

ERGEBNISPAPIER

```
elif operation == "MIRROR_X":
    mirror_mod.use_x = False
    mirror_mod.use_y = True
    mirror_mod.use_z = False
elif operation == "MIRROR_Z":
    mirror_mod.use_x = False
    mirror_mod.use_y = False
    mirror_mod.use_z = True

#selection at the end -add back the des
mirror_ob.select= 1
modifier_ob.select=1
bpy.context.scene.objects.active = modifier
print("Selected" + str(modifier_ob)) # modi
#mirror_ob.select = 0
line = bpy.context.selected_objects[0]
bpy.data.objects[line.name].select = 1
```

Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen

Impressum

Herausgeber

Bundesministerium für Wirtschaft
und Energie (BMWi)
Öffentlichkeitsarbeit
11019 Berlin
www.bmwi.de

Redaktionelle Verantwortung

Plattform Industrie 4.0
Bertolt-Brecht-Platz 3
10117 Berlin

Gestaltung und Produktion

PRpetuum GmbH, München

Stand

April 2018

Druck

Silber Druck oHG, Niestetal

Bildnachweis

monsitj – Fotolia (Titel, S. 15), vege – Fotolia (S. 4), gorodenkoff – iStock (S. 5), guirong hao – iStock (S. 6), VanReeel – iStock (S. 8), LeoWolfert – iStock (S. 10), SolStock – iStock (S. 11), BlackJack3D – iStock (S. 18), Mike_Kiev – iStock (S. 19), kynny – iStock (S. 23), nadla – iStock (S. 27), yoh4nn – iStock (S. 32), mirexon – Fotolia (S. 34), Erikona – iStock (S. 36), JIRARAJ PRADITCHAROENKUL – iStock (S. 37, S. 45), Nmedia – Fotolia (S. 41), Denis Isakov – iStock (S. 44)

Diese Broschüre ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie. Sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt. Nicht zulässig ist die Verteilung auf Wahlveranstaltungen und an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben von Informationen oder Werbemitteln.



Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ist mit dem audit berufundfamilie® für seine familienfreundliche Personalpolitik ausgezeichnet worden. Das Zertifikat wird von der berufundfamilie gGmbH, einer Initiative der Gemeinnützigen Hertie-Stiftung, verliehen.



Diese und weitere Broschüren erhalten Sie bei:
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat Öffentlichkeitsarbeit
E-Mail: publikationen@bundesregierung.de
www.bmwi.de

Zentraler Bestellservice:
Telefon: 030 182722721
Bestellfax: 030 18102722721



Inhalt

Einleitung	3
1. Marktabgrenzung/Bestimmung und Missbrauch von Marktmacht	4
<i>Themenpaten</i>	
Anne Wegner (Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH)	
Dr. Guido Jansen (Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH)	
Dr. Sebastian Janka (Noerr LLP)	
Dr. Silvia Leipelt (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie)	
2. Marktmacht durch Datenhoheit	15
<i>Themenpaten</i>	
Daniel van Geerenstein (VDMA)	
Prof. Dr. Torsten Körber (Universität zu Köln)	
3. Kartellrechtliche Verantwortung für „Roboterkartelle“ & Free Flow of Data – Informationsfluss 4.0	23
<i>Themenpaten</i>	
Dr. Achim Gronemeyer (Schaeffler AG)	
Dr. Sebastian Janka (Noerr LLP)	
Prof. Dr. Heike Schweitzer (Freie Universität Berlin)	
Philipp Werner (Jones Day)	
4. Zulässige Kooperationen von Unternehmen im Bereich Industrie 4.0	34
<i>Themenpaten</i>	
Dr. Andrea Scheibe (Robert Bosch GmbH)	
Niels Lau (Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.)	
Dr. Ulrike Suchsland (Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.)	
5. Plattformregulierung	41
<i>Themenpaten</i>	
Philipp Werner (Jones Day)	
Prof. Dr. Torsten Körber (Universität zu Köln)	
Dr. Silvia Leipelt (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie)	
Prof. Dr. Heike Schweitzer (Freie Universität Berlin)	

Einleitung

Die Arbeitsgruppe 4 „Rechtliche Rahmenbedingungen“ (AG 4) der Plattform Industrie 4.0 hat die Aufgabe, systematisch die aus ihrer Sicht wichtigsten rechtlichen Themen und Problemaufreife von Industrie-4.0-Prozessen zu identifizieren und Handlungsoptionen aufzuzeigen. Als einen relevanten Rechtsbereich hat die AG 4 in den letzten Monaten auch das Kartellrecht analysiert. In der vorliegenden Ergebnispublikation haben sich die Unternehmens- und Verbandsjuristen der Frage gewidmet, ob das „analoge“ Recht den rasanten Entwicklungen der Digitalisierung noch gerecht wird.

Durch die zunehmende digitale Vernetzung kooperieren Unternehmen immer stärker mit anderen Unternehmen und auch ihren Wettbewerbern. Dies wirft Fragestellungen für das deutsche sowie das europäische Kartellrecht auf: Wer darf mit wem unter welchen Bedingungen kooperieren? Wo ist der Besitz von Daten mit Marktmacht verbunden und ab wann kann es hier zum Missbrauch kommen? Wer verantwortet das kartellrechtlich relevante Verhalten von autonomen Systemen mit Künstlicher Intelligenz? Diese und weitere Fragestellungen werden in dieser Publikation intensiv beleuchtet.

Die fünf Kapitel beginnen jeweils mit einem Steckbrief (Teil A), in dem das Thema sowie die sich ergebenden Fragen und Handlungsfelder abgesteckt werden. An die Steckbriefe schließt sich Teil B mit der juristischen Einschätzung der Themenkomplexe an. Dieser Teil umfasst die Zusammenstellung und Prüfung der relevanten existierenden rechtlichen Grundlagen hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen bzw. Handlungsfelder. Abschließend werden im Teil C zu jedem Themenkomplex mögliche Handlungsoptionen für den Gesetzgeber aufgezeigt sowie konkrete Handlungsempfehlungen aus Sicht der Arbeitsgruppe „Rechtliche Rahmenbedingungen“ gegeben.

1. Marktabgrenzung/Bestimmung und Missbrauch von Marktmacht

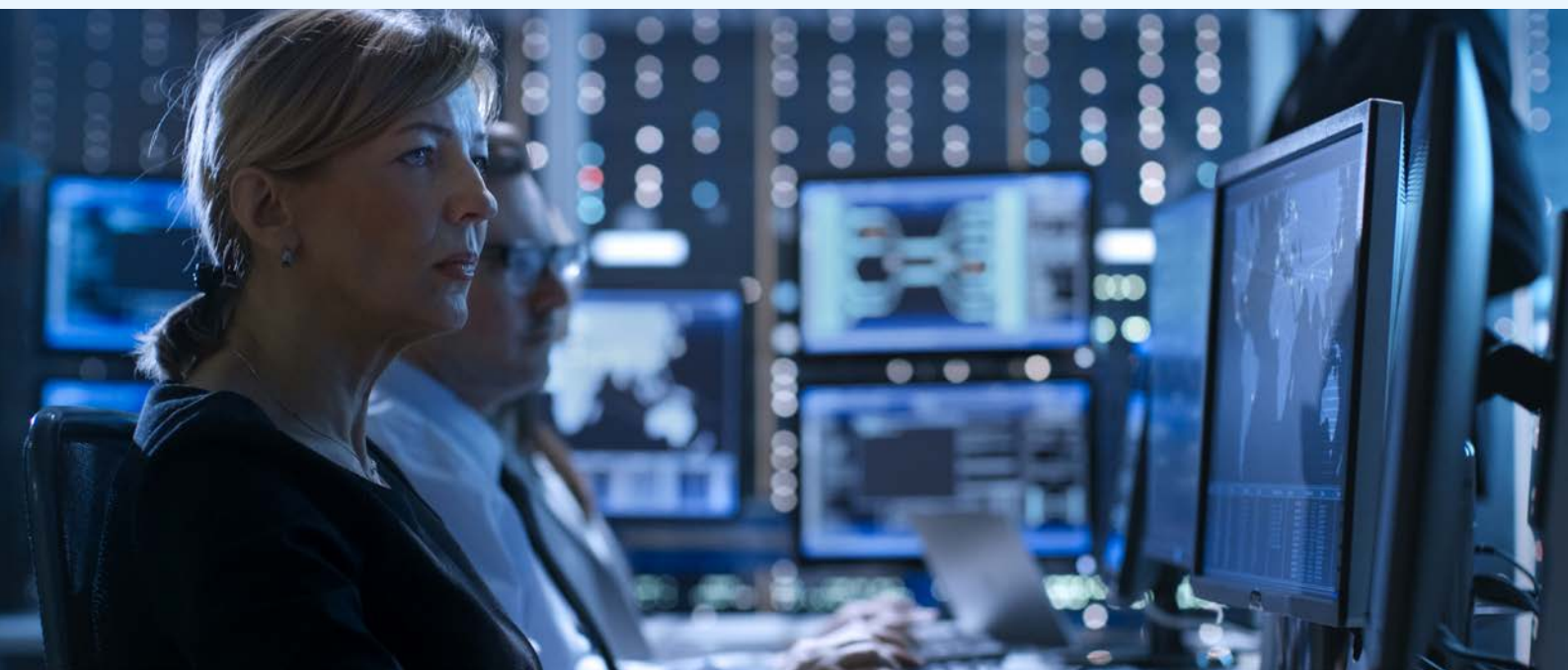




A: Steckbrief

Worum geht es:

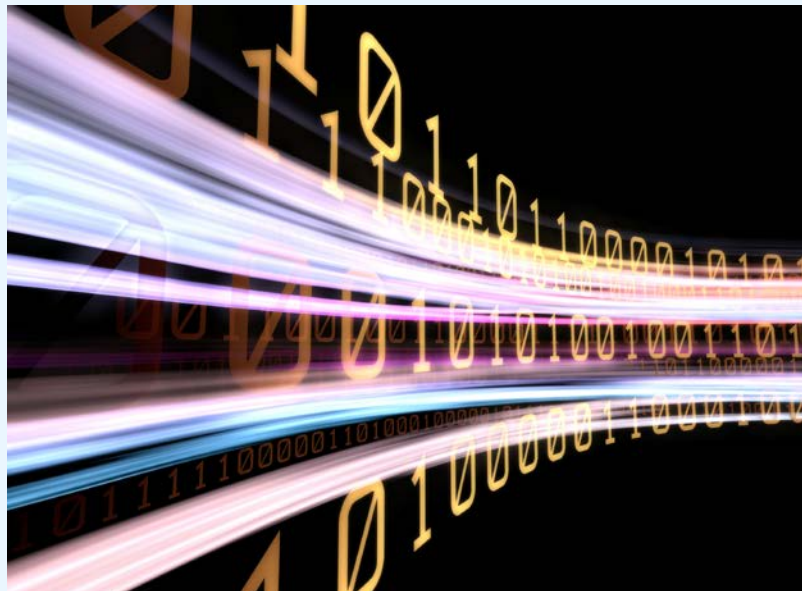
- Jede kartellrechtliche Beurteilung beginnt mit der Bestimmung der relevanten Märkte. Dies ist erforderlich, um (i) festzustellen, ob die von einem Sachverhalt betroffenen Unternehmen Wettbewerber sind, und (ii) um die Marktposition der Unternehmen auf dem relevanten Markt zu beurteilen.
- Eine zu enge Marktabgrenzung führt insbesondere (zu) schnell dazu, dass ein Unternehmen als marktbeherrschend angesehen wird. Ein marktbeherrschendes Unternehmen ist u. a. nicht mehr frei in der Auswahl seiner Geschäftspartner und unterliegt Einschränkungen bei der Gestaltung seiner Konditionen.
- Eine zu weite Marktabgrenzung kann insbesondere dazu führen, dass (i) gegen die Verdrängung, Diskriminierung oder Behinderung von kleineren Wettbewerbern keine kartellrechtliche Handhabe mehr besteht und (ii) Kooperationen den deutlich strengeren kartellrechtlichen Vorgaben für Wettbewerber unterliegen.
- Im Rahmen der Industrie 4.0 ist u. a. mit einer Hybridisierung der Produkte und mit einer stärkeren Integration von Kunden und Geschäftspartnern in die Wertschöpfungsprozesse zu rechnen, wodurch die klassische sachliche Marktabgrenzung, die sich an der Austauschbarkeit spezifischer Produkte oder Dienstleistungen orientiert, möglicherweise in Frage gestellt wird.
- Die insbesondere in der digitalen Wirtschaft an Bedeutung gewinnenden Märkte ohne monetäre Gegenleistung stellen die klassische Herangehensweise bei der Marktabgrenzung in Frage (z. B. Bestimmung der Kreuzpreiselastizität).
- Die sachgerechte räumliche Abgrenzung der relevanten Märkte wird zunehmend komplexer und ggf. weniger eindeutig, je mehr Geschäftsprozesse sich in den virtuellen Raum verlagern.
- Es ist zu erwarten, dass die Prozesse der Industrie 4.0 dazu beitragen können, dass sich Marktanteile und Marktmacht deutlich schneller verändern, als dies in der klassischen Industrie der Fall ist. Taktgebend hierfür werden vermutlich weniger horizontale Fusionen oder der Aufbau zusätzlicher Produktionskapazitäten als vielmehr die Kombination und Vernetzungen verschiedener Informationen und Leistungen sein.
- Plattformen gewinnen in vielen Bereichen an Bedeutung und werfen neue Fragen sowohl für die Marktabgrenzung als auch mit Blick auf den Missbrauch von Marktmacht auf.





Sich ergebende Fragen und Handlungsfelder:

- Kann ein physisches Produkt mit den digitalen Produktionsdaten, die die automatisierte Fertigung eines entsprechenden Produktes ermöglichen, zukünftig auf einem einheitlichen Markt im Wettbewerb stehen?
- Welche ökonomischen Verfahren können zur Marktabgrenzung herangezogen werden, wenn auf einem Markt (oder ggf. auf einem Teil des Marktes) unentgeltliche Leistungen angeboten werden? Unter welchen Voraussetzungen gehören sie zu demselben Markt wie die gleichen (on- oder offline) entgeltlich angebotenen Waren?
- Räumliche Marktabgrenzung: Wie kann bei (ggf. sogar automatisierten) Geschäftsprozessen im virtuellen Raum zuverlässig beurteilt werden, ob sie der Deckung einer im Kern lokalen Nachfrage dienen?
- Ist die „Reaktionsgeschwindigkeit“ des Kartellrechts und der Kartellbehörden ausreichend, um dem Missbrauch von Marktmacht auf sich schnell verändernden Märkten wirkungsvoll zu begegnen?
- Unter welchen Voraussetzungen kann/sollte der Zugang zu bestimmten Daten ggf. einen eigenen Markt darstellen? Wie kann in diesem Zusammenhang der Entstehung bzw. dem Missbrauch von Marktmacht durch Datenhoheit oder durch die Verknüpfung von Daten und Leistungen entgegengewirkt werden, ohne den Innovationswettbewerb zu behindern?
- Unter welchen Voraussetzungen sollte der Betreiber einer Plattform, über den eine Vielzahl von Transaktionen abgewickelt wird, selbst als Anbieter der über die Plattform feilgebotenen Waren/Dienstleistungen gelten (und damit als Wettbewerber auf dem Produktmarkt)? Wann sollte er (kartellrechtlich) als reiner Vermittler eingestuft werden? (Bsp. Uber: Anbieter oder nur Vermittler?)
- Bei mehrseitigen Plattformen kann ein und dieselbe Transaktion sich auf mehreren Märkten abspielen. Z. B. erwirbt die eine Seite des Marktes (Kundenseite) eine Ware/Dienstleistung, die andere Seite (Anbieterseite) erhält eine Vermittlungsleistung (und verkauft die Ware dann direkt an die Kundenseite). (Wie) Wirkt sich dieses Doppelverhältnis und die Notwendigkeit der Plattform, für beide Seiten ein möglichst attraktives Angebot zu bieten, auf die Marktabgrenzung/Marktmacht der Plattform aus?





B: Juristische Einschätzung

1. Methodik und Zweck der Marktabgrenzung

Ausgangspunkt für die Bestimmung eines Marktes im kartellrechtlichen Sinne und die damit einhergehende räumliche und sachliche Abgrenzung bildet das seit langem in der Praxis und Rechtsprechung anerkannte Bedarfsmarktkonzept. Hiernach zählen „sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht“¹, zu einem Markt. Entscheidend für die Abgrenzung der Märkte ist also stets die Sicht der Marktgegenseite – insoweit ist auch zwischen Anbieter- und Nachfragemärkten zu trennen. Neben empirischen Betrachtungen können bei der Marktbestimmung auch rechtliche Aspekte eine Rolle spielen, denn die Frage, wie hoch der Grad an Austauschbarkeit zweier bzw. mehrerer Produkte sein muss (um einen gemeinsamen Markt anzunehmen), beruht schlussendlich auf einer normativen Wertung.²

Neben dieser sachlichen Marktabgrenzung ist auch eine räumliche Marktabgrenzung erforderlich. Ein Markt ist hiernach das „Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“³. Das kann lokaler, nationaler oder globaler Natur sein.

Zusätzlich fließen in die Marktabgrenzung aber auch häufig Aspekte ein, die nicht die Marktgegenseite betreffen, sondern etwa die Umstellungsflexibilität der Anbieter. Wenn Produkte zwar aus Sicht der Nachfrager nicht austauschbar sind, die Anbieter aber technisch ähnliche Produkte ohne Weiteres ihrer Produktion so anpassen könnten, dass der spezifische Bedarf der betrachteten Nachfragegruppe befriedigt werden kann, wird in der Regel angenommen, dass die Produkte zu einem Markt zu zählen sind.

Gelegentlich gibt es auch die Tendenz, die Märkte in Abhängigkeit von dem beobachteten Marktverhalten der Unternehmen zu definieren.⁴ Dies erscheint zwar einerseits als Zirkelschluss, da das Verhalten eines Unternehmens gerade auf dem spezifisch abgegrenzten Markt untersucht werden soll – andererseits spricht die Tatsache, dass sich ein Unternehmen in einem bestimmten Bereich weitgehend unabhängig von anderen verhalten kann, dafür, dass dieser Bereich einen eigenständigen Markt bildet, in dem das Unternehmen keinem wesentlichen bzw. wirksamen Wettbewerb ausgesetzt ist.

Die Abgrenzung der relevanten Märkte ist kein Selbstzweck, sondern dient stets der Erfassung der realen Wettbewerbsverhältnisse und beschreibt den Bereich, auf dem das Wettbewerbsverhalten geprüft und gegebenenfalls beanstandet wird. Die Marktbestimmung stellt daher die Vorstufe für eine anschließende Bestimmung der Marktmacht und Prüfung möglicher (kartell-)rechtlicher Verstöße dar und ist für diese unerlässlich.

2. Marktabgrenzung in der digitalen Ökonomie

Grundsätzlich stellen die existierenden gesetzlichen Regelungen zur Marktabgrenzung ein methoden- und ergebnisoffenes Regelwerk dar, das flexibel auf die unterschiedlichsten Situationen anwendbar und nicht auf „physische“ Märkte beschränkt ist. Dennoch sind in der Praxis einige Besonderheiten berücksichtigt. So spielt das Konzept der räumlichen Marktabgrenzung eine geringere Rolle. In besonderem Maße gilt dies für digitale Online-Produkte (z. B. Software) oder Online-Dienste (z. B. Suchmaschinen), welche direkt im Internet verfügbar sind und bei denen sich die räumlichen Grenzen meist allenfalls aus Sprachbarrieren oder kulturellen Besonderheiten ergeben. Entsprechendes gilt für Industrie-4.0-Anwendungen, die zu einer werks-, unternehmens- und länderübergreifenden Vernetzung von Maschinen führen können. Auch beim Vertrieb physischer Produkte über das Internet (z. B. über B2B-Plattformen) spielen lokale bzw. regionale Märkte indes häufig nur noch im Hinblick auf unterschiedliche rechtliche Anforderungen (z. B. im Steuer-

1 KG WuW/E 1995f. – Handpreisauszeichner; vgl. auch BGH WuW/E 3058 (3062) – Pay-TV-Durchleitung; ähnlich: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABI: 1997, C 372, 5 Rn. 7.

2 MüKoEuWettbR/Wolf, 2. Aufl. 2015, GWB § 18, Rn. 9.

3 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes, ABI: 1997, C 372, 5 Rn. 8; EuGH, 27/76, Slg. 1978, 297 Rn. 10f. – United Brands.

4 Bechtold/Bosch GWB § 18 Rn. 6.

recht oder Datenschutz) eine Rolle. Demgegenüber rücken im Rahmen der digitalen Ökonomie verschiedene Fragen – insbesondere der sachlichen Marktabgrenzung – verstärkt in den Fokus:

a) Marktabgrenzung bei unentgeltlichem Leistungsaustausch

Mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle und den damit eingehenden (Neu-) Regelungen des § 18 Abs. 2a GWB hat der Gesetzgeber der bis dahin anhaltenden Diskussion ein Ende gesetzt und klargestellt, dass die Unentgeltlichkeit einer Leistung der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht. Somit sollte es für die Marktabgrenzung grundsätzlich auch keine Rolle spielen, ob der Nutzer bzw. Verbraucher für die Ware oder Leistung zahlt, oder sie unentgeltlich erhält. Daher können auch entgeltliche und unentgeltliche Waren oder Leistungen auf einem gemeinsamen Markt konkurrieren. In der Regel wird hier der Wettbewerbsdruck von der unentgeltlichen Leistung ausgehen, wenn sie qualitativ an die entgeltliche heranreicht, bzw. wenn sie nicht mit zu gravierenden anderen Nachteilen verbunden ist, die Verbraucher dazu veranlassen, dieselbe Leistung lieber entgeltlich zu beziehen. Kriterien für die Ausweichmöglichkeit dürften insbesondere Qualität, Verlässlichkeit, Seriosität und Schnelligkeit sein. Abschreckende Wirkung könnte im Gegensatz von Faktoren wie z. B. störender Werbung, Notwendigkeit der Preisgabe von Daten oder sonst unangemessenen Geschäftsbedingungen ausgehen.

Neben diesen eher qualitativen Maßstäben zur Marktabgrenzung bedarf es indes auch einer Weiterentwicklung der ökonomischen Verfahren zur Marktabgrenzung. So lassen sich klassische Verfahren wie das der Kreuzpreiselastizität auf Märkten mit unentgeltlichem Leistungsaustausch nicht mehr anwenden. Entsprechendes kann auch für neue Märkte gelten, auf denen Anbieter durch extrem günstige Angebote für proprietäre Dienst versuchen, einen Lock-in-Effekt zu bewirken. Ob rein qualitative Befragungen von Nachfragern, welche Anbieter sie für austauschbar halten, in Zweifelsfällen die nötige Verlässlichkeit aufweisen, darf jedenfalls bezweifelt werden. Dies gilt umso mehr, als nicht nur die Angebote, sondern auch die Nachfrage nach spezifischen Leistungen in der digitalen Ökonomie einer erheblichen Dynamik unterliegt.



Im Anschluss an die Abgrenzung der Märkte ist zudem die Bestimmung von Marktvolumen und Marktanteilen auf der Basis von Umsätzen nicht mehr möglich oder führt zu nicht sachgerechten Ergebnissen, wenn die Leistungen von einzelnen Anbietern entgeltlich und von anderen unentgeltlich oder nahezu unentgeltlich angeboten werden. Auch die in klassischen physischen Warenmärkten zusätzlich oder alternativ angewandte Bestimmung der Marktanteile und damit auch der Marktmacht auf der Basis von produzierten oder verkauften Mengen (Stückzahlen) bedarf der angemessenen „Übersetzung“ auf die für die digitale Ökonomie relevanten Kenngrößen. Zur Bestimmung müssen daher andere Richtwerte quantitativer Art, wie z. B. Nutzerzahlen, Seitenaufrufe, Reichweite oder Verweildauer dienen. Auch hier bedarf es der Etablierung empirisch abgesicherter Verfahren, welche den Unternehmen die Möglichkeit für eine kartellrechtliche Selbsteinschätzung geben.

b) Zweiseitige Märkte/Plattformen

Die Frage nach der adäquaten Methode zur Marktabgrenzung und Bestimmung der Marktmacht im Rahmen der digitalen Ökonomie wurde in den letzten Jahren in besonderem Maße im Zusammenhang mit zwei- oder mehrseitigen Märkten diskutiert. Unter einem zweiseitigen Markt versteht man Marktteilnehmer, die mindestens zwei Seiten bzw. Gruppen bedienen und zwischen diesen Seiten bzw.

Gruppen Interaktionen ermöglichen. Trotz eines breiten Konsenses in der Literatur mangelt es allerdings nach wie vor an einer einheitlichen Definition von „Plattform“, die eine konkrete Abgrenzung im Einzelfall ermöglicht.⁵ Die Besonderheit bei den sog. zweiseitigen Märkten liegt darin, dass der Nutzen für die eine Seite bzw. Gruppe steigt, wenn die jeweils andere Seite bzw. Gruppe auf der Plattform größer wird bzw. wächst. Beispielhaft sei die Weiterentwicklung von offenen Standards zur Vernetzung von Maschinen genannt, welche über eine Plattform anderen Nutzern gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden. Einige Nutzer wiederum entwickeln die offenen Standards so weiter, dass sie mit den eigenen (weiteren) Maschinen kompatibel sind, mit dem Ergebnis, dass immer mehr Maschinen verschiedenster Hersteller miteinander kommunizieren können. Je mehr Entwickler ihre Weiterentwicklungen über die Plattform anbieten, umso mehr wächst die Attraktivität der Plattform und umso größer ist auch die Gruppe der Nachfrager, die dann wieder weitere Entwickler anzieht.

Diese gegenseitigen Auswirkungen werden indirekte Netzwerkeffekte genannt und stellen eine Besonderheit der zweiseitigen Märkte dar. Hierdurch können Schlussfolgerungen und Annahmen, die bezüglich traditioneller Märkte bzw. Marktakteuren ohne Netzwerkeffekte bestehen (z. B. Konzentration von Marktmacht führt zu Wohlfahrtsverlust, Preise können unabhängig voneinander bewertet werden)⁶, nicht einfach auf zweiseitige Märkte bzw. Plattformen übertragen werden.

Grundsätzlich kommen für die (mindestens) zweiseitigen Märkte zur Marktabgrenzung zwei Methoden in Betracht: Entweder betrachtet man jede Marktseite bzw. Marktbeziehung einzeln (im obigen Beispiel also „Softwareanfrager“ – „Plattform“ und „Plattform“ – „Softwareanbieter“) oder in einer Art Gesamtbetrachtung. Die überwiegende Meinung tendiert zu Letzterem, wobei dies jeweils im Einzelfall – je nach Ausprägung der Charakteristika als zweiseitiger Markt –

beurteilt werden muss. Sofern demnach eine Gesamtbewertung vorgenommen wird, beinhaltet diese eine Einbeziehung der gesamten Netzwerkeffekte, da sich ansonsten ein verzerrtes Bild ergeben würde, welches der ökonomischen Realität nicht entspräche.⁷

Dies führt zur Frage, wie auf den sog. „zweiseitigen Märkten“ der Marktanteil bzw. die Marktmacht bestimmt bzw. gemessen werden kann. Der einfache *SSNIP*⁸-Test kann zu Anwendungsschwierigkeiten führen, da er weder die Netzwerkeffekte, noch die teilweise Unentgeltlichkeit berücksichtigen kann. Auch die alleinige Fokussierung auf Marktanteile bzw. den *Price-Cost Margin* wird nur für bedingt aussagekräftig befunden. Als mögliche Methoden werden unter anderem ein erweiterter *SSNIP*-Test, ein erweiterter *UPP*⁹ und eine erweiterte *Critical Loss Analysis* vorgeschlagen.¹⁰ Insbesondere Ersterer stößt allerdings zumindest in der Literatur auf breite Ablehnung. Hier wird wiederum eine qualitative Abfrage basierend auf der Grundidee des *SSNIP*-Tests gefordert.¹¹

Berücksichtigt werden sollte jedenfalls, dass digitale Märkte (auch durch direkte Netzwerkeffekte) bisweilen „Monopolisierungstendenzen“ aufweisen. Das bedeutet, dass z. B. bei sozialen Netzwerken mit einer hohen Marktkonzentration zu rechnen ist, da ein (soziales) Netzwerk umso attraktiver ist, je mehr Nutzer es nachfragen, und vielfach nur ein „Haupt“-Netzwerk regelmäßig genutzt wird. Parallel hierzu müssen durch die Plattform möglichst viele Werbekunden generiert werden. Es kommt somit zu einem Wettbewerb um den Markt (und nicht auf dem Markt) – es wird auch von „Winner-takes-all“-Märkten gesprochen.¹² Gerade hier gilt also, dass hohe Marktanteile nicht an sich Ausdruck von Marktversagen oder gar Machtmissbrauch sind.

Abzugrenzen sind die zweiseitigen Märkte von als „Plattformen“ erscheinenden Angeboten, die in Wirklichkeit einseitige Vertriebsplattformen eines Anbieters darstellen, der

5 BKartA, Hintergrundpapier, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, 2015.

6 Dewenter, Ralf, Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft. Passen die für die analoge Wirtschaft entwickelten Prinzipien?, S. 10, Hamburg.

7 Monopolkommission, Sondergutachten, Bonn, 2015, S. 39.

8 *SSNIP* = Small but Significant Nontransitory Increase in Price.

9 *UPP* = Upwards Pricing Pressure (Test).

10 Dewenter, Ralf, Ökonomische Bedeutung von Netzeffekten bei der Marktmachtmessung, Hamburg, 2017, S. 11.

11 BKartA, Hintergrundpapier, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, 2015, S. 18.

12 Körber, Torsten, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW, 2015, S. 124.



ausschließlich eigene Ware verkauft. Voraussetzung für die Annahme eines zweiseitigen Marktes ist nämlich die Existenz mindestens eines indirekten Netzwerkeffektes (s. o.).¹³ Im Einzelfall kann diese Abgrenzung allerdings äußerst schwierig sein; maßgebende Faktoren sind unter anderem die Kontrolle über entscheidende Variablen der Transaktion (z. B. Preishoheit), die bei einem Anbieter bzw. Händler verbleibt, bei einer Plattform jedoch außerhalb ihres Einflusses liegt.¹⁴

Besondere Schwierigkeiten mit Blick auf die richtige Markt-
abgrenzung können sich ergeben, wenn der Betreiber einer Plattform gleichzeitig selbst als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen auf derselben oder einer unmittelbar verlinkten Plattform auftritt. Betrachtet man beispielsweise die B2B-Plattform AWS von Amazon, wird Amazon im AWS Marketplace als Vermittler tätig. Es ermöglicht Bestellungen durch den Nutzer unmittelbar beim Hersteller und hat hierbei keinerlei Einfluss auf Preis oder Qualität – ist somit typischer Intermediär. Umgekehrt bietet Amazon auch eigene Produkte an und erscheint hierbei in der Rolle eines „normalen“ Herstellers, ist also Anbieter. In welcher Eigenschaft Amazon auftritt, muss demnach im Einzelfall geprüft werden.

c) Gemischt digital – physische Produktmärkte

Im Zuge der Industrie 4.0 stellt sich mit Blick auf die sachliche Markt-
abgrenzung zunehmend die Frage, ob digitale und physische Produkte auch auf einem gemeinsamen Markt existieren und konkurrieren können und dies auch in Fällen, in denen sich der Bedarf am Ende auf ein physisches Produkt richtet und nicht nur wie etwa im Bereich der Software oder Dokumentation auf den möglichen „Zwischenschritt“ des Einsatzes eines physischen „Datenträgers“ (CD, Papier). Beispielhaft könnte man etwa an eine Firma denken, die auf ihrem Betriebsgelände Fahrwerksteile herstellt, während ein neuer Wettbewerber entsprechende Maschinenteile im digitalen STL-Format anbietet. Die STL-Datei kann über das Internet bezogen werden und ermöglicht es den Kunden, das Maschinenteil an automatisierten universellen Fertigungsmaschinen (z. B. 3D-Drucker) ihrer Wahl zu produzieren. Unabhängig davon, bei welcher Firma der Kunde bestellt hat, erhält er schlussendlich ein gleichwertiges und austauschbares Maschinenteil. Mit der zunehmenden Verbreitung entsprechender automatisierter Fertigungsmaschinen stellt sich folglich die Frage, ob für digitale Produkte (STL-Format) und deren physisches Pendant (fertiges Maschinenteil) ein einheitlicher Markt bestehen kann.

¹³ Dewenter, Ralf, *Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft. Passen die für die analoge Wirtschaft entwickelten Prinzipien?*, Hamburg, S. 7.

¹⁴ BKartA, *Hintergrundpapier, Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz*, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, Bonn, 2015, S. 18.

Ausgangspunkt für die Beurteilung ist auch hier das Bedarfsmarktkonzept, so dass es auf die Perspektive der (potenziellen) Kunden ankommt. Aus deren Sicht wird es voraussichtlich zunächst maßgeblich darauf ankommen, ob sie selber über entsprechende automatisierte Fertigungsmaschinen mit der erforderlichen Kapazität und den nötigen Rohstoffen verfügen oder es zumindest entsprechende Dienstleister vor Ort gibt. Daneben werden mutmaßlich die Geschwindigkeit der Lieferung bzw. der Fertigung sowie die damit verbundenen Kosten eine wichtige Rolle spielen. Sofern nach Prüfung dieser und weiterer Umstände für den Kunden eine funktionale Austauschbarkeit besteht, es also keinen Unterschied macht, bei welcher Firma er das entsprechende Produkt bezieht, liegt ein gemeinsamer Markt vor, auf dem beide Produkte konkurrieren. Insbesondere in Bereichen wie Ersatzteilmärkten, in denen typischerweise kurzfristig geringe Stückzahlen nachgefragt werden, erscheinen derartige gemischt digital-physische Produktmärkte durchaus naheliegend.

Auch hier ergeben sich indes bei der Bestimmung des Marktvolumens und der Marktanteile spezifische Herausforderungen. Da der jeweils vom Produzenten erbrachte Leistungsumfang sich deutlich unterscheidet, dürfte eine Bestimmung der Marktanteile auf der Basis von Umsatzdaten weitgehend ausscheiden. Die Ermittlung auf Basis von Mengen bzw. Stückzahlen dürfte indes jedenfalls dann ohne Weiteres möglich sein, wenn der Verkauf bzw. die Lizenzvergabe zur Produktion auf Basis von Stückzahlen erfolgt.

3. Feststellung der Marktbeherrschung in der digitalen Ökonomie

Gem. § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es als Anbieter bzw. Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerb ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Eine solche marktbeherrschende Stellung wird gem. § 18 Abs. 4 GWB vermutet, sofern dem Unternehmen ein Marktanteil von mindestens 40% zukommt. Außerdem wird gem. § 18 Abs. 6 GWB vermutet, dass eine Gesamtheit von Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn bis zu drei Unternehmen einen Marktanteil von 50% oder bis zu fünf Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 66,6% erreichen. Diese Vermutungen finden grundsätzlich auch im Bereich der digitalen Ökonomie Anwendung.

Fraglich ist jedoch, ob der Verteilung von Marktanteilen auf digitalen Märkten die gleiche Aussagekraft zukommt. Jedenfalls bislang sind die digitalen Märkte geprägt von hoher Dynamik und starkem Innovationsdruck, die den Wettbewerb antreiben und zu hohen Schwankungen der Marktanteile und raschen Wechseln der Akteure oder auch zum Entstehen völlig neuer Märkte führen.

Die Frage, ob ein Unternehmen, das über sehr hohe Marktanteile verfügt, marktbeherrschend ist oder nicht, bedarf



somit einer Einzelfallbewertung. So nahm die EU-Kommission in ihren Microsoft-Entscheidungen von 2004 und 2009 beispielsweise bei einem Marktanteil von über 90 % für das Betriebssystem Windows eine marktbeherrschende Stellung an, weil dieser Marktanteil über Jahre stabil war und für Betriebssysteme hohe Wechselkosten bestanden. In der Microsoft/Skype-Entscheidung aus dem Jahre 2011 hielt die Kommission demgegenüber einen entsprechenden Marktanteil im Rahmen der Fusionskontrolle für unbedenklich, weil dieser Markt sehr dynamisch war, die Skype-Dienste kostenlos angeboten wurden und es für die Nutzer ein Leichtes war, zu einem anderen Dienst zu wechseln. Vor dem Hintergrunde, dass mobile Nutzer in erster Linie über WhatsApp kommunizieren, hat sich die Entscheidung inzwischen als richtig erwiesen.¹⁵

Während die Dynamik der Märkte im Rahmen der Fusionskontrolle naturgemäß besondere Aufmerksamkeit verdient, kann eine Verhaltenskontrolle aufgrund der geringeren und in der Regel nicht strukturell wirkenden Eingriffsintensität auch dann gerechtfertigt sein, wenn ein Unternehmen nur vorübergehend eine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung erlangt. Aufgrund der im deutschen Recht sehr weitreichenden Vermutungsregelungen gerade im Bereich der Oligopole, die auf sehr vielen bedeutenden digitalen Märkten erreicht werden, rückt in der Praxis die Frage in den Vordergrund, ob die Vermutung gem. § 18 Abs. 7 GWB widerlegt werden kann. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn die Wettbewerbsbedingungen wesentlichen Wettbewerb zwischen den Oligopolisten erwarten lassen. Während hier im Bereich der traditionellen Märkte regelmäßig auf Analysen der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsverhaltens in der Vergangenheit zurückgegriffen werden kann, stehen im Bereich der digitalen Märkte (insbesondere wenn es um unentgeltliche Leistungen geht) häufig andere Überlegungen (etwa der Leistungswettbewerb um Neukunden) im Vordergrund. Unter welchen Bedingungen hierdurch ein Missbrauch der bereits erreichten Marktstellung wirksam ausgeschlossen wird, bedürfte indes noch weiterer empirischer Untersuchungen, die ggf. zu einer Präzisierung oder Ergänzung der gesetzlichen Regelung in § 18 Abs. 7 GWB führen könnten.

4. Missbrauch von Marktmacht

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens stellt selbstverständlich keinen Rechtsverstoß dar und indiziert einen solchen auch nicht. Vielmehr bedeutet es lediglich eine Schwächung der Wettbewerbskräfte des Marktes, sodass dem marktbeherrschenden Unternehmen eine spezielle Verantwortung zukommt, die darin liegt, dass es seine Stellung nicht missbraucht, um den Wettbewerb zu verfälschen.¹⁶ Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, wird regelbeispielhaft in § 19 Abs. 2 GWB ausgeführt.

Entsprechendes gilt gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB auch für die sog. relative Marktmacht, die vorliegt, wenn Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Unternehmen mit relativer Marktmacht sind Normadressaten bestimmter Missbrauchsverbote.

Grundsätzlich können im Bereich der digitalen Ökonomie natürlich die gleichen Fallgruppen für missbräuchliches Verhalten Anwendung finden wie in der traditionellen Wirtschaft, die hier naturgemäß nicht im Einzelnen behandelt werden können. Insoweit sollen hier nur zwei Fallgruppen herausgegriffen werden, die spezifisch in der digitalen Ökonomie besondere Bedeutung erlangen.

a) Konditionenmissbrauch im nicht-monetären Bereich

In traditionellen Gütermärkten sind von Preis- und Konditionenmissbrauch typischerweise Fälle erfasst, in denen ein marktmächtiges Unternehmen für die angebotene Leistung eine Gegenleistung verlangt, die – gemessen an ihrem wirtschaftlichen Wert – bei wirksamem Wettbewerb nicht durchsetzbar wäre. Insoweit erfolgt dann eine Gesamtbewertung von Preisen und Konditionen.

Im Bereich der digitalen Ökonomie, insbesondere auf Märkten, auf denen die Leistungen unentgeltlich erbracht werden, rückt demgegenüber die Frage nach einem rein qualitativ betrachteten Konditionenmissbrauch in den Vordergrund, bei der nicht die Preiswürdigkeit der Konditionen, sondern deren Interessengerechtigkeit betrachtet wird, regelmäßig

15 Körber, Torsten, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW, 2015, S. 126.

16 Fuchs/Möschel in Immenga/Mestmäcker, AEUV Art. 102 Rn. 130 mwN.

unter Rückgriff auf Wertungen aus dem Kartellrecht oder der übrigen Rechtsordnung (z. B. aus dem AGB-Recht oder dem Datenschutzrecht).

Die zentrale Problematik liegt allerdings bei der letztlich erforderlichen Betrachtung der Frage, ob sich die möglicherweise von typischen Wertungen der Rechtsordnung abweichenden Konditionen tatsächlich von denjenigen unterscheiden, die bei wirksamem Wettbewerb in dem spezifischen Markt zu erwarten sind bzw. ob die Konditionen nicht gerade dadurch sachlich gerechtfertigt sind, dass eine Leistung unentgeltlich angeboten wird und z. B. der weitreichende Zugriff auf Daten für den Anbieter eine adäquate Gegenleistung darstellt.

Insbesondere in Fällen, in denen weder klar belegbar ist, dass die Konditionen nur auf Grundlage der besonderen Marktstellung gefordert werden können, noch dass der Verzicht auf entsprechende Konditionen die Intensität des Wettbewerbs fördern wird, stellt sich die Frage, ob die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht das geeignete Mittel darstellt, um möglichen „Missständen“ zu begegnen. Möglicherweise wäre es hier auch wettbewerbspolitisch richtiger, durch entsprechende gesetzgeberische Gestaltung etwa im Bereich des Verbraucherschutzes ein einheitliches Level-Playing-Field für alle Wettbewerber zu schaffen.

b) Datenzugang als Essential Facility

Im Rahmen der digitalen Ökonomie rückt die Frage einer letztlich vor allem durch Datenhoheit vermittelten und abgesicherten Marktmacht immer mehr in den Fokus. Diese Datenhoheit kann dabei rechtlich abgesichert sein, etwa dadurch, dass ein Unternehmen entsprechende (exklusive) Rechte an Daten erworben hat, oder auch nur faktisch dadurch bestehen, dass ein Unternehmen – etwa infolge von Netzwerkeffekten – in einem Umfang Daten sammeln konnte, die einem Wettbewerber den Zutritt auf (nachgelagerte) Märkte letztlich versperrt.

Jedenfalls auf Märkten, in denen die Datenbestände nur infolge starker Netzwerkeffekte aufgebaut werden konnten, erscheint es durchaus denkbar, dass die Daten eine Essential Facility darstellen können, da die Netzwerkeffekte den Aufbau paralleler Datenbestände bei unterschiedlichen Wettbewerbern in einzelnen Fällen ebenso verhindern können wie die Subadditivität der Kosten den Aufbau paralleler Infrastrukturen bei natürlichen Monopolen.

Die Marktmacht durch Datenhoheit und die mögliche Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin werden umfassend in Kapitel 2 erläutert.

5. Sanktions- und Interventionsmöglichkeiten

Materiell-rechtlich wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass das Kartellrecht in Fällen von Verstößen ausreichende Sanktions- bzw. Interventionsmöglichkeiten bietet. In Betracht kommen Bußgelder, Untersagungen, Abstellungsverfügungen, positive Verhaltensanweisungen und schließlich – als *ultima ratio* – auch Entflechtungen.

Als insbesondere mit Blick auf die neuen Märkte problematisch empfunden wird indes zunehmend die Reaktionsgeschwindigkeit der Kartellbehörden. Der Umstand, dass die digitalen Märkte jedenfalls derzeit dynamischen Veränderungen und stärkeren Weiterentwicklungen unterliegen, führt dazu, dass eine – notwendigerweise – sorgfältige Ermittlung der Kartellbehörden den tatsächlichen Entwicklungen zeitweilig hinterherläuft. In einigen Fällen führt dies dazu, dass die Entscheidungen oder Zusagen Probleme adressieren, die sich inzwischen durch die dynamische Marktentwicklung ohnehin weitgehend erledigt haben (z. B. die Entscheidungen zur Browser-Auswahl in Windows oder zu Windows-Versionen ohne den Media-Player). Problematischer sind letztlich indes Fälle, in denen missbräuchliches Verhalten zum Ausbau einer marktbeherrschenden Stellung führt, die möglicherweise in monopolartigen Strukturen endet. Während entsprechende Entwicklungen in traditionellen Märkten im Zweifel viele Jahre oder Jahrzehnte in Anspruch nehmen, können entsprechende Entwicklungen im Bereich der digitalen Märkte während der typischen Dauer eines Missbrauchsverfahrens bereits abgeschlossen sein.

Maßnahmen zur Beschleunigung kritischer Verfahren erscheinen daher grundsätzlich sinnvoll. Neben der Allokation entsprechender personeller Kapazitäten innerhalb der Kartellbehörden stellt sich die Frage, ob einstweilige Maßnahmen in einem größeren Umfang ermöglicht werden sollten. Hierbei muss allerdings berücksichtigt werden, dass einstweilige Maßnahmen in neuartigen Konstellationen, in denen keine umfassende empirische Erfahrung und keine etablierte Entscheidungspraxis besteht, besonders problematisch erscheinen. Insbesondere besteht die Gefahr, dass die Marktdynamik durch letztlich nicht gerechtfertigte Maßnahmen gestört oder der Wettbewerb sogar durch das Vorgehen gegen einzelne Marktbeteiligte verzerrt wird.

Entsprechende Maßnahmen sollten daher auf Fälle beschränkt bleiben, in denen ein irreparabler Schaden für den Wettbewerb droht.

Schließlich stellt sich in bestimmten Konstellationen die Frage, ob bestimmte Maßnahmen überhaupt ohne einen übermäßigen Eingriff in die Dynamik der Marktprozesse umgesetzt werden können. Beispielhaft sei hier das teilweise geforderte Neutralitätsgebot bezogen auf Suchmaschinen erwähnt. Dessen Sinnhaftigkeit ist vor dem Hintergrund äußerst strittig, dass z. B. Google bis zu 1000 Mal im Jahr die Ergebnissuche ändert (also fast drei Mal am Tag).¹⁷ Eine ständige Kontrolle dieser Änderungen sowie ein darauf folgender Eingriff wären also äußerst schwierig und würden die Behörden ersichtlich überfordern.

Ob es neuer Institutionen – etwa einer eigenen Digitalagentur bedarf – erscheint dennoch fraglich. So würden sich insbesondere neue Fragen nach der richtigen Kompetenzabgrenzung zum Bundeskartellamt und anderen Aufsichtsbehörden stellen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die zunehmende Digitalisierung letztlich nahezu alle Branchen betreffen wird und sich daher auch die vorhandenen Institutionen und Behörden in der Breite auf die sich ergebenden Herausforderungen einstellen müssen.



C: Handlungsoptionen und Handlungsempfehlungen

Der Ruf nach (gesetzlichen) Regulierungen fällt zurzeit eher verhalten aus. Das erscheint durchaus nachvollziehbar, da „die moderne, globalisierte und digitalisierte, stark fragmentierte und hochvernetzte Welt viel zu komplex ist, als dass man sie mit dem staatlichen Recht vollständig durchdringen und durch staatliches Recht punktgenau steuern könnte.“¹⁸ Insoweit stellt sich auch die Frage nach Gefahren eines zu interventionistischen und detaillierteren Rechtsrahmens. Dieser könnte nicht nur neue Marktteilnehmer abschrecken oder in andere Teile der Welt vertreiben, sondern auch den Wettbewerb durch Innovationen stören. Der Markt der digitalen Ökonomie ist dynamischer, schnellle-

biger und unvorhersehbarer als sein „traditionelles“ Pendant und Konkurrenten fällt es leichter, sich zu etablieren, sofern sie ein gutes oder sogar besseres Produkt bzw. eine Leistung anbieten. Insoweit bietet das geltende Regelwerk (gerade durch die neuere 9. GWB-Novelle) einen durchaus geeigneten und anpassungsfähigen Rahmen, auch wenn er durch die Dynamik des digitalen Marktes bisweilen vor neue Herausforderungen gestellt wird.

Raum für Verbesserungen besteht auch innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens durch eine Weiterentwicklung der ökonomischen Methoden zur Beurteilung verschiedener Effekte im Bereich der digitalen Märkte. Auf der Basis stärker empirisch abgesicherter Erkenntnisse sollten Leitlinien entwickelt werden, die Beteiligten die Rechtssicherheit erhöhen könnten. Zusätzlich erscheint es auch sinnvoll, Definitionen und Regelbeispiele des GWB mit Blick auf die Besonderheiten der digitalen Märkte punktuell zu ergänzen. So könnte eine Verankerung einer Definition von „zweiseitigen Märkten“ bzw. „Plattformen“ im Gesetz erwogen werden, um die Bestimmung von Marktmacht auf diesen Märkten zu erleichtern.¹⁹

Verbesserungswürdig erscheint ferner bisweilen die Interventionsgeschwindigkeit der Behörden. Sofern deren Eingriffsmaßnahmen bzw. Sanktionen als zu „langsam“ für den digitalen Markt und daher als zum Teil wirkungslos eingestuft werden, können sie zwar im Rahmen eines Präventionsgedankens als Abschreckungsmaßnahme Wirkung entfalten, sollten aber – sofern möglich – an die Geschwindigkeit der teilnehmenden Akteure angenähert werden. Hierbei muss allerdings den Sensibilitäten der digitalen Märkte bei Eingriffen von außen Rechnung getragen werden.

Zusätzlich wird teilweise, um den Schutz vor Marktmissbrauch zu stärken, für eine Verbesserung der Möglichkeiten der Marktteilnehmer zur Durchsetzung marktrelevanter Individualrechte geworben.²⁰ Ob sich dies angesichts der komplexen Fragen im Rahmen der digitalen Ökonomie, der bislang naturgemäß noch dünnen Entscheidungspraxis und der Restriktionen des Zivilprozesses in der Breite als wirksam erweisen kann, darf indes bezweifelt werden.

17 Haucap, Justus, Ordnungspolitik und Kartellrecht in Zeitalter der Digitalisierung, 2015, in: Ordnungspolitische Perspektiven, Düsseldorf.

18 Boehme-Neßler, Volker, Unscharfes Recht, Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt.

19 Zur Diskussion um die Problematik einer einheitlichen Definition siehe auch die Überlegungen in Kapitel 5.

20 Monopolkommission, Sondergutachten, Bonn, 2015, S. 163.

2. Marktmacht durch Datenhoheit

```
mod = modifier_ob.modifiers.new("MIRROR_X")
for object to mirror_ob.objects
  mod.mirror_ob = mirror_ob
  mod.name = "MIRROR_X":
  mod.use_x = True
  mod.use_y = False
  mod.use_z = False
  mod.name = "MIRROR_Y":
  mod.use_x = False
  mod.use_y = True
  mod.use_z = False
  mod.name = "MIRROR_Z":
  mod.use_x = False
  mod.use_y = False
  mod.use_z = True

...

tion at the end -add back the deselected
select= 1
b.select=1
t.scene.objects.active = modifier_ob
ected" + str(modifier_ob) # modifier
r_ob.select = 0
.context.selected_objects[0]
objects[one.name].select = 1

"please select exactly two objects."

OPERATOR CLASSES -----

s.Operator):
mirror to the selected object""
t.mirror_mirror_x"
"X"

...

ext):
.active_object is not None
```





A: Steckbrief

Worum geht es:

- Industrie 4.0 und Daten sind untrennbar miteinander verknüpft. Daten sind für Anwendungen der Industrie 4.0 unentbehrlich und entscheidende Faktoren der Wettbewerbsfähigkeit. So werden sich viele Geschäftsmodelle (erst) durch die nunmehr vorliegenden technischen Möglichkeiten der Erhebung, Speicherung und Verarbeitung verschiedenster Datenbestände ergeben, bei denen es sich um personenbezogene Daten, aber auch und vor allem um nicht personenbezogene „Maschinendaten“ handeln kann.
- Die Sammlung relevanter Daten steht daher im Interesse vieler Unternehmen. Solange keine abweichende gesetzliche Zuordnung der Datenrechte existiert und der Datenschutz nicht entgegensteht, genießen zunächst einmal diejenigen, die die Daten erheben, selbst die „Datenhoheit“. Dritte können dann mit diesem Träger der Datenhoheit wiederum Verträge abschließen, um die Daten für sich selbst zu nutzen oder wirtschaftlich zu verwerten.
- Dritten kann es unter Umständen schwerfallen, Zugang zu diesen Daten zu erhalten, sodass es ggf. zu volkswirtschaftlich nicht wünschenswerten „Vermachtungen“ bzw. monopolistischen Strukturen in Sachen Datenhoheit kommen könnte. Eine besondere Marktstellung sowie exklusiver Zugang zu Daten könnten zu einer entsprechenden Marktmacht führen. Dies wirft die Frage nach Zugangsrechten Dritter auf.



Sich ergebende Fragen:

- Welche Relevanz kommt dem Zugang zu Daten für die Begründung von Marktmacht zu? Welche Daten spielen insoweit eine besondere wettbewerbliche Rolle?
- Können Datenpools „Essential Facilities“ (wesentliche Einrichtungen) sein? Falls ja, unter welchen Voraussetzungen ist diese Annahme gerechtfertigt und welche Konsequenzen hätte dies?
- Welche anderen Formen datenbezogenen Machtmissbrauchs sind denkbar? Welche Rolle spielt das Kartellrecht insoweit für die Gestaltung datenbezogener Verträge?
- Wie kann der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten gesichert werden, wenn die Essential-Facilities-Doktrin nicht anwendbar ist? Bedarf es über das Kartellrecht hinausgehender Eingriffe, die den freien Datenverkehr schützen und ggf. auch den Zugriff auf Datenpools regulieren?



B: Juristische Einschätzung

1. Einleitung

Daten und der Zugang zu diesen sind auch im Rahmen von Industrie 4.0 ein wichtiger Faktor im Wettbewerb. Dies ist zwar keine neue Erkenntnis, denn auch für viele traditionelle Wirtschaftsbereiche haben Daten schon immer einen wirtschaftlichen und wettbewerblichen Wert gehabt. Im Zusammenhang vollnetzter Industrien, die vielfach riesige Mengen an Daten produzieren und nutzen (also im Kontext von „Big Data“), ergibt sich jedoch eine besondere wettbewerbliche Relevanz der Daten und damit eine besondere Bedeutung des Zugangs zu Daten.

2. Kartellrechtliche Bewertung

a) Marktmacht aufgrund der Kontrolle über wettbewerbsrelevante Daten

Gem. § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es als Anbieter bzw. Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerb ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Entsprechendes gilt für die europäische Schwesterregelung des Art. 102 AEUV. Eine solche Marktmacht kann sich auch darin ausdrücken, dass ein Unternehmen in der Lage ist, ein anderes Unternehmen vom Zugang zu einem nachgelagerten Markt auszuschließen oder ihm jedenfalls die wettbewerbliche Teilnahme an diesem Markt nachhaltig zu erschweren.

Faktoren, die eine solche Marktmacht verleihen bzw. dazu beitragen können, sind vielfältig. Nach § 18 Abs. 3 GWB sind für die Bestimmung der Marktmacht eines Unternehmens – auch in Relation zu seinen Wettbewerbern – u. a. zu berücksichtigen: sein Marktanteil, seine Finanzkraft, sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche

Leistungen umzustellen, sowie die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen. Mit der 9. GWB-Novelle 2017 wurde dieser (weiterhin nicht abschließende) Katalog im neuen Abs. 3a insbesondere (aber nicht nur) in Bezug auf mehrseitige Märkte und Netzwerke um folgende Eigenschaften des Unternehmens und seines wettbewerblichen Umfeldes erweitert: direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer, seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

Die Verfügungsrechte an Daten bzw. die faktische Kontrolle über den „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ (zusammenfassend kann man insoweit von „Datenhoheit“ sprechen) können also ein relevanter Machtfaktor sein. Dass die mit dieser „Datenhoheit“ verbundene Möglichkeit, den Zugang zu diesen Daten zu gewähren oder zu verweigern, kartellrechtliche Relevanz aufweisen kann, ist unbestritten und wird auch von den Kartellbehörden entsprechend gewürdigt.²¹ Der deutsche Gesetzgeber hat in der 9. GWB-Novelle 2017 mit § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB den „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ als ein Kriterium zur Bewertung der Marktstellung eines Unternehmen eingeführt.

Allerdings sind in diesem Zusammenhang noch viele Fragen offen. Insbesondere sind die Verfügungsrechte an Daten rechtlich nicht eindeutig geregelt. Es gibt derzeit weder ein „Dateneigentumsrecht“ noch ein umfassendes „Datenurheberrecht“. Ob es überhaupt – ähnlich einem geistigen Eigentumsrecht – ein „Dateneigentum“ geben sollte, ist nach wie vor umstritten. Derzeit beruht Datenhoheit daher im Wesentlichen auf der faktischen Kontrolle über die Daten und ähnelt eher der Kontrolle über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als einer rechtlich abgesicherten Stellung ihres Inhabers. Darüber hinaus gibt es sehr viele Kategorien von Daten mit sehr unterschiedlichen Eigenschaften, sehr unterschiedlicher Verwendbarkeit, sehr unterschiedlichem Wert und sehr unterschiedlicher wettbewerblicher „Machtrelevanz“. Während z. B. im Internet erhobene Nutzerdaten in aller Regel nicht exklusiv sind und daher auch parallel und mehrfach durch unterschiedliche Unternehmen erhoben werden können, sind „Industriedaten“ bzw. „Maschinendaten“ oftmals exklusiver Natur, weil sie durch bestimmte, von einem Unternehmen kontrollierte Geräte ermittelt werden. Auch wenn der Zugang

21 Vgl. nur „Competition Law and Data“ der frz. Autorité de la concurrence und des dt. Bundeskartellamtes vom 10.05.2016 sowie BKArtA „Big Data und Wettbewerb“, Oktober 2017.



zu beiden Arten von Daten wettbewerbsrelevant ist und damit ein Machtfaktor sein kann, vermitteln exklusive Daten potenziell eine deutlich größere Macht, andere von ihnen und damit möglicherweise vom Zugang zu nachgelagerten Produktmärkten auszuschließen. „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ als Machtfaktor und „Verweigerung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten“ als mögliches Missbrauchsverhalten müssen daher klar unterschieden werden.

Mit der Feststellung, dass der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als ein Kriterium zur Bestimmung der Marktmacht gilt, geht nicht automatisch die Erkenntnis einher, dass „Datenhoheit“ allein – auch wenn es sich um die Kontrolle über exklusive Daten handelt – bereits Marktmacht i. S. d. § 18 GWB vermittelt. Hier besteht ebenso wenig ein Automatismus wie in Bezug auf andere exklusive Rechte (z. B. Patente), die Marktmacht vermitteln können, aber nicht notwendig vermitteln müssen. Insbesondere muss – wie bei Patenten und anderen Eigentumsgegenständen – auch berücksichtigt werden, dass die Daten den Unternehmen nicht einfach „zufliegen“, sondern mit entsprechendem Aufwand erhoben und verarbeitet werden müssen. § 18 GWB führt den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten daher zu Recht nur als einen Faktor unter mehreren auf.

Es ist – jeweils auf den konkreten Einzelfall bezogen – zu untersuchen, inwieweit die vielfältigen datenbezogenen Faktoren zu einer tatsächlichen Macht führen können und in Bezug auf welche Märkte insoweit Machtstellungen bestehen. Relevant sein können z. B. Art der Daten, Menge an Daten, Qualität und Aktualität der Daten, Verfügbarkeit der Daten, Möglichkeit zur Auswertung und Monetarisierung der Daten sowie Möglichkeit, durch Ausschluss von diesen Daten die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen einzuschränken.²² Insbesondere ist vor diesem Hintergrund die Gleichung „Viele Daten = viel Macht“ in dieser Pauschalität unzutreffend. Die öffentliche Diskussion ist sehr stark auf Rohdaten fokussiert. Diese können als solche wettbewerbsrelevant sein, erlangen aber – je nach Wirtschaftszweig – oft auch erst durch Kombination mit anderen Daten und Verarbeitung zu Erkenntnissen einen (auch wettbewerbsrelevanten) relevanten Wert. In Bezug auf Daten als Marktmachtfaktoren ist dabei auch ihre Relevanz in Bezug auf die konkret betroffenen Märkte sowie auf die mit ihnen verfolgten Zwecke in die Betrachtung einzubeziehen.²³ Daten, die für ein Unternehmen einen hohen Wert haben, können für ein anderes wertlos sein.

In der Summe bedarf es einer eingehenden Analyse, inwieweit die relevanten Faktoren sowohl in Bezug auf wettbewerbsrelevante Daten als auch darüber hinaus in Bezug auf die vielen anderen potenziellen Machtfaktoren in ihrer Gesamtschau auf eine marktbeherrschende Stellung des „datenreichen“ Unternehmens schließen lassen. In jedem Fall bleiben wettbewerbsrelevante Daten – so auch § 18 Abs. 3a GWB – nur ein Machtfaktor unter mehreren. Marktmacht hängt insbesondere auch von der unternehmerischen Kreativität, d. h. dem, was man aus den Daten macht, ab. Letztlich entscheidend für den wettbewerbsrelevanten Erfolg ist die Qualität der (auch) auf der Basis der Daten angebotenen Dienste.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass Marktmacht, Marktbeherrschung und sogar Monopole an sich – auch wenn sie im Zusammenhang mit Datenmacht stehen – erlaubt sind. Kartellrechtlich verboten ist nur der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (bzw. – in Deutschland – relativer Marktmacht, soweit § 20 GWB Anwendung findet).

22 Vgl. Nuys, WuW 2016, 512, 516; Körber, NZKart 2016, 303, 305 f.

23 Vgl. Weber, ZWeR2014, 169, 173; Körber, NZKart 2016, 303, 305.



Die Weigerung, Daten mit anderen zu teilen, ist kartellrechtlich daher nur dann verboten, wenn der betreffende Datenpool eine sog. „essential facility“ (wesentliche Einrichtung) ist, bei der bereits die Zugangsverweigerung einen Machtmissbrauch begründen kann, oder wenn aus der Kontrolle über Daten resultierende Marktmacht in anderer Weise wettbewerbswidrig missbraucht wird.

b) Marktmissbrauch im Zusammenhang mit wettbewerbsrelevanten Daten

1) Datenpools als „Essential Facilities“

Die bloße Weigerung, Dritten Zugang zum Datenpool eines marktbeherrschenden Unternehmens zu gewähren, ist zivil- und kartellrechtlich grundsätzlich ebenso legitim wie die Verweigerung, einen Wettbewerber zu erlauben, ein Patent, eine Fabrik oder eine sonstige Einrichtung mitzubedenutzen. Sie ist Ausdruck der Eigentums- und Vertragsfreiheit sowie des Grundsatzes, dass niemand gezwungen werden darf, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern.²⁴ Wenn ein Unternehmen unter hohem Aufwand und mit entsprechendem Risiko Infrastrukturen (auch Datenpools) als „first mover“ aufgebaut hat, legitimiert der Umstand allein, dass andere Unternehmen (noch) über weniger Daten verfügen oder es ihnen schwerfällt gleichzuziehen, daher

noch nicht ohne Weiteres die Gewährung von kartellrechtlichen Zugangsrechten.

Die Verweigerung des Zugangs zu den eigenen Datenpools kann vor diesem Hintergrund – auch wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht – nach der Rechtsprechung des EuGH zu „Essential Facilities“, die sich auch der BGH zu eigen gemacht hat,²⁵ nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ einen Machtmissbrauch darstellen. Ein Machtmissbrauch durch bloße Zugangsverweigerung kommt grds. nur in Betracht, wenn es sich bei dem Datenpool um eine sog. „Essential Facility“ (wesentliche Einrichtung) handelt.

Eine gesetzliche Regelung der Essential-Facilities-Doktrin findet sich in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Diese Norm findet allerdings grds. nur auf physische Netze und Infrastruktureinrichtungen Anwendung und ist auch insoweit nur von geringer praktischer Bedeutung, weil die Netzregulierung heute Gegenstand spezieller Regulierungsgesetze (EnWG, TKG, AEG) ist. Immaterialgüter und damit auch „Datenpools“ fallen nicht in ihren Anwendungsbereich. Ansatzpunkte für eine Immaterialgüterrechte und Geschäftsgeheimnisse – und damit möglicherweise auch „Datenpools“ – umfassende „Essential Facilities“-Doktrin sind aber die allgemeinen Machtmissbrauchverbote in Art. 102 AEUV und § 19 GWB.

24 Körber, NZKart 2016, 303, 308.

25 Vgl. etwa BGH NJW-RR 2005, 269, 272 – Standard-Spundfass; BGH NJW-RR 2008, 996 – Soda Club.

Diese Normen stellen mit Blick auf den verfassungsrechtlichen wie kartellrechtlichen Ausnahmecharakter der Essential-Facilities-Doktrin in ihrer Auslegung durch die Praxis zu Recht hohe Anforderungen an die Annahme einer wesentlichen Einrichtung (essential facility). Eine Einrichtung ist nur dann wesentlich, wenn sie weder duplizierbar noch substituierbar und wenn zugleich eine Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt ohne Zugang zu dieser Einrichtung nicht möglich ist.²⁶ Für die Annahme einer solchen Einrichtung reicht es daher nicht aus, dass sie (bisher) einmalig ist. Vielmehr ist erforderlich, dass sie auch nicht durch einen ebenso effizienten Wettbewerber (mit entsprechend hohem Aufwand wie beim „first mover“) allein oder in Kooperation mit anderen Wettbewerbern dupliziert werden kann, wie der EuGH im Fall *Bronner* betont hat.²⁷

Ein Zugang zu einer solchen Einrichtung kommt zudem, wie der EuGH in ständiger Rechtsprechung seit *Magill* unterstreicht, nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ in Betracht.²⁸ Die Annahme „außergewöhnlicher Umstände“ setzt danach (kumulativ) voraus, dass (1.) der Zugang der Wettbewerber zu der Einrichtung unerlässlich für den Zugang zu einem benachbarten Markt ist, (2.) dass die Zugangsverweigerung jeden wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt ausschließt, (3.) dass keine objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung besteht sowie – im Falle des Zugangs zu Immaterialgüterrechten oder Geschäftsgeheimnissen – (4.) zusätzlich, dass sie das Erscheinen eines neuen Produkts verhindert.²⁹

Die Anwendung der „Essential Facilities“-Doktrin auf „Datenpools“ ist vor diesem Hintergrund zu hinterfragen. Soweit es sich um nicht exklusive Datenbestände handelt, die andere ebenfalls mit entsprechendem Aufwand aufbauen könnten, dürfte ihre Anwendung regelmäßig ausscheiden. Ob der Umstand, dass Skalen- und Netzwerkeffekte zugunsten des derzeit marktbeherrschenden Unternehmens wirken, insoweit ausreichen kann, erscheint mit Blick auf die *Bronner*-Rechtsprechung zweifelhaft. Anderes kann aber ausnahmsweise in Bezug auf exklusive Datenbestände (z. B. Fahrzeugdaten oder andere Maschinendaten) oder Datenbestände gelten, die von ebenso effizienten Wettbewerbern, ggf. auch in Zusammenarbeit mit anderen Marktteilnehmern, nicht in ökonomisch vertretbarer Weise aufgebaut werden können.

Auch in Bezug auf exklusive Daten ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Zugang zu Daten, selbst wenn eine „Essential Facility“ im Grundsatz bejaht wird, kein Automatismus ist. Denn die Unternehmen können immer noch überwiegende objektive Rechtfertigungsgründe für die Zugangsverweigerung anführen, die dann mit dem Ziel des Wettbewerbschutzes abgewogen werden müssen. So ist z. B. mit Blick auf die Nennung von Fahrzeugdaten oder Maschinendaten zu beachten, dass es sich hierbei um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handeln kann bzw. dass aus der Nutzung der Daten möglicherweise auf solche Geheimnisse geschlossen werden könnte. Big Data und Data Analytics bergen in letzter Konsequenz ein hohes Potenzial, dass Produktions- und Produktivprozesse (Beispiel Motorenabläufe, Schwankungsbandbreiten, mögliche Ineffizienzen etc.) für Wettbewerber vollständig auslesbar werden. Dies dürfte besondere Relevanz haben, wenn etwaige Datenzugriffe auch Metadaten umfassen.

Die Gewährung des Zugangs zu Daten kann insoweit nicht nur kartellrechtliche Probleme ausräumen, sondern auch kartellrechtliche Probleme aufwerfen, denn auch der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern unterliegt kartellrechtlichen Grenzen, die sich aus Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB ergeben.³⁰ Handelt es sich um personenbezogene Daten, so ist zusätzlich das Datenschutzrecht zu beachten. So darf ein Unternehmen, dem ein Kunde die Nutzung seiner Daten erlaubt hat, diese nicht einfach aus wettbewerblichen Gründen an ein anderes Unternehmen herausgeben, dem eine entsprechende datenschutzrechtliche Einwilligung des Kunden fehlt. Die Kartellbehörden dürfen eine solche datenschutzwidrige Herausgabe dementsprechend auch nicht anordnen.³¹

Abschließend ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass – auch wenn alle Voraussetzungen der Essential-Facilities-Doktrin erfüllt sind – selbstverständlich kein Anspruch auf eine kostenfreie Zugangsgewährung zu Datenpools bestehen würde. Vielmehr ist dafür nach der einschlägigen Rechtsprechung ein angemessener finanzieller Ausgleich zu leisten. Insoweit müssen diejenigen, die einen Zugang zu (Roh-)Datenpools anderer Unternehmen begehren, genau abwägen, ob sich dies für sie lohnt. Die Antwort auf diese Frage hängt wesentlich davon ab, welchen Wert

26 Wolf, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, § 19 Rn. 154.

27 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rn. 43 f. – *Bronner*.

28 EuGH, 6.4.1995, verb. Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill* (RTE und ITP).

29 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health GmbH*.

30 Hierzu z. B. Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 265 ff.

31 Dazu Körber, NZKart 2016, 348, 350 f.

und welche Wettbewerbsrelevanz die Rohdaten im konkreten Fall aufweisen. Sind im konkreten Fall erst die aus den Rohdaten gewonnenen Erkenntnisse von wettbewerblich relevantem Wert und fehlen den Zugangspetenten die Ressourcen zur Datenverarbeitung (z. B. die nötigen Algorithmen), so werden die aus den Daten resultierenden Wettbewerbsvorteile durch einen bloßen Zugang Dritter zu den Rohdaten nicht auf diese transferiert.³²

2) Ausbeutende oder diskriminierende Ausgestaltung datenbezogener Verträge

Der Zugang zu Daten wird in der Praxis, soweit er überhaupt gewährt wird bzw. gewährt werden muss, auf der Basis von Verträgen eingeräumt. Diese können selbstverständlich auch dort freiwillig abgeschlossen werden, wo kein Zugangsanspruch auf der Basis der Essential-Facilities-Doktrin besteht, soweit nicht rechtliche Bestimmungen (etwa die oben beschriebenen Grenzen aus dem Kartellverbot oder dem Datenschutzrecht) dem entgegenstehen.

Ist ein Unternehmen (auch) wegen seiner Datenhoheit marktbeherrschend und bietet es Zugang zu diesen Daten gegen Geld an, so könnte sich ein Machtmissbrauch aus der Forderung und marktmachtbedingten Durchsetzung unbilliger Konditionen (insbesondere Preismissbrauch) ergeben. So bestimmt z. B. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, wenn Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen gefordert werden, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Art. 102 lit. a AEUV verbietet eine unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen oder sonstigen Geschäftsbedingungen.

Ein solcher Preis- oder Konditionenmissbrauch kommt nicht nur in Bezug auf Vertragskonditionen in Betracht, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen für den Zugang zu seinen Daten gefordert werden. Er kann auch umgekehrt darin liegen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen im Rahmen anderer Verträge einen Zugang zu den Daten seiner Vertragspartner zu unangemessenen Bedingungen verlangt. Ein solcher Fall wird gerade vom Bundeskartellamt in Bezug auf personenbezogene Daten und Nutzer-AGB von Facebook geprüft, ist aber auch im Unternehmensverkehr in Bezug auch nicht personen-

bezogene Daten denkbar. In einem solchen Fall einen Ausbeutungsmissbrauch anzunehmen, dürfte allerdings voraussetzen, dass die Durchsetzung solcher Konditionen kausal auf die marktbeherrschende Stellung zurückzuführen ist und dass sich hieraus negative Auswirkungen auf den Wettbewerb ergeben können. Insoweit bestehen in der Praxis jedoch vielfach Nachweisschwierigkeiten.

Schließlich unterliegen marktbeherrschende Unternehmen, auch wenn sie über keine Essential Facility verfügen, den kartellrechtlichen Diskriminierungsverboten in Art. 102 lit. c AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Hat ein Unternehmen einem anderen Unternehmen freiwillig Zugang zu seinem Datenpool gewährt, so darf es andere Zugangspetenten nicht willkürlich davon ausschließen. Insoweit liegt es nahe, ähnliche Maßstäbe anzulegen wie in Bezug auf geistige Eigentumsrechte. Dazu hat der BGH in *Standard-Spundfass* betont, das Diskriminierungsverbot solle verhindern, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung, „dazu ausnutzt, um bei der Vergabe von Lizenzen den Zutritt zu diesem Markt nach Kriterien zu beschränken, die der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen widersprechen“. Der BGH betonte allerdings weiter, das Diskriminierungsverbot enthalte, „keine allgemeine Meistbegünstigungsklausel, die das marktbeherrschende Unternehmen generell zwingen soll, allen die gleichen günstigsten Bedingungen, insbesondere Preise, einzuräumen. Auch dem marktbeherrschenden Unternehmen soll insbesondere nicht verwehrt werden, auf unterschiedliche Marktbedingungen auch differenziert reagieren zu können. Für die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sind deshalb Art und Ausmaß der unterschiedlichen Behandlung entscheidend. Deren Zulässigkeit richtet sich insbesondere danach, ob die relative Schlechterbehandlung der betroffenen Unternehmen als wettbewerbskonformer, durch das jeweilige Angebot im Einzelfall bestimmter Interessenausgleich erscheint oder auf Willkür oder Überlegungen und Absichten beruht, die wirtschaftlich oder unternehmerisch vernünftigem Handeln fremd sind. Daneben ist im Auge zu behalten, dass die durch die Ungleichbehandlung betroffenen Unternehmen nicht durch die Ausübung der Macht des marktbeherrschenden Unternehmens in ihrer Wettbewerbsfähigkeit untereinander beeinträchtigt werden sollen.“³³ Kurzgefasst: Ein Unternehmen, das Daten gegen eine Gegenleistung erhebt oder veräußert, darf gleichartige

32 Körber, NZKart 2016, 303, 306.

33 BGH NJW-RR 2005, 269, 272 – Standard-Spundfass.

Vertragspartner nur dann unterschiedlich behandeln, wenn dafür eine objektive Rechtfertigung existiert.



3. Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen

Die etablierten kartellrechtlichen Bewertungen im Hinblick auf Marktmacht und Marktmachtmissbrauch bieten auch im Hinblick auf Industrie 4.0 und den Zugang zu Daten grundsätzlich eine ausreichende Basis. Mit der Einführung des § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB hat der Gesetzgeber anerkannt, dass der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ein Kriterium zur Bestimmung der Marktmacht eines Unternehmens ist. Zugleich hat er aber auch deutlich gemacht, dass „Datenhoheit“ nur ein Machtfaktor unter mehreren ist.

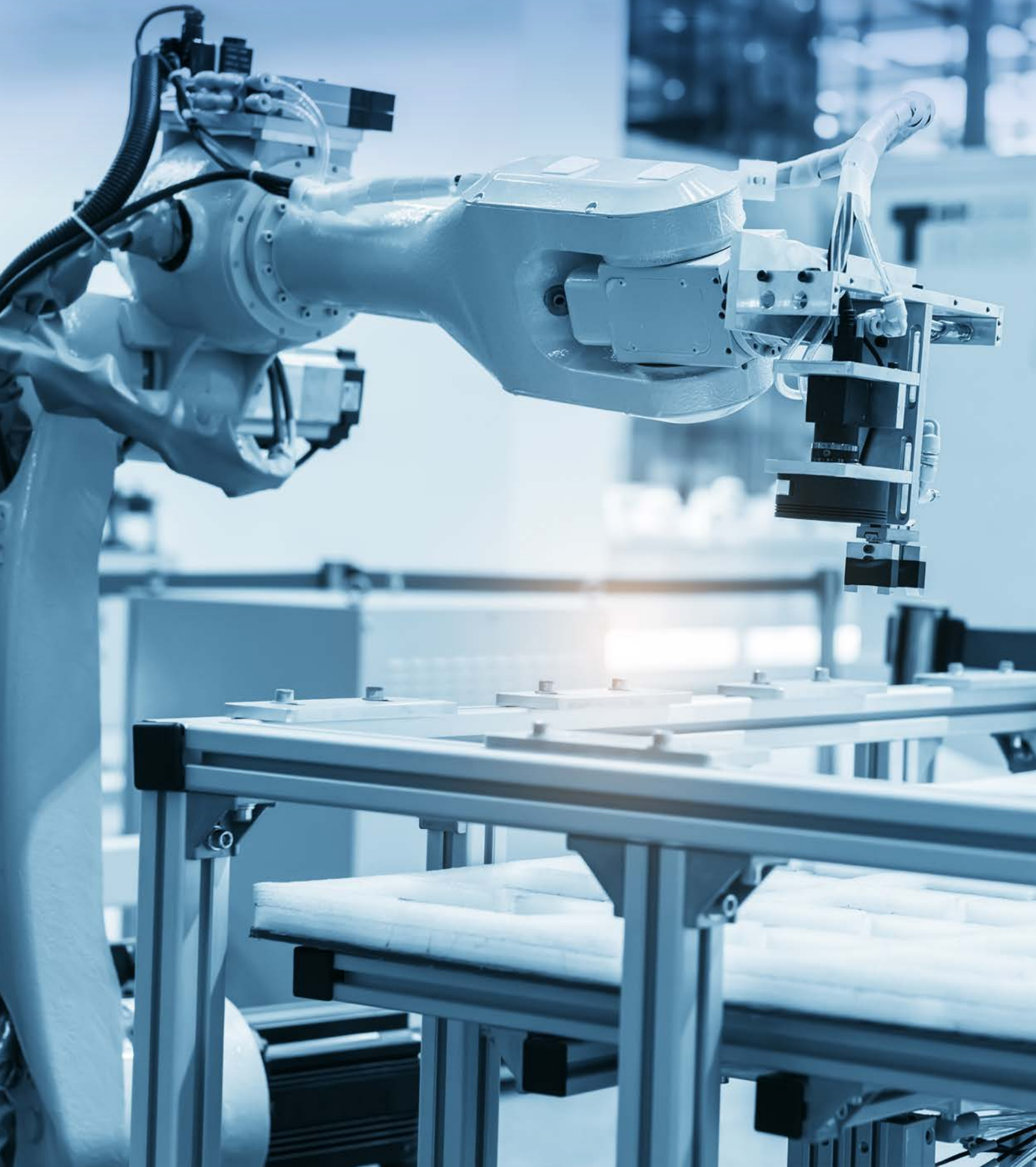
Ob und inwieweit die Essential-Facilities-Doktrin einen tragfähigen Ansatz für die Lösung von Datenzugangsproblemen darstellt, bedarf einer differenzierten Untersuchung. Insoweit ist möglicherweise auch zwischen dem Zugang zu exklusiven und nicht-exklusiven Daten zu unterscheiden. Den Kartellbehörden und Gerichten sollte aber zunächst einmal Raum gelassen werden, auf der Basis des gerade erst novellierten GWB weiter ausdifferenzierende Lösungen für eventuelle Probleme zu finden und festzustellen, wie die bekannten und bewährten Kriterien auf Datenmärkte anzuwenden sind. Das Bundeskartellamt ist in diesem Bereich durch verschiedene Publikationen, im Rahmen des Facebook-Verfahrens, aber auch der am 1. Februar 2018 gestarteten Sektoruntersuchung im Bereich der Online-Werbung, bereits sehr aktiv und hat auch die datenbezogenen Märkte der Industrie 4.0 im Auge.

Eine allgemeine, sektorunabhängige kartellrechtliche Neuregelung des Datenzugangs erschiene jedenfalls verfrüht, da bisher weder ein Marktversagen nachgewiesen ist, noch eine starre gesetzliche Regelung der Dynamik der Datenmärkte gerecht würde. Wenn in bestimmten Sektoren Probleme bestehen, liegt eine sektorspezifische Lösung im ersten Zugriff näher. Aber auch gegenüber sektorspezifischen Lösungen, insbesondere Ex-ante-Regelungen, ist Vorsicht geboten. Sie sollten nur ins Auge gefasst werden, wenn ein Marktversagen nachgewiesen ist und zusätzlich feststeht, dass das Kartellrecht nicht ausreicht, um diesem Marktversagen abzuwehren. Dabei ist auch zu beachten, dass regulatorische Anforderungen, die auf eine Bekämpfung von Datenmacht gerichtet sind (z. B. Portabilitätsrechte), effektiv gerade kleine und neue Unternehmen mit Kosten belasten und dadurch entgegen ihrer Intention „monopolstabilisierend“ wirken können.

Zu begrüßen sind aber gesetzgeberische Ansätze, die auf einen Abbau staatlicher Hindernisse des freien Datenverkehrs und auf eine Förderung der Bereitschaft der Unternehmen zur freiwilligen Schaffung von Zugangsrechten gerichtet sind. Diesem Ansatz folgt z. B. der aktuelle Verordnungsentwurf der Kommission für einen Rahmen für den freien Datenverkehr nicht personenbezogener Daten.³⁴

Auf dieser Basis sollte zunächst den Unternehmen Raum gelassen werden, sich frei zu enthalten und den Zugang zu Daten unter Beachtung des Kartell- und Datenschutzrechts auf vertraglicher Basis selbst zu regeln. Ein darüberhinausgehendes (weiteres) Handeln des Gesetzgebers erscheint zum derzeitigen Zeitpunkt nicht notwendig. Allerdings ist anzuraten, die Entwicklung der Datenmärkte weiterhin genau zu beobachten und auf dieser Basis, wenn und soweit ein (derzeit nicht erkennbares) Marktversagen dies erforderlich macht, zu einem späteren Zeitpunkt behördlicherseits und notfalls auch gesetzgeberisch einzugreifen.

3. Kartellrechtliche Verantwortung für „Roboterkartelle“ & Free Flow of Data – Informationsfluss 4.0





A: Steckbrief

Worum geht es:

- Im Rahmen der Industrie 4.0 werden zunehmend Maschinen direkt miteinander kommunizieren (Machine-to-Machine (M2M)) und ihr Verhalten selbständig an den vorhandenen und sich ändernden Gegebenheiten ausrichten. Der menschliche Input wird sich unter Umständen auf die anfängliche Programmierung beschränken und das System danach selbständig lernen und entscheiden. Solche selbständigen Entscheidungen können auch wettbewerbsrelevante Parameter wie etwa Preise, Kapazitäten, Kunden oder Geschäftsstrategien betreffen.
- Industrie 4.0 wird zu einer zunehmenden Vernetzung von Maschinen und Unternehmen führen. Durch diese Vernetzung wird es Unternehmen ermöglicht, auf Informationen anderer Unternehmen zuzugreifen. Mitunter wird sich in diesem Zusammenhang für die beteiligten Unternehmen anfangs nicht absehen lassen, auf welche Informationen konkret zugegriffen werden kann und Algorithmus-basiert auch zugegriffen wird, sodass es womöglich auch zu einem Austausch von wettbewerbslich sensiblen Informationen kommen könnte.
- Aus kartellrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob diese Konstellationen noch auf Grundlage der geltenden Gesetze mit dem bestehenden Verständnis von Vereinbarungen, abgestimmten Verhaltensweisen oder einem Informationsaustausch richtig erfasst werden können.



Sich ergebende Fragen:

- Wo endet die menschliche Verantwortung im Zusammenhang mit M2M-Kommunikation, insbesondere bei selbstlernenden Algorithmen?
- Sollte ein selbstlernender Algorithmus zu dem Ergebnis kommen, dass eine Einigung über einen Wettbewerbsparameter mit einer anderen Maschine das wirtschaftlich Sinnvollste ist (z. B. Anpassung von Verkaufspreisen), kann darin ein Kartellrechtsverstoß gesehen werden?
- Wenn ja, wer wäre dafür verantwortlich? Wäre auf den Verwender oder den Entwickler, der bei der Entwicklung ggf. nicht den späteren Einsatzbereich in Gänze überblicken kann, oder auf beide abzustellen?
- Ist die bisherige Definition der potenziellen Wettbewerbereigenschaft vor dem Hintergrund von Industrie 4.0 zu überdenken? Aufgrund neuer, teils einfach umsetzbarer Geschäftsmodelle können nach bisherigem Verständnis die verschiedensten Unternehmen im Rahmen von Industrie 4.0 als potenzielle Wettbewerber angesehen werden. Bei einem weiten Verständnis von Wettbewerb wären die Möglichkeiten zum Austausch von wettbewerbslich sensiblen Informationen beschränkt, was mitunter erhebliche Auswirkungen auf die betroffenen Märkte haben kann.
- Wer hat im Rahmen des Informationsaustauschs dafür Sorge zu tragen, dass keine wettbewerbslich sensiblen Informationen an Wettbewerber gelangen? Sollte die Verantwortung beim Informationsgeber liegen, beim Empfänger, oder bei beiden? Ist durch (technische) Maßnahmen Sorge dafür zu tragen, dass es überhaupt zu keinem Informationsaustausch kommt?
- Wie ist zu reagieren, wenn ein Austausch M2M dennoch stattfindet? Muss ein Informationsempfänger bei Erhalt einer wettbewerbslich sensiblen Information diese ausdrücklich zurückweisen, was voraussetzt, dass er sämtliche Informationen, die er automatisiert erhält, prüft und bewertet (ggf. ebenfalls durch einen automatisierten Algorithmus)?



B: Juristische Einschätzung

1. Kartellrechtliche Verantwortung für „Computer-Kartelle“

Nach derzeitiger Rechtslage ist es unklar, wie „Computer-Kartelle“ (also insbesondere eine Algorithmus-basierte kartellrechtlich relevante Abstimmung zwischen Wettbewerbern oder auch nur ein Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen) kartellrechtlich zu bewerten sind. Das Haftungsregime nach der geltenden Rechtslage im deutschen und europäischen Kartellrecht dürfte hier zu kurz greifen, aber gleichwohl wichtige Anknüpfungspunkte liefern.

Nach geltendem Recht wird ein Kartellrechtsverstoß durch das Handeln einer natürlichen Person begründet. Diese „Anknüpfungstat“ kann einer Gesellschaft zugerechnet werden, die dann als unmittelbar tatbeteiligt gilt. Nach europäischem (und mittlerweile auch deutschem) Kartellrecht kann sich daraus eine Verantwortlichkeit der gesamten Unternehmensgruppe ergeben (Haftung der „wirtschaftlichen Einheit“ bzw. der „verbundenen Unternehmen“).

a) Mögliche Fallkonstellationen

Das Kartellverbot verbietet u. a. Vereinbarungen zwischen Unternehmen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Vom Verbotstatbestand umfasst ist auch bereits der Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen (wie etwa aktuelle Preise, Konditionen und Geschäftsstrategien). Im Fall von „Computer-Kartellen“ sind dabei verschiedene Szenarien denkbar, in denen das Kartellverbot verletzt sein könnte, insbesondere die folgenden:

- Ein Algorithmus wird als reine „Übermittlung“ oder als Werkzeug zur Umsetzung des menschlichen Plans eingesetzt: In diesem Szenario bedienen sich natürliche Personen einer computerbasierten Kommunikation, anstelle selbst miteinander in direkten Kontakt zu treten. Die Algorithmen können entweder wettbewerbslich sensible Informationen austauschen oder computergestützt untereinander Preise anpassen (mitunter auf ein suprakompetitives Niveau).
- Hub & Spoke: Eine zentrale Plattform dient als „Nabe“, über welche sternförmig der Austausch wettbewerbslich sensibler Informationen an Dritte („Speichen“) erfolgt

und deren wettbewerbsliches Verhalten möglicherweise koordiniert wird. Dies kann etwa durch einen Algorithmus geschehen, der von den Teilnehmern, welche Wettbewerber sind, Informationen einsammelt und auswertet und dann wiederum an diese Informationen zurückspielt (zum Aspekt des Informationsaustauschs eingehend s. u. Abschnitt 2.).

- Algorithmen analysieren für einen Anbieter den Markt und Marktveränderungen (z. B. Preisbewegungen bei konkurrierenden Online-Händlern) und passen den eigenen Verkaufspreis eigenständig an. Dies ist bereits seit Langem gängige Praxis (sog. *dynamic pricing*). Hier kommt es zu keinem direkten M2M-Austausch zwischen Wettbewerbern, gleichwohl aber zu einer computer-gestützten Beobachtung und Anpassung an das Marktgeschehen, welche mit Blick auf Genauigkeit und Geschwindigkeit zu Koordinierungseffekten führen kann, die durch menschliches Verhalten allein nicht erzielt werden könnten. Sorge kann hier aus kartellrechtlicher Sicht sein, dass sich die Anbieter durch den Einsatz von Algorithmen automatisch im Preis nach oben anpassen und Anreize verschwinden lassen, Rabatte zu gewähren oder sonstige Wettbewerbsvorstöße zu unternehmen, weil Wettbewerber darauf computergestützt gleichsam in Echtzeit reagieren könnten.
- Kartellrechtliche Bedenken könnten auch entstehen, wenn es um Algorithmen geht, die nicht nur eine große Masse an Daten (big data) auswerten können (big analytics), sondern selbstlernend Entscheidungen treffen (deep learning), und so über die Zeit für ein Unternehmen Verkaufsstrategien entwickeln, die sich bei der Programmierung des Algorithmus mitunter nicht vorhersehen lassen.

b) Kartellrechtliche Bewertung

Wenn sich mehrere konkurrierende Unternehmen gleichzeitig eines Algorithmus bedienen, welcher bspw. die Abstimmung von Preisen auf ein suprakompetitives Preisniveau bewirkt, stellt sich die Frage nach (i) der kartellrechtlichen Zulässigkeit dieses Verhaltens und im Falle der Rechtswidrigkeit nach (ii) der Vorwerfbarkeit gegenüber den natürlichen Personen und der Verantwortlichkeit derjenigen Unternehmen, für die sie handeln.

Ein Verstoß gegen das Kartellverbot dürfte ohne Weiteres immer dann anzunehmen sein, wenn ein Algorithmus

gleichsam als „verlängerter Arm“ der dahinterstehenden natürlichen Person wirkt und ein Handeln ohne Algorithmus kartellrechtswidrig wäre (z. B. Vereinbarung bestimmter Preise oder die Vereinbarung zur Nutzung eines bestimmten Preis-Algorithmus zwischen Wettbewerbern). In diesen Fällen wird der Handlungswille lediglich mit technischer Hilfe auf vorhersehbare Weise computerbasiert umgesetzt (z. B. Absprache über entsprechend programmierte *price bots*). Das Unternehmen, das sich über den Algorithmus abstimmt bzw. den Algorithmus einsetzt, dürfte bereits nach geltendem Recht unmittelbar hierfür verantwortlich sein, ebenso wie die handelnde natürliche Person nach deutschem Recht. Darüber hinaus ist an eine Gehilfenhaftung zu denken, wenn es einen technischen Dienstleister (externen Programmierer) gibt, der die Unternehmen bei dem kollusiven Verhalten durch Erstellung des Algorithmus unterstützt.

Etwas schwieriger gestaltet sich die Frage eines möglichen Verstoßes, wenn es zu einem computerbasierten, zentral organisierten Austausch wettbewerblich sensibler Informationen kommt. Hier dürfte – analog zur Offline-Welt und unter Berücksichtigung europäischer und nationaler Rechtsprechung – ein Verstoß bereits dann anzunehmen sein, wenn die Informationen passiv entgegengenommen werden, ohne dass der Übersendung widersprochen wird oder der Nachweis geführt wird, dass diese nicht zur Kenntnis genommen wurde (siehe hierzu eingehend unten Abschnitt 2. b). Auch hier handelt es sich lediglich um eine technisch umgesetzte Form eines kartellrechtlich missbilligten Verhaltens. Unternehmen und handelnde Personen wird man bereits auf Grundlage geltenden Rechts verantwortlich machen können, sofern dieser Vorgang technisch beherrschbar und zu verhindern ist. Gleichwohl dürfte der Nachweis, dass eine Information nicht zur Kenntnis genommen wurde, im Rahmen einer rein elektronischen Kommunikation in der Praxis nur unter ganz besonderen Umständen gelingen, soweit die Möglichkeit besteht, dass automatisch auf diese Information hätte zugegriffen werden können.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Verwendung von Algorithmen basierend auf Künstlicher Intelligenz (KI) kartellrechtswidrig sein kann. Wenn ein Unternehmen durch seinen Programmcode lediglich die Markttransparenz der Online-Welt ausnutzt, um sein eigenes wettbewerbliches Verhalten „wachen Auges“ daran auszurichten, ohne dass es zu einer konkreten Verhaltenskoordinierung mit Wettbewerbern (bzw. wiederum deren Algorithmen) kommt, dürfte dies kartellrechtlich neutral zu bewerten sein. Etwas anderes wird man dann annehmen müssen,

wenn Algorithmen von ihrer Programmierung bereits darauf angelegt sind, miteinander in Kommunikation zu treten, um damit eine Dämpfung oder Ausschaltung des Wettbewerbsdrucks vorzunehmen (*non-compliance by design*). Beim Einsatz von selbstlernenden Algorithmen, welche zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs führen (z. B. durch M2M-Kommunikation bewirkte marktübergreifende Preiserhöhungen), wird man nicht allein auf ein Bezwecken dieser Wirkung durch den jeweiligen Programmierer abstellen können, wenn sich der Geschehensablauf nicht – zumindest nicht hinreichend konkret – vorhersehen lassen kann. Hier wäre zu diskutieren, ob das vorwerfbare Verhalten bereits in der Verwendung eines Algorithmus gesehen werden kann, der nicht mit „eingebauten“ Sicherungsmaßnahmen versehen ist (*compliance by design*). Schwierig wäre allerdings die genaue Bestimmung der Reichweite der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen, damit diese als hinreichend angesehen werden können, da sich nicht bereits bei Einsatz des Algorithmus die spätere konkrete Verwendung in Gänze überblicken lassen wird. Andererseits könnte auch ein Kartellverstoß durch Unterlassen anzunehmen sein (Verletzung von Aufsichtspflichten), wenn der Algorithmus zwar nicht vorhersehbar oder beherrschbar ist, aber im Zeitverlauf gleichwohl erkennbar dazu führt, dass das eigene wettbewerbliche Verhalten zum Nachteil der Abnehmer zu einer suprakompetitiven Preisgestaltung auf dem gesamten Markt führt.

Das geltende Recht hält eine Reihe von Konzepten bereit, die von Aufsichtspflichten nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht über allgemeine zivilrechtliche Grundsätze (Gehilfenhaftung, Verkehrssicherungspflicht bei Schaffung einer Gefahrenquelle) zu strafrechtlichen Prinzipien (Garantenstellung durch Ingerenz) reichen. Da das Kartellrecht aber ein sanktionsbewährtes Rechtsgebiet ist und Rechtssicherheit für alle beteiligten Marktteilnehmer essentiell ist, verbietet sich, ohne Weiteres analog auf die entsprechenden Konzepte für Computer-Kartelle zurückzugreifen.



c) Zusammenfassung und wettbewerbspolitische Handlungsempfehlungen

Die geltende Gesetzeslage sollte ausreichen, mit Algorithmus-basiertem Verhalten umzugehen, sofern sich dahinter eindeutig ein menschlicher Wille verbirgt, der lediglich mit technischen Hilfsmittel umgesetzt wird. Sofern selbstlernende Algorithmen eingesetzt werden, welche in ihrem Verhalten nicht oder nicht hinreichend konkret prognostizierbar sind, muss über eine Klarstellung zu den Verhaltensanforderungen



der dahinterstehenden natürlichen und juristischen Personen nachgedacht werden. Die mit einer fehlenden Konkretisierung dieser Anforderungen verbundene Rechtsunsicherheit könnte negative Folgen auf die Bereitschaft von Unternehmen haben, sich innovativ in diesem Bereich zu betätigen.

Es wäre empfehlenswert, eindeutige Grenzen zu definieren und zu bestimmen, ob und in welchem Umfang technische Sicherungs- oder Überwachungspflichten für computerbasiertes wettbewerbliches Verhalten bestehen sollen und in welcher Form es Exkulpationsmöglichkeiten für Unternehmen gibt, welche selbstlernende Algorithmen einsetzen. Im Sinne der Rechtssicherheit für Unternehmen wäre neben einer gesetzlichen Klarstellung anzuregen, dass – mit Blick auf die Harmonisierung des Kartellverbotstatbestandes (Artikel 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB) – die EU-Kommission Leitlinien über die Beurteilung von Algorithmus-basiertem Verhalten und Verfolgungsprioritäten hierzu verfasst (wie auch schon in anderen kartellrechtlichen Bereichen). Mit Blick auf die globale Wirtschaft und das Wesen des Internets wäre es darüber hinaus wünschenswert, wenn sich Kartellbehörden (etwa über das *International Competition Network (ICN)*) des Themas gemeinsam annehmen würden.

2. Informationsfluss 4.0

a) Einleitung

Die Potentiale der digitalen Ökonomie können in vielen Fällen nur realisiert werden, wenn sich Unternehmen miteinander vernetzen und Informationen austauschen. Zum Aufbau einer innovativen, international wettbewerbsfähigen europäischen Datenwirtschaft soll nach Auffassung der EU-Kommission eine stärkere Öffnung des Zugangs zu Daten gehören. Der Handel mit Daten über Datenmärkte soll gestärkt werden. Im Kontext von Industrie 4.0 wird regelmäßig nicht von einem „Datenhandel“, sondern von

der Entwicklung von „Datenökosystemen“ gesprochen. Kennzeichen solcher „Datenökosysteme“ ist es, dass sie neben der Infrastruktur die Governance-Strukturen bereitstellen, mit denen die Plattform und/oder die Teilnehmer den Zugriff auf die von ihnen eingespeisten Daten steuern können.

Jenseits der Beteiligung an derartigen Datenaustauschbeziehungen setzen Unternehmen Algorithmen ein, die auf der Grundlage von verfügbarer Information Entscheidungen treffen. Der Einsatz Künstlicher Intelligenz (KI) führt dazu, dass unternehmerische Entscheidungen sich von vorprogrammierten Wenn-dann-Schemata lösen können.

Bislang ungeklärt sind die Fragen, ob (1) die Veränderungen der Bedingungen des Informationsaustausches und (2) die Möglichkeit der Delegation unternehmerischer Entscheidungen an Algorithmen (einschließlich von Entscheidungen über den Informationsaustausch) vom geltenden Kartellrecht zutreffend erfasst werden können. Die Frage der kartellrechtlichen Verantwortung für „Computer-Kartelle“ ist bereits unter 1. behandelt worden. In diesem Abschnitt ist zu erörtern, ob die bislang geltenden Regeln zur kartellrechtlichen Beurteilung eines Informationsaustausches den neuen Problemlagen gerecht werden. Dabei ergibt sich, soweit ersichtlich, kein Anpassungsbedarf mit Blick auf die konzeptionellen Grundlagen, etwa den Begriff der Vereinbarung bzw. der abgestimmten Verhaltensweise und die Kriterien für die Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung.

Einer Überprüfung und ggfs. Klärung bedürfen jedoch u. U. die Gesichtspunkte, die für die Feststellung der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit individueller Plattform-Teilnehmer bzw. von Teilnehmern an Daten- und Informationsaustauschsystemen maßgeblich sind.

b) Kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Teilnehmer an Daten- bzw. Informationsaustauschsystemen

(1) Kartellrechtliche Verantwortlichkeit der Teilnehmer an Daten- bzw. Informationsaustauschsystemen

Den Betreiber einer Plattform bzw. eines Datenaustauschsystems kann eine kartellrechtliche Verantwortlichkeit unabhängig davon treffen, ob er einen eigenen Bezug zu dem vom Informationsaustausch betroffenen Markt hat.³⁵ Die Verantwortlichkeit ist offenkundig, wenn ein Plattformbetreiber z. B. technische Beschränkungen für die Preissetzung (oder sonstiges Wettbewerbsverhalten) der Teilnehmer implementiert.³⁶

Eine Verantwortlichkeit ist aber auch bereits dann gegeben, wenn der Plattform- bzw. Systembetreiber einen wettbewerbswidrigen Informationsaustausch vernünftigerweise vorhersehen konnte und die daraus erwachsende Gefahr auf sich genommen hat.³⁷ Um diesem Risiko zu begegnen, wird der Plattform- bzw. Datensystem-Betreiber Governance-Strukturen etablieren und nachweisen müssen, welche den Austausch von wettbewerbsrelevanten Informationen zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern verhindern. Die in dem System ausgetauschten Informationen wären entsprechend zu qualifizieren, und es wären technische Sicherungen einzubauen (*compliance by design*). Zu denken ist etwa an eine Segmentierung von Informationen und deren Absicherung durch Firewalls oder andere Verschlüsselungs- und Identifizierungstechniken.³⁸ Eine digitale Protokollierung des Informationsflusses zwischen den Teilnehmern kann diese davon abschrecken, sensitive Informationen auszutauschen, und im Zweifel als Nachweis dienen, dass keine wettbewerbslich sensiblen Daten über die Plattform bzw. das System ausgetauscht wurden.

Bisher ungeklärt ist allerdings, wie genau solche Sicherungsmaßnahmen gestaltet sein müssten und wie weit etwaige Beobachtungs- bzw. Überwachungspflichten des Betreibers reichen.

(2) Kartellrechtliche Verantwortung der Teilnehmer?

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen auch die Teilnehmer an einem solchen Datenökosystem eine kartellrechtliche Verantwortung trifft.

Von einer eigenen kartellrechtlichen Haftung ist in jedem Fall auszugehen, wenn bereits die Grundvereinbarung über den Daten- bzw. Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkende Züge trägt. Von den Teilnehmern an einem Datenaustausch-System ist zu erwarten, dass sie sich über den Teilnehmerkreis und die Bedingungen des Datenzugangs informieren. Sie werden sich ein eigenes informiertes Urteil darüber bilden müssen, ob auf der Grundlage des Governance-Regimes ein Informationsaustausch (auch) zwischen (ggfs. potenziellen) Wettbewerbern stattfindet oder jedenfalls möglich ist, und ob wettbewerbsensible Informationen ausgetauscht werden. Ist das wettbewerbsbeschränkende Potential des Daten- bzw. Informationsaustausches erkennbar, so ist jedes teilnehmende Unternehmen kartellrechtlich verantwortlich. Ungeklärt ist allerdings, wie weit eine solche Informationspflicht bei einem unter Umständen komplexen – möglicherweise auch variablen – Daten- bzw. Informationsaustauschsystem reicht.

Eine eigene kartellrechtliche Verantwortung eines Teilnehmers wird ferner anzunehmen sein, wenn dieser selbst wettbewerbslich strategische Information ins System einspeist, ohne dass hinreichende Sicherungen gegeben sind, dass (potenzielle) Wettbewerber nicht auf diese Information zugreifen können. Auch hier kann allerdings zweifelhaft sein, welche Nachforschungen ein Teilnehmer vornehmen muss, um sich Gewissheit über entsprechende Schutzvorkehrungen zu verschaffen, bzw. ob er sich auf entsprechende Zusicherungen des Plattform- bzw. Datensystem-Betreibers verlassen kann.

Eine kartellrechtliche Verantwortung des einzelnen Plattformteilnehmers wird nach der Rspr. des EuGH in der Rs. *Eturas* hingegen nicht allein dadurch begründet,

35 Siehe EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, Rn. 34 – *AC-Treuhand*.

36 Wie z. B. im Sachverhalt von EuGH, Urt. v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 43, 44 – *Eturas*.

37 Siehe EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P, Rn. 30 – *AC-Treuhand*.

38 Siehe Gassner, MMR 2001, 140, 142.

dass die Plattform durch ihre Struktur – etwa technische Beschränkungen bei der Festlegung von Preisen oder anderen wettbewerbsrelevanten Parametern – eine Abstimmung unter den Teilnehmern fördert, solange dieses trotzdem weiterhin ein wettbewerbskonformes Verhalten möglich ist.³⁹ Hinzukommen müssen in solchen Fällen weitere Indizien, dass der Teilnehmer das wettbewerbswidrige Vorgehen erkannt und gebilligt hat.

Fraglich ist schließlich, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Teilnehmer eines Datenaustausches auch dann wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot – in Form einer abgestimmten Verhaltensweise – haftet, wenn das System mit seiner spezifischen Governance-Struktur grundsätzlich angemessene Vorkehrungen gegen einen Austausch unternehmensstrategischer Daten zwischen (potenziellen) Wettbewerbern trifft, ein anderer Teilnehmer aber gleichwohl wettbewerblich relevante Information im System zugänglich macht – ohne dass dies Teil einer vorausliegenden (ggfs. impliziten) Koordinierungsstrategie ist.

Nach den von Kartellbehörden und Rspr. für den Informationsaustausch in Verbandssitzungen entwickelten Kriterien kann auch die einseitige Offenlegung wettbewerbssensibler Information im Rahmen einer gemeinsamen Sitzung als „abgestimmte Verhaltensweise“ i. S. d. Art. 101 Abs. 1 AEUV qualifiziert werden, insoweit sich hierdurch die Ungewissheit über künftiges Marktverhalten für alle Anwesenden verringert, die Information von den übrigen Anwesenden akzeptiert wird und in der Folge das Marktverhalten beeinflusst.⁴⁰ Bereits die passive Teilnahme eines Unternehmens an einem solchen Treffen kann als Ausdruck von dessen „Komplizenschaft“

eine Verantwortlichkeit nach Art. 101 Abs. 1 AEUV begründen.⁴¹ Die bloße Anwesenheit eines Unternehmens bei dem Treffen begründet dann eine Vermutung, dass dieses die Information akzeptiert und im nachfolgenden Marktverhalten berücksichtigt.⁴² Die Anforderungen an eine Widerlegung dieser Vermutung sind hoch: Ein Sitzungsteilnehmer muss den Beweis einer offenen Distanzierung führen, die von den anderen Kartellteilnehmern als eine solche aufgefasst werden muss.⁴³ Für eine offene Distanzierung vom Informationsaustausch reicht es nicht, dass ein Sitzungsteilnehmer die Sitzung verlässt. Entscheidend ist, dass die übrigen Sitzungsteilnehmer nicht den Eindruck erlangen, dass sich das Unternehmen im Sinne der dargelegten Information verhalten wird.⁴⁴ Diesen Eindruck kann ein Unternehmen durch den Hinweis ausräumen, dass das Unternehmen an dem Treffen mit einer anderen Zielsetzung als diese teilnimmt.⁴⁵ Bleibt ein Unternehmen jedoch gegenüber seinen Wettbewerbern lediglich vage, ob es sich gemäß den ausgetauschten Informationen verhalten will, bringt es damit zum Ausdruck, dass es den Kartellrechtsverstoß letztlich billigt, und begünstigt damit die Zuwiderhandlung bzw. verhindert ihre Entdeckung.⁴⁶

In ihren Horizontalleitlinien hat die EU-Kommission diese für die Konstellation einer gemeinsamen Sitzungsteilnahme entwickelten Kriterien verallgemeinert. Die Akzeptanz durch die Empfänger und eine entsprechende Anpassung des Marktverhaltens soll danach auch dann vermutet werden, wenn wettbewerbsrelevante Information einseitig im Wege des Schriftverkehrs, per E-Mail oder in Telefongesprächen übermittelt wurde. Die Vermutung sei nur widerlegt, wenn das Unternehmen ausdrücklich erkläre, dass es die Daten nicht bekommen

39 EuGH, Urt. v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 45 – *Eturas*.

40 Z. B. EuG, Urt. v. 15.3.2000, Rs. T-25/95, Rn. 1849 – *Cimenteries CBR*.

41 Siehe EuGH, Urt. v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 28 – *Eturas*.

42 Siehe EuGH, Urt. v. 21.1.2016, Rs. C-74/14, Rn. 28 – *Eturas*; EuGH, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Rn. 60 – *T-Mobile Netherlands* (für die widerlegliche Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen: Rn. 51. Die Vermutung greift auch bei nur einmaligem Treffen und erstreckt sich auf die Kausalität). Aus der dt. Rspr. siehe OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2012, V-1 Kart 1-6/12 (OWi), NZKart 2013, 122, 123 – *Silostellgebühren I*.

43 Siehe EuGH, Urt. v. 17.9.2015, Rs. C-634/13 P, Rn. 21 – *Total Marketing Services m.w.N.*

44 Siehe EuGH, Urt. v. 8.7.1999, Rs. C-199/92 P, Rn. 162 – *Hüls*.

45 Siehe EuGH, Urt. v. 17.9.2015, Rs. C-634/13 P, Rn. 20 – *Total Marketing Services*; EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Rn. 81, 82 – *Aalborg Portland*; EuG, Urt. v. 5.12.2006, Rs. T-303/02, Rn. 76 – *Westfalen Gassen m.w.N.*

46 Siehe EuG, Urt. v. 5.12.2006, Rs. T-303/02, Rn. 84 – *Westfalen Gassen*; EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Verb. Rs. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P, Rn. 84 – *Aalborg Portland*.

will (Kommission, Horizontalleitlinien, Rn. 62). In der Literatur ist diese Ausweitung der Vermutung früh kritisiert worden:⁴⁷ Anders als bei der Sitzungsteilnahme fehle es bei einer Übermittlung im Schriftverkehr, per E-Mail oder im Telefongespräch an einem aktiven Akt des Empfängers. Nur bei der Übermittlung eindeutig wettbewerbswidriger Information dürfe die Vermutung der Akzeptanz und der Berücksichtigung der Information im nachfolgenden Marktverhalten greifen. In der Rs. *Total Marketing Services* hat der EuGH in Fällen der einseitigen Übermittlung wettbewerbssensibler Information jedenfalls die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung der Akzeptanz und späteren Berücksichtigung der Information herabgesetzt. Außerhalb der Konstellation einer Teilnahme eines Unternehmens an einem kollusiven Treffen sei nicht unter allen Umständen eine offene Distanzierung zu verlangen.⁴⁸

Diese Rspr. hat der EuGH mit der Rs. *Eturas* fortgesetzt und konkretisiert.⁴⁹ Mit Blick auf die Frage, ob das Versenden einer Mitteilung an Teilnehmer einer gemeinsamen Online-Reisebuchungsplattform ein hinreichender Beweis dafür sein kann, dass die beteiligten Unternehmen deren Inhalt kannten oder kennen mussten, hat der EuGH hervorgehoben, dass die Beweislast dafür, dass ein Informationsempfänger Kenntnis von einer durch einen Wettbewerber übermittelten wettbewerbssensiblen Information hatte oder haben musste, bei der Partei oder der Behörde liegt, die den Vorwurf eines Kartellverstößes erhebt (Rn. 29). Aufgrund der Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1 der Grundrechte-Charta) sei es Behörden und Gerichten versagt, allein aus dem Versenden einer Mitteilung abzuleiten, dass die Empfänger deren Inhalt kannten bzw. kennen mussten (Rn. 39).

Die Unschuldsvermutung stehe allerdings nicht einer mittelbaren Beweisführung bzgl. der Kenntnis des Inhalts einer Mitteilung entgegen. Fragen der Beweiswürdigung und des Beweismaßes seien grds. nach Maßgabe des nationalen Rechts zu bestimmen, das hierbei an den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz gebunden sei (Rn. 32, 34 ff.). Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes müsse das nationale Recht hinsichtlich des

Vorliegens einer abgestimmten Verhaltensweise oder einer Vereinbarung neben der unmittelbaren Beweisführung einen mittelbaren Beweis auf der Grundlage von Koinzidenzen und Indizien erlauben (Rn. 37). Der Nachweis der Kenntnis einer wettbewerbssensiblen Information müsse als geführt gelten, wenn „bei einer Gesamtbetrachtung mangels einer anderen schlüssigen Erklärung“ hiervon auszugehen sei (Rn. 36).

Die Unschuldsvermutung stehe schließlich auch nicht einer widerleglichen Vermutung entgegen, dass das Versenden einer Mitteilung – zusammen mit anderen objektiven und übereinstimmenden Indizien – die Kenntnis von deren Inhalt begründe (Rn. 40). Allerdings dürften an die Widerlegung der Vermutung keine übertriebenen oder unrealistischen Anforderungen gestellt werden. So müsse etwa der Nachweis möglich sein, dass die vermeintlichen Empfänger die Mitteilung nicht erhalten hätten oder sie erst nach Verstreichen einer gewissen Zeit eingesehen hätten (Rn. 41).

Sei der Beweis für die Kenntnis wettbewerbssensibler Information geführt, so sei grds. von einer Beteiligung des Empfängers an einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen, da dann angenommen werden dürfe, dass der Empfänger einer solchen Information eine gemeinsame wettbewerbswidrige Verhaltensweise stillschweigend gebilligt habe (Rn. 44) – es sei denn, der Empfänger hat sich öffentlich von einer solchen Verhaltensweise distanziert oder sie bei einer Behörde angezeigt (Rn. 46). Bei der Übermittlung von wettbewerbssensiblen Informationen außerhalb kollusiver Treffen müssten den Unternehmen darüber hinaus auch weitere Mittel zugestanden werden, um die Vermutung einer Beteiligung an einer abgestimmten Verhaltensweise zu widerlegen (Rn. 46).

Damit hat der EuGH die Zulässigkeit einer Vermutung für die Akzeptanz wettbewerbsrelevanter Information, die außerhalb eines wettbewerbswidrigen Treffens übermittelt wurde, zwar bestätigt. Während bei Teilnahme an einem Treffen die Kenntnis der Information vorausgesetzt werden kann, ist dies jedoch bei der bloßen Bereitstellung von Daten/Informationen über eine Platt-

47 Siehe z. B. *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1185.

48 Siehe EuGH, Urt. v. 17.9.2015, Rs. C-634/13 P, Rn. 22 – *Total Marketing Services*.

49 Siehe EuGH, Urt. v. 21.1.2016, Rs. C-74/14 – *Eturas*.

form und selbst bei direkter Übermittlung der Daten an einen Empfänger nicht notwendig der Fall. Die Empfänger können technische Vorkehrungen treffen, die ihnen den Nachweis eines fehlenden Abrufs/einer fehlenden Einsichtnahme in eine Datensendung erleichtern. Selbst dann, wenn die Kenntnis der wettbewerbsrelevanten Information – ggfs. im Wege einer mittelbaren Beweisführung – nachgewiesen ist, so stehen den Informationsempfängern weitergehende Möglichkeiten zur Verfügung, die Vermutung der Beteiligung an einer abgestimmten Verhaltensweise zu widerlegen. Dies gilt sowohl für die Vermutung der Akzeptanz als auch für die Vermutung, dass die Information das eigene Marktverhalten beeinflusst hat.

Gleichwohl besteht in der Praxis mangels weitergehender Konkretisierung, wie mögliche technische Vorkehrungen ausgestaltet sein müssen, damit dieser Nachweis gelingen und sich ein Unternehmen exkulpieren kann, ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit. Hiermit kann in letzter Konsequenz ein hemmender Einfluss auf die Bereitswilligkeit von Unternehmen einhergehen, sich miteinander zu vernetzen und Daten auszutauschen.



c) Zusammenfassung und wettbewerbspolitische Handlungsempfehlung

Die etablierten Regeln zum Informationsaustausch gelten grds. auch im neuen digitalen Umfeld und mit Blick auf den Austausch von Daten über Plattformen und in Daten-Ökosystemen. Der bisherigen Rspr. und Behördenpraxis lassen sich folgende Hinweise für die Beurteilung des Informationsaustausches auf Daten-Plattformen bzw. Datenaustauschsystemen entnehmen:

- Der Umstand, dass auf einer grds. kartellrechtskonform strukturierten Datenplattform/in einem Datenaustauschsystem eine wettbewerbsrelevante Information von einem Unternehmen bereitgestellt wird, führt für sich genommen noch nicht zu einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit aller anderen Teilnehmer. Erst wenn die wettbewerbsrelevante Information an einen Teilnehmer übermittelt wird, stellt sich die Frage nach der kartellrechtlichen Verantwortlichkeit.
- Das nationale Recht kann bei einer Übermittlung der Information von einer Vermutung der Kenntnisnahme ausgehen. Dem Empfänger muss es aber möglich sein, die Kenntnisnahme zu widerlegen.
- Bei Kenntnisnahme des Empfängers von der wettbewerbsrelevanten Information wird auch nach der *Eturas*-Rspr. grds. eine Akzeptanz der Information durch den Empfänger vermutet. Auch diese Vermutung ist aber widerleglich. Die Anforderungen an die Widerlegung sind geringer als bei der Teilnahme an kollusiven Treffen.
- Dem Empfänger steht außerdem der Nachweis offen, dass die Informationsübermittlung das eigene Marktverhalten nicht beeinflusst hat.

Mit diesen Eckpunkten sind allerdings keineswegs alle praktisch relevanten Fragen zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Datenaustausches in seinen neuartigen Formen beantwortet. Rechtssicherheit in diesem Bereich wird einen wesentlichen Einfluss auf die Bereitwilligkeit der Unternehmen haben, Informationen preiszugeben bzw. zugänglich zu machen. Schon angesichts des erklärten Ziels der EU-Kommission, den Datenaustausch zu fördern, liegt daher die Veröffentlichung von kartellbehördlichen Leitlinien mit Hinweisen zu den Verhaltenspflichten von Plattform- bzw. Systembetreibern wie auch Teilnehmern nahe.

3. Potenzielle Wettbewerbereignschaft (im Kontext Informationsfluss 4.0)

a) Kartellrechtlicher Rahmen

Nach der gegenwärtigen Rechtslage liegt die Schwelle für die potenzielle Wettbewerbereignschaft teilweise sehr niedrig. So definiert die Vertikal-GVO potenzielle Wettbewerber als „ein Unternehmen, bei dem realistisch und nicht nur hypothetisch davon ausgegangen werden kann, dass es ohne die vertikale Vereinbarung als Reaktion auf einen geringen, aber anhaltenden Anstieg der relativen Preise wahrscheinlich innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten“.

Den Horizontalleitlinien zufolge gilt ein Unternehmen als potenzieller Wettbewerber, wenn „wahrscheinlich ist, dass es ohne die Vereinbarung im Falle eines geringen, aber anhaltenden Anstiegs der relativen Preise innerhalb kurzer Zeit die zusätzlichen Investitionen tätigen oder sonstigen Umstellungskosten auf sich nehmen würde, die erforderlich wären, um in den relevanten Markt einzutreten, auf dem das andere Unternehmen tätig ist“. Dabei gilt generell ein Zeitraum von höchstens drei Jahren als „kurze Zeit“.

b) Anwendung im Kontext Industrie 4.0

In Anbetracht der Innovationsgeschwindigkeit im Bereich der Informationstechnologie und der Industrie 4.0 im Besonderen kann davon ausgegangen werden, dass diese Hürde häufig sehr schnell überwunden wird. Dies gilt umso mehr, da ein Markteintritt im Bereich IT-basierter Dienstleistungen gewöhnlich mit geringeren Investitionskosten verbunden sein dürfte als in herkömmlichen Industriebereichen (mit z. B. hohen Kosten für den Aufbau neuer Produktionslinien). Auch zeigt die jüngste Kommissionspraxis in Fusionskontrollverfahren einen zunehmenden Trend zur Betrachtung stets längerer Zeiträume bei der Analyse des Wettbewerbs um Innovationen.



Dies stellt Unternehmen unter anderem beim kartellrechtlich zulässigen Informationsaustausch vor neue Probleme, da der Austausch strategischer Informationen bereits mit potenziellen Wettbewerbern risikobehaftet sein kann. Je nach Art der ausgetauschten Information kann der Austausch gemäß den Horizontalleitlinien sogar eine Kernbeschränkung darstellen.

Bei einem übermäßig weit gefassten Begriff wäre aber in der Praxis für viele Unternehmen kaum zu überblicken, welche Unternehmen als potenzieller Wettbewerber in Betracht kommen. Dies ist umso problematischer, da IT-Dienstleister innerhalb des relevanten Zeitrahmens u. U. auf den „Produkt“-Markt einsteigen können (siehe z. B. Google mit der Herstellung eines eigenen Smartphones; Apple mit möglichen Plänen zu Automobilen). Umgekehrt können Produzenten in diesem Zeitrahmen IT-Kompetenzen entwickeln, die mit denen der herkömmlichen Hersteller und Dienstleister konkurrieren (z. B. ein Sensorik-Hardware-Hersteller, der neben dem reinen Sensor auch in die Softwareentwicklung zur Zustandsüberwachung einsteigt). Gerade in den Fällen, in denen Industrieunternehmen sich auch in der IT-Domäne entwickeln, sind die Vorlaufzeiten und Einstiegskosten mitunter sehr gering, sodass oftmals zu Beginn einer Geschäftsbeziehung oder des Engagements in einem vernetzten Umfeld nicht ersichtlich ist, ob eine potenzielle Wettbewerberschaft vorliegen könnte.

Zudem ist der Austausch von Informationen gerade zwischen Betreibern und Nutzern von Plattformen und vernetzten Systemen häufig essentiell, um diese überhaupt zu betreiben und den wirtschaftlichen Nutzen für beide Seiten maximieren zu können. Dabei kann bereits die Zahl und Art der über die Plattform abgewickelten Transaktionen eine vertrauliche Information sein. Darüber hinaus könnten wohl unter Umständen auch wettbewerbsrelevante Informationen wie insbesondere Preise zugänglich sein, bei denen die Bereitstellung und Zugriffsmöglichkeit bei potenziellen Wettbewerbern aufgrund der Vorgaben der Horizontalleitlinien durchaus problematisch gesehen werden können.

c) Lösungsansätze

Für die kartellrechtliche Handhabung aus Unternehmenssicht ergeben sich zwei Extrempositionen:

- Der Informationsfluss über Plattformen und vernetzte Systeme zwischen potenziellen Wettbewerbern im weitesten Sinne könnte unter Generalverdacht des kartellrechtswidrigen Informationsaustausches gestellt werden. Eine solche Extremposition würde aber sicherlich über das Ziel hinausschießen und dazu führen, dass die Potentiale der vernetzten Wirtschaft nicht realisiert würden.
- Das andere Ende des Spektrums, d. h. ein weitgehendes Ignorieren der Gefahren des Informationsaustausches zwischen potenziellen Wettbewerbern über vernetzte Systeme, würde weitergehende Kooperation zwar erleichtern, jedoch unter dem Risiko, dass das Verhalten in den Fokus von Kartellbehörden gerät.

In der Praxis gangbarer ist daher wohl ein Mittelweg, der genauer herausarbeitet, welche Informationen unter welchen Umständen zwischen potenziellen Wettbewerbern ausgetauscht werden dürfen.

Das geltende Recht bietet hier einen allgemeinen Rahmen. Dieser ist allerdings noch sehr auf althergebrachte Wirtschaftsprozesse ausgelegt und könnte in dem sich schnell entwickelnden Industrie-4.0-Umfeld zu rechtlicher Unsicherheit führen. Daher sollte über eine Schärfung des Begriffs unter Rücksichtnahme auf die spezifischen Umstände des vernetzten arbeitsteiligen Vorgehens im Rahmen der Industrie 4.0 nachgedacht werden.

Insbesondere könnte eine Klarstellung der Definition des potenziellen Wettbewerbs angedacht werden, die nicht nur auf den Zeitrahmen abstellt (der im Rahmen von Industrie-4.0-Geschäftsmodellen ohnehin oftmals unterschritten würde), sondern vielmehr konkrete Pläne des Markteintritts berücksichtigt. Dies würde die Gefahr bannen, dass Unternehmen unbewusst in eine potenzielle Wettbewerberstellung im schnelllebigen Industrie-4.0-Umfeld abdriften, ohne dies zu bemerken. Das Abstellen auf konkrete Pläne zum Markteintritt würde die Überwachung für Unternehmen erheblich vereinfachen, da anstelle eines kontinuierlichen Monitorings ein anlassbezogenes ausreichen würde. Auch eine Abstufung des kartellrechtlich zulässigen Informationsaustausches wäre dadurch einfacher.

Praktisch könnte hier auch überlegt werden, über Vertraulichkeitsvereinbarungen den Informationsfluss beim Fassen konkreter Pläne zum Markteintritt restriktiver zu handhaben und somit auch solche Informationen auszuschließen, die bis dahin ausgetauscht werden durften, da noch keine potenzielle Wettbewerberstellung vorlag. Dies müsste dann wiederum mit den Governance-Maßnahmen oben unter 2. gespiegelt werden.

d) Zusammenfassung und wettbewerbspolitische Handlungsempfehlung

Im Hinblick auf Informationsaustausch zwischen potenziellen Wettbewerbern bietet das geltende Recht einen allgemeinen Rahmen, der die bisherigen Geschäftsmodelle zufriedenstellend regelt. Für das Industrie-4.0-Umfeld könnte geprüft werden, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen bei der Bestimmung des „potenziellen Wettbewerbs“ die konkreten Markteintrittspläne von Unternehmen stärkere Berücksichtigung finden können. Eine Bewertung und Überwachung des Risikos bei notwendigem Informationsaustausch des vernetzten Arbeitens würde dadurch für die beteiligten Unternehmen erleichtert.

4. Zulässige Kooperationen von Unternehmen im Bereich Industrie 4.0





A: Steckbrief

Worum geht es:

- Viele Anwendungsszenarien von Industrie 4.0 führen zu einer stärkeren Vernetzung von Unternehmen untereinander und damit einhergehenden neuen Kooperationsformen. Auch Kooperationen zwischen Wettbewerbern bzw. potenziellen Wettbewerbern sind unumgänglich.
- Manche Kooperationsformen zwischen Unternehmen (z. B. Forschungs- und Entwicklungskooperationen oder vertikale Kooperationen) sind per Verordnung vom Kartellverbot freigestellt und geben damit den Unternehmen eine gewisse Sicherheit, wann sie sich im kartellrechtlich zulässigen Rahmen bewegen.
- Nicht beschriebene Kooperationsformen bedürfen einer sog. Einzelfreistellung. Jedes Unternehmen muss dabei selbst prüfen und sicherstellen, dass die Kooperation den Wettbewerb entweder nicht beschränkt oder die Beschränkung im Einzelfall gerechtfertigt werden kann. Für Kooperationen zwischen Wettbewerbern bieten die sog. Horizontal-Leitlinien der EU-Kommission wichtige Auslegungshinweise, die aber letztlich das Risiko einer Fehleinschätzung und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für die beteiligten Unternehmen nicht maßgeblich behebt.
- Es stellt sich die Frage, ob die bisherigen Regelungen für die datenbasierten Kooperationen im Bereich Industrie 4.0 noch zeitgemäß sind oder ob explizite neue Freistellungen erforderlich sind, um Unternehmen angesichts des hohen Bußgeldrisikos Rechtssicherheit zu geben.



Sich ergebende Fragen:

- Ist die Unterscheidung zwischen Gruppenfreistellungsverordnungen und unverbindlichen Leitlinien auf europäischer Ebene noch sachgerecht?
- Ab wann liegt eine technische Standardisierung im Sinne des Kartellrechts vor? Ist eine bilaterale Kooperation zwischen zwei Unternehmen zur Interoperabilität ihrer Systeme zulässig oder muss allen Marktteilnehmern die Teilnahme erlaubt werden?
- Fallen Kooperationen im Bereich Industrie 4.0 unter die Freistellung für Produktionsvereinbarungen oder besteht hier Anpassungsbedarf?
- Ist das gemeinsame Betreiben einer B2B-Plattform durch Wettbewerber als Vermarktungsvereinbarung zulässig?
- Um eine Vernetzung zwischen zwei Unternehmen zu ermöglichen, müssen Softwarelösungen auch extern zugekauft werden. Typischerweise stehen die Unternehmen im Wettbewerb auf dem Nachfragemarkt. Ist eine Koordinierung im Hinblick auf die Auswahl eines geeigneten Softwareanbieters zulässig oder muss die Software zwingend gemeinsam eingekauft werden, um unter die Regelungen für Einkaufskooperationen zu fallen?
- Die bisherigen Kooperationsformen sind freigestellt, wenn bestimmte Marktanteilsschwellen nicht überschritten werden. Sind Unternehmen mit höheren Marktanteilen Kooperationen im Bereich Industrie 4.0 versagt?
- Der BGH und das Bundeskartellamt gehen davon aus, dass im Regelfall Gemeinschaftsunternehmen gegen das Kartellverbot verstoßen, wenn zumindest zwei Muttergesellschaften und das Gemeinschaftsunternehmen weiterhin auf ein und demselben Markt tätig sind. Ist diese Regelvermutung für neue Geschäftsmodelle im Bereich Industrie 4.0 ein Innovationshindernis?
- Besteht für Forschungs- und Entwicklungskooperationen im Bereich Industrie 4.0 ein spezifischer Änderungsbedarf?
- Können vertikale Kooperationen im Bereich Industrie 4.0 wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben?



B: Juristische Einschätzung

Eine zunehmende Nachfrage nach flexiblen und umfassenden Industrie-4.0-Lösungen erfordert schnelle und flexible Anpassungen auf der Anbieterseite. Kooperationen mit anderen Anbietern sind notwendig, da nicht alle Anbieter den Bedarf so schnell aus eigener Anstrengung heraus befriedigen können. Kooperationen zwischen Anbietern verschiedener Marktstufen sind kartellrechtlich nur dann relevant, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen enthalten. Anders sieht dies für Kooperationen zwischen Wettbewerbern oder potenziellen Wettbewerbern aus. Die EU-Kommission erkennt an, dass horizontale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern erheblichen Nutzen bringen können, und hat einige relevante Kooperationsformen in den sog. Horizontal-Leitlinien erwähnt, welche Anhaltspunkte für eine Nichtanwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. eine Einzelfreistellung nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV bieten. Gegenüber nationalen Gerichten und Kartellbehörden haben die Horizontal-Leitlinien jedoch allenfalls eine faktische, nicht aber eine rechtliche Bindungswirkung. Bindende Regelungen sind nur in den Gruppenfreistellungsverordnungen für F&E- und Spezialisierungsvereinbarungen zu finden. Es sollen hier zunächst die verschiedenen horizontalen Kooperationsformen näher betrachtet werden. Die Darstellung schließt mit einem kurzen Einblick in die kartellrechtliche Relevanz von vertikalen Kooperationen.

1. Kooperationen zu Standardisierungen

Mit der stärkeren Vernetzung im Rahmen von Industrie 4.0 gewinnen vor allem Kooperationen im Bereich der Standardisierung an Bedeutung. Die EU-Kommission sieht gemäß ihren Horizontal-Leitlinien in Standardisierungsvereinbarungen keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, wenn a) alle Marktteilnehmer die Möglichkeit der uneingeschränkten Mitwirkung am Normungsprozess haben, b) das Verfahren für die Annahme der betreffenden Norm transparent ist, c) die Einhaltung des Standards freiwillig ist und d) Dritten Zugang zu der Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen gewährt wird (Rn. 280 Horizontal-LL).

Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist bei Standardisierungen durch Normenorganisationen oder Konsortien einfach umzusetzen. Bei den Anwendungsszenarien Industrie 4.0 erfolgt die konkrete Zusammenarbeit jedoch häufig bilateral oder innerhalb eines eingeschränkten Kreises von

Marktteilnehmern, um neue Geschäftsmodelle mittels einer gegenseitigen Vernetzung und Interoperabilität zu erschließen oder Lieferbeziehungen datenbasiert zu automatisieren. Zum Zeitpunkt der Kooperation ist noch nicht absehbar, ob sich daraus ein Branchenstandard entwickeln kann. Soweit im Rahmen einer kartellrechtsneutralen Zusammenarbeit Fragen der Vernetzung und Interoperabilität mit zu lösen sind, sollte der Lösung dieser Fragen grundsätzlich schon keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zukommen oder sie sollten vom Immanenzgedanken profitieren können. Gleichzeitig ist es aber oftmals effizienter, bereits zu einem frühen Zeitpunkt möglichst viele Marktteilnehmer zu Fragen der Vernetzung und Interoperabilität zu beteiligen, damit nicht für jede Transaktion aufwendig Einzelfalllösungen erarbeitet werden müssen.

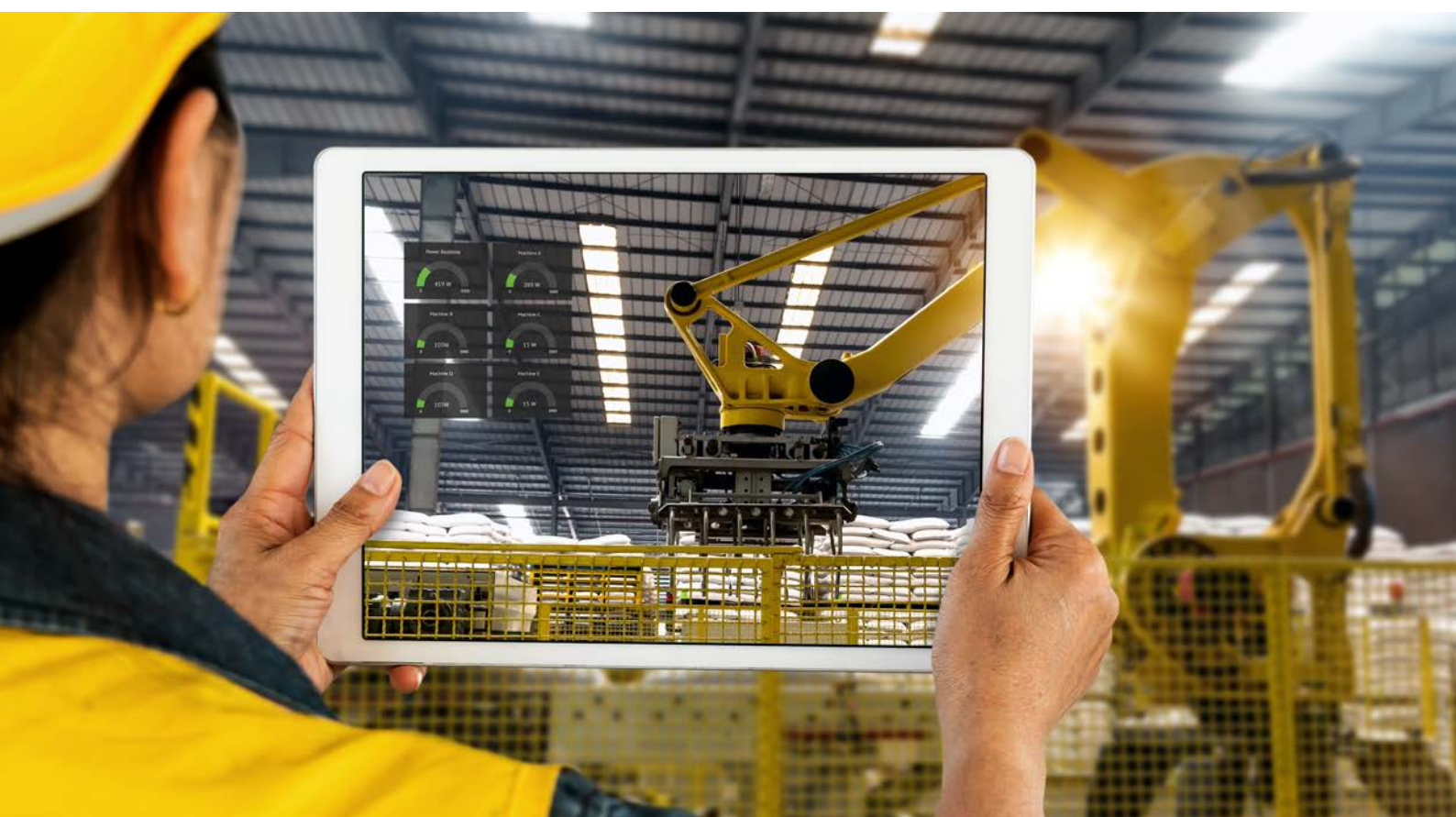
Nach Auffassung der EU-Kommission muss Dritten kein Zugang zu dem Standard gewährt werden, solange mehrere konkurrierende Standards existieren oder ein wirksamer Wettbewerb zwischen genormten und nicht genormten Lösungen herrscht (Rn. 294 Horizontal-LL). Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen könnten dann gegeben sein, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass sich de facto ein branchenüblicher Standard entwickeln kann. Diese Gefahr sieht die EU-Kommission insbesondere bei hohen Marktanteilen der Wettbewerber. Eine genaue Festlegung von Marktanteilsschwellen fehlt jedoch. Vielmehr gesteht die EU-Kommission sogar zu, dass auch hohe Marktanteile der Parteien nicht unbedingt den Schluss zulassen, dass die Norm wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat (Rn. 296 Horizontal-LL). Dieses weiche Kriterium führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.



2. Kooperationen in der Produktion

Produktionsvereinbarungen zwischen Wettbewerbern in Form einer einseitigen oder gegenseitigen Spezialisierung sowie Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion sind nach der Spezialisierungs-GVO in der Regel freigestellt, wenn der gemeinsame Marktanteil nicht mehr als 20 % beträgt. Anwendungsszenarien von Industrie 4.0 können in eine solche Spezialisierung münden, es sind aber auch Anwendungsszenarien denkbar, welche keine Spezialisierung in diesem Sinne darstellen. So soll beispielsweise bei der auftragsgesteuerten Produktion oder wandlungsfähigen Fabrik die Produktion flexibel an aktuelle Produktionskapazitäten angepasst werden können, ohne dass die eigene Produktion eingestellt, eingeschränkt oder mit einem Wettbewerber tatsächlich zusammengelegt wird. Auch hier kann es zu einer Angleichung des Outputs und der Produktionskosten kommen. Es ist unbestreitbar, dass auch diese Kooperationen zu Effizienzgewinnen in Form von Kosteneinsparungen oder besseren Produktionstechnologien führen können, weshalb die Regelungen der Spezialisierungs-GVO um diese Anwendungsszenarien ergänzt werden sollten. Hohe Marktanteile der kooperierenden Unternehmen müssen dabei nicht unbedingt zu dem Schluss führen, dass die Kooperation wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen hat.

Als eine mögliche zulässige Form der Zusammenarbeit bei der Produktion werden Zuliefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern nur am Rande in den Horizontal-Leitlinien erwähnt (Rn. 150 der Horizontal-LL). Zuliefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern oder potenziellen Wettbewerbern über Produkte, Dienstleistungen, Softwarelösungen oder Daten sind für viele Anwendungsszenarien von Industrie 4.0 essentiell, um dem Bedarf an flexiblen und schnellen neuen Lösungen gerecht werden zu können. In dem Zusammenhang wäre zunächst an eine klarstellende Erweiterung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens zu denken, um Kooperationen im Bereich Industrie 4.0 von vornherein aus dem Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen. Der bereits erwähnte Bedarf nach schnellen, kompatiblen Lösungen macht Kooperationen im Kundeninteresse unerlässlich, da häufig kein Anbieter in der Lage ist, ohne Weiteres die passenden Produkte zu liefern, insofern also auf die Zusammenarbeit mit anderen – potenziell konkurrierenden – Anbietern angewiesen ist. Der Arbeitsgemeinschaftsgedanke ist nach derzeitiger Rechtsanwendungspraxis auf Zusammenarbeitsformen zwischen potenziellen Wettbewerbern aufgrund des Erfordernisses der Unerlässlichkeit allerdings hohen Hürden ausgesetzt. Insofern wäre an eine verbindliche gesetzgeberische Klarstellung im Sinne einer tatbestandlichen Ausweitung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens zu denken. Angesichts



seines de lege lata sehr engen Anwendungsbereichs werden Zuliefervereinbarungen in der Praxis als nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV freistellungsfähig angesehen, solange diese nicht vorgeschoben werden, um einen Austausch über wettbewerbssensible Informationen (womöglich auch aus Rohdaten oder Daten als Ergebnis einer Datenveredlung) zu ermöglichen, und der Informationsaustausch sich im Sinne des Unerlässlichkeitskriteriums auf die konkrete Zulieferung beschränkt. Der von den Horizontal-Leitlinien vorgesehene Safe Harbor (20 % gemeinsamer Marktanteil) gestaltet sich in dem Zusammenhang allerdings wegen der Unwägbarkeiten bei der Marktabgrenzung, insb. bei der Analyse potenziellen Wettbewerbs, häufig als komplex, schwierig und aufwändig – insbesondere, wenn die Zusammenarbeit im Wesentlichen auf dem Zugang zu bzw. Austausch von Daten aus Produktionsprozessen basiert, denen als solchen keine geeigneten Kriterien für eine Marktabgrenzung zugewiesen werden können – ohne dass ein zufriedenstellendes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet werden kann. Eine marktanteilsunabhängige klarstellende Regelung oder zumindest deutliche Erhöhung der Marktanteilschwellen wäre insoweit wünschenswert.

3. Kooperationen im Vertrieb

Anwendungsszenario von Industrie 4.0 im Vertrieb kann das gemeinsame Betreiben einer Plattform sein, um hierüber z. B. Value Based Services zu vertreiben. Horizontale Kooperationen bei Plattformen sind bislang nur unter sehr engen Voraussetzungen als sog. Vermarktungsvereinbarungen freistellungsfähig, u. a. wenn der gemeinsame Marktanteil nicht mehr als 15 % beträgt, und erlauben in absoluten Ausnahmefällen sogar Preisfestsetzungen für die über die Plattform vertriebenen Value Based Services (Rn. 254 Horizontal-LL).

Entscheidend für das Funktionieren einer Plattform sind die Netzwerkeffekte. Je mehr Anbieter auf der Plattform agieren, desto attraktiver wird diese für die Nachfrager. Die Anbieter sind häufig Wettbewerber oder zumindest potenzielle Wettbewerber. Eine Beschränkung der Anbieter auf Nicht-Wettbewerber oder auf Wettbewerber mit geringen Marktanteilen würde die Attraktivität der Plattform erheblich senken, etwaige Netzwerkeffekte konterkarieren und damit dem Grundkonzept einer Plattform zuwiderlaufen. Etablierte reine Plattformbetreiber würden bevorzugt werden. Ist organisatorisch und technisch sichergestellt (z. B. durch Einrichtung von sog. „Chinese Walls“), dass es zwischen den Anbietern nicht zu einer Koordinierung des Preisver-

haltens über die Plattform kommt, muss der gemeinsame Vertrieb über eine Plattform kartellrechtlich zulässig sein, und zwar unabhängig von den Marktanteilen der Anbieter.

4. Kooperationen über Gemeinschaftsunternehmen

Der BGH und das Bundeskartellamt gehen davon aus, dass im Regelfall Gemeinschaftsunternehmen gegen das Kartellverbot verstoßen, wenn zumindest zwei Muttergesellschaften und das Gemeinschaftsunternehmen weiterhin auf ein und demselben Markt tätig sind (BGH, Beschluss vom 08.05.2001, „Ostfleisch“, KVR 12/99, WuW DE-R 711, BKartA, Bericht zur Entflechtung von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich Walzasphalt, Juli 2015, Rn. 75 ff.). Plattformen leben von den Netzwerkeffekten, also dass möglichst viele Anbieter und damit auch Wettbewerber mitmachen. Es kann verschiedene Gründe geben, warum hierfür Kooperationen in Form eines Gemeinschaftsunternehmens mit einem oder mehreren Wettbewerbern erforderlich sind. So mag es berechtigte Vorbehalte geben, die eigenen Produkte oder Dienstleistungen über eine Plattform eines Wettbewerbers zu vertreiben, und es kommt nur eine Beteiligung als gleichberechtigter Partner in Form eines Gemeinschaftsunternehmens in Betracht. Auch ist denkbar, dass ein Unternehmen das Risiko eines neuen Geschäftsmodells zunächst lieber mit einem weiteren Partner teilen möchte, ohne jedoch die bisherigen „klassischen“ Vertriebswege zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens aufgeben zu wollen und alles auf eine Karte zu setzen. Ist organisatorisch und technisch sichergestellt, dass das Gemeinschaftsunternehmen unabhängig von den Muttergesellschaften am Markt agiert, entsteht mit dem Gemeinschaftsunternehmen ein zusätzlicher Marktteilnehmer zu den im Wettbewerb stehenden Muttergesellschaften und ist damit wettbewerbsfördernd (so auch BKartA Beschl. v. 26.01.2001 – B 3-110/00, BeckRS 2001, 10480, beck-online). Es ist gerade nicht der Regelfall, dass Gemeinschaftsunternehmen nur zu dem Zweck gegründet werden, eine Koordinierung der Muttergesellschaften zu ermöglichen. Eine Vermutung zu lasten der Unternehmen stellt ein erhebliches Innovationshindernis für neue Geschäftsmodelle im Bereich Industrie 4.0 dar.

5. Kooperationen beim Einkauf

Müssen Software oder Services für die Vernetzung zwischen zwei Unternehmen extern zugekauft werden, ist dies in Form einer Einkaufskooperation möglich, wenn die kartell-

rechtlichen Marktanteilsschwellen von 15% auf dem Nachfrage- und Absatzmarkt nicht überschritten werden (Rn. 208 Horizontal-LL). Doch auch ohne gemeinsamen Einkauf muss eine Koordinierung über die Auswahl eines geeigneten Softwareanbieters und die technischen Anforderungen als notwendige Nebenabrede für eine Vernetzung zwischen zwei Unternehmen zulässig sein. Ein Austausch über kommerzielle Einkaufskonditionen wäre bei getrennten Einkauf dagegen nicht mehr erforderlich.

6. Forschungs- & Entwicklungskooperationen

Die weitreichendsten Kooperationsmöglichkeiten für Unternehmen bestehen im Bereich der Forschung & Entwicklung. Reine F&E-Kooperationen ohne Verwertungsbeschränkungen stellen gemäß Art. 2 Abs. 1 S. 1 F&E-GVO regelmäßig schon keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV dar. Für F&E-Kooperationen mit Verwertungsbeschränkungen sieht die F&E-GVO ein komplexes Regelungswerk vor, welches die Zulässigkeit davon abhängig macht, ob die kooperierenden Unternehmen Wettbewerber sind (Art. 4 F&E-GVO) und keine sog. schwarzen Klauseln (Art. 5 F&E-GVO) oder grauen Klauseln (Art. 6 F&E-GVO) vorliegen. F&E-Kooperationen im Bereich Industrie 4.0 unterscheiden sich vom Grundsatz her nicht von anderen F&E-Kooperationen, da die Regelungen unabhängig vom Entwicklungsgegenstand gelten. Nach derzeitiger Einschätzung ist zumindest noch kein Industrie-4.0-spezifischer Änderungsbedarf erkennbar, aber die Entwicklung bleibt abzuwarten.

7. Vertikale Kooperationen

Industrie-4.0-Anwendungen führen auch zu einer engeren Vernetzung innerhalb der Wertschöpfungskette zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen. Solche vertikalen Kooperationen unterliegen nur dann einer kartellrechtlichen Prüfung, wenn sie Wettbewerbsbeschränkungen enthalten. Abgesehen von den sog. schwarzen oder grauen Klauseln, sind diese wiederum nach der Vertikal-GVO freigestellt, wenn die Marktanteile auf dem jeweiligen Anbieter- bzw. Nachfragemarkt nicht mehr als 30% betragen. Die digitale Vernetzung innerhalb der Wertschöpfungskette begünstigt Lock-in-Effekte und kann zu faktischen Exklusivitätsbindungen sowohl des Anbieters als auch des Nachfragers führen. Die Verständigung auf eine bestimmte technische Lösung erschwert den Wechsel zu anderen

Kooperationspartnern und zwar unabhängig von etwaigen Marktanteilen. Um solche Lock-in-Effekte von vornherein zu reduzieren, kommt der Standardisierungsarbeit von Organisationen wie Plattform Industrie 4.0 erhebliche praktische Bedeutung zu. Lösungen müssen über technische Standardisierungen und deren politische Förderung gefunden werden. Das Kartellrecht kann hier allenfalls als ultima ratio dienen, um Verschiebungen bei zu hohen Marktmächten entgegenzusteuern.



C: Handlungsoptionen und Handlungsempfehlungen

§ 2 Absatz 2 GWB verweist hinsichtlich der Freistellung vom Kartellverbot auf die europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen. Änderungsbedarf ergibt sich damit vorrangig auf europäischer Ebene. Für horizontale Kooperationen enthalten die Horizontal-Leitlinien der EU-Kommission wichtige erste Anhaltspunkte. Gegenüber Gruppenfreistellungsverordnungen haben diese jedoch den Nachteil, dass sie lediglich Auslegungsdirektiven formulieren. Sie vermögen die Kommission selbst zu binden, nicht aber die nationalen Kartellbehörden und Gerichte. Aufgrund der wachsenden praktischen Bedeutung von Kooperationen zwischen Wettbewerbern im Bereich Industrie 4.0 sollte eine neue Gruppenfreistellungsverordnung für horizontale Zusammenarbeit (sog. „Horizontal-GVO“) geschaffen werden, welche den kooperierenden Unternehmen die entsprechende Rechtssicherheit bietet.

Zu Standardisierungsvereinbarungen enthalten die Horizontal-Leitlinien bereits sehr detaillierte Regelungen, welche in eine Horizontal-GVO übernommen werden können. Jedoch werden bilaterale Vereinbarungen eine stärkere Bedeutung gewinnen, bei welchen zum Zeitpunkt der Kooperation noch nicht absehbar ist, ob sich daraus ein (de facto) Branchenstandard entwickelt. Hier bedarf es klarstellender Regelungen, dass auch diese Formen der Zusammenarbeit als zulässige Kooperationen anzuerkennen sind.

Im Rahmen der horizontalen Kooperationen in der Produktion sind bislang noch nicht Anwendungsszenarien im Bereich Industrie 4.0 erfasst, welche kurzfristige oder flexible Koordinierungen der Produktionskapazitäten von Wettbewerbern bedingen. Hier wären Ergänzungen der bereits bestehenden Regelungen in der Spezialisierungs-GVO wünschenswert.

Die Schaffung von klaren Regelungen im Bereich der Produktion ist insbesondere für Zuliefervereinbarungen zwischen Wettbewerbern erforderlich. Dies kann über eine Erweiterung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens oder eine Klarstellung erfolgen, dass echte Zuliefervereinbarungen auch zwischen Wettbewerbern bereits nicht wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Artikel 101 Abs. 1 AEUV sind. Alternativ bietet sich aufgrund der erheblichen praktischen Bedeutung eine eigene Kategorie in einer neuen Horizontal-GVO an, welche Zuliefervereinbarungen zwischen (potenziellen) Wettbewerbern marktanteilsunabhängig nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV freistellt oder zumindest deutlich höhere Marktanteilsschwellen als die für Produktionsvereinbarungen bislang geltenden 20 % vorsieht.

Notwendigkeiten für Vertriebskooperationen zwischen Wettbewerbern bei Plattformen hat die EU-Kommission bereits in den Horizontal-Leitlinien erkannt (Rn. 254 Horizontal-LL). Jedoch konterkariert eine Marktanteilsschwelle von 15% die für das Funktionieren einer Plattform erforderlichen Netzwerkeffekte. Hier besteht ein Regelungsbedarf in einer Horizontal-GVO dahingehend, dass Wettbewerber unabhängig von deren Marktanteilen eine gemeinsame Plattform betreiben dürfen, wenn organisatorisch und technisch sichergestellt wird, dass es über die Plattform nicht zu einer Koordinierung des Preisverhaltens der Wettbewerber kommt. Im Hinblick auf die zu ergreifenden organisatorischen und technischen Maßnahmen zur Abwehr einer Koordinierung wäre es wünschenswert, wenn einheitliche Mindestanforderungen gleich mitdefiniert werden könnten, um keine hemmende Rechtsunsicherheit aufkommen zu lassen.

Wird die Plattform über ein Gemeinschaftsunternehmen betrieben, muss sichergestellt werden, dass dieses Gemeinschaftsunternehmen unabhängig von den Müttern am Markt agiert. Für eine Vermutung eines Kartellverstoßes, weil die Muttergesellschaften weiterhin neben dem Gemeinschaftsunternehmen auf demselben Markt tätig sind, besteht kein Raum. Hier sind Klarstellungen z. B. in der Bekanntmachung über Nebenabreden der EU-Kommission oder bevorzugt als ergänzende Regelung zu Vertriebskooperationen in einer Horizontal-GVO erforderlich, um Unternehmen in der Praxis die notwendige Rechtssicherheit zu geben.

Kooperationen im Einkauf können auf verschiedenen Stufen stattfinden und müssen nicht zwingend in einen gemeinsamen Einkauf münden. Abstimmungen über die Auswahl von Softwareanbietern und die technischen Anforderungen, um eine Vernetzung zwischen Unternehmen zu ermöglichen, müssen als notwendige Nebenabrede zulässig sein. Auch hier wäre eine Klarstellung in einer Horizontal-GVO wünschenswert.

Bei vertikalen Kooperationen kann dem Risiko von Lock-in-Effekten nur durch politische Förderung von technischen Standardisierungen entgegengewirkt werden, damit für Anbieter und Nachfrager in der Wertschöpfungskette ein Wechsel zu anderen Vertragspartnern nicht technisch unmöglich gemacht wird und damit zu einer faktischen Exklusivität führt. Das Kartellrecht kann hier allenfalls als ultima ratio dienen.



A: Steckbrief

Worum geht es:

- „Plattformen als zentrale Knoten, Interessenabgleicher, Datenverarbeiter, Innovationstreiber und Marktmacher beeinflussen ganz wesentlich die Entwicklung der digitalen Wirtschaft und definieren immer stärker das Wachstumspotenzial und die Rahmenbedingungen für den Wettbewerb innerhalb eines Landes.“ (Weißbuch Digitale Plattformen)
- Plattformen ermöglichen die Vernetzung von Menschen und Maschinen bzw. die Vernetzung von Maschinen, somit die Vernetzung der Industrie, wobei die Maschinen immer häufiger die Kommunikation untereinander selbständig übernehmen. Dadurch wird eine Automatisierung von Abläufen und Prozessen ermöglicht, die das System der Herstellung, des Vertriebs und der Vermarktung von Gütern und Dienstleistungen und die Struktur der Wirtschaft grundlegend ändert.
- Damit stellen sich Fragen u. a. nach Interoperabilität verschiedener Plattformen, der dafür erforderlichen Standardisierung der Vernetzung und des Zugangs zu Plattformen und auch nach der Notwendigkeit einer spezifischen Regulierung aller oder bestimmter Plattformen.
- Auf europäischer und nationaler Ebene gibt es bereits Konsultationen, Studien und Überlegungen zur Regulierung von Plattformen aus unterschiedlichen Blickwinkeln.



Sich ergebende Fragen und Handlungsfelder:

- Als Vorfrage wäre zu klären, wie sich der Plattformbegriff im Anwendungsbereich von Industrie 4.0 sinnvoll definieren lässt und ob es relevante Unterscheidungen zwischen verschiedenen Arten von Plattformen gibt, welche dabei berücksichtigt werden müssen.
- Es ist zu bestimmen, wie der relevante Markt im Bereich Plattformen definiert werden kann und wie Marktmacht und ihr Missbrauch geprüft werden soll.
- Reicht das allgemeine kartellrechtliche Instrumentarium für die Regulierung von Plattformen aus oder ist eine spezifische, ggf. außerkartellrechtliche Regulierung erforderlich?
- Soweit eine spezifische Regulierung für erforderlich gehalten wird, soll diese für Plattformen im Business-to-Consumer-Umfeld (B2C-Plattformen) gelten oder auch für ihre Beziehungen im Business-to-Business-Bereich (B2B) (auch als sog. „platform to business“-Beziehungen bezeichnet)? Gibt es im Hinblick auf digitale Plattformen speziell im produzierenden Gewerbe bzw. auf industriebezogenen Plattformen Besonderheiten, die sich im Regulierungsregime widerspiegeln sollten?
- Sind insbesondere die allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen (§§ 1ff. 18ff. GWB bzw. Artikel 101 und 102 AEUV) für Interoperabilität und Standardisierung sowie für Zugang zu Plattformen im Bereich Industrie 4.0 angemessen?



B: Juristische Einschätzung

1. Plattformbegriff

Eine allgemeingültige gesetzliche Definition des Begriffs „Plattform“ besteht derzeit nicht. Grund wird sein, dass Plattformen sehr verschiedene Formen annehmen und verschiedene Aufgaben erfüllen können. Im Bereich Industrie 4.0 zeigt sich dies beispielsweise bei einem Blick auf die entwickelten Anwendungsszenarien (siehe insb. „Fortschreibung der Anwendungsszenarien der Plattform Industrie 4.0“). Zumindest die Anwendungsszenarien Selbstorganisierende adaptive Logistik (SAL), Value Based Services im industriellen Umfeld (VBS), Transparenz und Wandlungsfähigkeit ausgelieferter Produkte (TWP), Smarte Produktentwicklung für die smarte Produktion, Innovative Produktentwicklung und Designnetworks beinhalten in der einen oder anderen Weise eine Plattform, die verschiedene Akteure und Marktseiten miteinander verbindet.

Es können B2C-Plattformen von B2B-Plattformen unterschieden werden, auch wenn diese Unterscheidung nicht trennscharf ist. Zu differenzieren wäre nach den Beziehungen des Plattformbetreibers zu seinen Kunden, bei denen es sich um Endverbraucher oder Unternehmen handeln kann. Dabei unterscheiden B2C-Plattformen sich von B2B-Plattformen darin, dass Endverbraucher auf einer Seite der Plattform stehen. Eine andere Unterscheidungsmöglichkeit wäre danach, ob über die Plattformen Dritt-Unternehmen mit Endverbrauchern in Kontakt treten oder ob nur Verbindungen zwischen Unternehmen mit anderen Unternehmen geschaffen werden. Des Weiteren gibt es Plattformmodelle, die Konstellationen von B2B2C oder B2C2B abdecken können.

Digitale Plattformen sind bislang vor allem aus dem Bereich Business to Consumer (B2C) bekannt, mit Dienstleistungsangeboten von Plattformanbietern wie Apple, Google, Microsoft, Facebook und Amazon, die derzeit in Politik und Gesellschaft diskutiert werden. Im Regelfall haben sie zwar auch eine B2B-Seite, deren Attraktivität für Unternehmen in der möglichen Interaktion mit Verbrauchern (z. B. als Ziel von Werbung) besteht. Das auf Privatkundenmärkten bekannte Prinzip digitaler Plattformen wird mit der zunehmenden Verbreitung des Internets der Daten, Dinge und Dienste verstärkt auf den B2B-Bereich übertragen. Derzeit

formieren sich in zahlreichen B2B-Märkten, zum Beispiel im Maschinenbau oder in der Landwirtschaft, digitale Plattformen, über die zum Beispiel Auftragseingang, Materialbeschaffung, Produktionspläne oder Logistikprozesse organisiert werden.

Im Bereich Industrie 4.0 stehen B2B-Plattformen im Vordergrund, bei denen die Attraktivität der Plattform für Unternehmen nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie von der Möglichkeit der Interaktion mit Verbrauchern, sondern mit anderen Unternehmen abhängt. Die Anwendungsszenarien zeigen, dass diese Plattformen je nach Szenario ganz unterschiedliche Akteure miteinander verbinden und ganz unterschiedliche Aufgaben erfüllen. Schließlich können Plattformen auch danach unterschieden werden, ob ein (IT-) Provider ausschließlich eine Plattform als (technische) Infrastruktur zur Verfügung stellt oder weitere Produkte und Dienstleistungen anbietet, die die Erkenntnisse aus der Nutzung der Plattform als Grundlage haben. Plattformen können auch durch einen (oder ein Konsortium mehrerer) Hersteller selbst aufgesetzt und betrieben werden.

Plattformen können aus technischer (IT-Plattform) und betriebs- und volkswirtschaftlicher Perspektive betrachtet werden. Aus Letzterer kam der Plattformbegriff Ende der 1990er Jahre als Fokussierung des allgemeinen Marktbegriffs in Richtung elektronischer Marktplätze auf. Der Begriff hat durch die neuen technischen Skalierungsmöglichkeiten der heutigen digitalen Welt, bedingt durch technologieinduzierte Netzwerkeffekte und daraus resultierende Tendenzen zu oligopolistischen beziehungsweise monopolistischen Marktstrukturen, eine andere Akzentuierung und insgesamt größere Bedeutung erhalten. Technisch gesehen ermöglichen IT-Plattformen den Aufbau digitaler Ökosysteme und unterstützen im Sinne eines Ermöglichers eine mehrseitige Verbindung von Geschäftspartnern. Ob moderne IT-Plattformen stets ein mehrseitiges Geschäftsmodell generieren oder ein Synonym für mehrseitige Märkte sind, wird unterschiedlich beurteilt. Es könne auch IT-Plattformen geben, die im Kontext klassischer linearer Geschäftsmodelle eingesetzt würden.⁵⁰

Die EU-Kommission hatte für ihre Konsultation zu Online-Plattformen aus 2015 Online-Plattformen in Anlehnung an die Wettbewerbstheorie zweiseitiger Märkte definiert. Als Online-Plattformen gelten demzufolge Dienste auf

50 Vgl. Gregor Engels, Christoph Plass, Franz-Josef Rammig (Hrsg.): Acatech: Diskussion. IT-Plattformen für die Smart Service Welt. Verständnis und Handlungsfelder, S. 7f.



zwei- oder mehrseitigen Märkten, die das Internet dazu nutzen, Wechselbeziehungen zwischen unterschiedlichen, voneinander abhängigen Nutzergruppen zu ermöglichen und dabei für zumindest eine Nutzergruppe Wert zu schaffen. Beispielhaft wurden als Plattformdienste Online-Dienste genannt: allgemeine Suchdienste (z. B. Google, Bing), spezialisierte Suchdienste (z. B. Google Shopping, Tripadvisor, Yelp), News-Aggregatoren (z. B. Google News), Online-Marktplätze (z. B. Amazon, ebay, Booking.com), Musik- und audiovisuelle Plattformen (z. B. Spotify, Netflix), Video-Sharing-Plattformen (z. B. YouTube), Online-Zahlungssysteme (z. B. PayPal), Soziale Netzwerke (z. B. Facebook), App-Stores (z. B. Apple Store) und Sharing-Economy-Plattformen (z. B. AirBnB, Uber).

Das Bundeskartellamt hat in dem Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ von Juni 2016 für die Anwendung des (deutschen) Kartellrechts die folgenden Begriffsbestimmungen vorgeschlagen: „Plattformen“ sollen als „mehreseitige Märkte“ verstanden werden, die sich dadurch auszeichnen, dass sie eine direkte Interaktion zwischen zwei oder mehr Nutzergruppen erlauben, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen. „Netzwerke“ dagegen sollen eine Interaktion zwischen Nutzern derselben Nutzergruppe erlauben, die direkte Netzwerkeffekte zur Folge haben.

Die mit Blick auf die digitale Wirtschaft mit der 9. GWB-Novelle eingeführten Änderungen des GWB enthalten bewusst keine Definition für Plattformen. Die neue Vorschrift des § 18 Abs. 3a GWB nennt „mehreseitige Märkte und Netzwerke“.

Auch nach Auffassung des Bundeskartellamtes ist bei Plattformen nicht automatisch von „mehreren“ Märkten auszugehen. Es gibt durchaus auch Plattformen, die als „mehreseitige Geschäftsmodelle“ mit traditionellen Anbietern konkurrieren. Die Gesetzesbegründung zu § 18 Abs. 2a GWB (Markt bei unentgeltlicher Leistungsbeziehung) hebt hervor, dass es im jeweiligen Einzelfall zu würdigen ist, welche Leistungen einem einheitlichen oder mehreren Märkten zuzuordnen sind.

Erfahrungen zur Plattformökonomie liegen bislang vor allem aus dem Business-to-Consumer-Umfeld (B2C) vor. Im Produktionsbereich fehlt nach hiesiger Einschätzung ein einheitliches Verständnis des Plattformbegriffs. Es gibt kaum Literatur, die sich mit IT-Plattformen im produzierenden Gewerbe beschäftigt. Studien, die sich mit der Typologisierung des Plattformbegriffs befassen, berücksichtigen das Zusammenkommen verschiedener Plattfortmtypen, etwa in einer Fertigungsstraße, beispielsweise nicht.

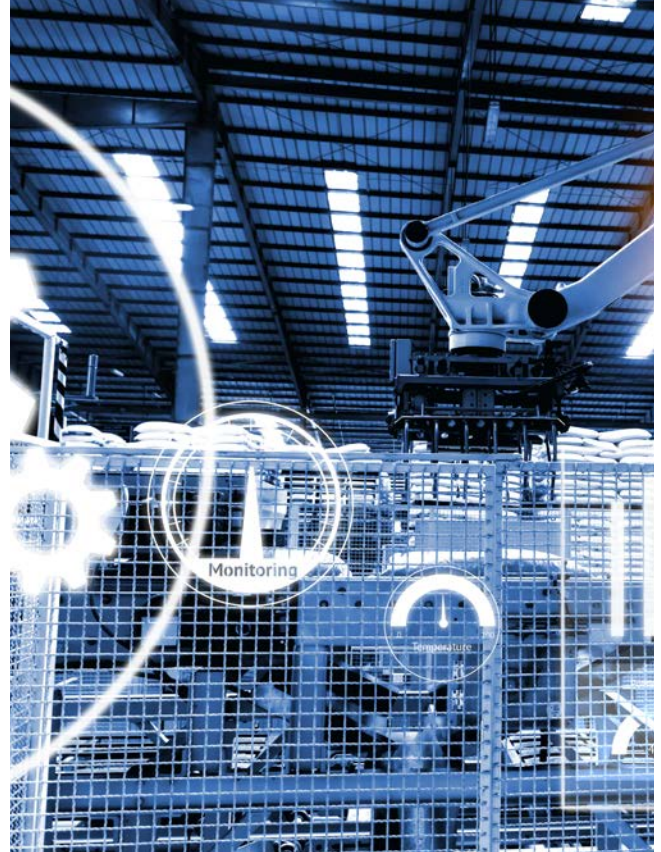
Die industrielle Fertigung stellt andere Anforderungen an IT-Plattformen als der Dienstleistungssektor. Der Business-to-Business-Kontext (B2B) könnte in der Regel durch deutlich kleinere Ökosysteme und andere Anforderungen als der B2C-Kontext gekennzeichnet sein. Eine gesonderte Betrachtung könnte daher erforderlich sein.

Dennoch umfasst die weite (kartellrechtliche) Begriffsbestimmung die ganze Bandbreite der im Bereich Industrie 4.0 diskutierten Anwendungsszenarien. Der rein ökonomische Begriffsinhalt der Definition (direkte Interaktion, direkte bzw. indirekte Netzwerkeffekte) erscheint hinreichend flexibel, um, soweit erforderlich, weitere Unterscheidungen und eine unterschiedliche Behandlung zwischen verschiedenen Arten von Plattformen und Netzwerken im industriellen Kontext zu erlauben.

2. Anwendungsszenarien im Bereich Industrie 4.0

Die im Rahmen der Anwendungsszenarien von Industrie 4.0 diskutierten Beispiele stellen im Allgemeinen B2B-Plattformen dar. Endverbraucher kommen dort ins Spiel, wo von Endverbrauchern generierte Daten (z. B. Mobilitätsdaten) in die Plattform eingespeist werden und wo Endverbrauchern aufgrund solcher Daten weitere Dienstleistungen und Produkte angeboten werden. Die Beispiele weisen sowohl Plattform- als auch Netzwerkelemente auf, wobei es sich aber überwiegend um Plattformen (also zur Interaktion zwischen mehreren verschiedenen Nutzergruppen) und nicht um, Audience-Providing-Plattformen handelt, wie sie vor allem im Bereich B2C vorkommen.

Ein wesentlicher Aspekt der im Bereich Industrie 4.0 diskutierten Plattformen ist, dass die Anwendungsszenarien von Industrie 4.0 in den meisten Fällen mehrseitige Beziehungen umfassen und sich mehr als zwei Nutzergruppen verbinden, z. B. Produzent, Logistikdienstleister, Zulieferer, Auslieferer und Kunde. Die ökonomische Analyse der Beziehungen zwischen den Nutzergruppen und der Netzwerkeffekte solcher Plattformen wird dadurch erheblich komplexer als bei „einfachen“ zweiseitigen Märkten.



3. Rechtliche Analyse

Kartellrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit Plattformen und Netzwerken beruhen in erster Linie auf dem möglichen sog. „Tipping“ des Marktes zugunsten eines Anbieters hin zu einem nicht mehr angreifbaren Monopol durch sich selbst verstärkende Netzwerkeffekte und den dadurch bedingten Monopolisierungs- oder zumindest Oligopolisierungstendenzen, verbunden mit einer Entstehung oder Verstärkung von Marktmacht solcher Plattformen bzw. Netzwerke.

Nach allgemeinen kartellrechtlichen Regeln ist im Rahmen der Missbrauchsaufsicht aus guten und allgemein anerkannten Gründen nicht die Entstehung oder Verstärkung von Marktbeherrschung verboten, sondern nur der Missbrauch von Marktbeherrschung (§ 19 Abs. 1 GWB). Als Missbrauchsformen kämen in diesem Bereich vor allem Zugangsbeschränkungen (zu Plattform oder Daten), (Preis-) Diskriminierung sowie Bevorzugung eigener Produkte in Frage.

Die kartellrechtliche Analyse von Plattformen und Netzwerken ist dreistufig, nämlich erstens Marktabgrenzung, zweitens die Frage nach Marktmacht und drittens die Frage nach dem Missbrauch solcher Marktmacht.

Die Analyse der Marktmacht von Plattformen und Netzwerken beginnt nach deutschem und europäischem kartellrechtlichen Verständnis mit der Definition des bzw. der relevanten Märkte. Eine wesentliche Frage besteht dabei darin, ob die verschiedenen Seiten der Plattform einen oder mehrere Märkte darstellen. Das Bundeskartellamt geht dabei bei matching platforms von einem Markt aus, wenn beide Marktseiten die gleichen Substitutionsmöglichkeiten haben, die in Frage stehende Plattform also durch die gleichen Produkte bzw. Dienstleistungen ersetzen würden. Bestehen unterschiedliche Substitutionsmöglichkeiten durch verschiedene Marktseiten, spricht dies dagegen nach Auffassung des Amtes für unterschiedliche Märkte. Weitergehende Fragen sind bei der Marktabgrenzung dann aufgeworfen, wenn eine Plattform mit einseitigen Geschäftsmodellen und/oder anderweitig strukturierten mehrseitigen Geschäftsmodellen konkurrieren.

Soweit – wie bei vielen B2C-Plattformen – die Leistungen für eine Seite unentgeltlich angeboten wurden, stellte sich die Frage, ob dennoch insoweit von einem Markt ausgegangen werden konnte. Durch die Einführung des § 18 Abs. 2a GWB ist dies nun im Sinne der sich bereits entwickelten Praxis des Bundeskartellamtes und der EU-Kommission klargestellt. Voraussetzung für die Annahme eines Marktes ist es allerdings, dass sich das Angebot der unentgeltlichen Leistungen als Teil einer übergreifenden unternehmerischen Strategie darstellt.

Die Frage der Marktdefinition kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass bei der Analyse der Marktmacht unabhängig von der Marktdefinition die Abhängigkeit der zwei oder mehr Märkte bzw. Marktseiten durch Netzwerkeffekte zu berücksichtigen ist.

Auch für Plattformen und Netzwerke gilt nach allgemeinen Regeln (§ 18 Abs. 1 GWB), dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, soweit es auf einem Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Innerhalb dieses allgemeinen Kriteriums sind insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken nach dem neu eingefügten § 18 Abs. 3a GWB auch zu berücksichtigen: direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselauf-

wand für die Nutzer (single-homing und multi-homing), Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten, Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten und innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

Diese (nicht abschließenden) Vorschriften und Faktoren erlauben eine differenzierte Betrachtung zur Evaluierung der Wettbewerbsverhältnisse und Feststellung von Marktmacht.

Zusätzlich zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist das etwaige Vorliegen eines Missbrauchs festzustellen. Hier wäre vor allem an Beschränkungen des Zugangs zur Plattform oder zu Daten, (Preis-)Diskriminierung und Bevorzugung eigener Produkte zu denken. Für die Bekämpfung solcher Missbrauchsformen besteht in § 19 GWB eine hinreichend flexible Rechtsgrundlage. Dass diese Rechtsgrundlage (bzw. der im Wesentlichen gleichgerichtete Art. 102 AEUV) auch in der Praxis anwendbar und handhabbar ist, zeigt eine Reihe von Entscheidungen der EU-Kommission und nationaler Kartellbehörden.



C: Handlungsoptionen und Handlungsempfehlungen

Digitale Plattformen können zu monopolistischen oder oligopolistischen Marktstrukturen führen, aber das geltende Recht sollte ausreichend sein, um einem möglichen Marktmachtmissbrauch entgegenzuwirken.

Es ist nicht zu verkennen, dass die *ex post* Kontrolle durch Kartellrecht gewisse tatsächliche Nachteile haben kann, weil sie gerade in durch schnelle Innovation getriebenen Märkten spät oder gar zu spät kommen kann. Die Langwierigkeit kartellrechtlicher Verfahren in diesem Bereich beruht z. T. aber auch auf der Neuheit der zu beurteilenden Sachverhalte und ökonomischen Zusammenhänge. Mit ähnlichen Schwierigkeiten wäre die Schaffung eines spezifischen Regulierungsregimes konfrontiert. An Beschleunigungen des kartellrechtlichen Verfahrens könnte gearbeitet werden (vgl. auch Weißbuch).

Eine *ex ante* Regulierung wird aber auch in anderen Bereichen, zum Beispiel im Telekommunikationsrecht, (nur) dann für erforderlich gehalten (§ 10 Abs. 2 TKG) für Märkte, (1) die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, (2) längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren; und (3) auf denen die Anwendung des allgemeinen

Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Dieser Test ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine über das Kartellrecht hinausgehende *ex ante* Regulierung setzt danach die Feststellung eines Versagens sowohl des Marktes als auch der kartellrechtlichen Kontrolle voraus. Ein solcher Nachweis müsste erst noch erbracht werden.

Eine *ex ante* Regulierung ohne faktenbasierte Problem-analyse und -konkretisierung birgt ferner die Gefahr einer über das zur Herstellung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen Notwendige hinausgehenden Beschränkung und kann außerdem tendenziell eine innovationshemmende Wirkung haben.

Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile muss berücksichtigt werden, dass Industrie 4.0 auf der einen Seite Rechtssicherheit sowie faire und belastbare Wettbewerbsbedingungen benötigt, wobei insbesondere der Zugang zu den für Industrie 4.0 wichtigen Plattformen zu sichern ist. Auf der anderen Seite sollte der Innovationsdruck im Bereich Industrie 4.0 nicht unterschätzt werden. Der B2B-Plattformmarkt ist im Gegensatz zu vielen B2C-Bereichen noch kein ausgereifter Markt und Europa bzw. europäische Unternehmen haben hier noch die Möglichkeit, eine bedeutende Rolle zu spielen. In vielen Märkten besteht daher, auch wenn sie anfangs vermachtet erscheinen, sehr wohl noch das Potential, dass sie längerfristig zu Wettbewerb tendieren. Es ist ein wachsender Fokus auf B2B festzustellen, für den Industrie 4.0 ein wichtiges Beispiel ist. Es sollte vermieden werden, hier durch Regulierung Hindernisse für europäische Unternehmen zu schaffen, die diese gegenüber ihren amerikanischen und asiatischen Konkurrenten benachteiligen, welche zumindest auf ihren Heimatmärkten ohne eine solche Regulierung wachsen und eine kritische Masse erreichen könnten.

Die Wettbewerbssituation im Bereich B2B ist anders als im Bereich B2C. Hier bestehen regelmäßig zahlreiche Wettbewerber, ein Tipping des Marktes ist aus den nachfolgend genannten Gründen auch weniger wahrscheinlich als im Bereich B2C. Während direkte und indirekte Netzwerkeffekte natürlich auch im Bereich B2B eine Rolle spielen, sprechen andere der für die Feststellung von Marktmacht von Plattformen zu berücksichtigende Faktoren typischer-

weise gegen eine Marktmacht. So achten Unternehmen im Allgemeinen generell mehr auf multi-homing (no „single supplier“ policy) und sind weniger bereit, sich auf ein Lock-in auf nur einer Plattform einzulassen. Der Zugang zu Daten ist auch im Bereich B2B essentiell, jedoch sind Unternehmen einerseits regelmäßig vorsichtiger in Bezug auf die Preisgabe von Daten, weil sie deren Wert besser einschätzen können, und andererseits geht es hier regelmäßig insbesondere um nicht-personenbezogene Daten, die teilweise als Geschäftsgeheimnisse gelten und daher ggf. nicht zur Verfügung gestellt werden. Auch sind im Bereich B2B weniger Audience-Providing-Plattformen zu erwarten, bei denen eine Marktseite die Dienstleistungen mit Daten oder Aufmerksamkeit „bezahlt“. Darüber hinaus sind in vielen Bereichen schon aufgrund der Mehrzahl von Marktseiten und von Produkten und Dienstleistungen differenzierte Plattformen zu erwarten, bei denen ein Tipping weniger wahrscheinlich wird. Schließlich sollte auch nicht unterschätzt werden, dass die Zahl der Nutzer auf beiden/allen Seiten der Plattform begrenzter ist als bei B2C-Plattformen und Unternehmen als Nutzer der Plattform mehr Verhandlungsmacht besitzen dürften, als dies bei Verbrauchern der Fall ist.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass sich Monopolisierungs- oder Oligopolisierungstendenzen nicht generell ausschließen lassen. Auch Standardisierungsbemühungen werden hier eine Rolle spielen.

Im Bereich B2B besteht in bestimmten Konstellationen nicht notwendigerweise ein Anreiz zur Abschottung der Plattform. Teilweise werden Plattformen durch „independent broker“ zur Verfügung gestellt werden, deren primärer Anreiz die Öffnung der Plattform für Drittanbieter ist, um neue Produkte und Dienstleistungen anbieten zu können. Es wird auch ein „Netzwerk von Netzwerken“ erwartet, für das Standardisierung und Interoperabilität im Interesse aller Plattformbetreiber liegt.

Bei B2B-Plattformen besteht auch tendenziell ein geringeres Risiko wettbewerbsbehindernder Preisdiskriminierung als bei „individualisierten“ Preisen für Verbraucher. Unternehmen sind *sophisticated buyers* und sie haben in vielen Fällen, jedenfalls soweit es sich nicht um KMU handelt, auch eine größere Verhandlungsmacht als Verbraucher.

THEMENPATEN

Daniel van Geerenstein, VDMA | Dr. Achim Gronemeyer, Schaeffler AG | Dr. Sebastian Janka, Noerr LLP | Dr. Guido Jansen, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH | Prof. Dr. Torsten Körber, Universität zu Köln | Niels Lau, Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. | Dr. Silvia Leipelt, Bundesministerium für Wirtschaft und Energie | Dr. Andrea Scheibe, Robert Bosch GmbH | Dr. Ulrike Suchsland, Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. | Prof. Dr. Heike Schweitzer, Freie Universität Berlin | Anne Wegner, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH | Philipp Werner, Jones Day

