Nichtrivalität im Konsum können dabei auch mehrere Informationen durch verschiedene Anwender gleichzeitig extrahiert werden. Damit dies jedoch möglich wird, müssen entsprechende Fähigkeiten zur Auswertung vorhanden sein. Insbesondere Klein- und Kleinstunternehmen dürfte der Aufbau entsprechender Kapazitäten – insbesondere zur Analyse in Echtzeit – in der Regel überfordern. Eine Weitergabe ausschließlich syntaktischer Daten könnte folglich größere Unternehmen bevorzugen. Eine mögliche Lösung besteht in der Gründung einer Genossenschaft, deren Zweck die Bereitstellung von Wissensgütern ist, zu denen auch die Datenanalyse zählen kann (Abschnitt 4.1.6).⁵²⁴ Durch eine geeignete Datenanalyse könnte die Genossenschaft ihre Mitglieder in die Lage versetzen, von Daten einer Plattform mit einer marktbeherrschenden Stellung zu profitieren. Zudem könnte die Genossenschaft die gemeinschaftliche Nutzung der

⁵²⁴ Eine Genossenschaft ist dabei eine von verschiedenen denkbaren Organisationsformen für eine solche Dienstleistung.

Daten ihrer Mitglieder organisieren und so selbst ohne Zugang zu Plattformdaten einen Mehrwert für die Mitglieder generieren.

– **Konzeptionierung und Implementierung einer Data-Governance-Strategie**

Data Governance kann als Rahmenwerk definiert werden, „welches die Grundlage für den Umgang mit und die Bewirtschaftung von Daten in einem Unternehmen für alle internen und externen Stakeholder bildet.“⁵²⁵ Dabei beinhaltet Data Governance insbesondere die Compliance mit rechtlichen Anforderungen wie dem Kartellrecht sowie die Einhaltung von Sicherheitsstandards, welche in hohem Maße beim Austausch von Daten mit anderen Unternehmen eine Rolle spielen. Die Ausarbeitung und die Implementierung einer geeigneten Data Governance kann somit zum wirtschaftlichen Erfolg in einer digitalisierten Wirtschaft beitragen, ist aber gleichermaßen Aufgabe eines jeden Unternehmens.⁵²⁶ Die Bedeutung von Data Governance ist zunehmend auch den Unternehmen bekannt: In einer Umfrage aus dem Jahr 2018 gaben 21 Prozent der befragten europäischen Unternehmen an, dass sie bereits eine Data Governance implementiert haben und weitere 48 Prozent gaben an, dies zu planen.⁵²⁷

An der Entwicklung eines entsprechenden Leitfadens sowie der Erarbeitung von Hilfestellungen bei der Implementierung im Unternehmen werden im Rahmen öffentlich geförderter Forschungsprojekte bereits gearbeitet.⁵²⁸ In diesem Kontext könnten sich jedoch auch die gemeinschaftliche Befassung mit der Thematik und die gegenseitige Unterstützung im Rahmen einer genossenschaftlichen Organisationsstruktur anbieten.

Zur Unterstützung von Unternehmen in diesen eher allgemeineren Aspekten ist es notwendig, dass **politische Entscheidungsträger** weitere Maßnahmen zur Förderung einer datengetriebenen Weiterentwicklung der deutschen Unternehmen leisten. Dies gilt nicht nur, aber insbesondere auch für den Einzelhandel.

– **Weitere Förderung eines flächendeckenden Breitbandausbaus**

Es wurde festgestellt, dass der Onlinehandel und Offlinehandel aus Sicht eines Händlers keine Substitute darstellen (Abschnitt 3.2.1). Damit die Möglichkeiten des E-Commerce jedoch in vollem Umfang genutzt werden können, was beispielsweise auch die Analyse von Echtzeitdaten einschließt, muss ein Händler über eine entsprechende Internetanbindung verfügen. 2018 verfügten jedoch lediglich 51 Prozent der Unternehmen mit mehr als 10 Mitarbeitern über eine schnelle Internetverbindung.⁵²⁹ Folglich besteht auch vor dem Hintergrund der Ermöglichung einer gemeinschaftlichen Nutzung von Daten ein dringender Bedarf am zeitnahen und flächendeckenden Breitbandausbau, damit auch Händler mit zurzeit unzureichender Anbindung nicht vom Internethandel ausgeschlossen werden.

⁵²⁵ Aliu et al., Data Economy. Status Quo der Deutschen Wirtschaft & Handlungsfelder in der Data Economy, DEMAND White Paper, S. 27.

⁵²⁶ Aliu et al., Data Economy. Status Quo der Deutschen Wirtschaft & Handlungsfelder in der Data Economy, DEMAND White Paper.

⁵²⁷ Bloemen/Grosser, How To Rule Your Data World, S. 7.

⁵²⁸ Zum Beispiel im Rahmen des vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie geförderten Projekts DEMAND – Data Economics and Management of Data-Driven Business, www.demand-projekt.de.

⁵²⁹ Engels, Traurige Realität, abrufbar unter <https://www.iwkoeln.de/presse/iw-nachrichten/beitrag/barbara-engels-traurige-realitaet.html> [04.06.2019].

- **Klare Handlungsleitlinien für den Umgang mit bestehender Regulierung (vor allem DSGVO)**
Die europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), hat bei ihrem Inkrafttreten am 25. Mai 2018 zu Verunsicherung bei Unternehmen geführt.⁵³⁰ Diese Verunsicherung wird auch an der Anzahl von Beratungsersuchen an Datenschutzbehörden deutlich. Laut der Unternehmensberatung EY wurden 2018 im Durchschnitt von 16 EU-Staaten für die Daten vorlagen (u.a. Deutschland, Frankreich, Niederlande) 32.485 Beratungsersuchen pro Behörde gestellt.⁵³¹ Unsicherheiten bei den rechtlichen Rahmenbedingungen des Datenschutzes haben auch negative Auswirkungen auf die gemeinschaftliche Nutzung von Daten, da aus Sorge, einen Verstoß zu begehen, vor der Weitergabe von Daten zurückgeschreckt werden könnte. Dies gilt insbesondere deswegen, weil der Begriff personenbezogene Daten vom Gerichtshof der Europäischen Union sehr breit definiert wurde.⁵³²

Jedoch sind rechtliche Unklarheiten nicht auf den Bereich Datenschutz beschränkt, sondern treten auch in anderen Rechtsbereichen auf. Als Beispiele mit Relevanz für Data Sharing sind hier unter anderem das Urheberrecht⁵³³ und Kartellrecht⁵³⁴ zu nennen. Die Aufstellung von klaren Handlungsleitlinien für das Data Sharing, welche durch einschlägige Regulierung determiniert sind, kann die gemeinschaftliche Nutzung von Daten erleichtern und somit helfen, die umfangreichen Potenziale von Daten auszuschöpfen.

⁵³⁰ Die Deutsche Wirtschaft, DSGVO: Hemmschuh für den B2B-Mittelstand?, abrufbar unter <https://die-deutsche-wirtschaft.de/ueberregulierung-als-hemmschuh-fuer-b2b-mittelstand/> [05.06.2019]; Wensing, Was seit Einführung der DSGVO passiert ist, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/erfolg/trends/ein-jahr-datenschutzgrundverordnung-was-seit-einfuehrung-der-dsgvo-passiert-ist/24377918.html> [05.06.2019].

⁵³¹ EY, Ein Jahr DSGVO: Behörden halten sich europaweit mit Bußgeldern noch zurück, abrufbar unter <https://www.ey.com/de/de/newsroom/news-releases/ey-20190524-ein-jahr-dsgvo-behoerden-halten-sich-europaweit-mit-bussgeldern-noch-zurueck> [05.06.2019].

⁵³² EuGH, Urteil vom 19.10.2016, C-582/14 – Patrick Breyer.

⁵³³ Müller, WRP 2019, 301.

⁵³⁴ Rusche, Wettbewerbsrecht 2.0, IW-Kurzberichte Nr. 18/2017.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 2-1: Entwicklung des E-Commerce-Umsatzes in Deutschland seit 2000	11
Abbildung 2-2: Entwicklung des Umsatzes im Einzelhandel in Deutschland seit 2000	12
Abbildung 2-3: Marktanteilsentwicklung nach Vertriebsformen seit 2000	14
Abbildung 2-4: Onlineanteil nach Produktkategorien.....	15
Abbildung 2-5: Die zehn größten* Onlineshops in Deutschland 2017.....	15
Abbildung 2-6: Digitale Plattformen nach Branchen.....	17
Abbildung 2-7: Bedeutung von E-Commerce-Plattformen in Europa	18
Abbildung 2-8: Entwicklung des Marktanteils von Amazon in Deutschland.....	20
Abbildung 2-9: Marktanteile von Amazon in Deutschland nach Produktsegmenten	21
Abbildung 2-10: Phasen der Daten-Wertschöpfungskette	23
Abbildung 2-11: Weltweit generiertes Datenvolumen	24
Abbildung 2-12: Einschätzung von Unternehmen zum Mehrwert aus Daten	25
Abbildung 2-13: Internationaler Vergleich des Werts der Datenmärkte	27
Abbildung 2-14: Struktur des Geschäftsmodells digitale Plattform am Beispiel Amazon	29
Abbildung 2-15: Durch Künstliche Intelligenz induziertes Wirtschaftswachstum in reifen Volkswirtschaften für ausgewählte Wirtschaftszweige.....	35