

Huppert, Caroline

Working Paper

Die Fairsten werden die Letzten sein? Herausforderungen für die deutschen Wettbewerbsregeln durch die digitale Wirtschaft

Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 146

Provided in Cooperation with:

Ilmenau University of Technology, Institute of Economics

Suggested Citation: Huppert, Caroline (2020) : Die Fairsten werden die Letzten sein? Herausforderungen für die deutschen Wettbewerbsregeln durch die digitale Wirtschaft, Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 146, Technische Universität Ilmenau, Institut für Volkswirtschaftslehre, Ilmenau

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/225260>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Diskussionspapier Nr. 146

Die Fairsten werden die Letzten sein? Herausforderungen für die deutschen Wettbewerbsregeln durch die digitale Wirtschaft

Caroline Huppert

Oktober 2020

Institut für Volkswirtschaftslehre

Ehrenbergstraße 29
Ernst-Abbe-Zentrum

D-98 684 Ilmenau

Phone 03677/69-4030/-4032

Fax 03677/69-4203

<https://www.tu-ilmenau.de/wpo/forschung/>

ISSN 0949-3859

Die Fairsten werden die Letzten sein? Herausforderungen für die deutschen Wettbewerbsregeln durch die digitale Wirtschaft

Caroline Huppert

Abstract: Digitale Großkonzerne wie Facebook, Google & Co. stellen die Wettbewerbsinstitutionen vor neue Herausforderungen. Mithilfe der Charakteristiken von Plattformmärkten können sie ihre Macht und Verhandlungsstärke zunehmend verfestigen und darüber hinaus marktübergreifende digitale Ökosysteme bilden. Die Folge sind Marktmachtmissbräuche und kartellrechtlich kritische, aber schwer erfassbare Fusionen und Übernahmen. Zahlreiche Expertenstudien sprechen Empfehlungen aus, wie die Wettbewerbsregeln angepasst werden müssen, um einen funktionierenden Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft zu erhalten. Auf Basis dieser Expertenstudien untersucht die Arbeit den Referentenentwurf für eine 10. Änderung des Gesetzes für Wettbewerbsbeschränkungen in Deutschland. Eine ökonomische Analyse zeigt, dass ein Großteil der vorgeschlagenen Neuerungen sich gut eignen, um die Herausforderungen der digitalen Wirtschaft zu bewältigen. Zu strikt erscheint hingegen die Kodifizierung eines Datenzugangs aufs Basis der Essential Facilities-Doktrin sowie die Verpflichtung zur Anmeldung zukünftiger Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle. Auch ein vorgeschlagener Regelkatalog für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung kann in seiner vorliegenden Form noch nicht die gewünschte präventive Wirkung entfalten. Außerdem wird am Beispiel von zwei Fallstudien deutlich, dass Marktmachtmissbrauch wie im Facebook-Fall des Bundeskartellamts in Zukunft einfacher nachgewiesen werden kann, die neue Regelungen sich aber nicht zur Adressierung von potentiell wettbewerbsschädlichen Aufkäufen von Start-Ups durch große Digitalunternehmen eignen.

Keywords: Wettbewerbspolitik, Digitalisierung, Missbrauch von Marktmacht, Zusammenschlusskontrolle, Plattformökonomik, Datenökonomik, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 10. GWB Novelle

JEL-Codes: K21, L40, L81, L13, L86

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
1. Einführung.....	1
2. Neue Herausforderungen für die Wettbewerbsinstitutionen durch die Digitalisierung	4
2.1 Die Ökonomie von Daten.....	4
2.2 Die Ökonomie von Plattformen	7
2.3 Digitale Ökosysteme	10
3. Aktuelle Vorschläge und Handlungsempfehlungen internationaler Wettbewerbsbehörden	13
3.1 Deutscher Bericht: „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“	13
3.2 Britischer Bericht: „Unlocking Digital Competition“	16
3.3 Europäischer Bericht „Competition Policy for the Digital Era“	18
3.4 Australischer Bericht: „Digital Platforms Inquiry“	20
3.5 BRICS Bericht: „Digital Era Competition – A BRICS View“	22
3.6 Deutscher Bericht: „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“	25
3.7 BeNeLux Bericht: „Joint Memorandum“	27
3.8 Deutscher Reformvorschlag für eine 10. GWB-Novelle	28
4. Wettbewerbspolitische Analyse der deutschen Reformvorschläge.....	33
4.1 Neue Regeln für den Umgang mit Daten	34
4.2 Neue Regeln für den Umgang mit Plattformmärkten	41
4.3 Neue Regeln für den Umgang mit digitalen Ökosystemen.....	51
4.4 Weitere Herausforderungen der digitalen Wirtschaft	62
5. Fallstudien	64
5.1 Der Facebook-Fall vor dem Bundeskartellamt	64
5.2 Ein fiktiver Fall einer Killer Acquisition	72
6. Abschließende Bewertung der Vorschläge und Fazit	79
Literaturverzeichnis.....	84

Abkürzungsverzeichnis

ACCC	Australian Competition and Consumer Commission
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BRICS	Brasilien, Russland, Indien, China und Südafrika
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
EFD	Essential Facilities-Doktrin
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GAFA	Google, Amazon, Facebook, Apple
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IOT	Internet of Things
P2B	Plattform-to-Business
RefE	Referentenentwurf
TKG	Telekommunikationsgesetz
ÜMÜB	überragende marktübergreifende Bedeutung
VO	Verordnung

1. Einführung

Die digitale Technologie verändert unseren Alltag. Durch sie ist es möglich, nahtlos und unkompliziert mit Menschen auf der ganzen Welt zu kommunizieren und in wenigen Sekunden Antworten auf die unterschiedlichsten Fragen zu finden. Die Auswahl an Produkten steigt an und gleichzeitig wird es immer einfacher, das richtige Produkt zum besten Preis zu finden. Die Digitalisierung eröffnet nicht nur zahlreiche neue Möglichkeiten, sondern hilft uns gleichzeitig, Zeit zu sparen (Crémer et al. 2019: 12). Einige Plattformen haben sich in den letzten Jahren als Einfallstore der digitalen Welt positioniert: Google, Amazon, Facebook und Apple („GAF“-Unternehmen) sind längst Teil unseres Alltags geworden, weil sie die oben genannten Vorteile besonders gut für die Konsumenten aufbereiten konnten. Doch die Charakteristika und das Marktverhalten dieser Online-Plattformen bringen die Wettbewerbsinstitutionen seit einigen Jahren dazu, ihre bisherigen Regeln zu überdenken.

Hohe Skalen- und Netzwerkeffekte als Besonderheiten der Plattformmärkte und die gestiegene wettbewerbliche Bedeutung von Daten führen zu einem Prozess, welcher die Marktkonzentration steigert und bestehende Machtpositionen verstärkt. Nutzen die Online-Plattformen diese Machtposition, um fremde Märkte zu erschließen, entstehen marktübergreifende digitale Ökosysteme (Crémer et al. 2019, BMWi 2019, Haucap et al. 2018). Um ihre vorherrschende Stellung auf dem Markt zu sichern und ihren Vorsprung weiter auszubauen, entwickeln Online-Plattformen fortlaufend neue Strategien. Weil die bisherigen Wettbewerbsregeln Lücken aufweisen, Gerichtsprozesse oft Jahre andauern und das Risiko der Aufdeckung in der intransparenten digitalen Welt gering ist, ist der Anreiz zu wettbewerbswidrigem Verhalten bei den Online-Plattformen sehr hoch. Beliebte Strategien sind die Selbstpräferenzierung eigener Dienste und die Beschränkung der Kompatibilität zwischen konkurrierenden Plattformen. Auch die Eindämmung von Multi-Homing, sprich der parallelen Nutzung von mehreren Plattformen, ist eine beliebte Strategie, um die Nutzerzahlen auf der eigenen Plattform hoch zu halten (Budzinski 2016).

Das Wettbewerbsrecht hat zum Ziel, wirtschaftliche Machtpositionen zu kontrollieren, einen offenen und effizienten Wettbewerb zu sichern sowie Innovation zu fördern und die Wahlfreiheit der Konsumenten zu schützen (BWi 2019: 28). Modernes Wettbewerbsrecht baut auf dem Grundgedanken auf, dass funktionierender Wettbewerb die Wohlfahrt durch niedrigere Preise, eine größere Produktauswahl, mehr Konsumentensouveränität und mehr Innovation steigert (Budzinski/Eckert 2018). Ein Eingriff in den Wettbewerb ist in der Folge nur in be-

stimmten Fällen erlaubt. Zu den potenziell wettbewerbswidrigen Strategien zählen unter anderem die Bildung von Kartellen oder Kartellsurrogaten, der Missbrauch von Marktmacht sowie Fusionen und Unternehmenszusammenschlüsse (Budzinski/Eckert 2018, Evans 2019). In den letzten Jahren wurden Stimmen laut, die Wettbewerbsregeln seien zu lange zu zurückhaltend und vorsichtig formuliert worden, während die Macht der Plattformen immer weiter angestiegen sei (inter alia, Kerber 2019). Aus diesem Grund wurden in Hinblick auf die Anpassung der Wettbewerbsregeln an die Besonderheiten der digitalen Ökonomie zahlreiche Studien verfasst, welche im Laufe der vorliegenden Arbeit näher betrachtet werden (Vgl. ACCC 2019, Barthelmé et al. 2019, BMWi 2019, BRICS 2019, Crémer et al. 2019, Furman et al. 2019, Haucap et al. 2018).

Wie kann Wettbewerb nun fair sein? In mehr als der Hälfte ihrer Reden in den Jahren 2014 bis 2018 hat EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager das Wort „Fairness“ erwähnt (Gerard 2018). Dabei ist das Konzept der Fairness durchaus ambivalent: Fairness birgt eine gewisse Unschärfe und Vielschichtigkeit, die durchaus flexibel angewendet werden kann. Stigler bezeichnet das Konzept sogar als „Koffer voller Ethik in Flaschen, aus dem man seine eigene Art von Gerechtigkeit frei selbst zusammenmischen kann¹“ (Stigler 1972: 4). Dennoch spielt Fairness – zumindest bei den europäischen Wettbewerbsinstitutionen und insbesondere der Europäischen Kommission² – eine tragende Rolle. Dort werden nicht nur die Auswirkungen auf den Markt, sondern auch die Auswirkungen auf Konsumenten und Konkurrenten betrachtet. Eine Wettbewerbspolitik ohne Fairness, die ausschließlich auf Effizienzkriterien beruhe, reiche laut Colino (2018) nicht aus, um den schädlichen Folgen von Marktmacht entgegenzuwirken. Die Genehmigung der Fusion von AT&T und Warner in den USA sei ein prägnantes Negativbeispiel, wie sich eine alleinige Konzentration auf Wirtschaftlichkeitskriterien zulasten der Verbraucher auswirke (ebd.: 4-7). Die Einbeziehung von Fairness in wettbewerbspolitische Überlegungen kann weiterhin dazu beitragen, das Vertrauen der Bevölkerung in die Entscheidungen der Behörde zu stärken und die Relevanz des Wettbewerbsrechts allgemein zu unterstreichen (Gerard 2018). Es stellt sich somit die Frage, wie faire, digitale Wettbewerbsregeln ausgestaltet sein müssen, um die Strategien der Online-Plattformen ausgewogen bewerten zu können und gleichzeitig eine Rechtslage zu entwickeln, die einen offenen und innovativen Wettbewerb fördert.

¹ Aus dem Englischen übersetzt: “[Fairness] is a suitcase full of bottled ethics from which one freely chooses to blend his own type of justice.”

² Der Begriff „fair“ findet sich allein 21 Mal in der in Kapitel 3 untersuchten Studie der Europäischen Kommission, beispielsweise: „[P]latforms [...] have a responsibility to ensure that competition on their platforms is fair, unbiased, and pro-users.“ (Crémer et al. 2019: 5).

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, zunächst die ökonomischen Herausforderungen zu erläutern, vor denen internationale Wettbewerbsinstitutionen hinsichtlich der Digitalisierung stehen und internationale Vorschläge zur Anpassung der Wettbewerbsregeln vorzustellen und zu vergleichen. Ein besonderer Fokus liegt hierbei auf dem Referentenentwurf für eine 10. Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Deutschland. Mittels einer ökonomischen Analyse wird die Frage beantwortet, ob die vorgeschlagenen deutschen Wettbewerbsregeln aus wettbewerbspolitischer Sicht in der Lage sind, die Herausforderungen der digitalen Wirtschaft zu bewältigen, oder ob die Gesetze geändert oder durch zusätzliche Vorschriften ergänzt werden sollten. Außerdem untersucht die Arbeit am Beispiel von zwei Fallstudien, inwiefern sich die deutschen Vorschläge in der angewandten Fallpraxis auswirken könnten.

Die bisherige Literatur bietet eine Vielzahl an ökonomischen Analysen der internationalen Vorschläge (Vgl. Beaton-Wells 2019, Kerber 2019, Lianos 2019, Heinz 2019, Scholz 2019) sowie ausführliche Diskussionen über den deutschen Referentenentwurf für die 10. GWB-Novelle (Vgl. Budzinski et al. 2020, Haucap 2020, Höppner 2020, Kerber 2020, Kühnen 2020, Meyer-Lindemann 2020, Slobodenjuk/Scholke 2019, Steinberg/Wirtz 2019, 2020, Steinvorth 2020). Die vorliegende Arbeit schließt eine Lücke, indem sie die deutschen Vorschläge in den Kontext des internationalen Diskurses einordnet und vor diesem Hintergrund wettbewerbspolitisch bewertet. Weiterhin prüft die Arbeit erstmalig die praktische Anwendbarkeit der Vorschläge, indem sie die neuen Regelungen auf vergangene und mögliche Fälle des Bundeskartellamts (BKartA) anwendet.

Die Arbeit ist wie folgt strukturiert: Zunächst erläutert das zweite Kapitel, wie die digitale Wirtschaft mithilfe von Plattformmärkten, Daten und Ökosystemen die internationalen Wettbewerbsinstitutionen vor neue Herausforderungen stellt. Das dritte Kapitel skizziert den aktuellen internationalen Diskurs über eine Anpassung der Wettbewerbsregeln, indem es Vorschläge von verschiedenen Institutionen vergleicht und den deutschen Gesetzesvorschlag in einen Kontext setzt. Den Kern der Arbeit bildet im vierten Kapitel eine wettbewerbspolitische Analyse und Bewertung der Vorschläge der 10. GWB-Novelle. In Kapitel 5 werden die gewonnenen Erkenntnisse dann auf den Facebook-Fall des BKartA sowie einen fiktiven Fall des Aufkaufs eines Start-Ups übertragen und auf deren praktische Anwendbarkeit geprüft. In Kapitel 6 werden die Vorschläge des Referentenentwurfs abschließend bewertet und ein Fazit gezogen.

2. Neue Herausforderungen für die Wettbewerbsinstitutionen durch die Digitalisierung

Mit über 100 Millionen Nutzern war MySpace im Jahre 2007 das beliebteste soziale Netzwerk weltweit. Doch bereits ein Jahr später wurde die Plattform vom Konkurrenten Facebook in Bezug auf die Nutzerzahl überholt (Ray 2012: 5). Auch Yahoo und Altavista waren einst gern genutzte Suchmaschinen, bis Google sie nach und nach ersetzte (Geradin 2018: 3, Körber 2020: 33). Ist Marktmacht demnach nur temporär? Regelt sich der Wettbewerb von selbst, indem es bald ein neues Instagram, eine Alternative zu Amazon, eine bessere Suchmaschine als Google gibt? Die derzeitigen Entwicklungen deuten darauf hin, dass die Unternehmen dazugelernt haben. Mithilfe der Charakteristiken digitaler Märkte können sie ihre Macht und Verhandlungsstärke zunehmend verfestigen – und stellen die Wettbewerbsinstitutionen somit vor neue Herausforderungen. Darunter zählt die umfangreiche Generierung und Verwertung von Daten (Kapitel 2.1) sowie die Entstehung von sogenannten Plattformmärkten durch Netzwerk- und Skaleneffekte (Kapitel 2.2). In der Folge verändern sich Wirtschaftsstrukturen, wenn große Plattformen die Daten aus verschiedenen Märkten zusammenführen und somit umfassende Ökosysteme bilden (Kapitel 2.3).

2.1 Die Ökonomie von Daten

Daten sind eine wertvolle und wichtige Ressource für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in der digitalen Wirtschaft geworden (Crémer et al. 2019: 73, Kerber 2019: 4). Die GAFA-Unternehmen, aber auch Unternehmen aus klassischen Branchen, haben durch ihre Marktposition exklusiven Zugriff auf zahlreiche (persönliche) Nutzerdaten, woraus sie einen Wettbewerbsvorteil im eigenen Markt schöpfen, den Wettbewerb einschränken oder ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen können („Leveraging“, Kerber 2019a). Um Wettbewerber und Unternehmen in nachgelagerten Märkten („Aftermarkets“) zu schützen und datengetriebene Innovation zu fördern, rücken Konzepte wie Datenzugang oder Datensharing in den Vordergrund. Grundsätzlich kann zwischen personenbezogenen Daten und anonymen Daten (z. B. Maschinendaten) unterschieden werden (Haucap et al. 2018: 18). Bei der Erhebung von Daten kann darüber hinaus zwischen freiwilligen, beobachteten und abgeleiteten Daten differenziert werden (Crémer et al. 2019: 24, Kerber 2016: 2). *Freiwillige* Daten werden aktiv selbst preisgegeben, beispielsweise indem Nutzer Suchanfragen stellen, durch den Besuch von Webseiten ihre Interessen aufzeigen oder bestimmte Inhalte mit „Gefällt mir“ kennzeichnen. Durch die Nutzung von Tracking-Tools können Plattformen verfolgen, welche anderen Webseiten der Nutzer besucht und somit *beobachtete* Daten generieren. Ist das Datenset eines Nutzers groß genug,

können *abgeleitete* Daten entstehen, indem aus den vorhandenen Informationen neue Erkenntnisse gewonnen werden. Beispielsweise erkannte im Jahre 2012 die US-Supermarktkette Target auf Basis des Suchverlaufs die Schwangerschaft einer Minderjährigen, noch bevor deren Vater davon wusste (Hill 2012). Der Datentyp lässt auch darauf zurückschließen, ob Wettbewerbern eine ähnliche Möglichkeit zur Erhebung dieser Daten zur Verfügung steht (Crémer et al. 2019: 8).

Die für die vorliegende Problematik wichtigsten Märkte für die Nutzung von Daten sind (1) Märkte, in welchen personalisierte Daten als Zahlungsmittel dienen und (2) Märkte für den Handel mit personalisierten Daten (Budzinski/Grusevaja 2017: 5). Im ersten Markt zahlt der Nutzer mit seinen Daten für die Nutzung eines Dienstes. Die dadurch nicht notwendige Entrichtung eines monetären Entgelts wird überwiegend als ein Vorteil des digitalen Zeitalters wahrgenommen. Zahlreiche Plattformen wie soziale Netzwerke, Suchmaschinen, audiovisuelle Dienste oder Online-Zeitungen monetarisieren die erhobenen personenbezogenen Daten daraufhin mithilfe verschiedener Geschäftsmodelle (Budzinski 2017: 11, Edelmann/Geradin 2018: 2). Eines davon ist personalisierte Werbung („Targeted Advertising“). Hier werden die gesammelten Daten genutzt, um dem Nutzer gezielt interessensspezifische Werbung anzuzeigen, um in der Folge mehr Umsatz für die werbetreibenden Unternehmen zu generieren. Eine aktuelle Herausforderung für das Wettbewerbsrecht besteht darin, dass sich in den letzten Jahren im Markt für Online-Werbetechnologien ein Duopol aus Google und Facebook gebildet hat (ACCC 2019: 120-164, Geradin/Katsifis 2020, Haucap et al. 2018: 84). Die beiden Unternehmen können aufgrund ihrer großen Datensets ein besonders effizientes Targeting für Werbekunden anbieten, woraus sie wiederum neue Daten generieren und ihre Position verfestigen können (Feedback-Effekte).

Der zweite Markt für Daten entsteht durch den Handel mit personalisierten Daten (Acquisti et al. 2016, Budzinski/Grusevaja 2017: 10-11). So werden personalisierte Daten zum Transaktionsobjekt, indem Unternehmen ihre gesammelten Datensätze an andere Unternehmen verkaufen (Haucap et al. 2018: 16). Beispielsweise können Benutzerprofile dem erwerbenden Unternehmen helfen, zielgruppenspezifische Werbung zu schalten. Facebook geriet 2017 in die Kritik, weil die Plattform ein Abgleich von Daten des zuvor übernommenen WhatsApp durchführte, obwohl sie eine solche Praktik bei der Prüfung der Übernahme im Jahre 2014 aus technischen Gründen als undurchführbar bezeichnet hatten (Europäische Kommission 2017).

Aus den beschriebenen Charakteristiken von Daten heraus entstehen mehrere wettbewerbsrechtliche Bedenken. Eine Gefahr besteht darin, dass Unternehmen sich durch den Besitz von

großen Datenmengen als „Daten-Bottlenecks“ (dt. Daten-Flaschenhalse) positionieren und den Markteintritt für neue Unternehmen erschweren können (Haucap et al. 2018, Kerber 2019a). So kann Google beispielsweise auf Basis seiner großen Datenmengen die Qualität seiner Suchmaschine immer weiter verbessern und hat dadurch einen beinahe nicht aufzuholenden Vorteil gegenüber Wettbewerbern (Haucap et al. 2018: 84). Hat ein Unternehmen die Kontrolle über ein exklusives Datenset, das wiederum die Basis für die Erstellung komplementärer Produkte und Services durch Unternehmen in nachgelagerten Märkten darstellt, kann auch dies zur Benachteiligung oder Eliminierung der Unternehmen im Aftermarket führen (Kerber 2019, Kerber 2019a). Das Problem ist insbesondere in den Bereichen Internet of Things (IoT) und Connected Devices relevant. Eine weitere, potentiell wettbewerbswidrige Praktik wird durch Amazon deutlich: Die Europäische Kommission eröffnet im Juli 2019 eine Ermittlung gegen die Plattform, weil der Verdacht besteht, Amazon nutze die Daten von Marktplatzhändlern, um die eigenen Verkaufsaktivitäten auf der Plattform zu fördern (Europäische Kommission 2019). Dies hängt unmittelbar mit der Doppelfunktion („dual role“) von Amazon zusammen, auf die im nächsten Kapitel eingegangen wird.

In Diskussionen rund um die Sammlung und Verwertung von Daten spielen auch mögliche Konflikte mit der Privatsphäre der Nutzer eine immer wichtigere Rolle (Bania 2018, Beaton-Wells 2018, Kerber 2016). Aufgrund von Informationsasymmetrien können Nutzer nicht vollumfassend nachvollziehen, wofür ihre Daten verwendet werden. Studien wiesen außerdem nach, dass Konsumenten den Wert ihrer Daten oft nicht einschätzen können (Acquisti et al. 2016). Beide Aspekte führen dazu, dass Konsumenten keine informierten Entscheidungen mehr fällen können (Edelman/Geradin 2018, Kerber 2016). Damit in engem Zusammenhang steht das Phänomen des „Privacy Paradox“, welches beobachtet, dass Nutzer vermehrt persönliche Daten im Internet preisgeben, gleichzeitig aber zunehmend Sorgen über den Schutz ihrer Privatsphäre äußern (Barnes 2006). Das komplexe Zusammenspiel von Daten und Privatsphäre erfordert von den Wettbewerbsinstitutionen neue, integrierte Ansätze von Wettbewerbs- und Datenschutzrecht (Kerber 2016).

Die gestiegene Sammlung und Verwertung von Daten kann aber auch Vorteile haben. Ein großes Potential besteht in der Nicht-Rivalität von Daten (Crémer et al. 2019: 105, Kerber 2019, Kerber 2019a, Haucap et al. 2018: 19). Sie können gleichzeitig und mehrfach genutzt werden, ohne an Wert zu verlieren. Die Wohlfahrt würde demnach mit jeder weiteren Nutzung immer weiter ansteigen. Jedoch sollte in diesem Zusammenhang beachtet werden, dass die Generierung, Verarbeitung und Speicherung von Daten Kosten verursacht und eine öffentliche Bereitstellung von Datensammlungen die Anreize der datensammelnden Unternehmen verschiebt

(Crémer et al. 2019: 27, Haucap et al. 2018: 20, Kerber 2019a). Aus dem Gedanken der Nicht-Rivalität von Daten heraus entstehen die Konzepte von Datenzugang, Datenportabilität und Dateninteroperabilität (inter alia, Kerber 2019a). Während Datenzugang den Zugriff auf die bei einem Anbieter gespeicherten Daten meint, gilt Datenportabilität als die Möglichkeit eines Nutzers, auf die über ihn gespeicherten Daten auf einer Plattform zuzugreifen, um dann gegebenenfalls den Plattformwechsel zu vereinfachen. Unter Interoperabilität wird der (Echtzeit-)Austausch von Daten zwischen zwei Services oder Produkten verstanden (Crémer et al. 2019: 58). Alle drei Konzepte werden in unterschiedlichem Ausmaß von verschiedenen Expertenteams und Wettbewerbsinstitutionen gefordert, um den wettbewerblichen Problemen im Zusammenhang mit Daten entgegenzuwirken (siehe Kapitel 3).

2.2 Die Ökonomie von Plattformen

In der Offline-Welt ist ein Markt am Effizientesten, wenn es genügend Wettbewerber gibt, die durch Innovationen und niedrige Preise gleichzeitig ihren Marktanteil und die Konsumentenwohl­fah­rt steigern (Eucken 2004). Doch dieses traditionelle Verständnis ist nicht problemlos auf die digitale Welt übertragbar. Grund ist die Zweiseitigkeit von Plattformen, welche starke Netzwerk- und Skaleneffekte hervorruft. Eine Plattform ist zweiseitig, wenn sie Interaktionen zwischen zwei oder mehr Akteuren ermöglicht und dabei das Transaktionsvolumen beeinflussen kann, indem sie eine Seite finanziell mehr belastet und den von der anderen Seite gezahlten Preis entsprechend reduziert (Rochet/Tirole 2003, 2006, Armstrong 2006). Dabei handelt es sich um distinkte Nachfragegruppen, die sich aufgrund von hohen Transaktionskosten nur schwer eigenständig absprechen können und somit die Plattform zur Koordination nutzen (Evans/Schmalensee 2007). Beispielsweise ist es für einen Smartphone-Nutzer recht mühselig, sich einzig mithilfe von Suchmaschinen über die ihm verfügbaren Apps zu informieren. Eine zentrale Plattform in Form eines App Stores hilft ihm, sich einen gesammelten Überblick über alle verfügbaren Apps zu verschaffen – und ermöglicht gleichzeitig den App-Entwicklern, ihre Apps effizient zu distribuieren. Sowohl die Nachfrage der Akteure als auch deren Wohlfahrten sind dabei voneinander abhängig und unmittelbar miteinander verbunden (Evans 2019). Aufgrund dieser gegenseitigen Abhängigkeit der Nutzergruppen ist eine zentrale Aufgabe von zweiseitigen Märkten, beide Seiten von der Plattform zu überzeugen, um direkte und indirekte Netzwerkeffekte zu generieren (Rochet/Tirole 2003, 2006, Evans/Schmalensee 2007). Diese Netzwerkeffekte fördern nicht nur Skaleneffekte in Form einer erhöhten Anzahl der Transaktionen, auch steigt die Wahrscheinlichkeit, dass ein wertsteigernder Transaktionspartner gefunden wird – die Handelseffizienz wird größer (Evans 2019).

Neben dem Zusammenspiel der beiden Akteure spielt auch die Preisgestaltung in zweiseitigen Märkten eine wichtige Rolle. Wie bereits in Kapitel 2.1 erläutert, werden zahlreiche Dienste in der digitalen Welt für den Endnutzer ohne monetäres Entgelt angeboten. Dies rührt auch daher, dass in zweiseitigen Märkten häufig nur eine Seite finanziell belastet wird und diese die andere Seite subventioniert. Die Bereitstellung der Dienste und Inhalte ohne monetäres Entgelt hat für den Nutzer zunächst viele Vorteile, da er ohne finanzielle Belastung mehrere Services testen und sogar mehrere Plattformen gleichzeitig nutzen kann („Multi-Homing“). Auch fokussiert sich der Wettbewerb in Abwesenheit eines Preises auf den Faktor Qualität, was wiederum zu stetigen Verbesserungen und Innovationen führt (Edelman/Geradin 2018). Für die Marktstruktur birgt das Fehlen eines Preises jedoch Nachteile: Normalerweise treten Unternehmen in den Markt ein, indem sie ein ähnliches Produkt zu einem niedrigeren Preis anbieten. Ist der Preis schon bei Null, wird der Markteintritt erschwert. In der ökonomischen Theorie wäre eine logische Konsequenz die Zahlung eines negativen Preises. Die Suchmaschine Bing musste jedoch feststellen, dass die Bezahlung der Nutzer für deren Suchanfragen ineffizient ist (Metcalf 2010). Weist eine bestehende Plattform zusätzlich zu einem nicht-monetären Preis große Netzwerkeffekte aufgrund hoher Nutzerzahlen auf, wird der erfolgreiche Markteintritt einer neuen Plattform und das Funktionieren des Wettbewerbs insgesamt gefährdet (Edelman/Geradin 2018).

Die bisherige Forschung zu Plattformmärkten hat Faktoren definiert, welche die Konzentration von Plattformmärkten fördert, was wiederum die Bildung wettbewerbswidrig einsetzbarer Machtpositionen begünstigt (Evans/Schmalensee 2007; Haucap/Heimeshoff 2014; Haucap/Stühmeier 2016). Grundsätzlich führen hohe direkte und hohe indirekte Netzwerkeffekte sowie hohe Skaleneffekte dazu, dass sich viele Nutzer auf einer oder einigen wenigen Plattformen sammeln. Auch hohe Wechselkosten, also der Aufwand eines Nutzers, die Plattform zu wechseln, können die Konzentration der Märkte fördern. Wechselkosten können dabei künstlich von den Plattformen geschaffen werden, oder durch die Struktur der Plattform entstehen (beispielsweise sind zahlreiche gute Bewertungen eines Nutzers auf eBay und die dadurch entstandene Reputation ein triftiger Grund, die Plattform nicht zu wechseln, siehe Haucap/Heimeshoff 2014). Die Möglichkeit der Datenportabilität würde diese Wechselkosten senken. Die Plattformkonzentration steigt außerdem an, wenn die Möglichkeit zum Multi-Homing von den Plattformen unterbunden wird oder wenn sie aus Nutzersicht ineffizient ist. So kann es beispielsweise sinnvoll sein, seine Produkte als Verkäufer auf mehreren Plattformen anzubieten, um eine Vielzahl an Interessenten zu erreichen. Jedoch wird es nur wenige Nutzer geben, die

mehrere Betriebssysteme parallel nutzen (Evans/Schmalensee 2007). Kapazitätsbeschränkungen führen bei Plattformmärkten hingegen dazu, dass die Konzentration sinkt. Zwar sind die Kapazitäten in der digitalen Welt grundsätzlich in der Theorie endlos, dennoch akzeptieren Konsumenten nur eine bestimmte Menge an Werbung auf Plattformen (negative indirekte Netzwerkexternalitäten, inter alia, Evans 2019). Liegen diese Schwellen niedrig, ist dies einer niedrigen Marktkonzentration förderlich. Einen ähnlichen Effekt hat Produktdifferenzierung: Je einfacher es für eine Plattform ist, sein Produkt von anderen Plattformen zu differenzieren, umso geringer ist das Konzentrationslevel auf dem Markt. Grundsätzlich ist es in zweiseitigen Märkten aufgrund der Skalen- und Netzwerkeffekte effizienter, wenn nur eine einzige Plattform existiert, auf der alle Akteure interagieren. Das Vorhandensein mehrerer Plattformen verschwendet Kosten sowie Ressourcen und führt zu ineffizienten Dopplungen (Caillaud/Jullien 2003, Jullien 2005).

Für die Wettbewerbsinstitutionen stellen die genannten Faktoren eine Herausforderung dar, als dass Unternehmen und Plattformen durch die Charakteristiken der Plattformmärkte den Wettbewerb beeinflussen können: Sie können ihre Marktposition auf Dauer verfestigen, den Markt zum Kippen („Tipping“) in eine Monopolstellung bringen, Wettbewerber beim Markteintritt behindern oder ihre Marktmacht auf andere Märkte übertragen (Kerber 2019a). In der Folge stellt sich die Frage, ob deren Marktmacht überhaupt noch durch neue Wettbewerber angefochten werden kann. So wird häufig zwischen Wettbewerb *für* den Markt und Wettbewerb *innerhalb* des Marktes unterschieden, wobei der Fokus bei der vorliegenden Problematik auf Ersterem liegt (Budzinski 2017, Doherty/Verghese 2019, Crémer et al. 2019: 10). Dabei spielt es nicht unbedingt eine Rolle, ob die Plattformen absolute Marktmacht aufweisen. Auch eine relative Marktmachtposition kann ausreichen, um Wettbewerber, Lieferanten oder Nutzer in eine ökonomische Abhängigkeit zu treiben und sie in ihr System einzuschließen („Lock-In“, Bougette et al. 2018).

Ein immer häufiger verwendetes Konzept in diesem Zusammenhang ist die Intermediationsmacht von Plattformen. Diese übersteigt das Konzept der reinen Marktmacht, indem es zusätzlich die Vermittlungsdienstleistung einer Plattform mit einbezieht (Crémer et al. 2019, Haucap et al. 2018). So konnten die Reisevermittlungswbsites HRS und Booking.com unter anderem aufgrund ihrer Intermediationsmacht exklusive Preise von einigen Anbietern fordern (sogenannte „Bestpreisklauseln“, BKartA 2013, 2015). Auch der Ticketshop Eventim konnte auf Basis seiner Vermittlungsdienstleistung exklusive Vereinbarungen mit Veranstaltern verlangen (BKartA 2017a). Weiterhin muss beachtet werden, dass insbesondere die GAFKA-Unternehmen

in vielen Märkten eine Doppelfunktion einnehmen: So ist Apple im App Store gleichzeitig Bereitsteller der technischen Infrastruktur als auch App-Entwickler (Yixin et al. 2015: 4). Auch Amazon bietet nicht nur einen Marktplatz für Produkte, sondern agiert dort auch selbst als Händler, was die Anreize für Behinderungs- und Ausbeutungsstrategien erhöht.

Die europäische Fallpraxis bietet zahlreiche Beispiele, wie Unternehmen und Plattformen ihre durch die genannten Effekte entstandene Marktmacht ausnutzen: So nutzte Google seine marktmächtige Stellung im Markt für Suchmaschinen, um die eigenen Produkte und Dienste in den Vordergrund zu rücken (Europäische Kommission 2017a) und Amazon boykottierte in seinem Online-Shop die E-Books von Verlagen, welche sich nicht an die Amazon-eigenen Regeln hielten (inter alia, Budzinski 2017). Auch können marktmächtige Unternehmen überhöhte Konditionen verlangen, was der Facebook-Fall vor dem BKartA deutlich macht. Weil kein vollkommener Wettbewerb im Markt für soziale Netzwerke existierte, konnte die Plattform den Nutzern umfassende Nutzungs- und Verwertungsrechte ihrer Daten abverlangen und somit den „Datenpreis“ erhöhen (BGH 2020, Budzinski/Grusevaja 2017, Budzinski et al. 2020a). Neben der Verfestigung bestehender Marktstellungen durch die genannten Faktoren ist es zudem kritisch zu sehen, dass Plattformen ihre marktbeherrschende Stellung auf Nachbarmärkte ausweiten und damit digitale Ökosysteme bilden (BMWi 2019, Crémer et al. 2019, Furman et al. 2019).

2.3 Digitale Ökosysteme

In digitalen Ökosystemen greifen die bisher beschriebenen Effekte durch Daten und Plattformen ineinander: Mithilfe von Skalen- und Netzwerkeffekten, der Verfügbarkeit großer Datenmengen und extremer Verbundeffekte bilden Unternehmen digitale Ökosysteme (Haucap et al. 2018: 19). Unter Ökosystemen versteht man in diesem Zusammenhang konglomerate Strukturen von Unternehmen, die zusammenarbeiten, um einen neuen Markt und somit Wert für die Kunden zu generieren (Hazlett et al. 2011: 7). Beispielsweise bietet Facebook mit dem sozialen Netzwerk facebook.com, WhatsApp und Instagram ein digitales Ökosystem unter dem Überbegriff „Kommunikation“. Aus diesem Kerngeschäft heraus expandieren die digitalen Ökosysteme dann in neue Märkte: So erweitert Facebook seine Tätigkeiten auch in Richtung Video-On-Demand-Dienste (Facebook Watch), ein Jobportal oder in den Bereich Virtuelle Realität (Oculus VR). Aus Sicht der Unternehmen sind digitale Ökosysteme aufgrund von Verbundvorteilen interessant, denn die Daten der verschiedenen Services können zusammengeführt und – im Falle von Facebook – beispielsweise für ein noch besseres Targeting der Werbung genutzt werden (BMWi 2019: 17). Auch nutzen sie digitale Ökosysteme, um die Nutzer in Lock-In

Situationen zu versetzen und als Gatekeeper mögliche Wettbewerber vom Markt auszuschließen. Das digitale Ökosystem von Apple sperrt die Nutzer in deren digitale Umgebung ein, indem deren Services nur untereinander und mithilfe eines Apple Endgerätes genutzt werden können. Die Folge ist der Ausschluss von Wettbewerbern, eine Datenkonzentration bei Apple und die Eindämmung des Leistungswettbewerbs (Crémer et al. 2019: 34). Durch ihre hohe Finanzkraft können digitale Ökosysteme mithilfe von Kampfpreisen neue Märkte leichter erschließen; gleichzeitig schenken die Nutzer den Betreibern der Ökosystemen großes Vertrauen und es wird leichter, neue Produkte und Services zu etablieren und ihre Marktmacht auf neue Märkte zu übertragen („Leveraging“). Aus Sicht anderer Marktakteure oder nachgelagerter Unternehmen besteht häufig eine ökonomische Abhängigkeit: So können kleinere Onlineshops meist nicht darauf verzichten, ihre Produkte auch auf Amazon anzubieten, da die große Nachfragemacht auf der Plattform einen wesentlichen Teil ihres Umsatzes generiert. Auf Nutzerseite hingegen eröffnen sich durch digitale Ökosysteme Synergien, indem sie beispielsweise nur noch ein Benutzerkonto bei Facebook benötigen, um zahlreiche Dienste zu nutzen, oder auf Amazon mittels One-Stop-Shopping alle benötigten Produkte in einer einzigen Transaktion erwerben können (BMWi 2019: 17).

Eine wichtige Rolle bei der Betrachtung der Wettbewerbseffekte von digitalen Ökosystemen spielt die Unterscheidung zwischen geschlossenen und offenen Systemen. Während Google mit seinem Betriebssystem Android ein offenes Modell anbietet, welches Softwareentwickler mit einer großen Auswahl anderer Komponenten kombinieren können, bietet Apple ein geschlossenes Modell an, welches nur mit vorgeschriebenen Komponenten genutzt werden kann. In der Folge gilt: Je offener ein Modell, desto größer der Wettbewerb um die Komponenten (Autorité de la concurrence/Competition & Markets Authority 2014: 12). Dabei ist es aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht eindeutig, welches der beiden Modelle mehr Wohlfahrt bringt und ob eines der beiden Modelle tatsächlich schädlich wirkt. Während offene Systeme mehr Auswahl und Innovation bieten, können Nutzer bei geschlossenen Systemen insbesondere Such- und Transaktionskosten sparen. Außerdem ist es durchaus möglich, dass der Wettbewerb *zwischen* den Ökosystemen bereits groß genug ist, um fehlende Wettbewerber im geschlossenen Ökosystem zu kompensieren (Kerber 2019: 7-8).

Digitale Ökosysteme erweitern ihre Geschäftsfelder in der Regel durch Fusionen und Übernahmen. Für deren wettbewerbliche Bewertung nutzen Wettbewerbsinstitutionen unter anderem das Instrument der Marktabgrenzung. Auf dieser Basis werden die Marktanteile eines Unternehmens berechnet und ein Rückschluss auf dessen Marktmacht gezogen (Hamelmann/Haucap

2016: 272). Dabei ist bereits bei Plattformmärkten die klassische Marktabgrenzung nach sachlichen und räumlichen Aspekten häufig unzureichend, vielmehr müssen die Möglichkeiten zum Multi-Homing und die Substitutionsbereitschaft der Nutzer mit einberechnet werden, um eine adäquate Marktabgrenzung zu schaffen. Wenn die Marktabgrenzung auf Plattformmärkten bereits strittig ist, so verwundert es nicht, dass diese Problematik sich bei digitalen Ökosystemen weiter verstärkt. Hier wird es für die Wettbewerbsinstitutionen zunehmend schwieriger, eindeutige Marktabgrenzungen zu ermitteln, weil die beteiligten Unternehmen in völlig unterschiedlichen Märkten agieren (Crémer et al. 2019: 47-48, Haucap 2020). Werden im Fall von Facebook nur „Messengerdienste“ als Markt definiert, blendet dies das dahinterliegende Ökosystem aus. Auch wenn Unternehmen marktübergreifend Daten generieren, verwerten und austauschen, wird es schwieriger, eine Machtstellung allein auf einen einzigen Markt zurückzuführen (Haucap et al. 2018: 85). Um die betroffenen Unternehmen in der Fusionskontrolle besser adressieren zu können, wird häufig von einer Einteilung in „Aufmerksamkeitsmärkte“ und „Matchingmärkte“ gesprochen (BMWi 2019: 15, Haucap 2020: 26, BKartA 2016a: 22). Während erstere die Aufmerksamkeit einer Nutzergruppe einer anderen Nutzergruppe bereitstellen (z.B. werbefinanzierte Onlinezeitungen, werbefinanzierte Suchmaschinen), sorgen Matchingplattformen für eine Vermittlung zwischen zwei oder mehreren Nutzergruppen (z.B. Immobilien- und Datingplattformen). Haucap (2020) merkt jedoch zu Recht an, dass eine solch breite Marktabgrenzung auch dazu führt, dass weniger Unternehmen auf einem Markt marktbeherrschend seien, was wiederum die Eingriffsmöglichkeiten der Missbrauchsaufsicht einschränkt (ebd.: 26). Ein weiterer Vorschlag für die Bewältigung dieser Herausforderung ist die Definition eines Marktes für Ökosysteme bzw. eine Definition für ökosystemspezifische Aftermarkets (Crémer et al. 2019: 48).

Bei ihren Fusionen und Übernahmen wenden sich die großen Digitalunternehmen nicht selten kleinen Start-Ups zu, um sie mittels sogenannter „Killer Acquisitions“³ aufzukaufen. In den letzten 10 Jahren haben die fünf größten Digitalunternehmen weltweit über 500 Übernahmen vollzogen (Furman et al. 2019: 12). Zu den bekanntesten Fällen gehören der Kauf von WhatsApp durch Facebook (Europäische Kommission 2017) sowie die Übernahme von Shazam durch Apple (Europäische Kommission 2018). Eine Gefahr dieser Aufkäufe besteht darin, dass die eingesessenen Unternehmen somit den Wettbewerb und potentielle Konkurrenten eindämmen und ihre Machtposition stärken – ohne dabei von den Wettbewerbsbehörden

³ Der Begriff „Killer Acquisitions“ kommt ursprünglich aus der Pharmaindustrie. Hier werden Unternehmen aufgekauft, deren Forschungsprojekte sich zu einem Konkurrenzprodukt der eigenen Patente entwickeln könnten (Crémer et al. 2019: 120, Haucap 2020: 26).

belangt werden zu können, da die Aufkäufe oftmals unter die Aufgriffsschwellen der Fusionskontrolle fallen. Einige Autoren sehen deshalb Handlungsbedarf, um die Bestreitbarkeit von Machtpositionen zu gewährleisten (BMWi 2019: 69-71, Furman et al. 2019).

3. Aktuelle Vorschläge und Handlungsempfehlungen internationaler Wettbewerbsbehörden

Auf Basis der im zweiten Kapitel ausgeführten Herausforderungen entstand eine lebendige, internationale Debatte über Wettbewerbsregeln, die der Digitalisierung gerecht werden. Im Folgenden werden sechs Studien und ein Gesetzesvorschlag vorgestellt und ihre Änderungsvorschläge verglichen. Über diese Studien hinaus existieren noch weitere Arbeitsgruppen und Expertenteams; eine Zusammenfassung der hier nicht weiter beachteten Vorschläge aus den USA, Korea und Japan findet sich in Scholz 2019.

3.1 Deutscher Bericht: „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“

Der früheste in dieser Arbeit betrachtete Bericht zur internationalen Diskussion um eine Anpassung der Wettbewerbsregeln in der digitalen Wirtschaft kommt im September 2018 aus Deutschland. Im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie befassen sich die Rechtsanwälte Schweitzer und Welker sowie die Ökonomen Haucap und Kerber in der Studie „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ mit einer Anpassung des deutschen Gesetzes für Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Erst im Jahre 2017 wurde das Gesetz durch eine 9. Novelle überarbeitet (Für eine ökonomische Analyse siehe Budzinski/Stöhr 2019). Dabei steht für die Autoren die Frage im Vordergrund, ob die kartellrechtlichen Regeln zum Schutz vor Machtmissbrauch den Veränderungen der Digitalwirtschaft noch effektiv standhalten. Neben einer möglicherweise zu hoch angesiedelten Schwelle für einen Eingriff der Missbrauchsaufsicht untersuchen die Autoren auch neuartige Wettbewerbsgefährdungen, die von vertikal integrierten Unternehmen, konglomeraten Strategien oder von Zugriffsverweigerung auf Daten ausgehen.

Zunächst beschäftigen sich die Autoren mit der Frage, inwiefern eine Flexibilisierung der Prüfungssystematik durch eine allgemeine Abschaffung der Marktabgrenzung hilfreich wäre (Haucap et al. 2018: 30-40). Sowohl das Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV als auch § 18 und § 19 GWB setzen zur Anwendung eine marktbeherrschende Stellung des Unternehmens voraus. Jedoch kann es bei Unternehmen der Digitalwirtschaft sehr aufwendig sein, diese

marktbeherrschende Stellung zu ermitteln. Vielmehr könnte eine solche Stellung bereits aus der Möglichkeit abgeleitet werden, dass ein Unternehmen den Wettbewerb effektiv verhindern oder beeinflussen kann. Der daraus mögliche Rückschluss auf eine Leitungsfunktion des Unternehmens mache eine Prüfung der Marktabgrenzung überflüssig. Die Autoren merken jedoch an, dass in der Folge ebendiese Wettbewerbsbeeinflussung oder -verhinderung nachgewiesen werden müsse und das Problem sich somit lediglich verschiebe. Zusätzlich gäbe es nur wenige Fallkonstellationen, bei welchen eine flexiblere Handhabung der Prüfungssystematik hilfreich wäre. Im weiteren Verlauf der Studie werden diese durch das Konzept „Intermediationsmacht“ aufgegriffen. Somit kommen die Autoren zu dem Schluss, dass eine allgemeine Abschaffung der Marktabgrenzung nicht notwendig sei.

In den darauffolgenden Kapiteln untersuchen die Autoren eine allgemeine (ebd.: 40-59) bzw. fallspezifische (ebd.: 59-93) Absenkung der Eingriffsschwelle der Missbrauchsaufsicht. Sie stellen fest, dass das Verbot von relativer Marktmacht nach § 20 Abs. 1 GWB und das Behinderungsverbot nach § 20 Abs. 3 GWB bereits einen brauchbaren Rahmen darstellt und dessen Bedeutung in Zukunft mit hoher Wahrscheinlichkeit zunehmen wird. Ein Monopolisierungsverbot nach amerikanischem Vorbild lehnen die Autoren ab, empfehlen jedoch, die Beschränkung des Schutzbereichs von § 20 Abs. 1 GWB auf kleine und mittlere Unternehmen zu streichen. In der Digitalwirtschaft sei es durchaus möglich, dass auch kleine und mittlere Unternehmen ihre relative Marktmacht in wettbewerbswidriger Weise gegenüber großen Unternehmen ausnutzen. Eine ähnliche Problematik betrifft den aktuell sehr eng gefassten § 20 Abs. 3 GWB, weshalb die Autoren für eine flexiblere Anwendung plädieren. Das Behinderungsverbot solle nicht nur kleine und mittlere Unternehmen vor der Marktmacht größerer Unternehmen schützen, sondern auch den Wettbewerbsdruck mit einbeziehen, der möglicherweise gerade von kleinen und innovativen Unternehmen ausgehe.

Eine weitere Schutzlücke sehen die Autoren in dem Problem, das Märkte mit starken positiven Netzwerkeffekten zum Umkippen in ein Monopol neigten (ebd.: 59-66). Dieses Tipping ins Monopol könne durch bestimmte Praktiken vorsätzlich herbeigeführt werden und sei im Nachhinein nur schwer umkehrbar. Deshalb sei es wichtig, das Einschreiten der kartellrechtlichen Behörden auch bereits dann zu ermöglichen, wenn der Akteur noch über keine relevante Marktmacht verfüge. In einem neuen § 20a oder § 20 Abs. 6 GWB solle diese Schwelle gesenkt werden, indem eine missbräuchliche Behinderung von Wettbewerbern verboten werde, soweit diese zum Herbeiführen des Tipping eines Marktes geeignet sei.

Mit der Einführung der „Intermediationsmacht“ schlagen die Autoren eine neue, dritte Form der Macht im deutschen Wettbewerbsrecht vor, die sie in § 18 Abs. 1 GWB verankern wollen (ebd.: 66-78). Intermediationsmacht meint die Macht einer Plattform, durch ein gutes „Matching“ der Angebote den Nutzern möglichst hochrelevante Ergebnisse zu präsentieren und dadurch die Nachfrage zu steigern. Dabei sei jedoch der finanzielle Anreiz, dieses „Matching“ nach den Bedürfnissen der Angebotsseite auszurichten, deutlich höher, als die Rankingergebnisse perfekt auf den Nachfrager abzustimmen, welcher die Informationen ohnehin als Vertrauensgut konsumieren müsse. Es beständen somit hohe Anreize, die eigenen oder verbundenen Angebote auf der Plattform zu priorisieren. Neben der Ergänzung des § 18 Abs. 1 GWB um diese Vermittlermacht empfehlen die Autoren die Aufnahme der „Intermediationsmacht“ als weitere Fallgruppe in § 20 Abs. 1 GWB.

Bezüglich der gestiegenen Bedeutung von Daten bei der Ermittlung einer Marktstellung von Unternehmen stellen die Autoren fest, dass § 18 Abs. 3a GWB bereits den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als Kriterium zur Marktmachtermittlung aufgreift und somit eine Anpassung nicht nötig sei (ebd.: 78-83). Allerdings nennen die Autoren drei Fallkonstellationen, bei denen Datenzugangsprobleme entstehen können: (1) Der allgemeine Zugang zu Daten, um Markteintritt und Innovation zu gewährleisten, (2) der Zugang zu großen, anonymisierten Datensets im Zuge des Trainings von Algorithmen und künstlicher Intelligenz und (3) der Zugang zu Daten zur Entwicklung von IoT-Applikationen und Aftermarket-Angeboten. Zur Lösung der ersten Fallkonstellation eigne sich die Anwendung der „Essential Facilities“-Doktrin, obwohl diese bisher nicht im Zusammenhang mit Daten genutzt wurde. Mit einer „Daten-Sharing-Pflicht“ könne der zweiten Fallkonstellation entgegengewirkt werden, jedoch nennen die Autoren keine konkrete Umsetzung. In Hinblick auf IoT-Applikationen und Aftermarket-Angeboten besteht das Problem, dass ein Unternehmen exklusive Kontrolle über eine große Menge an Daten hat, welche wiederum für das Wertschöpfungsnetzwerk von anderen Unternehmen oder das Erstellen von zusätzlichen Dienstleistungen nötig sind. Grundsätzlich sei der Datenzugang bei einer unternehmensbedingten Abhängigkeit durch § 20 Abs. 1 GWB bereits geregelt, er könne jedoch noch expliziter formuliert werden, so dass die Daten im vorliegenden Fall substantieller Teil der Wertschöpfung werden.

In der weiteren Diskussion thematisieren die Autoren eine Gefahr durch konglomerate Macht von Unternehmen und beziehen sich dabei auf das Phänomen der digitalen Ökosysteme (ebd.: 83-93). Durch die Belegung mehrerer Märkte könnten Unternehmen eine höhere Finanzkraft, Verbundvorteile oder Koordinationsmöglichkeiten mit anderen Unternehmen nutzen, um wett-

bewerbswidrige Praktiken durchzuführen. Allerdings seien die damit einhergehenden Wettbewerbsgefährdungen in den bisherigen Wettbewerbsregeln hinreichend erfasst, solange das Unternehmen mindestens auf einem Markt eine marktbeherrschende Stellung besitze.

Um einer Marktabschottung durch Killer Acquisitions entgegenzuwirken, müsse die Fusionskontrolle in § 36 Abs. 1 GWB dahingehend ergänzt werden, dass ein solcher Kauf im Rahmen einer größeren Wachstumsstrategie eines Unternehmens untersagt werden könne (ebd.: 122-127). Hinweise auf eine solche Strategie könnten sein, dass das Start-Ups das Potential besitze, mittelfristig zu einem Wettbewerber zu werden, oder beide Unternehmen dieselbe Nachfragergruppe bedienen.

3.2 Britischer Bericht: „Unlocking Digital Competition“

Im März 2019, etwa ein halbes Jahr nach der Veröffentlichung des ersten deutschen Berichts, publiziert das britische Digital Competition Expert Panel unter Leitung des Ökonomen Jason Furman den Bericht „Unlocking digital competition“. Das Panel untersucht den Einfluss von großen Unternehmen im Digitalmarkt und macht Vorschläge für ein effizienteres Vorgehen bei Fusionen, Zusammenschlüssen und wettbewerbsschädigendem Verhalten. Außerdem evaluiert es Möglichkeiten, um Wettbewerb und Innovationen zu fördern und prüft, inwiefern der Einfluss von werbefinanzierten Produkten und Services auf die Kunden bemessen werden kann (Furman et al. 2019: 3). Im ersten Kapitel des Berichts erläutern die Autoren Nutzen und Herausforderungen von digitalen Märkten. Den Vorteilen wie beispielsweise steigende Innovation, keine monetären Preise, ein besseres Matching sowie eine effizientere Nutzung von Ressourcen werden Nachteile wie eine hohe Marktkonzentration auf fünf große Konzerne (Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft), die unklare Verarbeitung privater Daten, Selbstbegünstigung und strategische Aufkäufe von potentiellen Wettbewerbern gegenübergestellt (ebd. 17-53). In diesem Zusammenhang führen die Autoren einen strategischen Marktstatus („strategic market status“) als neue Machtkategorie ein. Darunter fielen laut des Panels digitale Plattformen, die aufgrund ihrer anhaltenden Marktmacht andere Akteure in ein Abhängigkeitsverhältnis zwingen würden (ebd.: 42). Im zweiten Kapitel stellt das Panel mit der „Digital Markets Unit“ ein ex-ante Instrument zur Bestärkung des Wettbewerbs vor. Während die traditionellen Wettbewerbsregeln lediglich die Konsequenzen von wettbewerbsgefährdendem Verhalten minimierten, solle die Digital Markets Unit den Wettbewerb von vornherein bestärken, Markteintritt fördern und für Sicherheit und Transparenz sorgen (ebd.: 54-83). Als erste Aufgabe solle dieses neue Regulierungsregime Verhaltenspflichten für digitale Plattformen entwickeln. Darin wer-

den in Kernprinzipien die Schadenstheorien („theories of harm“) wie Marktausschluss, Selbstpräferenzierung und Bestpreisklauseln formuliert und deutlich als unfaire Verhaltensweisen definiert. Diese Verhaltensregeln gelten dann für alle Unternehmen mit strategischem Marktstatus. Die zweite Aufgabe der Digital Markets Units bezieht sich auf den exklusiven Datenbesitz einzelner Unternehmen und sieht eine Regelung für die Mobilität personenbezogener Daten und Systeme mit offenen Standards vor. Wenn Konsumenten ihre personenbezogenen Daten von einer Plattform zur nächsten übertragen könnten, würden Netzwerkeffekte überwunden und Innovation gefördert. Auch eine branchenübergreifende Interoperabilität durch Systeme mit offenen Standards würde Innovation fördern und Lock-In-Situationen aufheben (ebd.: 64). Die dritte und letzte Aufgabe der Digital Markets Unit umfasst einen Entwurf zur freien Verfügbarkeit bestimmter Daten. Auch dies beruht auf der Erkenntnis, dass mehr Wettbewerb entstehen würde, wenn mehr Unternehmen Zugriff auf große Datenmengen besäßen. Allerdings müsse eine solche Entscheidung immer mit dem einhergehenden Verlust von Privatsphäre und dem Schaden für das datenliefernde Unternehmen abgewägt werden (ebd.: 74). Zur Erreichung dieser Ziele solle die Digital Markets Unit mit Plattformen, Unternehmen und Stakeholdern kooperieren.

Im dritten Kapitel des Berichts beschäftigt sich das Panel mit den bestehenden Wettbewerbsregeln in Großbritannien und dem Umgang mit Fusionen, Übernahmen und wettbewerbswidrigem Verhalten (ebd.: 84-117). Bei der Betrachtung der spezifischen Regelungen des Landes wird deutlich, warum die Autoren derart großen Wert auf die Einführung eines ex-ante Instruments legen. In Großbritannien ist die Anmeldung eines Zusammenschlusses bei der Competition and Markets Authority (CMA) freiwillig. Aus diesem Grund sollen Plattformen und Unternehmen mit strategischem Marktstatus laut der Autoren verpflichtet sein, einen geplanten Zusammenschluss zu melden (ebd.: 95). Zusätzlich sollen die entsprechenden Richtlinien zur Beurteilung von Zusammenschlüssen vollständig überarbeitet und um Aspekte wie zweiseitige Märkte, wettbewerbliche Relevanz von Daten, non-monetäre Preise, Verlust von zukünftiger Innovation und strategische Übernahmen erweitert werden (ebd.: 96). Außerdem empfehlen die Autoren die Aufnahme einer Schadensbalance („balance of harm“) in den neuen Richtlinien, in der sowohl Ausmaß als auch Wahrscheinlichkeit eines Schadens bei Zusammenschlüssen sowie etwaige Nachteile für Innovationen und den potentiellen Wettbewerb bemessen und abgewägt werden (ebd.: 100). Die Einführung der Digital Markets Unit entlaste die CMA in Hinblick auf Kartellrechtsfälle. Das Panel empfiehlt der Behörde die Durchführung einer Studie, die auf ausgewählte Fälle zurückblicken solle, bei denen keine Maßnahmen ergriffen wurden.

An diesen Beispielen könne analysiert werden, wie sich die Märkte und die Konsumentenwohl- fahrt entwickelt hätten (ebd.: 103). Auch zur Analyse des Wettbewerbs im digitalen Werbe- markt empfehlen die Autoren die Durchführung einer Studie (ebd.: 112).

Im letzten Kapitel des Berichts schlagen die Autoren den Bogen zu internationalen Wettbe- werbsregeln (ebd.: 118-126). Vor dem Hintergrund der globalen Charakteristik der digitalen Märkte fordern sie eine engere Kooperation zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden, um Konsumenten effizient vor wettbewerbsschädigendem Verhalten zu schützen.

3.3 Europäischer Bericht „Competition Policy for the Digital Era“

Die EU-Kommissarin für Wettbewerb, Margrethe Vestager, beauftragte das Expertenteam aus Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye und Heike Schweitzer mit der Beantwortung der Frage, wie die europäischen Wettbewerbsregeln weiterhin Wettbewerb und Innovation im digitalen Zeitalter fördern können. Ähnlich wie die beiden vorangegangenen Berichte arbeiten die Experten steigende Skaleneffekte, direkte und indirekte Netzwerkeffekte und umfassende Datensets als Treiber der digitalen Wirtschaft heraus. Die daraus entstehenden digitalen Öko- systeme zeichnen sich durch eine Vielzahl von komplementären Services aus, mit deren Hilfe anderen Marktteilnehmer der Markteintritt erschwert oder Leistungswettbewerb unterbunden werden kann (Crémer et al. 2019: 34). Trotz der neuen Herausforderungen bekräftigen die Ver- fasser des Berichts, dass die Grundprinzipien des Art. 101 und Art. 102 AEUV weiterhin ein flexibles und brauchbares Fundament für den Schutz des Wettbewerbs darstellten. Jedoch er- forderten die Charakteristiken der Digitalwirtschaft Anpassungen in der Anwendung der zu- grundeliegenden kartellrechtlichen Konzepte und Methoden (ebd.: 39). Das consumer welfare- Kriterium sei weiterhin gut für die Beurteilung von Wettbewerbsfällen geeignet, da es nicht nur die Endkunden, sondern auch Lieferanten, Hersteller und Nutzer in einer weiten Auslegung mit einbeziehe (ebd.: 40-42). Ähnlich wie auch der deutsche Bericht thematisieren die Autoren in der Folge das Thema Marktdefinition, insbesondere in digitalen Ökosystemen. Wenn es keine monetären Preise gebe und die Möglichkeiten zum Multi-Homing variierten, sei es schwierig, den Markt wie gewohnt abzugrenzen und auf Basis von Marktanteilen die Marktmacht abzu- leiten. Vielmehr gebe es in der digitalen Wirtschaft nicht den einen, richtigen Parameter, mit dessen Hilfe die Marktmacht beurteilt werden könne. Stattdessen sei eine Einzelfallanalyse un- umgänglich. In diesem Zusammenhang führen die Autoren auch das Konzept des unvermeid- lichen Handelspartners („unavoidable trading partner“) im Sinne einer Intermediationsmacht ein und unterstreichen Datenzugang als kritischen Parameter der digitalen Ökonomie (ebd. 45- 50). Ein weiterer Vorschlag betrifft die Verteilung der Beweislast und des Beweisstandards.

Mithilfe einer Fehlerkostenanalyse solle ein universeller Test entstehen, mit welchem Fehler- und Implementierungskosten generell bewertet werden könnten, ohne eine Einzelfallanalyse durchführen zu müssen. Die Beweislast für den Nachweis von wettbewerbsförderlichem Verhalten solle laut des Berichts vermehrt den dominanten Plattformen aufgetragen werden (ebd.: 51).

Im Kapitel bezüglich der Ökonomie der Plattformen legen die Autoren Wert darauf, dass der Wettbewerb *für* den Markt erhalten bleibe. Sowohl die Anwendung von Bestpreisklauseln als auch Wechselkosten und Multi-Homing könnten sich als wettbewerbsförderlich oder als wettbewerbshemmend herausstellen. Deshalb sei auch hier eine Einzelfallanalyse mit Beweislast beim Unternehmen notwendig, um die Folgen dieser Praktiken angemessen beurteilen zu können (ebd.: 55-58). Ebenso ambivalent betrachten die Autoren die Rolle einer Plattform als Regelsetzer, welche in deren Studie erstmalig thematisiert wird. Plattformen hätten gleichermaßen Anreize, diese Regeln über die Beziehungen und Interaktionen auf der Plattform fair oder unfair zu gestalten. Wenn die Plattform eine dominante Stellung im Markt hat, sei sie jedoch in der Pflicht, nachzuweisen, dass sie frei und unverzerrt reguliere (ebd.: 60-62). Eine ähnliche Beweispflicht schlagen die Autoren bei der Thematik der Selbstpräferenzierung eigener Inhalte vor. Da dieses Verhalten nicht per se missbräuchlich sei, müssten vertikal integrierte Plattform eigenständig nachweisen, dass keine Ausschlusseffekte im Markt entstünden (ebd.: 66).

Sowohl bei dominanten Plattformen als auch in Ökosystemen sei der wettbewerbliche Vorteil von Daten nicht zu verkennen. Der Zugang zu personenbezogenen Daten sei durch die Regelungen der DSGVO gesichert, auch könne das darin verankerte Recht auf Datenportabilität Verbrauchern das Wechseln zwischen Plattformen erleichtern (ebd.: 79). Der Bericht spricht sich jedoch gegen eine Anwendung der Essential Facilities-Doktrin im Zusammenhang mit Datenzugang aus und fordert stattdessen eine Interessenabwägung. Es gelte, einerseits die Gefahr von Ausschlusseffekten und hoher Marktkonzentration bei fehlendem Datenzugang zu erkennen und andererseits die Kosten für die Gewährung eines Datenzugangs bei einem marktbeherrschenden Unternehmen einzubeziehen (ebd.: 98-99). Falls ein Datenzugang sehr komplex oder auf einer langfristigen Basis gewährt werden solle, sei dies vielmehr ein Grund für eine sektorspezifische Regelung (ebd.: 109). Weiterhin liefern die Autoren konkrete Unterscheidungen von verschiedenen Datentypen, sowie Definitionen von Datenportabilität und Ebenen der Dateninteroperabilität (ebd.: 81-87). Detaillierter als die anderen Berichte thematisiert der EU-Bericht die Themen Datenaustausch und Datenpooling und schlägt die Aufnahme dieser Konzepte in Leitfäden bis hin zu einer eigenen Blockfreistellungsverordnung für Datenaustausch und Datenpooling vor (ebd.: 92-98).

In dem Kapitel zu Fusionen und Übernahmen arbeiten die Autoren, ähnlich wie der deutsche Bericht, das Problem der Übernahme von Start-Ups mit geringem Umsatz und schnell wachsender Nutzerzahlen durch dominante Plattformen heraus (ebd. 110-124). Es sei häufig schwierig zu erkennen, ob diese Übernahmen pro- oder antikompetitive Folgen nach sich ziehen, insbesondere weil die Unternehmen häufig auf den ersten Blick nicht im selben Markt agierten. Dennoch empfehlen die Autoren die erhöhte Kontrolle von Übernahmefällen kleinerer Start-Ups durch dominante Unternehmen. Falls die Vermutung bestehe, dass die Übernahme Teil einer Strategie zum Ausbau und zur Erhaltung der Marktdominanz sei, müsse das übernehmende Unternehmen die spezifischen Vorteile darlegen, die es durch die Übernahme generiere. Obwohl die aktuellen Absatzschwellen der European Union Merger Regulation (EUMR) derart hoch seien, dass viele solcher Übernahmen nicht bemerkt würden, empfehlen die Autoren keine Änderung der Schwellenwerte. Vielmehr sei es sinnvoll, sich weiterhin auf das Empfehlungssystem zwischen Kommission und Mitgliedstaaten bei kritischen Übernahmen zu verlassen und die Funktionalität des transaktionswertbasierten Schwellenwerts aus Deutschland und Österreich zu beobachten, um die europäischen Regelungen gegebenenfalls entsprechend zu adaptieren.

3.4 Australischer Bericht: „Digital Platforms Inquiry“

Anders als die bisher vorgestellten Berichte beauftragt die Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) kein Expertenteam, sondern arbeitet ihre Empfehlungen eigenständig auf Basis eines Vorberichts aus. Als Wettbewerbs- und Verbraucherschutzbehörde thematisiert die ACCC in dem Bericht nicht nur Wettbewerbsregeln, sondern auch Bereiche wie Privatsphäre und Medienberichterstattung. Nach einer allgemeinen Einführung beschäftigen sich die Autoren zunächst mit der Marktmacht von Google und Facebook in Australien. Sie kommen zu der Erkenntnis, dass Google eine erhebliche Marktmacht im Angebot von Suchdiensten besitze (ACCC 2019: 64); Facebook hingegen habe mit seinen Angeboten Facebook und Instagram eine erhebliche Marktmacht im Markt für Social Media Dienste (ebd.: 77). Wie die vorangegangenen Berichte stellt auch die ACCC fest, dass direkte und indirekte Netzwerkeffekte, hohe Wechselkosten und erschwertes Multi-Homing diese Marktmachtpositionen festigen. Zusätzlich erwähnen die Autoren eine gewisse Schwerfälligkeit der Konsumenten („default bias“) als Treiber der Machtposition. Weil Google Search und Google Chrome in Android-Betriebssystemen standardmäßig als erste und einzige Suchmaschine eingestellt seien, komme es zu einem verzerrten Nutzerverhalten, da viele Nutzer keinen Wechselaufwand betreiben würden (ebd.: 110-115).

Die marktmächtige Position der beiden Unternehmen erfordere auch Anpassungen bezüglich der Zusammenschlussregelungen. Ähnlich wie in Großbritannien gibt es in Australien keine Verpflichtung zur Anmeldung eines Zusammenschlusses. Wie auch der Furman Report fordert die ACCC deshalb, dass große Digitalplattformen verpflichtet werden, die Behörden in Zukunft frühzeitig über den Erwerb von Unternehmen zu informieren. Bei der Beurteilung der Fälle sollten zudem weitere Prüfkriterien aufgenommen werden. Dabei nennt die Kommission (a) die Wahrscheinlichkeit, dass der Kauf dazu führen würde, dass ein potenzieller Wettbewerber vom Markt genommen wird und (b) die Art und Bedeutung von involvierten Vermögenswerten, einschließlich Daten (ebd.: 105-110).

Die beiden Digitalunternehmen dominierten laut des ACCC-Berichts auch im Werbemarkt. Google habe eine erhebliche Macht im Markt für Suchmaschinenwerbung (ebd.: 89), Facebook im Markt für Displaywerbung (ebd.: 97). Dies hätte zur Folge, dass sich der Markt für Online-Werbung sehr intransparent gestalte. Die zugrundeliegenden Algorithmen, die Preisgestaltung und die Überprüfung der Leistung seien nur schwer oder gar nicht nachvollziehbar und führten zu Missbrauchsanreizen in Form von Selbstbegünstigung, Markteintrittsbarrieren und Bündelungspraktiken (ebd.: 133-138). Um den Online-Werbemarkt proaktiv zu überwachen und Fälle von wettbewerbswidrigem Verhalten nachgehen zu können, fordert die ACCC den Aufbau einer spezialisierten Behörde mit Fachwissen über digitale Märkte und Algorithmen (ebd.: 142). Diese Behörde soll zusätzlich den Wettbewerb hinsichtlich der Bereitstellung von Ad-Tech-Diensten untersuchen und prüfen, ob der effektive Wettbewerb aufgrund eines Mangels an Transparenz verhindert werde (ebd.: 157). Als ex-ante Instrument ähnelt diese Behörde der Digital Markets Unit, wie sie der UK-Bericht vorschlägt. Mit der umfangreichen Analyse der Zusammensetzung des Werbemarktes leistet der australische Bericht den einzigen Beitrag zu dieser Thematik.

Auf Basis der Marktmacht in den genannten Märkten resultiere eine erhebliche Verhandlungsmacht der beiden Digitalunternehmen im Umgang mit Nachrichtenunternehmen. Deshalb fordert die ACCC, dass große Digitalplattformen einen Verhaltenskodex über den Umgang mit Medienunternehmen implementieren und darin sicherstellen, dass alle nachrichtenproduzierenden Unternehmen fair, vernünftig und transparent behandelt werden (ebd.: 257). Zudem sollten digitale Plattformen mit mehr als einer Million aktiven Nutzern pro Monat einen Verhaltenskodex zum Umgang mit Beschwerden über Falschmeldungen in ihren Diensten erstellen (ebd.: 370).

Anders als der EU-Bericht behandelt die australische Studie nur kurz die Themen Datenaustausch, Datenportabilität und Interoperabilität. Dies könnten durchaus wettbewerbsförderliche Instrumente sein, allerdings sieht die ACCC zum jetzigen Zeitpunkt keine Notwendigkeit für derartige Regelungen (ebd.: 115-117). Die Autoren erwarten keine Erleichterung des Markteintritts oder der Wechsellmöglichkeiten durch eine Regelung zur Datenportabilität. Vielmehr stellen sie die Frage, ob Nutzer durch ein Recht auf Datenportabilität tatsächlich Plattformen wechseln würden, wenn alle Plattformen ohnehin ohne monetären Kosten existierten und sie durch Netzwerkeffekte an bestimmte Anbieter gebunden wären.

3.5 BRICS Bericht: „Digital Era Competition – A BRICS View“

Der BRICS Report, veröffentlicht durch das Competition Law and Policy Centre der russischen HSE Universität, befasst sich mit der Rolle der BRICS-Staaten (Brasilien, Russland, Indien, China und Südafrika) in der internationalen Debatte rund um digitale Wettbewerbsregeln. Unter der Leitung von Ioannis Lianos und Alexey Ivanov werden neue theoretische Rahmen sowie politische Empfehlungen für die BRICS-Wettbewerbsbehörden erarbeitet, die den Herausforderungen der digitalen Wirtschaft gerecht werden (BRICS 2019: 26). Die BRICS-Staaten nähmen eine Schlüsselrolle ein, wenn es um die Entwicklung eines globalen Rechtsrahmens zur Bewältigung internationaler Wettbewerbseffekte gehe (ebd.: 59). Der stark literaturgetriebene Bericht ist deutlich umfassender als die bisherigen Reports und schließt mit ausführlichen Fallstudien der einzelnen BRICS-Staaten.

Zunächst stellen die Autoren die Schäden durch ausschließende Praktiken von Digitalunternehmen dar und erläutern, wie gängige Methoden zur Marktdefinition und Marktmachtmessung ergänzt werden müssen, um den spezifischen Charakteristiken von zweiseitigen Märkten gerecht zu werden. Beispiele dafür sind die Beachtung der Quersubventionierung bei der Preisgestaltung und der Einfluss von Multi-Homing-Möglichkeiten auf die Marktmachtbewertung eines Unternehmens (ebd.: 155-169).

Daraufhin thematisieren die Autoren das strategische Handeln großer Digitalunternehmen. Weil deren Erfolge in der Privatwirtschaft in der Vergangenheit als Leistungswettbewerb und natürliches Wachstum angesehen wurden, hätten die Wettbewerbsbehörden zu selten eingegriffen. Ein staatlicher Eingriff hätte bedeutet, gegen Innovation, Effizienz und die „natürliche Ordnung“ des Marktes zu agieren (ebd.: 170). Es zeige sich jedoch, dass der Erfolg der Unternehmen nicht mehr mit traditionellen Theorien wie spezifische Investitionen (ebd.: 172) oder idio-

synkratische Ressourcen (ebd.: 174) erklärt werden könne. Vielmehr seien die zugrundeliegenden, strategischen Geschäftsmodelle und Ökosystemstrukturen die Werttreiber digitaler Plattformen. Diese unterschieden sich wiederum je nach Plattform-to-Business- oder Plattform-to-Consumer-Ausrichtung. Deshalb empfehlen die Autoren, alle regulatorischen Eingriffe anhand ihrer Auswirkungen auf das Geschäftsmodell von Plattformen zu bewerten (ebd.: 170-201).

Im vierten Kapitel konkretisiert der Bericht die Notwendigkeit einer Überarbeitung der Wettbewerbsregeln vor dem Hintergrund der neuen Wertgenerierung im digitalen Zeitalter (ebd.: 202-362). Diese neuen Entwicklungen erforderten eine Aufnahme der Charakteristiken von zweiseitigen Märkten in das Wettbewerbsrecht (ebd.: 205), wie es auch andere Berichte bereits erarbeiteten. Weiterhin sei eine Neukonzeption der Ziele des Wettbewerbsrechts und somit eine Verabschiedung vom Kriterium des „Consumer Welfare“ notwendig. Anstelle dieses eng definierten Kriteriums sollen Überlegungen zur Vermögensverteilung, Privatsphäre und Fairness treten (ebd.: 210-229). Damit stellt sich der BRICS-Report gegen die Vorschläge aus anderen Studien, die mehrheitlich eine Beibehaltung des Consumer Welfare-Kriteriums empfehlen. Ein Thema, welches erstmalig durch den BRICS-Report aufgegriffen wird, ist die Betrachtung der wettbewerblichen Beziehungen der Digitalunternehmen in den Kapitalmärkten. Die Finanzunternehmen und Investoren tragen einen großen Teil zur aktuellen Marktkonstellation bei, indem sie bevorzugt in Technologieunternehmen und Start-Ups investierten und mit ihrer Marktbewertung großen Einfluss auf den Erfolg der Unternehmen nahmen (ebd.: 229-251). Außerdem solle der Fokus der Wettbewerbsbehörden nicht mehr nur auf horizontalem Wettbewerb, sondern verstärkt auch auf vertikalen Beziehungen von Unternehmen und konglomeraten Technologien liegen (ebd.: 252). Da die bestehenden Werkzeuge wie eine Marktdefinition nicht ausreichten, entwickeln die Autoren neue Typologisierungen für vertikale Macht. Dabei stellen sie neben dem deutschen Konzept der Intermediationsmacht auch neue Formen wie Panoptikum-Macht (Macht, die durch Informationsasymmetrien und eine bestimmte Position im Ökosystem zurückgeht) und architektonische Macht (Macht durch die Fähigkeit, die Industriearchitektur zum eigenen Vorteil zu verändern) vor (ebd.: 252-342). Für die bessere Bewertung des horizontalen und vertikalen Wettbewerbs entwickeln die Autoren weiterhin einen Wertschöpfungskettenansatz, welcher insbesondere die Position und Verhandlungsmacht eines Unternehmens im Markt evaluiert (ebd.: 342-354).

Die Autoren stellen außerdem Maßnahmen vor, um den Anwendungsbereich wettbewerbsrechtlicher Eingriffe auf internationaler Ebene zu erweitern. Um die Effektivität der Rechtsmittel zu steigern, sollten nationale Wettbewerbsbehörden übergreifend zusammenarbeiten (ebd.:

400-410). Außerdem sollten einstweilige Maßnahme intensiver angewendet werden sowie allgemeine Grundsätze hinsichtlich der Rechtsmittel innerhalb der BRICS-Staaten festgelegt werden (ebd.: 410-457).

Bei der dualen Rolle von Plattformen, insbesondere von E-Commerce Unternehmen, sieht der BRICS-Report ähnliche Problematiken hinsichtlich wirtschaftlicher Abhängigkeit, Bestpreisklauseln und Kannibalisierungseffekte wie die anderen Berichte (ebd.: 504-532). In Indien sei der dualen Rolle entgegengewirkt worden, indem ausländische Plattformen dort lediglich als Marktplatz agieren und keine eigenen Produkte anbieten dürften. Weiterhin seien Exklusivitätsvereinbarungen und Beeinflussung der Preise verboten (ebd.: 538). Ob dieses ex-ante Instrument auch von den anderen BRICS-Ländern aufgenommen wird, lässt der Report offen.

Wie auch die anderen Berichte identifiziert der BRICS-Report große Plattformen oder Intermediäre als Gatekeeper eines Ökosystems, bei denen starke Anreize zu ausschließenden und unfairen, unilateralen Praktiken entstehen. Auch hier werden Interoperabilität, Datenportabilität oder Datenzugang als Möglichkeiten diskutiert, um die durch Netzwerkeffekte entstandene Marktkonstellation aufzulösen (ebd.: 546-625). Der Lösungsvorschlag der Autoren besteht in einem Prinzip der Speziellen Verantwortung („special responsibility“). Wenn Plattformen durch indirekte Netzwerkeffekte entstanden seien, gäbe es nur noch wenig oder gar kein Wettbewerb mehr um diesen Markt. Deshalb sollten die Plattformbetreiber von dort an als Regulator agieren und gleiche Wettbewerbsbedingungen für nachgelagerte und verbundene Märkte schaffen (ebd.: 566). Dabei beziehen sich die Autoren explizit auf den EU-Report, der in diesem Zusammenhang das Konzept der Intermediationsmacht vorstellte (Crémer et al. 2019: 69-70).

Der BRICS-Report stellt darüber hinaus fest, dass die bisherigen Wettbewerbsregelungen nicht ausreichen, um einer potentiellen Absprache zwischen Algorithmen („algorithmic collusion“) entgegenzuwirken. Die Autoren fordern, das Thema empirisch zu untersuchen, um das Konzept der kartellrechtlichen Absprachen zu überarbeiten (BRICS 2019: 626-687). In dem Bereich der Zusammenschlusskontrolle folgt der BRICS-Report den anderen Berichten. Dabei sollten Daten bei der Überprüfung eines Zusammenschlusses eine größere Rolle spielen und als zentraler Inputfaktor angesehen werden (ebd.: 687-757). Außerdem thematisiert der Bericht Herausforderungen an das Wettbewerbsrecht durch IoT (ebd.: 758-840) und durch den zunehmenden Schutz der Privatsphäre (ebd.: 840-911). In Letzterem ist interessant, dass der Bericht eine Entschädigung in Form eines negativen Preises für solche Nutzer vorsieht, die der Nutzung ihrer Daten durch die Plattform zustimmen (ebd.: 908).

3.6 Deutscher Bericht: „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“

Eingesetzt und beauftragt vom deutschen Bundesminister für Wirtschaft und Energie veröffentlicht die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 im September 2019 ihren Bericht „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“. Das Team arbeitet unter dem Vorsitz von Martin Schallbruch, Achim Wambach sowie Heike Schweitzer, die neben der ersten deutschen Studie (siehe Kapitel 3.1) und dem EU-Report (siehe Kapitel 3.3) nun auch an dieser Veröffentlichung mitwirkte. Die Studie richtet sich zwar an die deutsche Bundesregierung, erörtert jedoch vorrangig auf Ebene der Wettbewerbsregeln der Europäische Kommission und erarbeitet Handlungsempfehlungen zur Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts im Rahmen der digitalen Wirtschaft (BMWi 2019: 9). Grund dafür ist die deutsche EU-Ratspräsidentschaft im zweiten Halbjahr 2020, in welcher die Bundesregierung unter anderem die vorliegende Problematik thematisieren möchte. Die erarbeiteten Vorschläge dienen als Vorbereitung.

Die Autoren legen ihren Empfehlungen drei Leitmotive zugrunde: Zum einen müsse der Wettbewerb als Treiber für Innovationen erhalten bleiben (ebd.: 22-23). Dafür sei es wichtig, die Anstreitbarkeit von Machtpositionen zu bewahren sowie bestehende Rechtsunsicherheiten bei Kooperationen auszuräumen. Zweitens sei es wichtig, dass Konsumenten freie Entscheidungen bei der Wahl von Plattformen und Diensten ausüben könnten (ebd.: 23-24). Da die Nutzer sich in hohem Maße auf die Anbieter verließen und teilweise in Lock-In Situationen befänden, müsse gewährleistet sein, dass ein Wechsel zwischen Plattformen und Diensten möglich ist. Als drittes Leitmotiv müssten sich die Strukturen der Wettbewerbsregeln an den digitalen Wandel anpassen. In Märkten, in denen aufgrund von hohen Konzentrationseffekten schnelles Handeln erforderlich sei, fordern die Autoren klare, einfache Verhaltensregeln, welche die Rechtsanwendung vereinfachten. In allen anderen Bereiche solle hingegen auf weite, wertungsoffene Generalklauseln zurückgegriffen werden (ebd.: 24-26).

Analog zu der ersten deutschen Studie als auch zum EU-Bericht sehen die Autoren ein großes Problem in einer angemessenen Marktabgrenzung in der digitalen Wirtschaft. Die bestehende Definition reiche nicht aus, um die Besonderheiten von Plattformmärkten abzubilden (ebd.: 27-32). Zudem gelte es, das Konzept von Marktmacht zu konkretisieren. Die Studie bezieht sich dabei auf die ähnlichen, aber dennoch variierenden Begriffsfindungen für Marktmacht im deutschen Report („Intermediationsmacht“), im UK-Report („strategischer Marktstatus“) und im EU-Report („unvermeidlicher Handelspartner“) und fordert eine Veröffentlichung zur Marktabgrenzung und Marktmachtfeststellung bei digitalen Plattformen (ebd.: 31). Außerdem emp-

fiehlt die Wettbewerbskommission 4.0 die Beauftragung einer Studie, in welcher marktübergreifende Verschlussstrategien in der Digitalwirtschaft analysiert und Möglichkeiten zur Prävention skizziert werden sollen (ebd.: 32-33).

Vor dem Hintergrund des zweiten Leitmotivs der offenen Wahlmöglichkeiten erläutert die Kommission die Möglichkeit einer Einführung von Datentreuhändern zur Stärkung des Wettbewerbs und dem selbstbestimmten Umgang mit Daten (ebd.: 34-47). Nutzer könnten ihre Daten bei einem Treuhänder ihrer Wahl speichern, der dann wiederum in deren Auftrag die Bereitstellung organisiert. Eine konkrete Umsetzung müsse jedoch noch geprüft werden (ebd.: 43). In mehreren Empfehlungen thematisiert die Kommission die Offenlegung und Bereitstellung von Daten des öffentlichen Sektors und der Daseinsvorsorge sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene. Durch interoperable Datenformate wäre es möglich, den Nutzen der Daten unmittelbar zu steigern und unternehmerische Innovation und Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen zu stärken (ebd.: 45-47).

Vor dem Hintergrund verfestigter Marktmachtpositionen von Online-Plattformen sei es wichtig, das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht zu konkretisieren. Dafür empfehlen die Autoren die Einführung einer Plattform-Verordnung, welche klare Regeln im Markt etabliere und für alle marktbeherrschenden Online-Plattformen mit bestimmten Mindestumsätzen oder -nutzerzahlen gelte (ebd.: 50-57). Dies ähnelt dem Vorschlag des ACCC und des Furman-Reports nach einem Verhaltenskodex für dominante Plattformen. Diese Verordnung soll zum einen die Selbstbegünstigung eigener Dienste im Verhältnis zu Drittanbietern untersagen und zum anderen den Nutzern eine Datenportabilität in interoperablen Datenformaten in Echtzeit gewährleisten. Zunächst nur für B2C-Unternehmen generiert, solle die Verordnung längerfristig auch auf B2B-Konstellationen übertragbar sein. In jedem Fall solle den Plattformen eine Rechtfertigungsmöglichkeit eingeräumt werden, um möglicherweise überwiegende Wohlfahrtseffekte aufzuzeigen. Außerdem könne es im Rahmen der Verordnung auch möglich sein, eine Möglichkeit zur alternativen Streitbeilegung für Rechtsverletzungen auf Plattformen einzuführen.

Innovation könne laut der Autoren auch durch Kooperation entstehen, insbesondere in Hinblick auf Datenaustausch und Datenpooling. Jedoch bestünden häufig Zweifel, inwiefern solche Kooperationen kartellrechtlich erlaubt seien. Ein freiwilliges Anmeldeverfahren für Kooperationen mit ungeklärten Rechtsfragen auf europäischer Ebene könnte hier Abhilfe schaffen (ebd.: 59-63). Im Bereich der Fusionskontrolle sieht die Studie den Aufkauf junger Start-Ups durch marktmächtige Digitalunternehmen als problematisch an. Jedoch rät die Kommission von Än-

derungen der aktuellen Fusionskontrollverordnungen ab (ebd.: 64-71). Auch eine ex-post Kontrolle von Zusammenschlüssen würde zu Rechtsunsicherheiten führen und wird nicht empfohlen.

Die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts müsse schneller und effektiver von statten gehen. Deshalb solle geprüft werden, ob die häufigere Nutzung einstweiliger Maßnahmen geeignet sei, um irreversible Schädigungen des Wettbewerbs zu verhindern. Auch empfehlen die Autoren den stärkeren Einsatz flexibler, zielorientierter Abhilfemaßnahmen (ebd.: 72-79).

Zuletzt thematisiert der Bericht Instrumente zur besseren Verbindung des Wettbewerbsrechts mit anderen Bereichen. In einem „Digital Markets Board“ könne auf EU-Ebene eine fächerübergreifende Informationssammlung und -auswertung stattfinden, die das Wettbewerbsrecht effizienter mit Bereichen wie Verbraucherschutz-, Datenschutz- und Informationsrecht verzahnt (ebd.: 82). Anders als der Vorschlag der UK-Studie der „Digital Markets Unit“ sei das „Digital Markets Board“ jedoch nicht mit Regulierungsaufgaben betruet. Unterstützend soll eine befristete „Digital Markets Transformation Agency“ den Übergang der Märkte in die Digitalisierung begleiten, Plattform-Geschäftsmodelle beobachten und Interoperabilitätsstandards vorschlagen (ebd.: 80-85).

3.7 BeNeLux Bericht: „Joint Memorandum“

In ihrem gemeinsamen Memorandum veröffentlichen die Wettbewerbsbehörden aus Belgien, Luxemburg und den Niederlanden im Oktober 2019 ihre Vorschläge zur Bewältigung der Herausforderungen durch die digitale Wirtschaft. Die Studie ist mit sieben Seiten deutlich kürzer gehalten als die anderen in dieser Arbeit vorgestellten Studien. Die Autoren Barthelmé, Snoep und Steenbergen beziehen sich in ihren Ausführungen auf die Studie der Europäischen Kommission als auch auf die britische Studie und stimmen zu, dass in der digitalen Wirtschaft starke Netzwerkeffekte, hohe Eintrittsbarrieren und Winner-takes-all-Umwelten eine Gefährdung für den Wettbewerb darstellen könnten (Barthelmé et al. 2019: 4). Ebenso wie die beiden deutschen Berichte, der britische Bericht und der EU-Bericht thematisieren die Wettbewerbsbehörden der BeNeLux-Staaten die Übernahme kleinerer Start-Ups durch marktmächtige Plattformen. Sie folgen der Empfehlung des UK-Berichts und schlagen die Durchführung einer Studie vor. Diese solle vergangene Fusionen und Übernahmen der großen Plattformen im digitalen Sektor als auch die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden analysieren und ableiten, ob Schadenstheorien zutrafen, Effizienzen entstanden und ob der Behörde alle nötigen Informationen zum Zeitpunkt der Entscheidung vorlagen. Weiterhin könne die Studie auf dieser Basis Empfehlungen

zur Einführung eines zusätzlichen Schwellenwerts bei der Untersuchung von Übernahmen geben, zum Beispiel nach deutschem Vorbild. Auch die Möglichkeit einer Umkehrung der Beweislast auf die Seite des Käufers, wie auch im EU-Bericht vorgeschlagen, könnte die Studie laut Autoren prüfen. Die BeNeLux-Studie wäre damit breiter aufgestellt als die vorgeschlagene Studie des UK-Berichts, in der lediglich frühere Fälle evaluiert werden sollen, in denen zwar Verstöße vermutet, aber keine Maßnahmen ergriffen wurden (Furman et al. 2019: 103).

Im Hinblick auf die bestehenden ex-ante Regelungen im digitalen Markt fordern die Autoren eine zügigere Fallzuordnung, eine verstärkte Zusammenarbeit der EU-Mitgliedsstaaten, einen regeren Informationsaustausch und insgesamt ein weniger formelles und somit schnelleres Vorgehen bei Vertragsverletzungsfällen. Zusätzlich legen die Autoren ein Konzept für die Einführung eines ex-ante-Instruments vor, welches Rechtsmittel ohne Vorliegen eines Verstoßes durchsetzen sollte. Dies begründe sich damit, da in digitalen Märkten eine nachträgliche Rechtsdurchsetzung häufig zu spät komme, um einen effizienten Wettbewerb zu erhalten. Das Instrument könne dominante Unternehmen, welche als Gatekeeper in digitalen Ökosystemen agierten, Verhaltensvorschriften wie beispielsweise Datenportabilität und nicht-diskriminierendes Ranking auferlegen (Barthelmé et al. 2019: 5). Die Tatsache, dass das Instrument keine finanziellen Strafen erhebe und auch ohne Vorliegen von Fehlverhalten greife, erleichtere den Dialog mit den betreffenden Unternehmen und könne sogar zu langfristigen Vereinbarungen führen, welche kostspielige Rechtsstreitigkeiten von vornherein vermeiden würden. Dennoch sollte bei Nichtbeachtung der Verhaltensvorschriften auch eine finanzielle Strafe möglich sein. Damit hat neben der ACCC, dem Furman-Report und der zweiten deutschen Studie auch der BeNeLux-Bericht eine Forderung nach Verhaltensvorschriften für dominante Plattformen formuliert.

3.8 Deutscher Reformvorschlag für eine 10. GWB-Novelle

Am 24. Januar 2020 legt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den Referententwurf für eine 10. Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vor („Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0“). Anlass für die vorgesehenen Änderungen ist zum einen die internationale Debatte um die Entwicklung eines digitalen Ordnungsrahmens, zum anderen die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates (ECN+ Richtlinie), welche die Mitgliedstaaten bei einer wirksameren Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften unterstützen will. In den Entwurf sind sowohl Erkenntnisse aus den zwei deutschen Studien (Kapitel 3.1 und 3.6), als auch der EU-Studie (Kapitel 3.3), der britischen (Kapitel 3.2) und der australischen Studie (Kapitel 3.4) eingeflossen

(BMWi 2020: 58). Der Beiname „Digitalisierungsgesetz“ lässt den Schwerpunkt des Gesetzes erahnen. Im Folgenden werden die aus ökonomischer Sicht wichtigsten Änderungen skizziert.

(1) Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht

Das von der ersten deutschen Studie vorgeschlagene Konzept der Intermediationsmacht wird in § 18 Abs. 3b GWB-RefE übernommen, um die Vermittlungs- und Steuerungsfunktion von Online-Plattformen bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens hinreichend abzubilden. Intermediäre könnten durch vorteilhaftes Listing und die Sammlung von Daten nicht nur einen starken Einfluss auf die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit, sondern auch auf den Marktzugang anderer Marktakteure ausüben (BMWi 2020: 71). Auch die Wettbewerbskommission 4.0 hat in ihrer Studie vorgeschlagen, das Konzept der Marktmacht zu konkretisieren (Haucap et al. 2018: 31). Ähnliche Konzepte hatten auch die EU-Studie (Crémer et al. 2019: 70) und der Furman-Bericht genannt (Furman et al. 2019: 55). Somit steht die Intermediationsmacht nun als dritte Macht neben Nachfrage- und Angebotsmacht. Weiterhin wird in § 19 Abs. 1 GWB-RefE die „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ zu einem „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ umformuliert. Dies diene der Klarstellung, dass zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch keine strikte Kausalität, sondern nur eine Ergebniskausalität in Form von negativen Effekten durch missbräuchliches Verhalten vorliegen müsse (BMWi 2020: 72, siehe hierzu auch die Analyse des Facebook-Falls in Kapitel 5.1).

(2) Bedeutung von Daten als Wettbewerbsfaktor

In dem Referentenentwurf bildet der Gesetzgeber zudem die gestiegene Bedeutung von Daten als wettbewerbsrelevanten Faktor ab. Zunächst werden die Kriterien zur Feststellung von Marktbeherrschung in § 18 Abs. 3 GWB-RefE um den „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ erweitert, um die Bedeutung von Daten auch außerhalb mehrseitiger Märkte in allen Wirtschaftsbereichen abzubilden (BMWi 2020: 70-71). Mit der Verallgemeinerung des Konzepts der „Essential Facilities“-Doktrin und der Ergänzung des Wortes „Daten“ in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE kann zukünftig auch eine Verweigerung des Datenzugangs missbräuchlich sein (ebd.: 74). Dies betrifft insbesondere Konstellationen, in welchen Unternehmen im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit auf die Daten vorgelagerter Unternehmen angewiesen sind. Unternehmen, welche ihr Geschäftsmodell auf Datensätzen marktbeherrschender Plattformen aufgebaut haben, erlangen somit erstmalig einen gesetzlichen Datenzugangsanspruch (Für eine Argumentation gegen eine solche Anwendung siehe Crémer et al. 2019: 98). Um der Problematik von Datenzugang in IoT- oder Aftermarket-Diensten nachzukommen, wurde in § 20 Abs. 1a GWB-

RefE ein kartellrechtlicher Anspruch auf Datenzugang in Konstellationen mit relativer Marktmacht manifestiert. Dies folgt der Empfehlung der ersten deutschen Studie, nach der ein gerechtfertigter Datenzugang für Unternehmen bestehe, welche zur Erfüllung ihrer Geschäftstätigkeit auf Drittmärkten angewiesen seien, sofern nicht Datenschutz- oder Geschäftsgründe eine exklusive Nutzung der Daten rechtfertigten (Haucap et al. 2018: 155-156).

(3) Erweiterung der relativen Marktmacht

In § 20 Abs. 1 GWB-RefE streicht der Referentenentwurf den Zusatz „kleine und mittlere“ und weitet somit den Schutzbereich eines Missbrauches von relativer Marktmacht auch auf große Unternehmen aus. Dies beruhe auf der Erkenntnis, dass auch große Unternehmen von relativ marktmächtigen Unternehmen abhängig sein könnten (BMWi 2020: 81). Auch diese Änderung folgt einer Empfehlung der ersten deutschen Studie (Haucap et al. 2018: 54).

(4) Verhindern von Tipping

Mit einem neuen Tatbestand nach § 20 Abs. 3a GWB-RefE soll das „Tipping“ von Märkten künftig frühzeitig verhindern werden können. Per se sei ein solches Kippen des Marktes von mehreren Anbietern in einen monopolistischen oder hochkonzentrierten Markt nicht wettbewerbswidrig. Wenn Unternehmen jedoch mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln agierten, um ein solches Tipping herbeizuführen – zum Beispiel, indem sie Multi-Homing behinderten und Wechselkosten erhöhten – ermögliche der neue Tatbestand ein schnelleres Eingreifen der Behörden (BMWi 2020: 85-86).

(5) Regelungen für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung

Der Forderung der Wettbewerbskommission 4.0 nach einer Verordnung für marktbeherrschende Online-Plattformen (BMWi 2019: 51-57) kommt der Gesetzgeber mit einem neuen § 19a GWB-RefE nach. Digitalunternehmen, bei welchen das BKartA durch eine Verfügung eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ (BMWi 2020: 9) feststellt, werden hier verschiedenen Regelungen unterworfen (BMWi 2020: 75-81). Während § 18 und § 19 GWB Praktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens im betroffenen Markt umfasst, könnten mit dem neuen § 19a GWB-RefE auch Tätigkeiten in anderen Märkten erfasst werden, in denen das Unternehmen tätig ist, ohne dort eine Marktbeherrschung aufzuweisen. Dies ist insbesondere unter dem Aspekt des vertikalen und konglomeraten Leveraging von Plattformen

relevant. Der Entwurf geht jedoch davon aus, dass es sich bei dem von § 19a GWB-RefE betroffenen Unternehmen nur um einen „eng begrenzten Adressatenkreis“ handle (ebd.: 76), denen das BKartA folgende Praktiken untersagen kann: (1) Selbstpräferenzierung eigener Dienste im Vergleich zu Wettbewerbern (so auch Empfehlung 10 in BMWi 2019), (2) „Aufrollen“ noch nicht beherrschter Märkte, wie beispielsweise durch Kampfpreisstrategien und Exklusivitätsvereinbarungen, (3) Leveraging auf neue Märkte, insbesondere im Zusammenhang mit der Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten, (4) Verweigerung oder Erschwerung von Interoperabilität von Produkten und Diensten (Vgl. auch Empfehlung 11 in BMWi 2019) und (5) die vorsätzliche Schaffung von Informationsdefiziten durch Unternehmen, beispielsweise indem sie Nutzungsverhalten, Klickzahlen und Rankingkriterien vorenthalten und nachfragenden Unternehmen somit die Bewertung der Leistungserbringung erschweren (ebd.: 75-80). Es besteht die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung dieser Tatbestände; die Beweislast liegt auf Seite des Unternehmens. Zwar folgt der Entwurf mit der Einführung einer Plattformverordnung den Empfehlungen, jedoch hatte sich die Wettbewerbskommission gegen ein solches zweistufiges Verfahren ausgesprochen (BMWi 2019: 53).

(6) Vorsitzendenschreiben bei horizontalen Kooperationen

Die Wettbewerbskommission 4.0 erörterte mögliche Rechtsunsicherheiten bei horizontalen Kooperationen, insbesondere wenn bei der Kooperation Datenaustausch und Datenpooling beabsichtigt seien (BMWi 2019: 58-63). Der Referentenentwurf gibt Betroffenen in § 32c Abs. 3 GWB-RefE mit einem sogenannten Vorsitzendenschreiben die Möglichkeit zu einer freiwilligen ex-ante Kontrolle ihres Vorhabens. Sofern ein „erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse“ (BMWi 2020: 11) bestehe, könnten Unternehmen künftig innerhalb von sechs Monaten eine Entscheidung des BKartA beantragen, die ihnen nachweist, dass es keinen Anlass zur Einleitung eines Verfahrens gebe (ebd.: 90-92).

(7) Fusionskontrolle

Bei den Regelungen der Fusionskontrolle wird die zweite Inlandsumsatzschwelle nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE von bisher fünf Millionen Euro auf zehn Millionen Euro angehoben, um einerseits den Mittelstand in der Verwaltung zu entlasten und andererseits den Kartellbehörden mehr Ressourcen für die Prüfung komplexerer Fälle zur Verfügung zu stellen (BMWi 2020: 94-95). Entgegen den Vorschlägen des EU-Berichts und der ersten deutschen Studie, einen strategischen Aufkauf von Start-Ups durch große Digitalunternehmen zu untersagen (Crémer et al. 2019: 110-124, Haucap et al. 2018: 122-127), sieht der Referentenentwurf keinen

Bedarf an einer derartigen Regelung (BMWi 2020: 60). Das bestehende Instrumentarium würde ausreichen und könne noch stärker genutzt werden. Der Entwurf folgt damit der zweiten deutschen Studie, die von einer Änderung des Fusionskontrollregimes absah (BMWi 2019: 64-71). Durch einen neuen § 39a GWB-RefE kann der Gesetzgeber Unternehmen zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse verpflichten, wenn im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse in Höhe von mehr als 250 Millionen Euro vorlagen und Anzeichen dafür bestehen, dass die Aufkäufe des Unternehmens den Wettbewerb im Inland einschränken. Hiermit solle Geschäftsstrategien entgegengewirkt werden, die durch einen sukzessiven Aufkauf eine hohe Marktkonzentration oder Marktbeherrschung anstreben (BMWi 2020: 99-100). Die Wettbewerbskommission lehnte ein solches System der ex-post Kontrolle von Zusammenschlüssen ab (BMWi 2019: 68-69).

(8) Sonstige Regelungen

Einige Vorschläge des Referentenentwurfs betreffen die digitale Wirtschaft nicht oder nur indirekt und werden aus diesem Grund hier nur am Rande erwähnt. In der formellen Fusionskontrolle werden die Presserechenklausen vom Acht- auf das Vierfache der entsprechenden Umsatzerlöse abgesenkt (BMWi 2020: 97). Weiterhin schlug die Wettbewerbskommission vor, die Nutzung von einstweiligen Maßnahmen zu vereinfachen und deren Anwendung somit zu erhöhen (BMWi 2019: 74-76). Ein neuer § 32a Abs. 1 GWB-RefE greift dies auf und senkt die Voraussetzungen für deren Anwendung (BMWi 2020: 86-90). Zukünftig reiche es bereits aus, wenn eine Zuwiderhandlung (nur) überwiegend wahrscheinlich erscheint. Besonders ist hierbei, dass nicht mehr zwingend ein nicht wiedergutzumachender Schaden für den Wettbewerb nötig sei, sondern auch bereits schwerwiegende Schäden für einen einzelnen Marktteilnehmer als Nachweis anerkannt würden. Eine Analyse der Vor- und Nachteile dieser Neuregelung findet sich in Podszun/Deuschle 2019.

Der Entwurf sieht darüber hinaus verschärfte Voraussetzungen für die Erteilung einer Ministererlaubnis vor (BMWi 2020: 102-103). In den vergangenen Verfahren wurde ein Großteil der Zeit auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zusammenschlusses verwendet und soll nun auf entscheidungsrelevantere Aspekte konzentriert werden. Vor dem Hintergrund der Umsetzung der ECN+ Richtlinie ist ein weiterer Schwerpunkt des Entwurfs die Anpassung der Bußgeldvorschriften (BMWi 2020: 135-152). Änderungen erfolgen beispielsweise in einer gesetzlichen Normierung der Bußgeldbemessungskriterien. Außerdem wird erstmalig die Kronzeugenregelung kodifiziert (Für eine Bewertung dieser Punkte siehe Meyer-Lindemann 2020).

Insgesamt geht der Referentenentwurf auf einen Großteil der Empfehlungen der deutschen Studien ein, gestaltet sie jedoch teilweise konträr zu den Ansichten der Studien, beispielsweise indem er die Plattformverordnung in § 19a GWB-RefE entgegen der Studienempfehlung als zweistufiges Verfahren einführt. Mit dem Vorschlag der Öffnung der Essential Facilities-Doktrin auf Daten wählt der Referentenentwurf ein Werkzeug, welches die EU-Studie als dafür ungeeignet identifiziert hatte (Crémer et al. 2019: 98-101).

Bei den Themen Open Data und Datenportabilität verhält sich der Gesetzgeber zurückhaltend. So schlug die Wettbewerbskommission eine Weiterentwicklung der Open Data-Gesetzgebung sowie eine umfangreiche Bereitstellung von Daten aus dem öffentlichen Sektor vor (BMWi 2019, Empfehlungen 5-8). Auch die erste deutsche Studie skizziert Überlegungen zur einer Open Data-Regelungen, insbesondere im Kontext von künstlicher Intelligenz (Haucap et al. 2018: 151). Beide Studien betonen jedoch gleichzeitig die noch existierenden Unsicherheiten über die Umsetzung und Effektivität solcher Regelungen und die Notwendigkeit, diese Themen insbesondere auch auf EU-Ebene zu behandeln.

Da die europäische Richtlinie (EU) 2019/1 bis spätestens 4. Februar 2021 umgesetzt werden muss, kann noch im Laufe des Jahres 2020 ein konkreter Abschluss der Gesetzgebung erwartet werden.

4. Wettbewerbspolitische Analyse der deutschen Reformvorschläge

Die Vorschläge des Referentenentwurfes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (siehe Kapitel 3.8) stießen im Fachpublikum auf großes Interesse. Es folgten zahlreiche Fachbeiträge, welche die Neuerungen aus rechtlicher und ökonomischer Sicht diskutieren. Obgleich es Autoren gibt, welche eine Änderung der Wettbewerbsregeln im Allgemeinen (Hylton 2019) oder die vorgeschlagenen Änderungen des Referentenentwurfes im Speziellen kritisieren (Körber 2020), so ist sich die Mehrheit der Wissenschaftler und Experten dennoch einig, dass die Ideen und Formulierungen des Referentenentwurfes in die richtige Richtung weisen oder schlichtweg ambivalent zu betrachten sind. Im Folgenden werden die bereits skizzierten Punkte des Referentenentwurfes aus ökonomischer Perspektive auf ihre Eignung hin diskutiert, einen funktionierenden Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft zu schaffen. Dabei werden die Vorschläge anhand der im zweiten Kapitel festgelegten Einteilung den Themen Daten, Plattformen und digitale Ökosysteme zugeordnet.

4.1 Neue Regeln für den Umgang mit Daten

Der Referentenentwurf hat Daten als wichtigen Treiber der digitalen Wirtschaft erkannt. In § 18, § 19 und § 20 GWB wird der zunehmend bedeutendere Status von Daten als kritische Ressource in den vorgeschlagenen Änderungen aufgegriffen. Eine herausragende Rolle spielt dabei der Datenzugang. Aufgrund der Nicht-Rivalität von Daten könnte ein Zugriff auf diese Ressource zu mehr Wettbewerb, mehr Effizienz und mehr Innovation führen (Haucap et al. 2018: 128). Allerdings haben Unternehmen mit großen Datenbeständen und einem exklusiven Zugriff auf Datensets auch durchaus unternehmerische Gründe, den Datenzugriff nicht zu gewähren – beispielsweise, weil die Daten ein wesentlicher Bestandteil des Geschäftsmodells sind oder ein Geschäftsgeheimnis beinhalten können. Bei einer Beurteilung eines Datenzugangs gilt somit stets, zwischen einer Steigerung des Wettbewerbs und der Innovation auf der einen und den Geschäftsinteressen des Datenunternehmens auf der anderen Seite abzuwägen. Die rechtliche Grundlage für eine potentielle Gewährung eines Daten-zugangs kann das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB) oder das Verbot des Missbrauchs von relativer Marktmacht sein (§ 20 GWB). Der Zugang zu Daten spielt laut des Referentenentwurfs auch bei der Beurteilung der Marktbeherrschung nach § 18 GWB eine Rolle.

(1) § 18 Abs. 3 GWB-RefE: Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten

Bereits in der 9. GWB-Novelle im Jahre 2017 wurde in § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens eingeführt (Vgl. Budzinski/Stöhr 2019: 19). Mit der Ergänzung um „sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ (BMWi 2020: 9) stellt der Gesetzgeber in § 18 Abs. 3 GWB-RefE klar, dass dieser Aspekt nun nicht nur für mehrseitige Märkte, sondern explizit für alle Wirtschaftsbereiche gilt (ebd.: 70-71). Nicht nur in digitalen Geschäftsmodellen sind Daten ein wettbewerbsrelevanter Faktor, auch in klassischen Geschäftsmodellen können sie einen Grund für Marktbeherrschung darstellen. Da bereits in der 9. GWB-Novelle durch das Wort „insbesondere“ angedeutet wurde, dass die Regelung auch über mehrseitige Märkte hinaus gelten kann, ist die vorliegende Änderung lediglich als Klarstellung zu betrachten.

Die Ausweitung der Regelung wird einstimmig begrüßt (Kerber 2020: 250, Steinberg/Wirtz 2019: 607), auch weil dies die Kriterien einer Marktmachtdefinition für neue Ausnutzungstatbestände im neuen § 19a GWB-RefE erweitert (Budzinski et al. 2020: 8). Es gibt bereits Beispiele für Unternehmen in klassischen Branchen, die mithilfe ihrer Datenmacht Druck auf den Wettbewerb und nachgelagerte Unternehmen ausüben können: So wird spekuliert, ob Airbus

von den Wartungsfirmen eine Daten-Gebühr verlangen wird, damit dieser Zugriff auf die zur Reparatur und Wartung benötigten Daten erhalten (Hanke 2019). Wäre dies der Fall, könnte Airbus mithilfe seiner auf Daten basierenden Machtposition die von ihm abhängigen Unternehmen in nachgelagerten Märkten ausnutzen. Vor diesem Hintergrund ist die neue Regelung der 10. GWB- Novelle als angemessen zu bewerten.

(2) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE: Anwendung der Essential Facilities-Doktrin bei Daten

Die Essential Facilities-Doktrin („Wesentliche Einrichtungen-Doktrin“, im Folgenden: EFD) wurde im Rahmen der 6. GWB-Novelle im Jahre 1998 vorgestellt (Vgl. Körber 2020: 7). Der Gesetzgeber verfolgt damit das Ziel, dem Kartellrecht eine einheitliche Lösung für den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen zu bieten. Ursprünglich wurde die Regelung nur für infrastrukturelle Einrichtungen (z.B. Häfen) entwickelt, jedoch erstreckte der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Regelung im Laufe der vergangenen Jahre zusätzlich auf Urheberrechte (EuGH 1995, 2004) und Schnittstellenprotokolle (EuGH 2004a, Steinberg/Wirtz 2020: 607, Körber 2020: 9). Gemäß dem neuen § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen

„sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit dieser Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt“ (BMWi 2020: 9).

Neu ist somit, dass auch Daten eine wesentliche Einrichtung darstellen könnten, sodass Unternehmen in einer dominanten Position dazu verpflichtet werden könnten, anderen Akteuren den Zugang zu ihrer wesentlichen Einrichtung, den Daten, zu gewähren. Hintergrund ist, dass ein exklusiver Datenzugang eines Unternehmens dazu geeignet ist, den Wettbewerb im Aftermarkt und bei komplementären Services einzudämmen und die eigene Machtposition zu stärken (Kerber 2019). Nach Rechtsprechung des EuGH besteht ein Zugangsanspruch zu einer Essential Facility nur unter außergewöhnlichen Umständen. Dies setzt voraus, dass (a) der Zugang unerlässlich für den Zugang zu einem benachbarten Markt ist, (b) dass durch die Zugangsver-

weigerung ein wirksamer Wettbewerb im Markt verhindert wird, (c) dass durch die Verweigerung das Erscheinen eines neuen Produkts verhindert und (d) dass keine objektive Rechtfertigung für die Zugangsverweigerung existiert (Vgl. EuGH 2004).

Die Neuerung wird von vielen Autoren als guter Ansatz gelobt (Budzinski et al. 2020, Kerber 2020: 249, Körber 2020: 15, Steinberg/Wirtz 2019: 608). Der EU-Report deklariert jedoch die Anwendung der EFD in dieser Problematik als ungeeignet (Crémer et al. 2019: 98). Mit ihrer ursprünglichen Ausrichtung auf Infrastruktur und Urheberrechte sei die Doktrin nicht auf die besondere Beschaffenheit von Daten übertragbar und könne nur in Einzelfällen angewendet werden, während in einem Großteil der Fälle eine Interessenabwägung das richtige Werkzeug sei. Auch die erste deutsche Studie bemängelt, dass die Doktrin nur in sehr wenigen Fällen von Nutzen wäre und es sinnvoller wäre, die Anforderungen an die Anwendung – beispielsweise die Unerlässlichkeit des Zugangs in obigem Punkt (a) – zu senken (Haucap et al. 2018: 131-139).

Die EFD ist grundsätzlich anwendbar, wenn die Datensätze nicht anderweitig verfügbar sowie unerlässlich für die Tätigkeit auf einem angrenzenden Markt sind und wenn es durch eine Zugangsverweigerung möglich ist, den wirksamen Wettbewerb auf dem angrenzenden Markt einzudämmen (Haucap et al. 2018: 132). Der Referentenentwurf nennt ein Beispiel für eine solche Konstellation: Ein Datenzugangsanspruch nach der EFD kommt in Betracht, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zugang zu Nutzungsdaten kontrolliert, welches ein anderes Unternehmen benötigt, um bestimmte Dienste (wie Reparatur oder die Entwicklung komplementärer Services) anzubieten (BMWi 2020: 75).

Ein häufiges Argument gegen die Eignung der EFD in diesem Kontext ist die Nicht-Rivalität von Daten (inter alia, Haucap et al. 2018: 139, Haucap 2020: 28). Während Infrastruktur klassischerweise in der Nutzung rival ist und einen klaren, alleinigen Zweck verfolgt, können Daten hingegen mehrfach und parallel genutzt werden und haben vielfältige Verwendungszwecke (Crémer et al. 2019: 100-105). Aufgrund des alleinigen Verwendungszwecks sei es bei Infrastruktur bisher leicht zu begründen gewesen, dass und in welchem Umfang ein Unternehmen Datenzugang benötigt. Bei Daten sei die Lage aufgrund ihrer Heterogenität unübersichtlicher, denn für jedes Ziel (i.S.v. jedem neuen Datenzugang) müsste ein neuer relevanter Markt definiert werden. Schwierig ist weiterhin, die Unerlässlichkeit des Datenzugangs zu argumentieren. So müsste nachgewiesen werden, dass es in Hinblick auf die Verwendung der Daten keine Substitute gibt, der verfolgte Zweck also tatsächlich nur mit exakt diesem Datenset realisierbar ist und die Daten auch nicht anderweitig erhoben werden können (Haucap et al. 2018: 132). In

der Realität ist davon auszugehen, dass es Unternehmen durchaus möglich ist, zahlreiche Daten eigenständig zu erheben oder auf die Bereitstellung von Datensets über den Markt zurückzugreifen (Haucap et al. 2018: 129). Betrachtet man die Unterscheidung zwischen freiwilligen, beobachteten und abgeleiteten Daten (Vgl. Kapitel 2.1), so argumentieren einige Autoren, dass die Erhebung freiwilliger und beobachteter Daten sich relativ unkompliziert gestaltet und solche Daten damit nicht als unentbehrlich gelten können (Crémer et al. 2019: 102, Budzinski et al. 2020: 13-14). Folglich wäre es nicht möglich, den GAFA-Unternehmen mithilfe der EFD eine Datenzugangspflicht aufzuerlegen, da ein Großteil dieser Datensets schlichtweg reproduzierbar sei und keine essentielle Ressource darstelle (Körber 2016: 309). Ähnlich argumentierte auch die Europäische Kommission in Google/DoubleClick und stellte klar, dass bei einer Fusion die Kombination der Datensets beider Unternehmen keine Gefahr für den Wettbewerb darstelle, sondern die Wettbewerber vielmehr eigenständig und ohne großen Aufwand ähnliche Datensets erheben könnten (Europäische Kommission 2008: 96-97, vgl. auch Körber 2016: 309).

Dennoch wäre es aus wettbewerbspolitischer Sicht wichtig, anderen Wettbewerbern Zugriff auf die Datensets der GAFA-Unternehmen zu gewähren, da nicht die Art der Daten, sondern vor allem deren Umfang dazu führt, dass diese Unternehmen für den Wettbewerb uneinholbar werden (Budzinski et al. 2020: 14, Körber 2020: 8). Tatsächlich besteht die Möglichkeit, dass bestimmte Datensets aufgrund ihres Umfangs nicht so leicht durch andere Datensets substituierbar sind und ein Datenzugang gerechtfertigt wäre (Haucap et al. 2018: 129). Auch sind häufig nicht die Dateninformation im Detail, sondern vielmehr die daraus abgeleiteten Informationen wettbewerbslich relevant. Statt auf die Replizierbarkeit der freiwilligen und beobachteten Daten hinzuweisen, wäre es somit sinnvoll, die EFD auch auf Betrachtung der durch Datenanalyse entstandenen, abgeleiteten Daten auszuweiten, um ein geeignetes Instrument für den Erhalt des Wettbewerbs in GAFA-Umfeldern zu bilden.

In diesem Zusammenhang ist weiterhin mit einzubeziehen, dass die datengetriebenen Unternehmen hohe Kosten in die Generierung, Verwertung und Speicherung von Daten investieren (Crémer et al. 2019: 100, Haucap et al. 2018: 130-131). Es wäre kurzsichtig, diesen Aspekt bei der Bewertung von EFD-Fällen zu ignorieren. Wird einem dominanten Unternehmen auferlegt, Wettbewerbern seine Daten zugänglich zu machen, so entstehen dem Unternehmen dafür nicht nur Kosten für die technische Implementierung dieses Zugangs, sondern es verliert möglicherweise auch den Anreiz, weiter in die Datengenerierung zu investieren (Hylton 2019: 12-14). Auch argumentierten Automobilhersteller häufig damit, dass durch einen Datenzugang die Sicherheit und Qualität des Systems gefährdet sei (Kerber 2019: 2-5). Es gilt somit, die Vorteile

eines geschlossenen Systems ohne Datenzugang gegenüber den Vorteilen eines offenen Systems abzuwägen und nur dann für einen Datenzugang zu entscheiden, wenn die entstehenden Vorteile durch den Zugang größer sind als die beim Datenunternehmen entstehenden (monetären und nicht-monetären) Kosten.

Zusätzlich spricht für die weite Auslegung der EFD, dass eine Unter-Nutzung von Daten aus ökonomischer Sicht aufgrund ihrer Nicht-Rivalität im Grundsatz ineffizient ist (Kerber 2019: 6). Allerdings sollten auch die Nutzer selbst in manchen Fällen in die Überlegungen mit einbezogen werden, insbesondere wenn es sich um personenbezogene Daten handelt (BMW 2019: 38, Haucap et al. 2018: 129, Kerber 2020: 252, vgl. auch Acquisti/Varian 2005). Eine Gewährung von Datenzugang sollte stets mit dem Datenschutzrecht vereinbar sein, bei personenbezogenen Daten muss demnach eine Erlaubnis zur Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO vorliegen. Um sich gegen einen personenbezogenen Datenzugangsanspruch zu wehren, kann sich das marktbeherrschende Unternehmen in der Folge auf das entgegenstehende Datenschutzrecht berufen (Haucap et al. 2018: 133-134). Wird gleichzeitig festgestellt, dass die personenbezogenen Daten unentbehrlich sind, entsteht ein Spannungsfeld zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, bei dem die Zustimmung des Nutzers eingeholt werden müsste (Crémer et al. 2019: 104). Auch in diesem Punkt scheint somit eine Interessenabwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile unvermeidlich.

Es existieren auch einige Fälle, in denen ein Datenzugang wettbewerbsschädlich sein kann. So besteht die Gefahr einer Kollusion, wenn die Datensätze sensible Informationen enthalten, mithilfe deren eine Absprache der beteiligten Unternehmen möglich ist (Haucap et al. 2018: 138). Auch könnten sich Algorithmen unbewusst absprechen und somit verzerrte Preisstrukturen hervorrufen, wenn sie auf Basis derselben Daten arbeiten („algorithmic collusion“, BRICS 2019: 626-686). Zudem wäre es wettbewerbsschädlich, Unternehmen durch einen Datenzugang die Erstellung von Plagiaten zu erleichtern und somit Innovation einzudämmen (Körber 2020: 11). Auch der EU-Report argumentiert, dass digitale Ökosysteme durch einen gesetzlich erlaubten Datenzugang ihre Datenmacht weiter ausbauen könnten (Crémer et al. 2019: 108-109). Dieser Aspekt werde zwar bereits in der Fusionskontrolle beachtet, sollte aber auch in der Diskussion über Datenzugänge berücksichtigt werden.

Ein Datenzugang nach der EFD kann mehr Wettbewerb schaffen und Innovationsdynamiken stärken, gleichzeitig aber die Anreize für das marktbeherrschende Unternehmen verändern, Kollusion fördern oder einen Konflikt mit Datenschutzrechten herbeiführen. In der aktuellen Formulierung wird es für Unternehmen schwierig nachzuweisen sein, dass die Daten der

GAFKA-Unternehmen für ihr Geschäftsmodell unermesslich sind. Auch wenn der Entwurf derart umgestaltet werden würde, dass diese Daten als unentbehrlich definiert werden könnten, bietet der Vorschlag des Referentenentwurfs weiterhin zahlreiche Diskussionspunkte, welche zwangsläufig auf eine Abwägung der beteiligten Interessen im Einzelfall hinauslaufen werden. Auch Furman et al. (2019) betont die Notwendigkeit einer differenzierten Betrachtung und argumentiert, dass ein Datenzugang nur dann gewährt werden dürfe, wenn absolut keine anderen Maßnahmen vorliegen (ebd.: 75-76). In der Folge muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Nutzen eines Datenzugangs tatsächlich die entstehenden Kosten überwiegt (Haucap et al. 2018: 129, Kerber 2020: 251). Aufgrund der zahlreichen Unstimmigkeiten ist der Vorschlag des Referentenentwurfs bezüglich § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE in der aktuellen Version nicht sinnvoll. Abhilfe könnte jedoch ein weiterer Vorschlag des Entwurfs zur Thematik des Datenzugangs in § 20 Abs. 1a GWB-RefE schaffen.

(3) § 20 Abs. 1a GWB-RefE: Anspruch auf Datenzugang in „spezifischen Konstellationen“

Die Anwendung der EFD setzt die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens voraus. Allerdings ist es bei der Betrachtung von digitalen Plattformen durchaus möglich, dass auch nicht-marktbeherrschende Unternehmen über Datensets verfügen, welche für andere Marktteilnehmer relevant sind. So können auch große Unternehmen von einzelnen marktmächtigen, aber nicht marktbeherrschenden Plattformen abhängig sein, woraus ein Ungleichgewicht in Form einer asymmetrischen Verhandlungsmacht entstehen kann (Kerber 2020: 253). Um einer solchen, datengetriebenen Abhängigkeit von einem Unternehmen oder einer Plattform mit relativer Marktmacht entgegenzuwirken, wurde ein neuer § 20 Abs. 1a GWB-RefE vorgestellt. Darin heißt es, dass sich

„[e]ine Abhängigkeit im Sinne des Absatzes 1 [...] auch daraus ergeben [kann], dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist“ (BMWi 2020: 10).

Der Referentenentwurf erläutert, dass ein Recht auf Datenzugang in spezifischen Konstellationen sinnvoll sei und adressiert damit neben Aftermarket-Situationen auch zusammenhängende Wertschöpfungsketten. Zwar sei der Datenzugang in solchen Situationen häufig bereits vertraglich festgehalten, jedoch könne insbesondere bei Vorliegen einer relativen Marktmacht das marktmächtigere Unternehmen dem Vertragspartner den Zugriff auf die Daten verweigern

(BMWi 2020: 82-84). Die Umsetzung dieses Vorschlags beruht auf einem Vorschlag der ersten deutschen Studie (Haucap et al. 2018: 144-156). Während für eine Anwendung der EFD eine vorgelagerte Geschäftsbeziehung vorliegen muss, ist in § 20 Abs. 1a GWB-RefE ein Datenzugang auch begründbar, wenn bisher kein Geschäftsverkehr zwischen den beteiligten Akteuren bestand. So könnten auch Zugangsansprüche von Dritten in Betracht gezogen werden, die für das Angebot von komplementären Services auf eine Belieferung mit Daten angewiesen sind.

Der Vorschlag des Referentenentwurfs wird eher kritisch rezipiert. Kerber (2020) lobt die Einführung dieser „datenbedingten Abhängigkeit“ als aus ökonomischer Sicht fundiert, offen genug für eine sinnvolle Anwendung und mit angemessenen Kriterien zur Abwägung eines Zugangs versehen (ebd.: 254). Auch Budzinski et al. (2020) begrüßen den Vorschlag und fügen an, dass die Regelung auch für die Anwendung bei dual role-Konstellationen geeignet sei. Jedoch sei es wichtig, die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung anzufügen, um den abhängigen Unternehmen nicht die Möglichkeit zur Ausnutzung der Klausel zu bieten (ebd.: 14-15). Weiterhin reklamieren die Autoren eine Überlappung mit der Essential-Facilities-Doktrin und beziehen sich dabei auf Haucap (2020), welcher wiederum in seinem Papier analysiert, dass die Schwelle für die Feststellung eines Missbrauchs im neuen § 20 Abs. 1a GWB-RefE deutlich niedriger liegt als in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE und daraus eine potentielle Überflüssigkeit der EFD folgert (ebd.: 28). Auch Körber (2020) sieht diese Überlappung und kritisiert die sehr weitreichende Formulierung des neuen § 20 Abs. 1a GWB-RefE, welche nur durch dessen Streichung behoben werden könne. Er deklariert den Vorschlag als „kartellrechtliche Experimentierklausel“, welche allein auf Basis theoretischer Überlegungen formuliert wurde und deren praktische Relevanz durch das Fehlen entsprechender Gap Cases verloren gehe (ebd.: 17-31).

Tatsächlich existieren durchaus Fallkonstellationen, in welchen ein Zugangsanspruch von Dritten nach dem neuen § 20 Abs. 1a GWB-RefE in Betracht käme. Nachdem der Bundesgerichtshof bereits im Jahre 2015 urteilte, dass eine unbillige Behinderung in Form einer Nicht-Belieferung auch dann in Betracht kommt, wenn in einer unternehmensbedingten Abhängigkeit vorher keine Geschäftsbeziehung bestand (BGH 2015), sind die Chancen für eine Anwendung dieser Ansprüche auf Daten als gut zu bewerten. Als Beispiele nennt die Literatur den Zugriff auf Maschinendaten eines Herstellers durch Unternehmen mit komplementären Services oder Ansprüche auf Datenzugang in digitalen Ökosystemen, wenn beispielsweise unabhängige Serviceanbieter einen Anspruch auf Datenzugang gegenüber dem Fahrzeughersteller eines vernetzten Autos begründen könnten (inter alia, Crémer et al. 2019: 91-98, Haucap et al. 2018: 145-146, Kerber 2020: 254).

Die grundsätzlichen Argumente für oder gegen die Gewährung eines Datenzugangs wurden bereits in Hinblick auf die EFD diskutiert. Bezüglich der Überlappung mit der Essential-Facilities-Doktrin ist anzumerken, dass der Referentenentwurf erst in den Ausführungen zu § 20 Abs. 1a GWB-RefE die Kriterien eines potentiellen Datenzugangs abwägt, worin Kerber (2020) einen klaren Fokus des Entwurfs auf der Lösung vieler Datenzugangsprobleme durch § 20 Abs. 1 a GWB-RefE sieht (ebd.: 254). Aufgrund der großen Hürden, vor denen Antragssteller bei einer Anwendung der EFD stehen und der im EU-Report ausgeführten, schwierigen Integration des Konzepts auf die Nicht-Rivalität von Daten, erscheint der neue § 20 Abs. 1a GWB-RefE geeigneter, um Datenzugangsansprüche zu lösen (Haucap 2020: 28). Dies gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass – wie von Budzinski et al. (2020) gefordert – eine sachliche Rechtfertigung für das datentreibende Unternehmen möglich ist.

(4) Fazit zu den neuen Regeln für den Umgang mit Daten

Als Fazit für die Lösungsvorschläge bezüglich Problematiken durch Daten kann somit insgesamt begrüßt werden, dass der Referentenentwurf bereits weitgreifende Regelungen für die in Zukunft noch wichtiger werdende Ressource Daten schafft. Zahlreiche, bisher unvorhergesehene Fallkonstellationen auf Basis von Daten werden wohl erst in den kommenden Jahren zu Tage kommen (Haucap et al. 2018: 147). Die Ergänzung des Faktors Daten bei der Bewertung einer marktbeherrschenden Stellung in allen Wirtschaftsbereichen ist sinnvoll und sollte beibehalten werden. Die Regelungen zu Datenzugang bei marktbeherrschenden Unternehmen (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE) und Unternehmen mit relativer Marktmacht (§ 20 Abs. 1a GWB-RefE) sind nicht nur ähnlich, sondern überlappen sich. Aufgrund des umfassenderen Anwendungsbereiches des § 20 Abs. 1a GWB-RefE sollte diese Klausel beibehalten werden, während die dadurch weitestgehend redundante Änderung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE gestrichen werden kann, auch weil sie ohnehin schwer zu erfüllende Anforderungen formuliert. Zuletzt stellt sich die Frage, ob das Wettbewerbsrecht der einzige Ansatzpunkt sein sollte, um die Datenmacht einzelner Unternehmen in den Griff zu bekommen. Es gibt zahlreiche Ideen aus den Bereichen des Datenschutzes- und Verbraucherrechts, wie die Macht über die Daten von den Unternehmen zurück an die Nutzer gegeben werden kann (Vgl. Kerber 2016).

4.2 Neue Regeln für den Umgang mit Plattformmärkten

Indirekte Netzwerk- und Skaleneffekte fördern die Konzentration von Plattformmärkten (inter alia, Evans/Schmalensee 2007). Obwohl es aufgrund dieser Effekte häufig effizient ist, dass nur eine einzige Plattform existiert (Caillaud/Jullien 2003, Jullien 2005) gibt es dennoch Branchen,

in denen ein hinreichender Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern besteht, beispielsweise Reisevermittler, Immobilienmakler oder Partnerbörsen (Haucap/Wenzel 2011). Doch Plattformen können sowohl mit absoluter, als auch mit relativer Marktmacht ihre Mitbewerber unter Druck setzen oder in eine Abhängigkeit treiben. Letztendlich ist das Ziel, den Markt zu ihren Gunsten in ein Monopol zu kippen (Tipping). Den damit einhergehenden Problematiken wendet sich der Gesetzgeber in vier Neuerungen zu: In § 18 Abs. 3b GWB-RefE soll das Konzept der Intermediationsmacht als neue Form der Marktmacht eingeführt werden. In § 19 Abs. 1 GWB-RefE wird die „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ zu „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ umformuliert. Außerdem schlägt der Gesetzgeber vor, das Konzept der relativen Marktmacht in § 20 Abs. 1 GWB-RefE von kleinen und mittleren Unternehmen auch auf große Unternehmen zu erweitern. Zuletzt soll ein neuer § 20 Abs. 3a GWB-RefE das Tipping von Plattform vorzeitig verhindern.

(1) § 18 Abs. 3b GWB-RefE: Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht

In Plattformmärkten ist der Marktanteil eines Unternehmens kein hinreichendes Indiz mehr für dessen Marktstellung. Netzwerkeffekte und die Nutzung von Diensten zu nicht-monetären Kosten wirken sich auf den Wert eines Gutes aus, ohne sich im Preis niederzuschlagen (Crémer et al. 2019: 48-49). Deshalb ergänzte der Gesetzgeber in der 9. GWB-Novelle einerseits in § 18 Abs. 2b GWB-RefE die ‚unentgeltliche Leistung‘ als auch in § 18 Abs. 3a GWB-RefE diverse Charakteristika mehrseitiger Märkte als Kriterien zur Ermittlung der Marktstellung eines Unternehmens (Budzinski/Stöhr 2019). Nun schlägt der Gesetzgeber in einem neuen § 18 Abs. 3b GWB-RefE vor, dass

„[b]ei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, [...] insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen [ist]“ (BMWi 2020: 9).

Als Vermittler auf mehrseitigen Märkten gelten beispielsweise Reisebuchungsportale oder Online-Marktplätze, deren Intermediationsstellung nun in einer sogenannten „Intermediationsmacht“ kodifiziert wird. Der Referentenentwurf geht damit auf die entsprechenden Vorschläge von beiden deutschen Studien ein (Haucap et al. 2018: 85, BMWi 2019: 31-32).

Die Einführung der Intermediationsmacht wird von vielen Autoren genannt, jedoch nicht weitergehend ökonomisch diskutiert, woraus sich eine grundsätzliche Zustimmung deuten lässt

(Vgl. Budzinski et al. 2020, Haucap 2020, Körber 2020, Steinberg/Wirtz 2019). Explizit begrüßt wird die Neuerung hingegen von der Monopolkommission (2020: 3). Die geringe Auseinandersetzung mit der Neuerung begründet sich vor allem dadurch, dass die Neueinführung des Konzepts primär eine Klarstellung darstellt. Die Erfassung einer solchen Macht war bereits zuvor über eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände in § 18 Abs. 3 GWB möglich (BMW 2020: 71-72, Haucap et al. 2018: 72).

Die Autoren der deutschen Studien begründen dennoch die Wichtigkeit der Erfassung einer solchen Macht. Als Vermittler zwischen mehreren Marktseiten hätten Intermediäre große Anreize, ihre Machtposition zu missbrauchen: Sie könnten bestimmen, welche Akteure Zugang zu der Plattform erhalten, wie deren Angebote auf der Plattform gelistet werden und inwiefern ein Datenzugang gewährleistet wird. Das Konzept stelle klar, dass die Machtstellung gerade aus der Vermittlungsleistung und somit der Abhängigkeit eines Unternehmens von der Plattform für den Zugang zur anderen Marktseite folgt (Haucap et al. 2018: 66-78) Folglich könne Intermediationsmacht als dritte Kategorie der Marktmacht neben Angebots- und Nachfragemacht stehen (ebd.: 158). Die zweite deutsche Studie stellt ebenfalls fest, dass Marktanteile alleine nicht mehr zur Messung von Marktbeherrschung ausreichen, vielmehr sei die Kontrolle über den Marktzugang oder den Zugang zu wichtigen Kundengruppen ein Indiz für eine wettbewerbsrechtlich relevante Machtstellung. In der Folge solle ein Konzept zur Erfassung der Marktmacht von Plattformen entwickelt werden (BMW 2019: 32). Auch Wirtz ermittelt die direkten und indirekten Netzwerkeffekte als Grund für die starke Abhängigkeit von Unternehmen zu Plattformen. Neben naheliegenden Beispielen wie die Verkaufsplattform Amazon sei bei der Anwendung der Intermediationsmacht jedoch auch an Streamingplattformen oder Kabelnetze zu denken, die ebenfalls als Vermittler den Zugang zu einer großen Kundengruppe verwalten und gegenüber den Anbietern eine missbrauchsanfällige Machtposition einnehmen (Steinberg/Wirtz 2020: 608-609). Diese Position ist umso kritischer zu bewerten, wenn die Plattform vertikal integriert ist, wie die sogenannten Blackout-Strategien der Time Warner/AT&T illustrieren. Das Unternehmen fungiert sowohl als umfangreicher Inhalteanbieter, als auch als Netzbetreiber und konnte in dieser Rolle als Intermediär seine Machtstellung missbräuchlich ausnutzen, indem es anderen Streamingplattformen den Zugang zu den Endkunden sowie den Zugriff auf populäre Inhalte erfolgreich verwehrte (Stöhr et al. 2020).

Die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht kann auch deshalb als sinnvoll eingeordnet werden, weil zahlreiche internationale Studien ähnliche Vorschläge entwickelten. So spricht die britische Studie von einem „strategic market status“, wenn ein Unternehmen in der

Lage ist, aufgrund einer Gatekeeper-Position den Marktzugang anderer Akteure zu kontrollieren und somit Marktmacht auszuüben. Für Unternehmen mit einem solchen Status soll die neu geschaffene Digital Markets Unit gemeinsam mit der Industrie einen Regelkatalog mit fairen und wettbewerbsförderlichen Grundsätzen entwickeln (Furman et al. 2019: 57- 64; vgl. auch Kapitel 3.2).

Der BRICS-Bericht greift explizit den Vorschlag der Intermediationsmacht durch Haucap et al. (2018) auf, differenziert jedoch darüber hinaus zwischen weiteren Marktmachtkonzepten. Demnach fiele die Möglichkeit, Bestpreisklauseln zu vereinbaren oder technische Inkompatibilitäten zu erzeugen unter die Flaschenhals-Macht („bottleneck power“). Wenn ein Unternehmen durch seine Position ganze Industriezweige prägen und gestalten kann, spricht der Report von architektonischer Macht („Architectural power“, BRICS 2019: 322-341). Dies trifft beispielsweise auf eine Strategie von Tesla zu, die 2014 öffentlichkeitswirksam ihre Patente für die Allgemeinheit freigab, um nach eigenen Aussagen die Produktion von Elektroautos voranzutreiben (o.V. 2014). Die dahinterliegende Intention mag dabei eher die Bildung einer architektonischen Marktmacht gewesen sein, indem sich durch die Freigabe der Patente die grundlegende Infrastruktur der noch wachsenden E-Mobilitätsbranche nach den Vorgaben von Tesla bilden sollte.

Auch der ACCC-Bericht zeigt auf, dass von der Intermediärsrolle ein gewisses Beeinflussungspotential ausgeht und bezieht sich im Weiteren insbesondere auf die Intermediäre Facebook und Google in Online-Nachrichten- und Online-Werbemarkt-Umfeldern. Durch diese Machtstellung hätten sie große Anreize, die Präferenzen der Nutzer in Nachrichten und Journalismus zu formen (ACCC 2019: 55).

Die europäische Studie verweist auf die Verwandtschaft der Intermediationsmacht mit dem Konzept des „unvermeidlichen Handelspartners“ („unavoidable trading partner“). Zahlreiche Plattformen formten die Art, wie der Wettbewerb stattfinden darf, indem sie Regeln in Hinblick auf Bewertungssysteme, Preiskontrollen und Bestpreisklauseln setzten. In der Folge verfasst die Studie eigene Regeln, die unter anderem Rankingkriterien, Suchfilter und Empfehlungssysteme betreffen (Crémer et al. 2019: 48-61).

In dieser Hinsicht greift in Teilen auch die P2B-Verordnung, die seit 12. Juli 2020 in der Europäischen Union gilt und verhindert, dass Plattformen den handelnden Unternehmen grob unfaire und intransparente Geschäftspraktiken aufzwingen (Europäisches Parlament 2019). Sie begrenzt deren Intermediationsmacht dahingehend, als dass beispielsweise Rankingkriterien in

den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Selbstpräferenzierung eigener Dienste veröffentlicht werden müssen und Anbieter nur mit einer Vorlaufzeit von 30 Tagen von der Plattform ausgeschlossen werden dürfen. Die Verordnung wirkt somit zahlreichen Missbrauchsreizen entgegen, welche durch Intermediationsmacht entstehen. Sie ist für die GAFA-Unternehmen bindend, da es für deren Anwendung ausreicht, wenn die gewerblichen Nutzer der Plattform in der EU niedergelassen sind. Der Fall Google Shopping beweist, dass auch vor der P2B-Verordnung eine kartellrechtliche Erfassung von Praktiken wie Selbstpräferenzierung möglich war. Die neue Verordnung wirkt jedoch unterstützend und klarstellend und erleichtert den Nachweis eines missbräuchlichen Verhaltens (Polley et al. 2019).

Die Einführung der Intermediationsmacht durch den Referentenentwurf ist vor diesem Hintergrund als kein notwendiges, aber nützliches Instrument zur schnelleren Erfassung wettbewerbsrechtlicher Verstöße zu werten. Obwohl eine solche Macht bereits bisher erfassbar war und darüber hinaus durch die P2B-Verordnung seit Juli 2020 in manchen Ausprägungen abgedeckt wird, so schafft sie zusätzliche Klarheit und bildet einen internationalen Konsens ab. Die BRICS-Studie macht jedoch deutlich, dass es noch weitere Arten von Marktmacht geben kann, die in Zukunft an Relevanz gewinnen könnten.

(2) § 19 Abs. 1 GWB-RefE: „missbräuchliche Ausnutzung“ zu „Missbrauch“

In der bisherigen Formulierung des Missbrauchstatbestands in § 19 Abs. 1 GWB ist die „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ verboten. Es wird somit Marktbeherrschung vorausgesetzt, um missbräuchliches Verhalten zu verbieten. Mit der Umformulierung des Referentenentwurfs in „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ stellt der Gesetzgeber klar, dass keine strikte Kausalität, sondern lediglich eine Ergebniskausalität zwischen den beiden Aspekten vorliegen muss. In der Praxis bedeutet dies, dass anstelle eines Nachweises über die Marktbeherrschung in Zukunft eine negative Wirkung des Verhaltens ausreicht, um die Norm anzuwenden (BMWi 2020: 72-74). Bereits in der 9. GWB-Novelle wurde diese Änderung für das Anzapfverbot in § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB normiert. Da jedoch für die übrigen Fälle des Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauchs Rechtsunsicherheit bestand, weitet der Gesetzgeber nun die Regelung auf den gesamten § 19 GWB aus.

In der allgemeinen Rezeption des Referentenentwurfs wird diese vermeintlich kaum relevant wirkende Änderung nur von wenigen Autoren thematisiert (Budzinski et al. 2020, Körber 2020, Monopolkommission 2020: 4-5). In den Erläuterungen des Entwurfs wird jedoch darauf hingewiesen, dass diese Umformulierung insbesondere vor dem Hintergrund des Facebook-Falls vor

dem BKartA vollzogen wurde. Das BKartA argumentierte bereits in seinem Beschluss vom 06.02.2019, dass für den in diesem Fall vorliegenden Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB keine strikte Kausalität vorliegen müsse (BKartA 2019). Kritiker befürchteten in dieser Auslegung eine Überdehnung des Missbrauchstatbestands hin zu einer allgemeinen Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen (Ellger 2019, 2019a). Auch die Monopolkommission befürchtet, dass sich das deutsche Wettbewerbsrecht mit dieser Änderung zu sehr von den europäischen Regeln abende (Monopolkommission 2020: 4). Nach einer Beschwerde von Facebook widersprach das OLG Düsseldorf dem BKartA am 26.08.2019 und forderte den Nachweis einer strikten Kausalität (OLG Düsseldorf 2019). Der Bundesgerichtshof hob die Entscheidung des OLG jedoch zum 23.06.2020 auf und gab dem BKartA Recht (Für eine ausführliche Besprechung des Facebook-Falls siehe Kapitel 5.1). Mit der Forderung einer Ergebniskausalität stimmt somit auch der Referentenentwurf dem BKartA in seiner Entscheidung zu und wehrt sich gleichzeitig gegen die Vorwürfe einer Überdehnung des Tatbestands. So müsse bei zukünftigen Verstößen weiterhin eine Marktbeziehung vorliegen, um kartellrechtlich behandelt zu werden, während Verstöße gegen Steuer-, Arbeits- oder Umweltrecht nicht auf Basis von § 19 GWB begründet werden könnten. Insbesondere auf digitalen Plattformmärkten, in denen auch nicht-marktbeherrschende Unternehmen Anreize zu Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch hätten, müsse eine Sanktionierung auch ohne den Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung möglich sein (BMW 2020: 73-74). Tatsächlich griff das BKartA in der Vergangenheit häufig auf möglichst kleinteilige Marktabgrenzungen zurück, um den praktisch wirkenden, wettbewerbswidrigen Verstößen durch Digitalunternehmen entgegenwirken zu können. So definierte das BKartA im HRS-Fall eine komplizierte Marktabgrenzung hinsichtlich Technik und Funktionalität, um den Marktanteil von HRS auf über 30% zu bringen und Wettbewerbsschäden durch Bestpreisklauseln zu unterbinden (Hamelmann/Haucap 2016). Die neue Norm in § 19 Abs. 1 GWB-RefE kann derartige Marktabgrenzungen, die ohnehin wettbewerbsökonomisch kritisch zu betrachten sind, von vornherein redundant werden lassen.

(3) § 20 Abs. 1 GWB-RefE: Erweiterung der relativen Marktmacht auf große Unternehmen

Neben der Einführung der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3b GWB-RefE plant der Gesetzgeber eine Erweiterung bei der Erstreckung relativer Marktmacht in § 20 Abs. 1 GWB. Greift die Norm bisher nur zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen, öffnet der neue § 20 Abs. 1 GWB-RefE mit einer Streichung dieser Wörter den Schutzbereich auch für große Unternehmen (BMW 2020: 81). Die Änderung folgt einer Empfehlung der Studie von Haucap et al. (2018: 157) und wird in ihrem Grundsatz mehrheitlich begrüßt, da auch bei großen Unternehmen eine

Abhängigkeit von marktmächtigen (Digital-) Unternehmen bestehen kann (Budzinski et al. 2020: 15, Steinberg/Wirtz 2019: 609, Haucap 2020: 26, Monopolkommission 2020: 4). So kann auch ein großes Unternehmen in eine ökonomische Abhängigkeit von Apple und dessen App Store geraten, wie der laufende Fall zwischen Spotify und Apple anschaulich beweist (Vgl. Europäische Kommission 2020). Gleiches gilt für große Unternehmen, die ihre Waren über Amazon Marketplace anbieten.

Damit die Norm nur bei relativen Marktmachtverhältnissen angewendet werden kann, schließt der Referentenentwurf eine Anwendung zwischen gleichrangigen Partnern aus. In § 20 Abs. 1 S. 1 GWB-RefE heißt es, dass

„die Abhängigkeit wegen eines deutlichen Ungleichgewichts nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird“ (BMWi 2020: 10).

Damit kodifiziert der Gesetzgeber einen Grundgedanken des Bundesgerichtshofs im Fall Hochzeitsrabatte. Darin wurde entschieden, dass die Einzelhandelskette Edeka nach dem Aufkauf der Plus-Märkte keine Sonderkonditionen (oder sogenannte „Hochzeitsrabatte“) von Lieferanten fordern darf, da Edeka in diesem Fall aufgrund von zu wenigen Ausweichmöglichkeiten gegenüber den Lieferanten Nachfragemacht besitzt. In der Folge müsse bei wechselseitigen Abhängigkeiten zweier Akteure eine deutliche Asymmetrie zwischen den Unternehmen vorliegen (BGH 2018). Insofern stellt der Referentenentwurf klar, dass eine Anwendung des § 20 GWB Abs. 1 GWB-RefE nicht möglich ist, wenn das abhängige Unternehmen eine entsprechende Gegenmacht aufweist (BMWi 2020: 82). In der Formulierung „deutliches Ungleichgewicht“ könnten Unternehmen jedoch einen Anreiz sehen, die Neuregelung zur Disziplinierung vertikaler Vertragspartner auszunutzen. Schließlich sei jedes Vertragsverhältnis von einem minimalen Ungleichgewicht geprägt, auf das sich die Unternehmen im Zweifelsfall berufen könnten (Budzinski et al. 2020: 15-16). In der Praxis wird eine solche Anwendung insbesondere von der Auslegung der „entsprechenden Gegenmacht“ durch die Gerichte abhängig sein.

Der Gesetzgeber will mit der Streichung in § 20 Abs. 1 GWB-RefE großen Unternehmen eine Möglichkeit geben, sich vor den „Behinderungsstrategien digitaler Plattformen mit Torwächter-Position“ zu schützen (BMWi: 2020: 81). Die neue Norm zielt somit vor allem darauf ab, eine ökonomische Abhängigkeit von GAFA-Unternehmen rechtlich adressieren zu können. Bei der Bewertung dieser Änderung muss jedoch unterschieden werden, ob die Norm tatsächlich in diesem Sinne erfolgreich angewendet oder lediglich zur Bindung von Ressourcen bei unbelieb-

ten Vertragspartnern eingesetzt werden kann. Wenn die Gerichte die Formulierung „entsprechende Gegenmacht“ eng auslegen, so ist es wahrscheinlich, dass eine Ausnutzung im beschriebenen Sinne schwer durchzusetzen sein wird. Folgen die Gerichte einer weiten Interpretation, so kann beinahe allen Vertragsverhältnisse ein gewisses Ungleichgewicht beigemessen werden, welche eine Anwendung der Norm rechtfertigt. In der Folge könnten Unternehmen unbeliebten Vertragspartnern mit einer Anwendung der Norm drohen, wenn gewisse Konditionen nicht eingehalten werden. Aus Sicht des untergebenen Unternehmens stellt sich dann die Frage, ob die Annahme der geforderten Konditionen nicht kostengünstiger als ein Rechtsverfahren ist. Der neue § 20 Abs. 1 GWB-RefE könnte somit bei einer weiten Auslegung durch die Gerichte als Disziplinierungsinstrument missbraucht werden. Um den Fokus auf das eigentlich adressierte Problem der GAFA-Unternehmen zu lenken, sollten die Gerichte nicht zu viel Spielraum bei der Interpretation der „entsprechenden Gegenmacht“ lassen.

(4) § 20 Abs. 3a GWB-RefE: Verhindern von Tipping

Im weiteren Wortlaut des § 20 GWB ergänzt der Gesetzgeber in dem Referentenentwurf einen neuen § 20 Abs. 3a GWB-RefE. Demnach soll eine unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 3 S. 1 GWB auch dann vorliegen,

„wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird“ (BMWi 2020: 11).

Somit folgt der Referentenentwurf einer Empfehlung der ersten deutschen Studie, welche sich für die Aufnahme eines neuen Tatbestandes hinsichtlich des Tipping eines Marktes ausgesprochen hatte (Haucap et al. 2018: 92). Der Referentenentwurf greift die Argumentation der Studie auf und beschreibt, dass ein solches Kippen eines Marktes in eine Monopolstellung nicht immer wettbewerbspolitisch zu beanstanden sei, wenn es auf leistungswettbewerblichen Mitteln beruhe. Allerdings bestünden in bestimmten Konstellationen Anreize für Unternehmen, ein Tipping des Marktes mit Behinderungsstrategien herbeizuführen (BMWi 2020: 85-86). Zentraler Treiber für ein Tipping des Marktes sind starke positive Netzwerkeffekte, die letztendlich zu einem monopolistischen oder hochkonzentrierten Markt führen. Deshalb verbietet der neue § 20 Abs. 3a GWB-RefE insbesondere, Wettbewerber an der Erzielung von positiven Netzwerkeffekten zu behindern, beispielsweise indem die Wechselkosten erhöht oder Multi-Homing erschwert werden.

Die neue Regelung wird ambivalent rezipiert. Körber (2020) lobt, dass die Begründung des Referentenentwurfs anhand der Regelbeispiele Wechselkosten und Multi-Homing nicht auf Tipping an sich, sondern auf Tipping fördernde Praktiken eingehe. Er betont jedoch, dass nicht jeder Plattformmarkt derart konzentriert sei, dass ein Tipping in ein Monopol realistisch wäre. Beispielsweise bestünde bei Dating- und Hotelbuchungsplattformen weiterhin ausreichend Wettbewerb. Zudem seien in der Vergangenheit zahlreiche als unangreifbar erachtete Monopole wieder gefallen, was auch die Ablösung von MySpace durch Facebook und dessen neue Konkurrenten Snapchat und TikTok verdeutliche (ebd.: 33-42). Eine Überregulierung von Märkten, die aktuell nicht zum Tipping neigen, entgeht der Gesetzgeber durch die Bezugnahme auf § 20 Abs. 3 GWB, nach dem nur Unternehmen mit übergreifender Marktmacht zu Normadressaten werden können (BMWi 2020: 86, Haucap et al. 2018: 62). Körbers Beispiel eines funktionierenden Wettbewerbs im Markt für sozialen Netzwerke trägt bei näherer Betrachtung jedoch eher zur Befürwortung eines Sondertatbestandes für Tipping bei. Snapchat weist in Deutschland derzeit nur die Hälfte, TikTok sogar nur ein Viertel der Nutzerzahlen von Facebooks vergleichbarem Dienst Instagram auf (Instagram: 21 Millionen Nutzer, Snapchat 9 Millionen Nutzer, TikTok: 5 Millionen Nutzer; Firsching 2020, 2020a). Würden die Nutzungszahlen von Facebook, WhatsApp und Instagram kombiniert, kann wohl kaum von einem funktionierenden Wettbewerb gesprochen werden. Vielmehr versucht der Konzern durch die Imitation beliebter Funktionen von Snapchat und TikTok („Stories“ und „Reels“), die Nutzer von einem Multi-Homing abzuhalten – und würde damit unter den neuen Tatbestand nach § 20 Abs. 3a GWB-RefE fallen. Auch Furman et al. (2019) argumentieren, dass zwar in der Vergangenheit große Konzerne mit dominanten Machtpositionen gestürzt wurden, sich jedoch in der heutigen Zeit Netzwerkeffekte derart manifestiert hätten, dass auf den funktionierenden Wettbewerb im Markt allein kein Verlass mehr sei (ebd.: 4). Zuletzt spricht der Referentenentwurf selbst von Facebook als Monopolist im Markt für soziale Netzwerke (BMWi 2020: 85), was die Notwendigkeit der Einführung dieses Sondertatbestands erneut unterstreicht.

Sowohl Körber (2020) als auch Wirtz (2019) merken an, dass in der gegenwärtigen Version von § 20 Abs. 3 GWB noch von „kleineren und mittleren“ Unternehmen die Rede ist und der neue Sondertatbestand somit einen dementsprechend kleineren Schutzbereich aufweisen würde (Steinberg/Wirtz 2019: 609, Körber 2020: 35). Der Referentenentwurf betont jedoch, dass alle Wettbewerber geschützt werden, da in Plattformmärkten auch gegenüber großen Unternehmen eine überlegene Marktmacht bestehen könne (BMWi 2020: 86).

Fraglich ist, inwiefern Behörden und Gerichte Situationen erkennen können, in denen ein Einschreiten zur Verhinderung eines Tippings notwendig ist (Haucap et al. 2018: 63). In der Praxis

kann die Definition von Tipping-gefährdeten Märkten und Identifizierung von Tipping-fördernden Praktiken recht komplex sein. In Plattformmärkten sind Maßnahmen wie Nullpreisangebote nicht zwangsläufig Teil einer Tipping-Strategie, sondern dienen grundsätzlich zur Gewinnung von Netzwerkeffekten und somit zur Erhaltung des Geschäftsmodells (Körper 2020: 40). Haucap et al. (2018) betonen jedoch zurecht, dass eine derartige ex-ante Lösung die einzige Möglichkeit sei, effektiv gegen Tipping vorzugehen. Wenn erst nach dem Kippen eines Marktes eingegriffen würde, könnten die Wettbewerbsschäden nur bedingt rückgängig gemacht werden (ebd.: 157). Auch die zweite deutsche Studie analysiert, dass eine einmal erreichte Machtposition durch Tipping im Nachhinein nur schwer angreifbar ist (BMW 2020: 49).

Grundsätzlich ist Wettbewerb immer darauf ausgerichtet, Konkurrenten zu verdrängen und möglichst hohe Marktanteile zu gewinnen. Dennoch kann die neue Regelung in § 20 Abs. 3a GWB-RefE als sinnvoll bewertet werden, da sie missbrauchsanfällige Machtpositionen und damit Gefahren für den Wettbewerb bereits bei der Entstehung bekämpft. Funktioniert die Regelung, würden zusätzliche Normen wie § 19a GWB-RefE in Zukunft überflüssig. Da in diesem Zusammenhang eine ex-ante Regelung als einzig sinnvolle Alternative gilt, müssen Behörden und Gerichte praktikable Lösungen finden, um Tipping-geneigte Märkte und entsprechende Praktiken frühzeitig zu erkennen. Der Regelbeispielkatalog in den Erläuterungen des Referentenentwurfs sowie vergangene Fälle bieten eine gute Grundlage dazu. Wirtz merkt jedoch außerdem an, dass für eine Verhinderung von Tipping auch die effektive Anwendung von einstweiligen Maßnahmen nötig ist (Steinberg/Wirtz 2019: 610), welche der Gesetzgeber in § 32 Abs. 1 GWB-RefE vereinfacht (BMW 2020: 86-90).

(5) Fazit zu den neuen Regeln für den Umgang mit Plattformmärkten

Zusammenfassend können die neuen Regeln für den Umgang mit Plattformmärkten als sinnvoll oder zumindest eines Tests würdig bewertet werden. Die Einführung der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3b GWB-RefE ist zwar lediglich eine Klarstellung, vereinfacht jedoch in Zukunft die Erfassung potentiell wettbewerbswidriger Verstöße durch eine wachsende Anzahl von Intermediären in Plattformmärkten. Der Vorschlag der ersten deutschen Studie wurde nicht nur durch den Referentenentwurf aufgenommen, sondern auch international befürwortet und adaptiert (Crémer et al. 2019: 49, BRICS 2019: 324-326). Die Änderung der Kausalität in § 19 Abs. 1 GWB-RefE unterstützt eine Entscheidung des BKartA im Fall Facebook und kann in Zukunft kleinteilige und komplizierte Marktabgrenzungen für den Nachweis eines Missbrauchstatbestands überflüssig machen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Umgestaltung als sinnvoll.

Eine Überdehnung des Tatbestands hin zu einer allgemeinen Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Plattformen ist nicht zu befürchten. Dass längst auch große Unternehmen von anderen großen Unternehmen abhängig sein können, greift § 20 Abs. 1 GWB-RefE in begrüßenswerter Weise auf. Die Rechtsprechung sollte jedoch mittels einer engen Auslegung der Norm verhindern, dass sie in unbeabsichtigter Weise zur Ressourcenbindung von Vertragspartnern genutzt wird. Der Sondertatbestand zu Tipping in § 20 Abs. 3a GWB-RefE kann in seiner Effektivität erst nach einer Probephase beurteilt werden. Obwohl die Norm in ihrer ex-ante Formulierung wichtig und relevant ist, wird sich erst im Zeitverlauf zeigen, ob Behörden und Gerichte entsprechende Fälle auch hinreichend erkennen können.

4.3 Neue Regeln für den Umgang mit digitalen Ökosystemen

Durch Zusammenschlüsse, Übernahmen und Kooperationen bilden Unternehmen digitale Ökosysteme, welche sich häufig um eine Plattform anordnen und umfassende Themenbereiche bedienen (Hazlett et al. 2011: 7). In der Folge profitieren Nutzer dann einerseits von geringeren Such- und Transaktionskosten, andererseits können sie in eine ökonomische Abhängigkeit geraten, die sich das Ökosystem in wettbewerbsschädlicher Weise zunutze machen kann (Vgl. Kapitel 2.3). Aus diesem Grund stellt der Gesetzgeber im Referentenentwurf einige Überarbeitungen vor, mit welchen die Bildung und Zusammensetzung von digitalen, aber auch non-digitalen Ökosystemen kontrolliert und gegebenenfalls verboten werden können. So will der Gesetzgeber mit der Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE mehr Ressourcen für die Bewertung komplexerer Fälle freigeben. Außerdem wird in § 39a GWB-RefE eine Verpflichtung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse vorgeschlagen und § 32c Abs. 3 GWB-RefE eröffnet die Möglichkeit eines Vorsitzendenschreibens bei horizontalen Kooperationen. Die wohl größte und von Wettbewerbsökonomien meistdiskutierte Neuerung des gesamten Referentenentwurfs bildet jedoch § 19a GWB-RefE, welcher Regelungen für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung umfasst und somit ein Regelkatalog für ausgewählte, digitale Ökosysteme schafft.

(1) § 19a GWB-RefE: Regelungen für Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung

Mit einem neuen § 19a GWB-RefE geht der Gesetzgeber einen neuen Weg in der Missbrauchsaufsicht. Die neue Norm soll eine effektivere Kontrolle derjenigen Digitalkonzerne ermöglichen, welche aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung regelmäßig neue Märkte erschlie-

ßen und Dritte beeinflussen können (BMWi 2020: 75). Daraus folgt, dass insbesondere Unternehmen mit digitalen Ökosystemen zu Adressaten der Norm werden können. Im Einzelnen umfasst die Norm zwei Schritte: Zunächst kann das BKartA nach § 19a Abs. 1 GWB-RefE

„durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt“ (BMWi 2020: 9).

Zur Feststellung dieser „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ (ÜMÜB) wird in einer nicht abschließenden Aufzählung die marktbeherrschende Stellung, die Finanzkraft, der Zugang zu Daten, die vertikale Integration sowie die Intermediationsmacht des Unternehmens oder der Plattform herangezogen. Die Befristung einer solchen Verfügung wird laut Referentenentwurf zwischen fünf und zehn Jahren liegen (BMWi 2020: 75-77). Auch betont der Entwurf, dass diese Norm nur einen „begrenzten Adressatenkreis“ hat und nur wenige Unternehmen den ÜMÜB-Kriterien entsprechen (ebd.: 76).

Im zweiten Absatz der Norm listet der Referentenentwurf Missbrauchstatbestände auf, die einem Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nach Verfügung des BKartA auferlegt werden können. So verbietet der Entwurf zunächst die Selbstpräferenzierung eigener Dienste, dessen wettbewerbsschädigende Wirkung der Fall Google Shopping eindrücklich gezeigt hat (Europäische Kommission 2017a). Der zweite Tatbestand soll verhindern, dass Unternehmen mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln bisher unbeherrschte Märkte „aufrollen“ können. Beispielsweise könnten die Unternehmen ihre über lange Zeit gesammelte Datensätze dazu nutzen, sich gegenüber Wettbewerbern auf einem neuen Markt erfolgreich durchzusetzen. Auf ein ähnliches Problem bezieht sich auch der dritte Tatbestand, indem er die Kombination von wettbewerbsrelevanten Daten zweier Unternehmen aus unterschiedlichen Märkten verbietet, wenn daraus eine Behinderung anderer Marktteilnehmer folgt. Auch darf ein ÜMÜB-Unternehmen nach Tatbestand vier die Interoperabilität und Datenportabilität von Produkten und Leistungen nicht erschweren. Zuletzt sieht der Entwurf im fünften Tatbestand vor, dass ÜMÜB-Unternehmen gegenüber Leistungsempfängern keine ungerechtfertigten Informationsdefizite schaffen dürfen. Darunter fällt beispielsweise das Verschweigen der Rankingkriterien gegenüber Plattformanbietern oder die fehlende Bereitstellung von Klickverhalten der Nutzer für Verkäufer auf einer Plattform. Abschließend unterstreicht der Referentenentwurf die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung sowie die Beweislastumkehr auf die Seite des Unternehmens (BMWi 2020: 78-80). Die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung ist insofern wichtig, als dass die einzelnen Tatbestände in § 19a Abs. 2 GWB-RefE durchaus ambivalente

Wohlfahrtswirkungen haben. So kann Selbstpräferenzierung sowohl wohlfahrtsfördernd sein, indem es die Suchkosten der Verbraucher senkt, aber auch wohlfahrtsschädliche Effekte auf die „verdrängten“ Anbieter haben. Auch ein „Aufrollen“ des Marktes ist nicht per se wettbewerbsschädlich, sondern kann auch eine wettbewerbsfördernde Erweiterung der Angebotsvielfalt darstellen (Crémer et al. 2019: 65-66).

Grundsätzlich kann sich zunächst gefragt werden, ob es sich bei der vorliegenden Norm um eine Sektorregulierung der GAFKA-Unternehmen handelt. Der Referentenentwurf betont, dass insbesondere digitale Plattformaktivitäten zu Adressaten der Norm werden könnten (BMWi 2020: 76). Körber (2020) sieht in der Begrenzung auf einige wenige große Unternehmen der digitalen Plattformwirtschaft eine sektorspezifische Regulierung (ebd.: 77). Auch Haucap (2020) spricht von einer „regulierungsähnlichen Missbrauchsaufsicht für Plattformen“ (ebd.: 25). Höppner (2020) argumentiert, dass sich eine Sektorregulierung an dieser Stelle grundsätzlich eigne, da das Marktversagen im digitalen Plattformsektor von Dauer sei. Allerdings verfügten die Wettbewerbsbehörden noch nicht über das nötige Wissen und die Erfahrung, um nicht von den Normadressaten vereinnahmt und in die Irre geführt zu werden. Aus diesem Grund sei es zu begrüßen, dass die vorgeschlagene Variante noch keine Sektorregulierung darstelle (ebd.: 73). Auch Budzinski et al. (2020) vermeiden eine derartige Bezeichnung und betonen, dass das neue Gesetz grundsätzlich auch auf klassische Märkte übertragbar sei (ebd.: 20). Gerade aufgrund dieser offenen Gestaltung der Norm und das Fehlen eines entsprechenden Wortlauts in den Erläuterungen des Referentenentwurfs ist § 19a GWB-RefE nicht als Sektorregulierung anzusehen. Vielmehr unterstreicht das Fehlleiten der Behörden durch Facebook hinsichtlich eines Datenabgleichs im Fall Facebook/WhatsApp (Europäische Kommission 2017) das Argument von Höppner, dass es ohnehin noch zu früh für eine derartige Regulierung sei.

In der wissenschaftlichen Rezeption wurde der Vorschlag von § 19a GWB-RefE im Grundsatz begrüßt. Es wird allgemein zugestimmt, zusätzliche Grenzen für die ÜMÜB-Unternehmen zu definieren, um zu verhindern, dass diese ihren Einfluss durch Netzwerkeffekte und exzessive Datengenerierung noch weiter vergrößern. Höppner (2020) lobt die Differenzierung zwischen gewöhnlichen und ÜMÜB-Unternehmen, welche die notwendige Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Norm sicherstellt. Er empfindet auch den Katalog der verbotenen Tatbestände als gelungen, da dieser sich stark an den realen Herausforderungen der digitalen Wirtschaft orientiere (ebd.: 76). Wirtz (2019) begrüßt die Zweistufigkeit des Verfahrens mit einer vorherigen Feststellung durch das BKartA, da dies für eine praktische Durchsetzung der Norm ein erheblicher Gewinn an Rechtssicherheit darstelle (Steinberg/Wirtz 2019: 611). Budzinski et al.

(2020) zeigen in ihrer Analyse auf, dass der neue § 19a GWB-RefE die bestehende Missbrauchskontrolle durch § 19 GWB nicht nur erweitert, sondern auch auf klassische Märkte übertragbar macht (ebd.: 17-21). Die Monopolkommission (2020) warnt davor, die neuartige Regelung übereilt einzuführen und befürchtet lange Rechtsstreitigkeiten vor Gericht (ebd. 2020: 3). Umfassende Einwände gegen die neue Norm kommen von Körber (2020), der den Vorschlag als „zwar intellektuell interessanten, aber in der Sache unausgereiften Versuch“ (ebd.: 80) betitelt und dabei insbesondere argumentiert, dass auch die Wettbewerbskommission 4.0 von einer derartigen Umsetzung der Norm abgeraten hatte (ebd.). Tatsächlich empfahl die Kommission in ihrer Studie die Entwicklung von Verhaltensregeln für marktbeherrschende Plattformen, welche die europäische P2B-Verordnung ergänzen solle. Allerdings sprach sich nur eine Minderheit für ein zweistufiges Verfahren aus, mehrheitlich wurde für eine Anknüpfung der Norm an das Konzept der Marktbeherrschung gestimmt (BMWi 2019: 52-53). In der Tat gibt die vorliegende Formulierung des Referentenentwurfs, bestimmte Tatbestände erst nach Verfügung verbieten zu können, Anlass für Diskussionen. Es ist umstritten, ob die Norm in ihrer jetzigen Version bereits im Voraus (ex-ante) wirken kann und welche Anreize für Unternehmen sich durch diese Formulierung ergeben.

Sobald das BKartA einem Unternehmen oder einer Plattform eine überragende marktübergreifende Bedeutung nachweist, kann der jeweilige Normadressat davon ausgehen, dass die in § 19a Abs. 2 GWB-RefE aufgeführten Verhaltensweisen von nun an (ex-nunc) sanktioniert werden. Aus diesem Grund könnte die neue Norm eine ex-ante eingreifende Wirkung besitzen, da die Betroffenen über diese Regeln informiert sind und sie entsprechend einhalten können (Körber 2020: 43, Haucap 2020: 26, Budzinski et al. 2020: 17). Allerdings bestehen Zweifel daran, dass die ÜMÜB-Unternehmen ein entsprechendes Verhalten von Beginn an vermeiden. Die Vorteile, die ein Digitalunternehmen beispielsweise durch Leveraging erlangt, können sich bis zu einer entsprechenden Untersagung durch das BKartA längst entfaltet haben und nur schwer rückgängig zu machen sein. Dies wird insbesondere dadurch bekräftigt, dass für Handlungen, die vor der Untersagung getätigt wurden, keinerlei Sanktionen zu befürchten seien. Auch ist das BKartA nicht berechtigt, ähnliche Verhaltensweise mit derselben Wirkung zu untersagen. Dies schafft für die ÜMÜB-Unternehmen einen Anreiz, die Verhaltensweisen schlichtweg nur bis zur Untersagung durchzuführen und die gewünschte wettbewerbsverzerrende Wirkung anschließend durch eine andere Verhaltensweise zu ersetzen, bis diese wiederum erneut untersagt werde. Ein solches „Katz-und-Maus-Spiel“ (Höppner 2020: 78) nehme der neuen Norm jegliche Durchschlagskraft und binde unnötige Ressourcen beim BKartA, das in einem solchen Szenario wohl immer einen Schritt hinter den ÜMÜB-Unternehmen sein

würde (ebd.: 77-78). Weiterhin muss damit gerechnet werden, dass entsprechende Untersagungen des BKartA regelmäßig gerichtlich angefochten und womöglich erst Jahre später praktisch wirksam werden (Steinberg/Wirtz 2020: 611). Bei der Betrachtung des Verhandlungsgeschicks der GAFA-Unternehmen in vergangenen Fällen ist durchaus die Annahme vertretbar, dass diese Unternehmen solche Schutzlücken identifizieren und ausnutzen werden. Eine ex-ante Wirkung der Norm ist nicht nur aus wettbewerbsökonomischer Sicht zweifelhaft. Auch aus rechtlicher Sicht kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Unternehmen die entsprechenden Verhaltensweisen im Voraus vermeiden, da § 19a Abs. 2 GWB-RefE festlegt, dass eine Verfügung über den ÜMÜB-Charakter gleichzeitig mit einem Verbot eines Tatbestands vollzogen werden kann (§19 Abs. 2 S. 5 GWB-RefE). Wenn ein Unternehmen zeitgleich von seinem ÜMÜB-Status und dem Verbot einer seiner Praktiken erfährt, bleibt eine entsprechende Vorfeldwirkung aus.

Es stellt sich die Frage, wie die Norm verändert werden muss, um eine effektive Wirkung zu erzielen. Möglich wäre eine Umstellung der vorliegenden Untersagungsverfügung auf eine Verpflichtungsverfügung nach dem Vorbild des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Anstatt wie in § 19a GWB-RefE bestimmte Verhaltensweisen zu verbieten, verpflichtet das TKG die im Vorfeld identifizierten Normadressaten zur Erfüllung gewisser Pflichten. Somit können die ÜMÜB-Unternehmen dazu angehalten werden, die Dienste von Wettbewerbern gleich den eigenen Diensten zu behandeln, anstatt eine Selbstpräferenzierung zu verbieten. Die Erfahrungen der Behörden mit dem TKG bestätigen die Effizienz einer solchen Verpflichtungsverfügung (Höppner 2020: 78). Warum sich die Mehrheit der Wettbewerbskommission 4.0 jedoch gegen eine solche Norm nach dem Vorbild des TKG ausgesprochen hat (BMWi 2019: 53), bleibt offen. Alternativ könnte die vorliegende Norm auch in eine Verbotsnorm umformuliert werden, wenn laut § 19a Abs. 2 GWB-RefE die Untersagung der Tatbestände nicht nur möglich ist, sondern explizit untersagt wird (Höppner 2020: 79). Eine ähnliche, tatsächlich ex-ante greifende Regulierung hatte der Furman-Report vorgeschlagen. Die eigens initiierte Digital Markets Unit soll zusammen mit Unternehmen, bei welchen ein „strategic market status“ nachgewiesen wurde, einen Regelkatalog entwickeln, um ex-ante bestimmte Maßnahmen zu verbieten (Furman et al. 2019: 57-64). Budzinski et al. (2020) sehen in dem vorliegenden Entwurf des § 19a GWB-RefE darüber hinaus noch einen Fehler in der inneren Logik des GWB: Anstatt die ÜMÜB-Unternehmen erst in der Missbrauchsaufsicht zu ermitteln und zu sanktionieren, sollte auch der Fusionskontrolle ein derartiges ÜMÜB-Kriterium an die Hand gegeben werden, um die Bildung solcher digitaler Ökosysteme im Voraus zu verhindern (ebd.: 23-24).

Grundsätzlich kann diskutiert werden, ob eine solche ex-ante Regelung nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf europäischer Ebene kodifiziert werden sollte (Barthelmé et al. 2019: 5, Körber 2020: 81). Dies würde auch der grenzüberschreitenden Vormachtstellung der GAFA-Unternehmen gerecht werden. Die bereits geltende P2B-Verordnung ist als Hilfsmittel ungeeignet, da diese nur das Verhalten von Vermittlungsplattformen gegenüber gewerblichen Nutzern erfasst, der neue Regelkatalog aber insbesondere das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern regeln will (B2C). Die P2B-Verordnung macht jedoch deutlich, wie lange die Etablierung einer derartigen Norm auf EU-Ebene dauern würde: Von einer erstmaligen Forderung nach einer solchen Norm im Jahre 2017 bis zum Inkrafttreten der Verordnung im Juli 2020 vergingen drei Jahre. Obgleich dies im vorliegenden Kontext keine lange Zeitspanne ist, könnten GAFA-Unternehmen in diesem Zeitraum ihre bereits marktbeherrschende Stellung noch weiter ausbauen, was nicht im Interesse der Wettbewerbsbehörden liegen kann. Aus diesem Grund ist es durchaus vertretbar, dass die deutschen Wettbewerbsbehörden mit einer nationalen Regelung vorangehen, um gleichzeitig Erfahrungen für eine Kodifizierung in europäisches Recht zu sammeln.

Als Fazit zu § 19a GWB-RefE kann somit festgestellt werden, dass der Entwurf in seiner jetzigen Form noch nicht die gewünschte ex-ante Wirkung entfalten kann. Es ist davon auszugehen, dass die ÜMÜB-Unternehmen die erläuterten Schlupflöcher der Norm finden und große Anreize haben, diese auch auszunutzen. Abhilfe könnte eine Umformung der Norm in eine Verpflichtungsverfügung schaffen, welche sich im TKG bereits als effektiv erwiesen hat. Die Entwicklung solcher Verpflichtungstatbestände in Zusammenarbeit mit den betroffenen Unternehmen nach dem Vorbild von Furman et al. (2019) kann hilfreich sein, um die Akzeptanz solcher Regelungen auf Seiten der Unternehmen zu erhöhen (Vgl. Barthelmé et al. 2019: 5). Die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung ist aufgrund der ambivalenten Wohlfahrtswirkungen der einzelnen Tatbestände in jedem Fall richtig und sollte beibehalten werden. Parallel zur Überarbeitung der deutschen Norm empfiehlt sich jedoch die Entwicklung einer solchen Regelung auf europäischer Ebene, um den marktbeherrschenden GAFA-Unternehmen mit einer entsprechenden Gegenmacht begegnen zu können. Die Erfahrungen mit der bereits verabschiedeten P2B-Verordnung sowie eine mögliche Überarbeitung des § 19a GWB-RefE im deutschen Wettbewerbsrecht können dafür wertvolle Erkenntnisse liefern.

(2) § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE: Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle

Durch die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle von fünf Millionen auf zehn Millionen Euro möchte der Gesetzgeber in der Fusionskontrolle die hohe Fallzahl an Anmeldungen

senken und gleichzeitig Ressourcen für komplexere Fälle freigeben. Das BKartA solle sich auf Fälle mit höherer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung konzentrieren, denn von rund 1 400 Zusammenschlüssen im Jahre 2017/18 kam es lediglich zu acht Hauptprüfverfahren (BMW 2020: 94-95). Aufgrund dieser Zahlen wird einer Anhebung der Inlandsumsatzschwelle in der wissenschaftlichen Rezeption von vielen Experten zugestimmt (Slobodenjuk/Scholke 2019, Steinberg/Wirtz 2020: 9). Allerdings ist der Schwellenwert im europäischen Vergleich weiterhin extrem niedrig: So liegt er in den Niederlanden bei 30 Millionen Euro, in Belgien bei 40 Millionen Euro und in Frankreich sogar bei 50 Millionen Euro (Slobodenjuk/Scholke 2019, Budzinski et al. 2020: 21). Wirtz fordert in diesem Zusammenhang, nicht nur die zweite Inlandsumsatzschwelle auf 20 Millionen Euro zu steigern, sondern auch die erste Inlandsumsatzschwelle von bisher 25 Millionen Euro auf 40 Millionen Euro anzuheben. Nur dann sei eine tatsächliche Reduktion der zahlreichen, anmeldepflichtigen Kleinstfusionen und somit eine Ressourceneinsparung zu vermerken (Steinberg/Wirtz 2020: 9). Grundsätzlich erfordert eine Anhebung der Inlandsumsatzschwellen immer eine Abwägung zwischen der Gefahr, dass wettbewerbswidrige Fusionen übersehen werden (sog. Fehler Typ 1, „false positives“) und eine große Anzahl an anmeldepflichtigen, aber unproblematischen Fusionen bestehen bleibt (sog. Fehler Typ 2, „false negatives“, inter alia, BMW 2020: 95, Budzinski et al. 2020: 21). Die Wahrscheinlichkeit, dass durch die Anhebung um fünf Millionen Euro wettbewerbsrechtlich kritische Fälle durch das Raster fallen, bewertet der Referentenentwurf als gering. Nach einer Analyse von Budzinski et al. (2020) wären vier Fälle der vergangenen Jahre unter den neuen Bedingungen nicht mehr anmeldepflichtig gewesen. Somit kann laut der Autoren auch mit der vergleichsweise niedrigen, neuen Umsatzschwelle nicht ausgeschlossen werden, dass potenziell wettbewerbsschädigende Zusammenschlüsse übersehen werden (ebd.: 21-22). Insbesondere auf regionalen Märkten sind strenge Aufgreifkriterien jedoch nötig, um beispielsweise den systematischen Aufkauf kleiner regionaler Marktführer durch bundesweit tätige Anbieter adressieren zu können (Monopolkommission 2020: 7). Abhilfe könnte hier der bereits in der 9. GWB-Novelle eingeführte Transaktionsschwellenwert in § 35 Abs. 1a S. 3 GWB schaffen, laut dem nicht nur der Umsatz, sondern auch der Transaktionswert der Fusion eine Rolle bei der Zusammenschlusskontrolle spielen kann. Somit ist es dem BKartA möglich, auch bei niedrigen Umsatzwerten einen Zusammenschluss zu prüfen, wenn der Kaufpreis über 400 Millionen Euro liegt. Insbesondere in digitalen Märkten werden die durch § 35 GWB geforderten Inlandsumsatzschwellen von den beteiligten Unternehmen häufig nicht erreicht und sind seit der 9. GWB-Novelle nun über den Transaktionsschwellenwert adressierbar. Allerdings liegen noch keine

hinreichenden Erfahrungswerte mit diesem neuen Schwellenwert vor. So wurde bei dessen Einführung befürchtet, dass die beteiligten Unternehmen einen Kaufpreis über 400 Millionen Euro schlichtweg in mehrere Bestandteile aufteilen und somit einer Prüfung durch die Kartellbehörden umgehen könnten (Stauber 2017). Aus diesem Grund ist die zögerliche Anhebung der zweiten Inlandumsatzschwelle durchaus vertretbar, bis sich die Eignung des Transaktionsschwellenwertes als Abhilfeeinstrument gezeigt hat.

(3) § 39a GWB-RefE: Verpflichtung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse

Mit der Einführung des § 39a GWB-RefE wird dem BKartA ein Instrument an die Hand gegeben, mit welchem die Entstehung marktbeherrschender Stellungen in bestimmten Märkten verhindert werden kann. Nach derzeitiger Rechtslage könnten größere Unternehmen durch den Erwerb mehrerer kleinerer Unternehmen die Marktkonzentration erhöhen und sich eine Machtposition erkaufen, welche die Existenz mittelständischer Unternehmen gefährde (BMW 2020: 99-100). Wenn die Umsätze der Zielgesellschaften die zweite Inlandumsatzschwelle unterschreiten, bleibt eine solche Erwerbsstrategie außerhalb des Wirkungsbereichs des BKartA. Mithilfe des neuen Paragraphen kann das BKartA Unternehmen mit einem weltweiten Jahresumsatz von 250 Millionen Euro dazu verpflichten, ihre zukünftigen Zusammenschlüsse, unabhängig von umsatz- und transaktionswertbezogenen Aufgreifschwelen, bei der Behörde anzumelden. Voraussetzung ist, dass das BKartA einen konkreten Wirtschaftszweig benennt und dass „Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen eingeschränkt werden kann“ (BMW 2020: 11). Diese Anhaltspunkte könnten sich durch eine Sektoruntersuchung, durch Beschwerden von Kunden oder Konkurrenten, durch den sukzessiven Aufkauf von kleineren Unternehmen in der Vergangenheit oder durch den Aufkauf von Start-Ups ergeben, welche in naher Zukunft den eigenen Umsatz gefährden könnten. Auch kann die Regelung nur angewendet werden, wenn das Unternehmen zwei Drittel seines Umsatzes im Inland generiert. Die Anmeldepflicht besteht für drei Jahre und kann verlängert werden. Der Referentenentwurf schätzt, dass die Regelung jährlich auf ein bis drei Unternehmen angewendet werde (BMW 2020: 99-100).

Steinvorth (2020) bewertet den neuen Paragraphen als innovativen Vorschlag, welchen durch den präventiven Charakter eine große Flexibilität biete, ohne im Gegenzug Rechtsunsicherheit zu verursachen (ebd.: 2). Bei genauerer Betrachtung ist diese Bewertung aus wettbewerbsökonomischer Sicht nicht nachvollziehbar. Die Regelung wird den Unternehmen zwar im Voraus auferlegt, ihre Wirkung entfaltet sie jedoch als ex-post Element erst nachträglich. Denn die Folge dieser Anmeldepflicht für das BKartA ist eine Marktbeobachtung, die womöglich mit

einem umfassenden bürokratischen Aufwand verbunden sein wird. Der neue § 39a GWB-RefE könnte damit die Ressourceneinsparungen durch das Absenken der zweiten Inlandsumsatzschwelle zunichte machen. Gleichzeitig könnte die Regelung Unternehmen daran hindern, wettbewerbsfördernde oder effizienzsteigernde Zusammenschlüsse zu vollziehen, aus Sorge, dem BKartA Anhaltspunkte zu bieten (Budzinski et al. 2020: 22). Auch von einer hinreichenden Rechtssicherheit kann keine Rede sein: Die komplizierten Beschränkungen und die vielfachen Anhaltspunkte, welche ein Eingreifen rechtfertigen, lassen umfassende Diskussionen und Streitigkeiten in der Umsetzung vermuten. Wenn Konkurrenten durch eine Beschwerde beim BKartA einem Unternehmen eine solche Anmeldepflicht auferlegen könnten, werden aus wettbewerbsökonomischer Sicht falsche Anreize geschaffen.

Steinvorth (2020) kritisiert jedoch zurecht die Anwendungsbeschränkung auf Unternehmen mit einem Tätigkeitsschwerpunkt im Inland. Wenn ein Unternehmen als Normadressat weg falle, wenn es mehr als ein Drittel seines Umsatzes im Ausland generiere, schaffe dies Anreize zur Umgehung, beispielsweise durch künstliche Erweiterungen des Auslandsgeschäfts (ebd.: 2). Auch kann aufgrund dieser Beschränkung nicht davon ausgegangen werden, dass digitale Ökosysteme, welche den Großteil ihres Umsatzes im Ausland generieren, von dieser Regelung betroffen sein werden (Monopolkommission 2020: 7). Die Norm eignet sich somit nicht zur Beobachtung und Verhinderung von digitalen Ökosystemen, sondern soll vermutlich vielmehr inländische Regionalmärkte in klassischen, non-digitalen Branchen schützen. Um jedoch der Entstehung von internationalen, digitalen Ökosystemen oder Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung entgegenzuwirken, wäre eine entsprechende Regelung in der Fusionskontrolle wichtig (Budzinski et al. 2020: 24). Dazu müsste jedoch die Inlandsbeschränkung der Norm aufgehoben werden.

(4) § 32c Abs. 3 GWB-RefE: Option eines Vorsitzendenschreibens bei horizontalen Kooperationen

Der neue § 32c Abs. 3 GWB-RefE gibt Unternehmen die Möglichkeit, das BKartA über die Rechtmäßigkeit einer horizontalen Kooperation zu befragen. Danach haben

„Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen [...] auf Antrag gegenüber dem Bundeskartellamt einen Anspruch auf eine Entscheidung nach Absatz 1, wenn sie im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung haben“ (BMWi 2020: 11).

In § 32c Abs. 1 GWB-RefE ist festgelegt, dass Unternehmen mithilfe eines Vorsitzendenschreibens eine informelle Beratung eines Kooperationsvorhabens durch das BKartA einholen können, um sich von der Behörde gegebenenfalls bestätigen zu lassen, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht. Der Normvorschlag bezieht sich auf Empfehlung 14 der Wettbewerbskommission 4.0, welche ein freiwilliges Anmeldeverfahren für neuartige Kooperationen vorschlug, insbesondere vor dem Hintergrund von Datenkooperationen und der Bildung digitaler Ökosysteme (BMWi 2019: 62-63). Um die Ressourcenauslastung für die Beantwortung solcher Anfragen auf ein Minimum zu reduzieren, begrenzt der Gesetzgeber die Norm auf horizontale Kooperationen und gibt vor, innerhalb von sechs Monaten eine Entscheidung zu verkünden (BMWi 2020: 91).

Aus wettbewerbsökonomischer Sicht kann der Vorschlag begrüßt werden. Er entlastet den Mittelstand, der solche Kooperationen in der Vergangenheit aus Angst vor hohen Bußgeldern häufig gemieden hat, indem er auf schnellem Wege mehr Rechtssicherheit schafft (Steinberg/Wirtz 2020: 10). Die Hemmschwelle für die Durchführung von effizienten oder wettbewerbsfördernden Fusionen wird somit gesenkt. Fraglich ist jedoch, ob die Hürde für die Inanspruchnahme dieses Instruments nicht zu hoch liegt (ebd.: 10). In der Begründung des Referentenentwurfs wird ein „besonderes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer Entscheidung“ vorausgesetzt, dass insbesondere „bei komplexen neuen Rechtsfragen und außergewöhnlich hohem Investitionsvolumen und -aufwand“ (BMWi 2020: 91) anzunehmen sei. Die Hürde für eine Inanspruchnahme der Norm erscheint demnach recht hoch. Um diese enge Eingrenzung der Norm zu verstehen, hilft ein Blick in die Geschichte des Kartellverbots.

Im Zuge der 7. GWB-Novelle wurde auf Basis der europäischen Kartelldurchsetzungsverordnung VO 1/2003 das ex-ante Anmeldesystem im Kartellrecht durch ein ex-post Legalausnahmesystem ersetzt (inter alia, Budzinski/Christiansen 2005, Schmidt 2005). Das ex-ante Anmeldesystem verpflichtete alle Unternehmen, ihre geplanten Zusammenschlüsse bei den Kartellbehörden anzumelden und genehmigen zu lassen. Seit der Einführung des ex-post Legalausnahmesystems sollen die Unternehmen selbst beurteilen, ob ihre geplanten Zusammenschlüsse wettbewerbskonform sind. Erfüllen die geplanten Kartelle und Kartellsurrogate die Bedingungen nach § 2 Abs. 1 GWB, sind die Unternehmen von einer Anmeldung und Genehmigung durch die Behörden freigestellt. Als Gründe für diese Umstellung wurde eine hohe Arbeitsbelastung der Wettbewerbsbehörden angebracht, die insbesondere daraus resultiere, dass eine Vielzahl angemeldeter Fälle ohnehin wettbewerbspolitisch unbedenklich seien. Aus strategischen Gründen verzichteten die Unternehmen auf die Anmeldung wettbewerbswidriger Kar-

telle, sodass die Behörden den Großteil ihrer Zeit mit der Genehmigung ohnehin erlaubter Kartelle verbrachte (Budzinski/Christiansen 2005). Gegen diese Umstellung wurde viel Kritik geäußert. So beklagte die Monopolkommission in einem Sondergutachten hohe „Informations- und Transparenzverluste auf Seiten der Behörden und Drittbetroffenen“ (Monopolkommission 2002: 52). Den Unternehmen fehle für eine Selbstbeurteilung ihrer Vorhaben nicht nur die notwendige Objektivität, auch war die Kommission besorgt, die neue Regelung begünstige die Bildung von wettbewerbswidrigen Kartellen. Auch andere Experten kritisierten, dass den Unternehmen die Beurteilung der Wettbewerbskonformität selbst überlassen werde. Außerdem würde eine ex-post Kontrolle zusätzlich durch die fehlenden Informationen über eine Anmeldung erschwert (Budzinski/Christiansen 2005, Schmidt 2005).

Die Einführung des Vorsitzendenschreibens in § 32c Abs. 3 GWB-RefE kann somit in Teilen als Rückkehr eines ex-ante Anmeldesystem betrachtet werden. Die in der damaligen Diskussion beklagten Effekte einer hohen Arbeitsbelastung und einer ineffizienten Genehmigung ohnehin wettbewerbskonformer Kartelle umgeht der Gesetzgeber in der 10. GWB-Novelle, indem er besonders restriktive Bedingungen formuliert. Dies rechtfertigt die daraus entstehenden Hürden für die Anwendung der Norm. Vor diesem Hintergrund erscheint der neue § 32c Abs. 3 GWB-RefE durchaus geeignet, die Hemmnisse für die Genehmigung eines Kooperationsverfahrens insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen zu senken. Allerdings ist aus ökonomischer Sicht fragwürdig, ob Unternehmen dieses Instrument nutzen und die Aufmerksamkeit des BKartA erregen möchten. Verwehrt die Behörde einen Zusammenschluss, wird die konspirative Durchführung dieses Vorhabens umso schwieriger, da die Unternehmen wohl nun gesondert unter Beobachtung des BKartA stehen. Wenn die Unternehmen sich über die Legalität ihres Vorhabens unsicher sind, überwiegen damit weiterhin die Anreize, das Kartell im Geheimen zu bilden, als durch ein Vorsitzendenschreiben den kritischen Blick der Behörden auf sich zu ziehen.

(5) Fazit zu den neuen Regeln für den Umgang mit digitalen Ökosystemen

Grundsätzlich erscheinen die Vorschläge des Referentenentwurfs in Hinblick auf digitale Ökosysteme als zu vorsichtig. Der Regelkatalog in § 19a GWB-RefE für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung ist in seinem Grundsatz innovativ, greift jedoch in seiner jetzigen Form nicht weit genug, da den Unternehmen Spielraum gelassen wird, die wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen bis zu einer Verfügung ohne Sanktionen durchzuführen und danach auf andere Praktiken mit ähnlicher Wirkung umzusteigen. Auch die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE erscheint vor dem Hintergrund

europäischer Schwellenwerte als zaghaft, kann jedoch mit der noch nachzuweisenden Effektivität des eingeführten transaktionswertbasierten Schwellenwerts gerechtfertigt werden. Die Verpflichtung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse nach § 39a GWB-RefE ist nicht nur in Hinblick auf den damit einhergehenden umfassenden bürokratischen Aufwand fragwürdig, sondern eignet sich durch die Beschränkung auf den Inlandsmarkt auch nicht zur Anwendung gegen digitale Ökosysteme aus ausländischen Märkten. Die Option eines Vorsitzendenschreibens in § 32c GWB-RefE bietet aufgrund großer Hürden in der Anwendung möglichen Normadressaten nur eine bedingte Hilfestellung. Zwar kann die starke Eingrenzung der Norm durch einen Blick in den Ursprung der Thematik relativiert werden, jedoch senkt die Möglichkeit einer Beurteilung durch das BKartA nicht die Anreize für die Bildung wettbewerbswidriger Kartelle.

4.4 Weitere Herausforderungen der digitalen Wirtschaft

Die internationalen Studien weisen auf zahlreiche weitere Herausforderungen der digitalen Wirtschaft für die Wettbewerbsbehörden hin, welche im deutschen Referentenentwurf nicht aufgegriffen wurden. So entwickelten mehrere Studien Vorschläge zur Integration von Dateninteroperabilität und Datenportabilität in das Wettbewerbsrecht (Vgl. BMWi 2019, Crémer et al. 2019, Furman et al. 2019). Der Referentenentwurf greift die beiden Konzepte jedoch nur in § 19a Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE auf, indem er dort ÜMÜB-Unternehmen verbieten kann, Interoperabilität und Datenportabilität zu erschweren. Die Wettbewerbskommission 4.0 empfahl in ihrer Studie jedoch eine noch stärkere Verpflichtung zur Datenportabilität, beispielsweise durch eine Verpflichtung zur Verwendung interoperabler Datenformate (BMWi 2019: 41). Auch regte die Studie an, die Daten öffentlicher Einrichtungen in interoperablen Datenformaten bereitzustellen (sog. Open-Standards, ebd.: 45-46). Der Furman-Report sprach sich für erweiterte Datenportabilitätsverpflichtungen und Open-Standard-Modelle aus und analysierte, dass diese zu mehr Wettbewerb und Innovation führen (Furman et al. 2019: 9). Eine ähnliche Wohlfahrtsanalyse der beiden Konzepte verfasst der EU-Report. Trotz dessen, dass die beiden Konzepte den Wettbewerb und die Innovation in den digitalen Märkten förderten, müsse dennoch beachtet werden, dass Datenportabilität und -interoperabilität für kleine Unternehmen einen enormen Aufwand bedeuteten und somit auch wettbewerbschädigende Wirkung hätten (Crémer et al. 2019: 82). Dennoch kam die Studie zu dem Schluss, dass große Digitalkonzerne zum Erhalt des Wettbewerbs anderen Wettbewerbern die Datenportabilität erleichtern müssten

(Crémer et al. 2019: 72-109). Allerdings sind sich die Studien darin einig, dass derartige Konzepte nur in Teilen über das Wettbewerbsrecht und effektiver über Datenschutz- und Verbraucherrechte aufgegriffen werden können (Vgl. auch Kerber 2016, Steinberg/Wirtz 2019).

Ein weiteres Thema, das insbesondere durch die beiden deutschen Studien thematisiert wurde, ist die Adressierung der sogenannten Killer Acquisitions (BMWi 2019: 65, Haucap et al. 2018: 122-127). Auch der BeNeLux-Report empfahl eine Studie, um das Problem des Aufkaufs junger Start-Ups durch Medienkonzerne besser adressieren zu können (Barthelmé et al. 2019: 3). Der EU-Report fordert ebenso eine genauere Kontrolle solcher Aufkaufsstrategien (Crémer et al. 2019: 117-124). Der Referentenentwurf greift die Thematik dennoch nicht auf. Inwiefern die neuen Regeln dennoch dazu beitragen können, solcher Killer Acquisitions in Zukunft besser erfassen zu können, wird in der Fallstudie in Kapitel 5.2 ausführlich behandelt.

Zahlreiche Studien schließen ihre Ausführungen damit, dass sie die allgemein wachsende Divergenz zwischen europäischen und nationalen Wettbewerbsregeln reklamieren und fordern dahingehend mehr Zusammenarbeit (Barthelmé et al. 2019, BMWi 2019: 80-85, Furman et al. 2019: 118-126, Haucap et al. 2018: 161-165). Auch die ACCC stellt fest, dass eine internationale Zusammenarbeit notwendig ist, um beispielsweise die Verbreitung irreführender Informationen durch soziale Medien zu bekämpfen (ACCC 2019: 21). Grundsätzlich ist festzuhalten, dass eine isolierte, jeweils nationale Betrachtung von Wettbewerbsfällen die globale Wohlfahrt senkt (Budzinski 2020). Die großen Medienunternehmen und Plattformen agieren längst grenzüberschreitend und konnten ihre Marktmacht mithilfe von Netzwerkeffekten und datenbasierten Geschäftsmodellen international ausbreiten. Wenn verschiedene, nationale Wettbewerbsbehörden kartellrechtliche Fälle nun zeitgleich bearbeiten, führt dies nicht nur zu doppelten Kosten, sondern kann unter Umständen auch zu einer gegenseitigen Belastung führen, wenn die Behörden nur zum Vorteil des eigenen Landes entscheiden. Insbesondere kleinere Länder, die sich nur schwer gegen die Konzerne durchsetzen können, würden von einer internationalen Regelung profitieren. Andererseits führt eine Diversität in den Wettbewerbsregeln auch zu wichtigen Lerneffekten im Umgang mit den großen Unternehmen der digitalen Wirtschaft. Vor diesem Hintergrund ist ein deutscher Alleingang wie beispielsweise mit einem überarbeiteten § 19a GWB-RefE durchaus vertretbar, wenn er sich in seiner Wirkung nur geringfügig vom europäischen Wettbewerbsrecht löst und in der Folge nicht neue Konflikte verursacht.

5. Fallstudien

Mit den vorgestellten Neuregelungen möchte die 10. GWB-Novelle den Herausforderungen der digitalen Wirtschaft durch die Entwicklung eines geeigneten Ordnungsrahmens frühzeitig entgegenwirken (BMWi 2020: 1). Um die Eignung der neuen Normen in der Missbrauchsaufsicht und der Zusammenschlusskontrolle genauer zu untersuchen, werden im Folgenden zwei Fallstudien behandelt. Zunächst wird im Rahmen der Missbrauchsaufsicht in Kapitel 5.1 der Facebook-Fall vor dem BKartA aufgerollt und analysiert, inwiefern die neuen Gesetzesentwürfe die Beurteilung des Falls beeinflussen könnten. In Kapitel 5.2 kommen die Neuregelungen der Zusammenschlusskontrolle zum Tragen. Es wird ein fiktiver Fall einer Killer Acquisition konstruiert und untersucht, ob dieses Vorhaben durch die neuen Normen zukünftig besser adressiert werden kann.⁴

5.1 Der Facebook-Fall vor dem Bundeskartellamt

Die Auseinandersetzung des deutschen BKartA mit dem Facebook-Konzern findet weltweit Beachtung (ACCC 2019: 86, BRICS 2019: 141, Crémer et al. 2019: 79, Furman et al. 2019: 124). Aufgrund der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Facebook ist es möglich, dass sich auch andere Wettbewerbsbehörden in naher Zukunft mit einem potentiellen Marktmachtmissbrauch von Facebook beschäftigen (Für eine Untersuchung einer potentielle Adressierung des Falls nach EU-Wettbewerbsrecht siehe Volmar/Helmdach 2018). Deshalb eignet sich der Fall an dieser Stelle besonders, um die Vorschläge des Referentenentwurfs zu diskutieren.

(1) Beschreibung des Facebook-Falls

Im März 2016 eröffnet das BKartA die Untersuchung gegen Facebook. Es gebe einen begründeten Anfangsverdacht auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Konditionenmissbrauch nach § 19 GWB. Die Nutzungsbedingungen von Facebook könnten gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen. Weiterhin hätte man Anhaltspunkte, dass Facebook auf dem Markt für soziale Netzwerke marktbeherrschend sei. Soweit die Praktiken im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung stünden, gebe es Anlass für einen kartellrechtlichen Eingriff (BKartA 2016). Nach Ermittlungen und Gesprächen mit Facebook folgte im Februar 2019 das Urteil des BKartA. Darin wird dem Konzern untersagt, den Vertragsabschluss mit Nutzern von der Einwilligung zur Verknüpfung von Drittdaten abhängig zu machen. Nur,

⁴ Für ein ähnliches Vorgehen anhand eines fiktiven Fallbeispiels siehe Furman et al. 2019: 63-64.

wenn die Nutzer ihr explizites Einverständnis geben, dürfe der Konzern die Daten seiner Tochterunternehmen WhatsApp, Instagram, MSQRD und Oculus zu deren Facebook-Konto zuordnen. Bisher konnte bei der Einwilligung in die Nutzungsbedingungen von facebook.com nicht von einer informierten Entscheidung der Nutzer ausgegangen werden, weil die Geschäftsbedingungen den Nutzer nicht über den Umfang der Datenerfassung aufklärten (BKartA 2019a). Dabei wurde eine solche Praktik erst durch Facebooks Marktdurchdringung und entsprechender direkter Netzwerkeffekte möglich: Die Nutzer hatten durch die hohen Marktanteile der Plattform keine realistische Möglichkeit, einen anderen Anbieter zu wählen. Vor diesem Hintergrund wird die Verpflichtung der Nutzer, in die Verknüpfung von Drittdaten einzuwilligen, zu einer Form von Marktmachtmissbrauch (Budzinski et al. 2020a: 15-16).

Auch die tatsächliche Datenverarbeitung von Drittquellendaten wird dem Konzern untersagt (BKartA 2019, 2019a, 2019b). Mit seinem Geschäftsmodell sammelt Facebook Daten, welche Nutzer bei der Nutzung des sozialen Netzwerks selbst generieren („on-Facebook“). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind jedoch Daten aus Drittquellen („off-Facebook“), die beispielsweise aus WhatsApp, Instagram oder von Webseiten stammen, welche einen Facebook-Button in ihr Angebot integriert haben (BKartA 2017). Auf Basis dieser Sammlung entstehe ein „einzigartige[r] Gesamtdatenbestand über jeden einzelnen Nutzer“ (BKartA 2019: 1), dessen Wert die Nutzer selbst nur schwer bemessen könnten. Die bestehende Marktmachtposition mitsamt Netzwerk- und Lock-In-Effekten würde durch eine derart umfangreiche Datenverarbeitung verstärkt und verschaffe dem Unternehmen rechtswidrige Wettbewerbsvorteile. Das BKartA verpflichtet den Konzern somit, seine Nutzungs- und Datenverarbeitungskonditionen entsprechend anzupassen.

Facebook legte gegen das Urteil Beschwerde beim OLG Düsseldorf ein. Im August 2019 gibt das Gericht der Beschwerde statt und ordnet wegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung eine aufschiebende Wirkung an (OLG Düsseldorf 2019: 7). Die Verfügung des BKartA darf somit nicht vollzogen werden, bis über die Beschwerde entschieden ist. Das OLG begründet seine Entscheidung damit, dass durch die Datensammlung keine wirtschaftliche Ausnutzung der Nutzer stattfindet. Aufgrund der Nicht-Rivalität von Daten könnten diese ohne Bezahlung eines Entgelts und somit ohne wirtschaftlichen Schaden für den Nutzer beliebig dupliziert werden. Weiterhin kritisiert das OLG die Verwendung des Maßstabs der normativen Kausalität in § 19 Abs. 1 GWB und fordert den Nachweis, dass Facebook erst durch die Marktherrschaft eine missbräuchliche Ausnutzung ebendieser möglich war (OLG Düsseldorf 2019).

In einem Eilverfahren hob der Bundesgerichtshof im Juni 2020 die Entscheidung des OLG jedoch auf und gab dem BKartA recht (BGH 2020). Facebook hat aber die Möglichkeit, die Entscheidung im Hauptsacheverfahren vor dem OLG Düsseldorf erneut prüfen zu lassen.

Der Facebook-Fall vor dem BKartA wird von Beginn an hinsichtlich zahlreicher Aspekte diskutiert. Häufig wird in Frage gestellt, ob das auf Wettbewerbsschutz ausgerichtete BKartA bei einer derart datenschutzrechtlichen Problematik die richtige Instanz ist und der Fall nicht besser vor Datenschutzbehörden oder Zivilgerichten behandelt werden sollte (Ellger 2019, Körber 2016, Volmar/Helmdach 2018). In Hinblick auf das Ziel dieser Arbeit wird diese Frage bejaht und das BKartA als geeignete Instanz angesehen. Auch die Angemessenheit der verwendeten Schadenstheorien aus ökonomischer Sicht sollen nur am Rande diskutiert werden (Vgl. Budzinski/Grusevaja 2017, Budzinski et al. 2020a, Haucap 2019). Vielmehr soll anhand von drei Neuerungen des Referentenentwurfs untersucht werden, ob die neuen Regeln einen Einfluss auf die Gerichtsentscheidung gehabt hätten und der Fall anders entschieden werden müsste. Neben der Einführung der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3b GWB-RefE und der Änderung einer strikten in eine Ergebniskausalität in § 19 Abs. 1 GWB-RefE soll zuletzt der neue § 19a GWB-RefE auf den Fall angewendet und entsprechende Auswirkungen auf eine Fallbeurteilung dargelegt werden.

(2) Anwendung des § 18 Abs. 3b GWB-RefE

Mit der Einführung der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3b GWB-RefE möchte der Gesetzgeber eine potentielle Marktmachtstellung von Vermittlern deutlicher abbilden. Voraussetzung für die Anwendung der Norm ist die Tätigkeit auf mehrseitigen Märkten und die erbrachten Vermittlungsdienstleistungen auf Beschaffungs- und Absatzmärkten (BMW 2020: 9). Eine mögliche Anwendung der neuen Norm auf den Facebook-Fall wäre von Seiten des BKartA durchaus nützlich. Wenn Facebook eine Intermediationsmacht nachgewiesen werden könnte, wäre dies ein weiteres Indiz für dessen Marktbeherrschung, was wiederum die Begründung eines Marktmachtmissbrauchs nach § 19 GWB erleichtere.

Im Laufe des Verfahrens hatte Facebook mehrfach die Marktabgrenzung des BKartA kritisiert. Die Behörde hatte auf Grundlage des Bedarfsmarktkonzeptes einen Markt für private soziale Netzwerke definiert, der von identitätsbasierten Netzwerkeffekten geprägt und national abzugrenzen sei (BKartA 2019a). Demnach seien einige kleine deutsche Anbieter im Markt anzusiedeln, während andere soziale Medien wie Instagram, YouTube, Snapchat und Twitter nicht Teil des Marktes seien, ebenso wie der Messenger-Dienst WhatsApp und berufliche Netzwerke

wie Xing und LinkedIn. Weiterhin wies das BKartA dem Konzern anhand der in der 9. GWB-Novelle kodifizierten Kriterien in § 18 Abs. 3a GWB die Marktbeherrschung in einem mehrseitigen Markt nach. Neben direkten und indirekten Netzwerkeffekten und Marktzutrittsbarrieren erhöhe Facebook die Wechselkosten und erschwere den Nutzern das Multi-Homing (BKartA 2017, 2019b). Facebook hingegen bewertete diese Marktabgrenzung von Beginn an als unzutreffend. Stattdessen sei ein globaler „Markt für Aufmerksamkeit“ anzunehmen, in dem Facebook mit Instagram, YouTube, Twitter, Snapchat, Pinterest, LinkedIn, Xing und StudiVZ konkurriere. In diesem Markt sei auch das Multi-Homing vonseiten der Nutzer entsprechend ausgeprägt, auch die Wechselkosten seien niedrig. Demnach liege laut Facebook keine Marktbeherrschung der Plattform vor (BKartA 2019: 48). In der Tat ist diese sehr enge Marktabgrenzung des BKartA diskussionswürdig. Das Bedarfsmarktkonzept sieht eine Marktabgrenzung von Gütern vor, welche nach Verwendungszweck und Preis aus Sicht der Konsumenten austauschbar sind. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass Konsumenten bei einem Ausfall von Facebook zumindest auf die Dienste von Instagram, WhatsApp oder Snapchat zurückgreifen würden, um mit ihren Freunden Bilder, Videos und Nachrichten auszutauschen. Somit wäre eine weiter gefasste Marktabgrenzung durchaus vertretbar gewesen. Allerdings gehören zwei dieser Dienste wiederum zu Facebook, was die Marktbeherrschung des Konzerns somit kaum relativieren würde. In jedem Fall wäre mit dem Nachweis der Intermediationsmacht von Facebook ein weiteres Kriterium gegeben, auf dessen Basis ein Marktmachtmissbrauch begründet werden könnte.

Intermediäre agieren auf mehrseitigen Märkten. Facebook ist als soziales Netzwerk als solch ein mehrseitiger Markt anzusehen, da das Unternehmen Nutzer und Werbeanbieter über indirekte Netzwerkeffekte auf einer Plattform zusammenbringt (Vgl. Rochet/Tirole 2003, 2006, Armstrong 2006). Die Intermediärsleistung von Facebook für den Nutzer ist insbesondere die Vermittlung von anderen Nutzern. Für Werbekunden vermittelt Facebook wiederum Nutzerprofile und bietet ein Targeting. Der neue § 18 Abs. 3b GWB-RefE adressiert insbesondere potentiell wettbewerbs-schädigende, intransparente Listing- und Rankingpraktiken der Plattform, sowie eine Marktzugangskontrolle von Anbietern (BMW 2020: 71). In dieser Formulierung spielt somit die Intermediärsstellung von Facebook für den Werbemarkt eine wichtige Rolle. Für den Nutzer hat es kaum oder keine direkten wirtschaftlichen Nachteile, wenn er eine Werbeanzeige nicht oder in einer veränderten Reihenfolge ausgespielt bekommt. Für den Werbekunden jedoch kann die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Ranking und Listing bei Facebook existenziell sein.

Vor diesem Hintergrund erscheint es unwahrscheinlich, dass Facebook in diesem Szenario eine Intermediationsmacht nachgewiesen werden kann. Zwar hat die Plattform durch große direkte Netzwerkeffekte eine Intermediationsmacht, indem sie Nutzern andere Nutzer vermittelt. Jedoch ist davon auszugehen, dass die Nutzer diesen Bedarf über andere Plattformen wie WhatsApp oder Instagram substituieren können. Somit stellt der neue § 18 Abs. 3a GWB-RefE im vorliegenden Fall kein brauchbares Instrument dar. Die Werbekunden spielen in dieser Auseinandersetzung nur eine untergeordnete Rolle. Ginge es um die Nutzungsbedingungen für Werbeanbieter, könnte der Nachweis der Intermediationsmacht von Facebook jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit gelingen. Mit der Änderung in § 19 Abs. 1 GWB-RefE wird der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung in Zukunft ohnehin weniger relevant: Anstelle eines strikten Zusammenhangs fordert der Referentenentwurf lediglich eine Ergebniskausalität zwischen Marktbeherrschung und Marktmachtmissbrauch.

(3) Anwendung des § 19 Abs. 1 GWB-RefE

Der Referentenentwurf begründet die Änderung in § 19 Abs. 1 GWB-RefE direkt vor dem Hintergrund des Facebook-Falls und der Kritik des OLG Düsseldorf, dass bei einem Ausbeutungsmissbrauch eine Verhaltenskausalität vorliegen müsse. Die Umformulierung von „Missbräuchliche Ausnutzung“ zu „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ fordert nun nur noch eine Ergebniskausalität. Bisher konnte ein Missbrauch nur dann adressiert werden, wenn der Normadressat die Verhaltensweise allein aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen konnte (BMWi 2020: 72-73).

Facebook hatte analysiert, dass die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Marktmachtmissbrauch im vorliegenden Fall nicht gegeben sei, da zahlreiche Mitbewerber sich im Umgang mit persönlichen Daten ähnlich verhielten (BKartA 2019: 48). Auch das OLG Düsseldorf stützte seine Entscheidung unter anderem darauf, dass dem BKartA der Nachweis der strikten Kausalität nicht gelungen sei (OLG Düsseldorf 2019). Das BKartA hatte argumentiert, dass der Nachweis einer Ergebniskausalität ausreiche, da das missbräuchliche Verhalten ein Ausfluss von Facebooks Marktmacht sei (BKartA 2019b: 12). Jedoch hatten auch andere Instanzen die bisherige Formulierung von § 19 Abs 1. GWB in der Vergangenheit unterschiedlich interpretiert. So gab es auch bereits vor dem Facebook-Fall einige Beschlüsse, in denen eine solche strikte Kausalität nicht nachgewiesen wurde. Dort wurde lediglich eine normative Kausalität gefordert, wodurch das Verständnis der Norm gelockert wurde (BMWi 2020: 73, Ellger 2019: 451, Körber 2016: 351-352).

Die Änderung des § 19 Abs. 1 GWB-RefE erleichtert dem BKartA somit die Argumentation eines Marktmachtmissbrauchs und schwächt den Beschluss des OLG Düsseldorf sowie die gegnerische Kritik. Es erscheint unsachgemäß, sich bei einer Auseinandersetzung mit Facebook – einem Konzern mit 23 Millionen täglichen Nutzern in Deutschland und konkurrierenden Diensten, die größtenteils aus dem eigenen Hause stammen (BKartA 2019) – sich in einem Nachweis über Marktbeherrschung zu verlieren. Die neue Regelung eignet sich somit dazu, einen Marktmachtmissbrauch von GAFKA-Unternehmen in Zukunft besser und unkomplizierter adressieren zu können.

(4) Anwendung des § 19a GWB-RefE

Der neue § 19a GWB-RefE schafft Regeln für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb. Laut Begründung des Referentenentwurfs stellt eine sehr enge Formulierung sicher, dass nur wenige Unternehmen eine solche Stellung innehaben (BMWi 2020: 76). Würde das BKartA Facebook eine solche ÜMÜB-Stellung nachweisen, käme in der vorliegenden Auseinandersetzung insbesondere der Tatbestand in § 19a Abs. 2 S. 3 GWB-RefE in Betracht, der Behinderungspraktiken im Zusammenhang mit wettbewerbsrelevanten Daten sanktioniert (BMWi 2020: 78). Damit Facebook jedoch als Normadressat nach § 19a Abs. 1 GWB-RefE gelten kann, müssen zunächst folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

„Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,
3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter“ (BMWi 2020: 9).

Satz 1 gewährleistet, dass nur Unternehmen mit einer Tätigkeit auf mehrseitigen Märkten und somit einem digitalen Geschäftsmodell erfasst werden, bei denen Netzwerkeffekte und ein umfangreicher Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten die regelmäßige Erschließung neuer Märkte ermöglichen. Satz 2 bildet eine nicht abschließende Liste an Kriterien, die auf eine überragende marktübergreifende Position im Wettbewerb hindeuten. Sie müssen nicht kumulativ erfüllt sein (BMWi 2020: 77).

Es gilt somit zunächst zu prüfen, ob Facebook eine solche ÜMÜB-Stellung nachgewiesen werden könnte. Das BKartA hat in seinem Beschluss bereits erläutert, dass Facebook mehrere Charakteristiken eines mehrseitigen Netzwerkes im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB vereint und diese ein wichtiger Treiber für dessen anhaltende Marktmachtposition darstellen (BKartA 2019: 48). Somit wäre Satz 1 der Voraussetzungen in § 19a Abs. 1 GWB-RefE erfüllt. Auch analysiert der Beschluss die marktbeherrschende Stellung von Facebook (BKartA 2019: 51), seinen Zugang zu Ressourcen wie beispielsweise hohe Nutzerzahlen (BKartA 2019a: 136-137), sein überragender Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (BKartA 2019: 134) und seine Intermediärs-macht gegenüber Nutzern und Werbetreibenden (BKartA 2019: 67). Damit liefert der Beschluss des BKartA zu einem Großteil der in § 19a Abs. 1 S. 2 GWB-RefE formulierten Kriterien wichtige Hinweise. Lediglich die Finanzkraft und die Tätigkeit auf unterschiedlichen Märkten von Facebook werden in keiner der Veröffentlichungen des BKartA thematisiert. Tatsächlich zeigt Facebook – im Vergleich zu anderen GAFA-Unternehmen – eine nur geringe vertikale Integration. Die im vorliegenden Fall betrachteten Dienste WhatsApp, Instagram, Masquerade und Oculus können alle den Bereichen Unterhaltung und Kommunikation zugeordnet werden. Im Vergleich zu Google (bzw. Alphabet), das dank zahlreicher Übernahmen ein Spektrum von Gentechnik bis hin zu selbstfahrenden Autos bedient, ist Facebook somit nur auf recht wenigen Märkten aktiv. Dennoch ist auf Basis der zahlreichen anderen erfüllten Kriterien und nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund des langjährigen, international beachteten Verfahrens mit dem BKartA davon auszugehen, dass Facebook als Normadressat des § 19a GWB-RefE gilt.

Bei der Betrachtung der darauffolgenden, nach Verfügung verbotenen Tatbestände in § 19a Abs. 2 GWB-RefE ist insbesondere der dritte Tatbestand für diese Fallstudie interessant. Hierin kann das BKartA einem ÜMÜB-Unternehmen untersagen,

„durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes, auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in

sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen“ (BMWi 2020: 10).

Hier wird insbesondere die Zusammenführung von wettbewerbsrelevanten Daten aus verschiedenen Quellen thematisiert, die einen wertvollen Vorteil für Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung zum Ausbau der eigenen Marktmacht und zur Behinderung von Wettbewerbern bilden (BMWi 2020: 78-79). Die Zusammenführung von Drittquelldaten war einer der beiden zentralen Vorwürfe des BKartA an Facebook. In dem Beschluss von Februar 2019 wurde dem Konzern verboten, Daten aus WhatsApp, Instagram, aber auch von Webseiten, die den Like-Button oder eine Kommentarfunktion von Facebook in ihr Angebot integriert haben, zu einem Gesamtdatenbestand zusammenzusetzen (BKartA 2019). Auch der Referentenentwurf argumentiert, dass durch eine solche Kombination von Daten Innovationsdynamiken im Wettbewerb eingeschränkt und Marktzutrittsschranken erhöht werden (BMWi 2020: 79). Für die mögliche Anwendung dieses neuen Tatbestandes spricht auch, dass der Gesetzgeber in seiner Begründung zu § 19a Abs. 2 S. 3 GWB-RefE das Unternehmen Facebook und die Entscheidung des BKartA explizit erwähnt (BMWi 2020: 78). Zwar sei die Sammlung und Zusammenführung von wettbewerbsrelevanten Daten bereits vor der 10. GWB-Novelle über § 19 GWB kartellrechtlich erfassbar, die umfangreichen Gefahren einer solchen Praktik für den Wettbewerb rechtfertigten jedoch eine zusätzliche Möglichkeit eines Eingriffs über § 19a GWB-RefE. So ist zumindest die Zusammenführung von Drittquelldaten und somit ein Teil der Beschlüsse der Facebook-Fallstudie über den neuen § 19a GBW-RefE adressierbar. Die Untersagung des BKartA, einen Vertragsabschluss mit Nutzern von der Einwilligung von Drittdaten abhängig zu machen, spiegelt sich in keinem der Tatbestände von § 19a GWB-RefE wider. Dies mag auch daran liegen, dass diese Thematik Überschneidungen mit dem Datenschutzrecht aufweist und eine entsprechende Regelung wohl eher dort angesiedelt werden würde.

Die Untersuchung ausgewählter Neuregelungen des Referentenentwurfs in Hinblick auf die Entscheidung des BKartA im Fall Facebook zeigt, dass der Gesetzgeber in der 10. GWB-Novelle den Wettbewerbsbehörden einige Instrumente an die Hand gibt, um ihnen den Nachweis einer wettbewerbswidrigen Praktik in Zukunft einfacher zu gestalten. Dabei wirken die untersuchten Normen häufig nur als ergänzende oder verstärkende Instrumente für ohnehin bestehende Regelungen. Die Intermediärmacht in § 18 Abs. 3b GWB-RefE ist zwar im vorliegenden Fall nicht anwendbar, könnte jedoch bei anderen GAFA-Unternehmen den Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung erleichtern. Die Forderung einer Ergebniskausalität in § 19 Abs. 1 GWB-RefE orientiert sich an vergangener Rechtsprechung und kann in Zukunft zeitintensive – und bei GAFA-Unternehmen ohnehin fragwürdige – Diskussionen über den Zusammenhang

von Marktbeherrschung und Marktmachtmissbrauch vermeiden. Es ist davon auszugehen, dass Facebook als Normadressat des neuen § 19a GWB-RefE geprüft wird. Stellt das BKartA eine derartige Position fest, kann zumindest der Vorwurf der Zusammenführung von Drittquelldaten zusätzlich über die neue Norm kartellrechtlich erfasst werden.

5.2 Ein fiktiver Fall einer Killer Acquisition

Bei einer Killer Acquisition (dt. „Killer-Aufkauf“) übernimmt ein großes Unternehmen ein kleines, innovatives, aber noch umsatzschwaches Unternehmen, welches als potentieller zukünftiger Konkurrent identifiziert wurde (inter alia, Haucap et al. 2018: 122-127). Obwohl die Problematik ursprünglich aus der Pharmaindustrie kommt (Crémer et al. 2019: 120, Haucap 2020: 26), wird in den Studien zu digitalen Wettbewerbsregeln meist von Konstellationen gesprochen, in denen GAFKA-Unternehmen kleine Start-Ups aufkaufen. Je nach Bekanntheitsgrad und Beliebtheit des Start-Ups geht es in der Folge vollständig in dem großen Unternehmen auf oder agiert noch unter demselben Namen, aber anderen Beteiligungsverhältnissen, weiter im Markt (Crémer et al. 2019: 117-118). So wurde die Komplimente-App TBH („to be honest“) bereits ein halbes Jahr nach der Übernahme von Facebook gelöscht (Feldman 2018), während der Messengerdienst WhatsApp, den Facebook im Jahre 2014 erwarb, mittlerweile ein wichtiger Bestandteil von Facebooks Ökosystem ist.

Viele der behandelten Studien haben hinsichtlich der Killer Acquisitions von GAFKA-Unternehmen wettbewerbsrechtliche Bedenken, da die Digitalkonzerne eine hohe Akquisitionsaktivität entwickelt haben. Im Zeitraum der Jahre 2008 bis 2018 erwarb Google 168 Unternehmen, Facebook kaufte 71 Unternehmen und Amazon übernahm 60 Unternehmen (Lear 2019: 149, vgl. auch Furman et al. 2019: 49). Experten befürchten, dass solche Killer Acquisitions wettbewerbsschädigende Wirkungen haben können, indem sie den Wettbewerb eindämmen und die Machtposition des größeren Unternehmens stärken können (BMWi 2019: 65, Crémer et al. 2019: 110-111, Haucap et al. 2018: 122, Haucap 2020: 26). Umgekehrt können Killer Acquisitions durchaus positive Wohlfahrtsaspekte mit sich bringen: So sind die Aufkäufe als prokompetitiv anzusehen, wenn die Innovationskraft des Start-Ups durch die Finanzkraft des aufkaufenden Unternehmens gestärkt wird und dem Konsumenten somit innovative Produkte geboten werden können. Auch schaffen diese Aufkäufe Anreize für Investoren, überhaupt in risikoreiche Start-Ups zu investieren (BMWi 2019: 65). In der Tat verfolgen manche Unternehmensgründer ausschließlich das Ziel, von einem großen Unternehmen aufgekauft zu werden. Haben die Start-Ups jedoch keine Option, von einem Unternehmen aufgekauft zu werden, sinken die Investitionsanreize, da die Kapitalgeber fürchten, dass die etablierten Unternehmen besonders

aggressiv auf die aufkommende Konkurrenz reagieren werden (Haucap 2020: 27). Insbesondere die GAFKA-Unternehmen hätten nach Meinung der Studien jedoch große Anreize, durch Killer Acquisitions wettbewerbsschädigende Wirkungen wie die Erhöhung der Marktkonzentration oder die Bildung von Marktzutrittsschranken zu erwirken. In der Folge entsteht um die Digitalkonzerne im Markt eine sogenannte „Kill Zone“, welche junge Unternehmen aus Angst vor einem Kauf meiden und welche die Innovationsdynamik im Markt stark senkt (BMWi 2019: 65).

Der Referentenentwurf adressiert die Problematik nur indirekt. Die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 S. 2 GWB-RefE und die Option eines Vorsitzendenschreiben bei horizontalen Kooperationen nach § 32c Abs. 3 GWB-RefE werden im Folgenden herangezogen, um die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden bei Killer Acquisitions in der digitalen Wirtschaft nach der 10. GWB-Novelle zu analysieren. Hinzu kommt § 39 Abs. 1 GWB-RefE, da der Gesetzgeber in dessen Begründung den Fall beschreibt, „dass ein bereits marktmächtiges Unternehmen schrittweise kleine Wettbewerber übernimmt oder [...] die für seine Marktposition potentiell gefährlichen Newcomer aufkauft“ (BMWi 2020: 100). Zunächst wird jedoch das fiktive Fallszenario beschrieben.

(1) Die Beschreibung des fiktiven Falls einer Killer Acquisition

Mangels eines geeigneten, aktuellen Fallbeispiels zu dieser Thematik wird ein fiktives Beispiel konstruiert. Es wird ein großer, international agierender Digitalkonzern namens „FriendNetwork“ mit Sitz in den USA angenommen, der hinsichtlich der weltweiten Umsätze in etwa den GAFKA-Unternehmen gleicht. Der fiktive Konzern bildete im vergangenen Jahrzehnt durch mehrere Aufkäufe ein umfangreiches Ökosystem zum Thema „Kommunikation“ mit zahlreichen Apps, mit denen sich Nutzer auf unterschiedlichste Weise vernetzen und kommunizieren können. Das Ökosystem verzeichnet in Deutschland 25 Millionen Nutzer. Das Geschäftsmodell basiert zum größten Teil auf dem Verkauf von Werbeanzeigen an gewerbliche Nutzer.

In dieses Szenario werden nun zwei Start-Ups integriert. Das erste Start-Up „Dance“ gleicht in seiner Funktionalität und seinen Nutzerzahlen (fünfeinhalb Millionen Nutzer in Deutschland) dem sozialen Netzwerk TikTok, verzeichnet allerdings geringere Umsatzzahlen (neun Millionen Euro/Jahr). In „Dance“ können die Nutzer kurze Videos hochladen und beispielsweise ein eigenes Musikvideo zu einem ausgewählten Titel erstellen, um dadurch mit anderen Nutzern in Kontakt zu treten. Die App finanziert sich über Werbeeinnahmen. Das zweite Start-Up „Run“ bietet den Nutzern eine Möglichkeit, ihre Fitnessaktivitäten mithilfe einer App zu tracken. Es

zählt beispielsweise die Schritte eines Nutzers, ermittelt Durchschnittszeiten der Jogging-Runde oder erinnert an das tägliche Workout. Mit diesem Angebot erreicht „Run“ in Deutschland bereits vier Millionen Nutzer und generiert dort Umsätze von sechs Millionen Euro pro Jahr. Langfristig möchte das Start-Up mit großen Sportartikelherstellern Verträge über die Integration der App in deren Produkten abschließen.

Der Konzern „FriendNetwork“ möchte beide Start-Ups übernehmen; die Kaufpreise liegen jeweils unter 400 Millionen Euro. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden gilt es nun zu prüfen, inwiefern auf Basis der 10. GWB-Novelle in derartige, potentiell wettbewerbsschädliche Killer Acquisitions eingegriffen werden kann.

(2) Anwendung des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE

In § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE hatte der Gesetzgeber die zweite Inlandsumsatzschwelle von fünf auf zehn Millionen Euro angehoben, um die Zahl der angemeldeten, aber ohnehin wettbewerbs-konformen Zusammenschlüsse und somit den Arbeitsaufwand des BKartA zu senken (Vgl. Kapitel 4.3).

Um die Killer Acquisition über § 35 Abs. 1 GWB adressieren zu können, müssen bestimmte Umsatzwerte gegeben sein. Eine Fusionskontrolle wäre demnach möglich, wenn nach § 35 Abs. 1 S. 1 GWB die beiden Unternehmen weltweit im letzten Jahr mehr als 500 Millionen Euro Umsatz generiert haben. Zusätzlich muss nach § 35 Abs. 1 S. 2 GWB eines der Unternehmen im Inland mehr als 25 Millionen Euro (erste Inlandsumsatzschwelle) und ein anderes – nach der neuen Norm – zehn Millionen Euro (zweite Inlandsumsatzschwelle) Umsatz verzeichnen. Die erste Bedingung in § 35 Abs. 1 S. 1 GWB kann als erfüllt angesehen werden, da bereits die Umsätze von „FriendNetwork“ als GAFA-ähnliches Unternehmen die 500 Millionen Euro-Schwelle überschreiten. Demnach ist auch davon auszugehen, dass „FriendNetwork“ mehr als 25 Millionen Euro Umsatz in Deutschland generiert, womit ein Teil der zweiten Bedingung erfüllt wäre. Durch die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle kann eine Zusammenschlusskontrolle nach der 10. GWB-Novelle erst stattfinden, wenn das Start-Up mehr als zehn Millionen Euro Umsatz im vergangenen Jahr in Deutschland aufweist. Diese Schwelle überschreitet weder „Dance“, noch „Run“. Ein Eingriff über § 35 Abs. 1 GWB ist somit nicht möglich. Tatsächlich hat die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in diesem Szenario eher eine gegenläufige Wirkung: Vor der 10. GWB-Novelle hätten die Fälle über die damalige zweite Inlandsumsatzschwelle in Höhe von fünf Millionen Euro adressiert werden können. Die

neue Regelung verstärkt damit die Problematik, dass Killer Acquisitions unter die für einen kartellrechtlichen Eingriff notwendigen Schwellenwerte fallen.

Niedrige Umsatzzahlen sind in den Anfangsjahren von Start-Ups keine Seltenheit. So fiel auch WhatsApp beim Kauf durch Facebook unter den damaligen Inlandsumsatzschwellenwert von fünf Millionen Euro. Der Messengerdienst hatte zu diesem Zeitpunkt bereits 30 Millionen Nutzer in Deutschland, verzeichnete jedoch kaum Umsätze. Grund dafür sind die indirekten Netzwerkeffekte. Insbesondere Start-Ups, die als mehrseitige Plattform agieren, müssen sich zunächst eine gewisse Nutzerzahl erarbeiten, um in der Folge zahlende Werbekunden auf der anderen Plattformseite anzulocken. So machte auch Giphy, eine im Mai 2020 von Facebook übernommene Webseite mit einer Suchfunktion für bewegte Bilder, zum Zeitpunkt der Übernahme keinen Umsatz und finanzierte sich nur über Investorengelder – trotz über 100 Millionen aktiven Nutzern (Ghosh 2020).

Bereits im Rahmen der 9. GWB-Novelle wurde festgestellt, dass die alleinige Betrachtung von Umsatzzahlen in digitalen Märkten nicht zwangsläufig ein Indiz für deren tatsächlichen Wert ist. Die transaktionswertbezogene Aufgriffsschwelle sollte Abhilfe schaffen und integrierte den „Wert der Gegenleistung“ in § 35 Abs. 1a Nr. 3 GWB in die Beurteilung. Damit werden Fälle, bei denen über 400 Millionen Euro für das zu erwerbende Unternehmen gezahlt werden, kartellrechtlich adressierbar. (Budzinski 2017, Budzinski/Stöhr 2019). Dies beruhte unter anderem auf Erkenntnissen aus dem Kauf von WhatsApp durch Facebook (Europäische Kommission 2017), aber auch durch den Fall FlixBus/Postbus (BKartA 2016b), bei denen aufgrund der Umsatzzahlen die klassischen Aufgriffsschwellen nicht überschritten und die Fusionskontrolle nicht intervenieren konnte. Es ist jedoch auch davon auszugehen, dass die digitalen Ökosysteme diesen Schwellenwert kennen und meiden, weshalb im vorliegenden Fall beide Kaufpreise für die Start-Ups unter 400 Millionen Euro liegen. Dies mag auch Facebooks Kaufpreis für Giphy über circa 335 Millionen Euro erklären, der deutlich unter dem eigentlich geschätzten Unternehmenswert von 600 Millionen Dollar lag.⁵

Als Fazit wird festgestellt, dass die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle einen kartellrechtlichen Eingriff in Killer Acquisitions durch GAFA-Unternehmen eher erschwert als vereinfacht. Dennoch ist die Anhebung aus ressourcenbedingter Sicht und auch im internationalen Vergleich der Inlandsumsatzschwellen nachvollziehbar. Ohnehin ist die Betrachtung der

⁵ Facebook entgeht damit jedoch nur einer kartellrechtlichen Untersuchung in Deutschland und Österreich, wo die transaktionswertbezogene Aufgriffsschwelle kodifiziert wurde. Die britische CMA und die australischen Wettbewerbsbehörden haben hingegen bereits eine Untersuchung der Übernahme angekündigt (Ghosh 2020).

Umsätze in digitalen Plattformmärkten aufgrund der Netzwerkeffekte keine geeignete Kennziffer. Dies spricht zusätzlich dafür, dass Killer Acquisitions über andere Normen adressiert werden sollten.

(3) Anwendung des § 32c Abs. 3 GWB-RefE

Über den neuen § 32c Abs. 3 GWB-RefE hätten die beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, sich ihr Vorhaben durch das BKartA ex-ante genehmigen zu lassen. Umgekehrt eröffnet sich für das BKartA durch diese Regelung die Möglichkeit, eine Killer Acquisition prüfen und verhindern zu können. Die Anwendung der Norm setzt ein „besonderes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer Entscheidung“ voraus, das insbesondere „bei komplexen neuen Rechtsfragen und außergewöhnlich hohem Investitionsvolumen und -aufwand“ gegeben ist (BMWi 2020: 91).

Es kann davon ausgegangen werden, dass „FriendNetwork“ ausreichend Ressourcen in der Rechtsabteilung besitzt, um das notwendige rechtliche und wirtschaftliche Interesse an einer Entscheidung insbesondere bei der Übernahme von „Dance“ begründen zu können. Da „FriendNetwork“ und „Dance“ in einem ähnlichen Markt tätig sind, ist es bei einem Kauf wahrscheinlich, dass Daten zusammengetragen und gemeinsame Netzwerkeffekte realisiert werden. Vor dem Hintergrund vergleichbarer und stark kritisierter Fusionen von Facebook/WhatsApp und Facebook/Instagram in der Vergangenheit könnte das Interesse von „FriendNetwork“ an einer Genehmigung eines solchen Verfahrens durchaus hoch sein. Beim Kauf von „Run“ hingegen wird es schwierig zu argumentieren sein, dass es sich dabei um eine komplexe neue Rechtsfrage handelt.

Die Wettbewerbsbehörden hätten große Anreize, einen solchen Kauf zu verbieten. Gerade weil bei den politisch und gesellschaftlich stark beachteten Fällen Facebook/WhatsApp und Facebook/Instagram keine kartellrechtliche Adressierung möglich war, eignet sich das vorliegende Szenario dazu, ein Exempel zu statuieren (Vgl. Budzinski/Haucap 2020: 17). Die wettbewerbsschädlichen Wirkungen von Facebooks Aufkäufen (Vgl. Europäische Kommission 2017) können mit hoher Wahrscheinlichkeit auch bei einem Kauf von „Dance“ durch „FriendNetwork“ auftreten. Aus Sicht von „FriendNetwork“ bestehen demnach keine Anreize, eine Übernahme-genehmigung von „Dance“ oder „Run“ beim BKartA zu erfragen. Vielmehr sind die Erfolgsaussichten größer, wenn die Übernahme konspirativ unter den Aufgriffsschwellen durchgeführt wird.

Der neue § 32c Abs. 3 GWB-RefE eignet sich somit nicht als Eingriffsinstrument für Killer Acquisitions. Die Unternehmen haben keine Anreize, mit einem solchen Instrument die Aufmerksamkeit auf eine wettbewerblich kritische Übernahme zu lenken und ein Verbot zu riskieren. Vielmehr könnten sie § 32 Abs. 3 GWB-RefE nutzen, um das BKartA mit wettbewerblich unbedenklichen Kooperationen zu beschäftigen, um im Hintergrund ihre wichtigeren Fusionen unbemerkt von den Behörden durchzuführen.

(4) Anwendung des § 39a GWB-RefE

Der neue § 39a GWB-RefE könnte sich als Aufgriffsinstrument von Killer Acquisitions eignen, da das BKartA dadurch ausgewählte Unternehmen mit einem weltweiten Jahresumsatz von 250 Millionen Euro verpflichten kann, ihre geplanten Zusammenschlüsse ex-ante anzumelden. Somit hätte die Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit, potentiell wettbewerbsschädliche Killer Acquisitions umfassend zu prüfen und gegebenenfalls zu verbieten.

Da „FriendNetwork“ die Umsatzschwelle von 250 Millionen Euro überschreitet, kann die Plattform zum Normadressaten werden. Eine weitere Voraussetzung der Norm ist, dass das BKartA nachweist, dass zukünftige Zusammenschlüsse den Wettbewerb in diesem Markt einschränken (BMWi 2020: 11). Als Anhaltspunkte für eine solche Einschränkung nennt der Referentenentwurf zunächst den sukzessiven Aufkauf von kleinen Unternehmen in der Vergangenheit. (BMWi 2020: 99-100). Aus dem Fallbeispiel geht hervor, dass „FriendNetwork“ im letzten Jahrzehnt zahlreiche Unternehmen aufgekauft hat, um sich ein umfangreiches Ökosystem aufzubauen. Damit liegt ein Anhaltspunkt für eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 39a GWB-RefE vor, die sowohl auf den Aufkauf von „Dance“, als auch den Aufkauf von „Run“ zutrifft. Auch Haucap (2020) empfindet es wichtig, langfristige Erwerbsstrategien von Unternehmen in die Bewertung von Übernahmefällen einzubeziehen, anstatt jeden Fall separat zu betrachten (ebd.: 26). Ein weiterer Ansatzpunkt der Norm für eine Wettbewerbsbeschränkung und damit eine Verpflichtung zur Anmeldung zukünftiger Zusammenschlüsse ist der Aufkauf von Start-Ups, welche in naher Zukunft den eigenen Umsatz gefährden könnten. Damit greift der Referentenentwurf explizit die Problematik der Killer Acquisitions auf. Allerdings ist der Nachweis, dass die Start-Ups in Zukunft den Umsatz von „FriendNetwork“ gefährden könnten, aus wettbewerbspolitischer Sicht schwierig (inter alia, Haucap 2020: 27). Dazu müsste die Behörde beurteilen, ob sich das Start-Up ohne eine Übernahme zu einer ernstzunehmenden Konkurrenz von „FriendNetwork“ entwickelt hätte. Da die Fitness-App „Run“ in einem grundlegend anderen Markt als „FriendNetwork“ tätig ist und darüber hinaus andere Erwerbsstrategien plant, ist es unwahrscheinlich, dass beide Plattformen in naher Zukunft Konkurrenten werden. Das Start-

Up „Dance“ jedoch könnte sich aufgrund der vergleichbaren Funktionalität als soziales Netzwerk durchaus zu einem ernstzunehmenden Wettbewerber von „FriendNetwork“ entwickeln. Demnach sind für „Dance“ zwei Anhaltspunkte, für „Run“ immerhin ein Anhaltspunkt gegeben, dass die Übernahme eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben könnte. Eine Verpflichtung von „FriendNetwork“ zur Anmeldung zukünftiger Zusammenschlüsse erscheint möglich. Die Norm fordert jedoch, dass das erwerbende Unternehmen zwei Drittel seines Unternehmens im Inland generiert (BMWi 2020: 100). Diese Voraussetzung erfüllt die international tätige Plattform „FriendNetwork“ nicht.⁶ Damit kann der neue § 39a GWB-RefE nicht auf derartige Killer Acquisitions von Unternehmen der digitalen Wirtschaft angewendet werden, deren Hauptsitze sich zumeist im Ausland befinden und die ihre Umsätze weltweit generieren.

Es zeigt sich, dass – wie bereits in der Diskussion um einen Eingriff über § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE – die Fokussierung auf Umsatzzahlen in den deutschen Wettbewerbsregeln die Behörden daran hindern, eine Killer Acquisition kartellrechtlich zu adressieren. Dabei wurde deutlich, dass die anderen Bestandteile des § 39a GWB-RefE sich durchaus zum Eingriff in solche Aufkäufe eignen. Die Beachtung einer langfristigen Erwerbsstrategie (Haucap 2020: 26) sowie die potentielle Entwicklung des Start-Ups zu einem Konkurrenten (ACCC 2019: 105) sind sinnvolle Kriterien, um die Beobachtung eines GAFA-ähnlichen Unternehmens hinsichtlich seiner Übernahmen zu rechtfertigen. Gerade weil jedoch die Mehrzahl dieser Digitalkonzerne ihre Umsätze international erzielt, ist der Umsatz nicht die richtige Kennzahl, um den Einfluss der Ökosysteme auf den nationalen Wettbewerb zu bewerten. Vielmehr bietet sich die Beachtung der Nutzerzahlen der Start-Ups in diesem Kontext an, um die Relevanz der Übernahmen zu bemessen. „Dance“ verzeichnet fünfeinhalb Millionen, „Run“ immerhin vier Millionen Nutzer in Deutschland. Dies sind auf Basis der Theorie von Plattformmärkten wichtige Indizien für den Erfolg der Start-Ups, unabhängig von deren Umsatzzahlen. Tatsächlich kodifiziert der Gesetzgeber im neuen § 19a GWB-RefE den „Zugang zu sonstigen Ressourcen“ als Kriterium zur Feststellung eines Unternehmens mit überragender marktübergreifender Bedeutung (BMWi 2020: 9). Laut Referentenentwurf könnten diese „sonstigen Ressourcen“ auch Nutzerzahlen sein (BMWi 2020: 77). Auch die involvierten Vermögenswerte wie beispielsweise Daten könnten ein Indiz für die wettbewerbschädigende Wirkung des Aufkaufs sein (ACCC 2019: 105). Diese deutlich aussagekräftigeren Kriterien wie Nutzerzahlen oder Daten könnten durch eine entsprechende Ergänzung auch auf § 39a GWB-RefE übertragen werden.

⁶ Und auch keines der realen GAFA-Unternehmen erfüllt diese Voraussetzung.

Die Fallstudie ergab, dass die Vorschläge der 10. GWB-Novelle keine geeigneten Lösungen bieten, um Killer Acquisitions durch große Digitalkonzerne zu adressieren. Der Gesetzgeber sieht dafür auch keine Notwendigkeit; für ihn haben die bestehenden Normen ausreichend Spielräume (BMWi 2020: 60). Dabei ist die Durchsetzung nationaler Wettbewerbsregeln gegenüber großen Digitalkonzernen gerade bei einem Land wie Deutschland mit einem großen Binnenmarkt wahrscheinlicher, da der Zugang zum deutschen Markt für die GAFA-Unternehmen strategisch wichtig ist (Vgl. Budzinski 2008: 33-49). Die deutschen Wettbewerbsbehörden haben somit keinen Grund, sich bei der nächsten Killer Acquisition auf das Eingreifen der Europäischen Kommission zu verlassen.

6. Abschließende Bewertung der Vorschläge und Fazit

Die vorliegende Arbeit beantwortet die Frage, ob die im Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle vorgestellten Neuerungen aus ökonomischer Sicht den Schutz des Wettbewerbs vor der Marktmacht digitaler Konzerne gewährleisten können. Als Grundlage wurden sieben internationale Expertenstudien analysiert, welche sich vor dem Hintergrund der Herausforderungen der digitalen Wirtschaft mit möglichen Überarbeitungen der Wettbewerbsregeln befassen. Die Studien sind sich einig, dass die digitale Wirtschaft zahlreiche Vorteile für die Nutzer birgt: Digitale Geschäftsmodelle fördern die Innovation, durch ein besseres Matching findet der Nutzer schneller relevante Informationen und immer häufiger entfällt die Bezahlung mit monetären Preisen. In der Folge senkt die digitale Wirtschaft die Transaktionskosten und sorgt für deutliche Effizienzsteigerungen. Auf der anderen Seite entstehen insbesondere durch die Charakteristiken zweiseitiger Märkte hohe Marktkonzentrationen. Durch direkte und indirekte Netzwerkeffekte, Skalenvorteile und die Sammlung von umfassenden Datenbeständen können die digitalen Unternehmen ihre Marktposition festigen und sichern. Mithilfe ihrer digitalen Ökosysteme erschweren die GAFA-Unternehmen anderen Marktteilnehmern den Markteintritt, behindern potentielle Konkurrenten und begünstigen gegenüber den Millionen von Nutzern ihre eigenen Produkte. Ein fairer Leistungswettbewerb ist auf dieser Basis unmöglich. Die Studien stimmen somit in dem Ziel überein, dass diesen Herausforderungen nur mit mehr Wettbewerb und Regeln für die großen, digitalen Plattformen entgegengewirkt werden kann. In der konkreten Herangehensweise an diese Problematik tun sich innerhalb der Studien jedoch zahlreiche Unterschiede auf. Während die britische Studie mit der Digital Markets Unit die Einführung eines komplexen ex-ante Instruments zur Kontrolle der GAFA-Unternehmen vorschlägt, fokussiert sich der australische Bericht auf deren Rolle im Werbemarkt und in der Nachrichten-

berichterstattung. Die deutschen Berichte sprechen sich für umfangreiche Datenzugangsansprüche kleinerer Unternehmen aus, der EU-Report hingegen widerspricht, den großen Digitalkonzernen solche Verpflichtungen aufzuerlegen. Die Vor- und Nachteile von Sektorregulierungen, Datenzugängen und ex-post oder ex-ante Normen wurden in der Folge anhand des deutschen Gesetzesentwurfes der 10. GWB-Novelle ausführlich diskutiert.

Der deutsche Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle fokussiert sich insbesondere auf eine Verschärfung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen und auf Erleichterungen bei der Fusionskontrolle. Aus ökonomischer Sicht erscheint eine Vielzahl der Regeln geeignet, um den Herausforderungen der digitalen Wirtschaft zu begegnen. Manche Vorschläge hingegen gehen jedoch zu weit oder nicht weit genug. Bei einigen wenigen Regeln wird erst nach einer gewissen Zeitspanne ein endgültiges Urteil möglich sein.

Aus ökonomischer Sicht erscheint es sinnvoll, die Untersuchung des Faktors Daten explizit in allen Wirtschaftsbereichen bei der Bewertung einer marktbeherrschenden Stellung heranzuziehen (§ 18 Abs. 3 GWB-RefE). Auch erscheint es zweckmäßig, Unternehmen eine Möglichkeit des Datenzugangs zu eröffnen, wenn sie auf Basis ihres Geschäftsmodells von den Daten größerer, marktmächtiger Unternehmen abhängig sind (§ 20 Abs. 1a GWB-RefE). Die Einführung der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3b GWB-RefE vereinfacht in Zukunft den Nachweis der Marktbeherrschung von Vermittlungsplattformen und wird als Konzept auch international befürwortet. Vor dem Hintergrund des Facebook-Falls vor dem BKartA wird in der 10. GWB-Novelle der Marktmachtmissbrauch nicht mehr strikt an eine Marktbeherrschung geknüpft (§ 19 Abs. 1 GWB-RefE). Die Vorteile von weniger kleinteiligen Marktabgrenzungen überwiegen dabei der Sorge einer Überdehnung des Tatbestands. Im europäischen Vergleich erscheint die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE auf zehn Millionen Euro recht vorsichtig. Da dieser Schwellenwert im deutschen Wettbewerbsrecht seit der 9. GWB-Novelle jedoch mit einem transaktionswertbasierten Kriterium ergänzt wird, ist die Anhebung – auch in Hinblick auf den Schutz regionaler Unternehmen – gerechtfertigt.

Zu strikt erscheint hingegen die Kodifizierung eines Datenzugangs auf Basis der Essential Facilities-Doktrin in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE. Nicht nur entfernt sich diese Ergänzung von dem eigentlichen Zweck der Norm, auch wird im ähnlichen § 20 Abs. 1a GWB-RefE ein deutlich umfassender Anwendungsbereich mit klareren Anforderungen eröffnet, welcher sich aus ökonomischer Sicht besser eignet. Es wird empfohlen, die Neuerung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE zu streichen. Ähnlich große Hürden schafft die Option eines Vorsitzendenschreibens in § 32c GWB-RefE. Bei den umfassenden Restriktionen der Norm kann nicht davon ausgegangen

werden, dass die Möglichkeit von den gewünschten Normadressaten der kleinen und mittleren Unternehmen häufig in Anspruch genommen wird. Auch senkt die Norm nicht die Anreize für die Bildung wettbewerbswidriger Kartelle. Die Verpflichtung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse in § 39a GWB-RefE ist in Hinblick auf den damit einhergehenden umfassenden bürokratischen Aufwand fragwürdig, insbesondere weil durch andere Normen eine ebensolche Ressourcenverschwendung eingedämmt werden sollte. In seiner vorliegenden Form nicht weit genug geht der Regelkatalog in § 19a GWB-RefE. Die Schaffung eines Regelkatalogs für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung ist im Grundsatz innovativ. Jedoch können wettbewerbsschädliche Praktiken auch nach Feststellung des ÜMÜB-Status weiterhin bis zu einem Verbot ohne Sanktionen durchgeführt werden und anschließend auf andere Praktiken mit ähnlicher Wirkung zurückgegriffen werden. Die erhoffte Vorfeldwirkung der ex-ante Regelung bleibt damit aus, auch weil die Feststellung eines ÜMÜB-Unternehmens zeitgleich mit einer entsprechenden Verfügung einhergehen kann. Die präventive Wirkung der Norm wird damit untergraben und für die Unternehmen entsteht eine hohe Rechtsunsicherheit.

Zuletzt wurden zwei Vorschläge analysiert, die in ihrer Theorie begrüßenswert sind, in ihrer tatsächlichen Wirkung jedoch erst nach einer Beobachtungsphase ökonomisch beurteilt werden können. In § 20 Abs. 1 GWB-RefE wurde zu Recht aufgenommen, dass auch große Unternehmen von anderen großen Unternehmen abhängig sein können. Jedoch kann nur eine enge Auslegung der Norm in der Rechtsprechung gewährleisten, dass diese nicht unzweckmäßig zur Ressourcenbindung von Vertragspartnern genutzt wird. Tipping wurde als problematisches Phänomen in digitalen Märkten vom Gesetzgeber erkannt und in § 20 Abs. 3a GWB-RefE kodifiziert. Allerdings bleibt es abzuwarten, ob Behörden und Gerichte Tipping-fördernde Praktiken auch frühzeitig erkennen und mittels der neuen Norm bekämpfen können.

Die Fallstudien zeigten auf, inwiefern gegenwärtige Problematiken und Fallkonstellationen der digitalen Wirtschaft mit den neuen Regelungen der 10. GWB-Novelle praktisch angegangen werden können. Es wurde deutlich, dass der Facebook-Fall und die Entscheidung des BKartA wichtige Erkenntnisse zur Entwicklung einiger Regelungen lieferten. So wird der Fall in der Begründung zum vorliegenden Entwurf mehrfach erwähnt. Die Untersuchung der entsprechenden Regelungen zeigte, dass der Gesetzgeber es den Wettbewerbsbehörden in Zukunft einfacher machen möchte, gegen marktmächtige GAFA-Unternehmen vorzugehen. Die neu kodifizierte Intermediärsmacht in § 18 Abs. 3b GWB-RefE ist hinsichtlich der Vorwürfe des BKartA nur bedingt hilfreich, da eine Intermediärsstellung mit realer, wirtschaftlicher Bedeutung nur zwischen Plattform und Werbekunden vorliegt. Die Nutzer können die Vermittlungsleistung

von Facebook durch andere Dienste substituieren. Es ist somit unwahrscheinlich, dass eine Intermediationsmacht von Facebook im vorliegenden Fall den Nachweis einer Marktbeherrschung unterstützen könnte. Jedoch könnte diese neue Form von Macht bei anderen GAFA-Unternehmen ebendiese Feststellung erleichtern. Mit der Änderung in § 19 Abs. 1 GWB-RefE wird zeitgleich jedoch der Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung in Zukunft weniger relevant: Hier wird anstelle eines strikten Zusammenhangs lediglich eine Ergebniskausalität zwischen Marktbeherrschung und Marktmachtmissbrauch gefordert. Dass der Konditionenmissbrauch als ein Ergebnis von Facebooks Marktmacht anzusehen ist, jedoch nicht unmittelbar mit der Marktbeherrschung zusammenhängt, hatte auch das BKartA in seiner Entscheidung bereits analysiert. Weiterhin ergaben die Fallstudien, dass Facebook mit einer Normadressatenschaft von § 19a GWB-RefE rechnen muss. Verfügt das BKartA entsprechend, kann im behandelten Fall der Vorwurf der Zusammenführung von Drittquellldaten – zusätzlich zu einer Adressierung über § 19 GWB – kartellrechtlich erfasst werden.

Killer Acquisitions bleiben auch nach der Einführung der 10. GWB-Novelle ein Problem, das kartellrechtlich nur schwer erfasst werden kann. Weder die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE oder die Forderung eines Vorsitzenden-schreibens über § 32c Abs. 3 GWB-RefE, noch die Verpflichtung zur Anmeldung zukünftiger Zusammenschlüsse in § 39a GWB-RefE sind geeignet, um gegen die strategischen Aufkäufe von digitalen Großkonzernen kartellrechtlich einzugreifen. Trotz Anraten der Studien verzichtet der Gesetzgeber auf eine entsprechende Norm und verweist auf bestehende Regelungen (BMWi 2020: 60). Obwohl es durchaus vertretbar ist, solche Aufkäufe nicht auf nationaler, sondern auf europäischer Ebene über EU-Wettbewerbsregeln zu adressieren, sollte Deutschland als wichtiger Markt nicht darauf verzichten, eine entsprechende Eingriffsmöglichkeit zu schaffen.

Die „Vestager School“ (Volmar/Helmdach 2018: 204) von der EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager mit ihrem großen Fokus auf Fairness prägt in den vergangenen Jahren das europäische Wettbewerbsrecht. Im Gegensatz zur effizienzfokussierten Chicago School, die vorwiegend im amerikanischen Wettbewerbsrecht gelebt wird, sieht Vestager in Fairness das Fundament und das Ziel von Wettbewerbsregeln (Gerard 2018: 211). Auch das deutsche Wettbewerbsrecht orientiert sich an den europäischen Regeln und dessen Prinzipien. Der Titel dieser Arbeit formulierte die Frage, ob die fairsten Unternehmen gleichzeitig die „letzten“ Positionen im Wettbewerb einnehmen; anders formuliert, ob Unternehmen in der digitalen Wirtschaft nur durch unfaire und damit wettbewerbsschädigende Praktiken eine marktmächtige Stellung im Wettbewerb einnehmen können. Es gibt zahlreiche Beispiele für digitale Konzerne, die ohne

jegliche Auseinandersetzung mit Wettbewerbsbehörden anhaltenden Erfolg verzeichnen. Auffällig ist jedoch, dass insbesondere jene Unternehmen mit enormen Marktmachtstellungen durch wettbewerbs-schädigende Praktiken stets neue Rechtsstreitigkeiten mit Gerichten hervorrufen. Neben den in der Arbeit mehrfach aufgeführten Rechtsfällen der GAFA-Unternehmen wurden auch zahlreichen anderen marktmächtigen Plattformen unfaire Praktiken nachgewiesen, beispielsweise enge Bestpreisklauseln bei den Reisevermittlungsplattformen HRS (BKartA 2013, siehe auch Hamelmann/Haucap 2016, Haucap/Stühmeier 2016) und Booking.com (BKartA 2015), sowie Exklusivvereinbarungen mit Veranstaltern durch den Ticketshop Eventim (BKartA 2017a). Das „Digitalisierungsgesetz“ geht an dieser Stelle wichtige Schritte, um solche Praktiken in Zukunft besser adressieren zu können.

Neben Deutschland arbeiten auch die anderen Länder daran, die Forderungen und Erkenntnisse ihrer Studien zur Erhaltung des Wettbewerbs in der digitalen Wirtschaft zu realisieren. Die ACCC setzte ihre Studienerkenntnisse in einem ersten Schritt um, indem sie im Juli 2020 einen Regelkatalog für große Medienkonzerne veröffentlichte. Insbesondere Facebook und Google werden darin gezwungen, lokale Medienanbieter über die Änderung von Rankingalgorithmen zu unterrichten und für die Erlaubnis zur Verbreitung von deren Inhalten zu bezahlen (ACCC 2020). Die britische Wettbewerbsbehörde ernannte eine „Digital Markets Taskforce“, die auf Basis des Furman-Berichts die Installation der dort geforderten „Digital Markets Unit“ vorantreibt und darüber hinaus die Erkenntnisse einer britischen Werbemarktstudie einarbeitet (Hammon 2020). Auch in Europa wird eine Umsetzung der Erkenntnisse in EU-Wettbewerbsrecht geprüft, wie die EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager beim European Competition Day am 7. und 8. September 2020 in Berlin mitteilte (Grüll 2020). Der deutsche Gesetzgeber hat auf Basis des Referentenentwurfs nun – laut Voß – einen Regierungsentwurf fertiggestellt (ebd. 2020). Dieser Entwurf liegt bei Abgabe dieser Arbeit jedoch noch nicht vor (Stand: 08.09.2020). Es bleibt somit abzuwarten, inwiefern der Gesetzgeber die Kritik an der vorgeschlagenen 10. GWB-Novelle umgesetzt hat.

Der Referentenentwurf sorgt nicht dafür, dass das Spielfeld der digitalen Medienmärkte von Grund auf neu aufgemischt wird und die eingesessenen Wettbewerber ihre Positionen gänzlich abgeben müssen. Vielmehr sorgt er dafür, dass das Spielfeld größer wird, erhalten bleibt oder – in manchen Märkten – überhaupt erst geschaffen wird. Indem Datenzugänge geöffnet, Wechselkosten gesenkt, Innovationen gefördert und Wettbewerbsbehinderungen sanktioniert werden, entsteht für die Nutzer eine größere Auswahl an digitalen Produkten und Dienstleistungen und somit mehr Wettbewerb im Markt. In der Folge sorgt der Referentenentwurf dafür, dass

die Unternehmen an der Marktführerspitze in Zukunft mehr durch die „fairen“ Unternehmen herausgefordert werden können.

Literaturverzeichnis

- ACCC (2019): Australian Competition and Consumer Commission (ACCC): Digital Platforms Inquiry. Final Report. <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf> (abgerufen am 15.03.2020).
- ACCC (2020): Australian Competition and Consumer Commission (ACCC): Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Bill 2020. <https://www.accc.gov.au/focus-areas/digital-platforms/news-media-bargaining-code/draft-legislation> (abgerufen am 19.08.2020).
- Acquisti, Alessandro; Taylor, Curtis R.; Wagman, Liad (2016): The Economics of Privacy. In: *Journal of Economic Literature* 54 (2), 442-492.
- Acquisti, Alessandro; Varian, Hal R. (2005): Conditioning Prices on Purchase History. In: *Marketing Science* 24 (3), S. 367–381.
- Anderson, Simon P.; Palma, André de (2012): Competition for Attention in the Information (Overload) Age. *RAND Journal of Economics* 43 (1), S. 1–25.
- Armstrong, Mark (2006): Competition in Two-Sided Markets, *Rand Journal of Economics*, 37 (3), 668-691.
- Autorité de la Concurrence/Competition & Markets Authority (2014): The economics of open and closed systems. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/387718/The_economics_of_open_and_closed_systems.pdf (abgerufen am 25.06.2020).
- Bania, Konstantina (2018): The role of consumer data in the enforcement of EU competition law. In: *European Competition Journal* 14 (1), 38–80.
- Barnes, Susan B. (2006): A Privacy Paradox. Social networking in the United States. *First Monday* 11 (9).
- Barthelmé, Pierre; Snoep, Martijn; Steenbergen, Jacques (2019): Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world. https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdclcl.joint_memorandum_191002.pdf (abgerufen am 17.03.2020).
- Beaton-Wells, Caron (2018): Platform Power and Privacy Protection: A Case for Policy Innovation. *CPI Antitrust Chronicle* 8, 1-9.

- Beaton-Wells, Caron (2019): Ten Things to Know About The ACCC's Digital Platforms Inquiry. *CPI Oceania Column* 8, 1-16.
- BMWi (2019): Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft: Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0. https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=12. (abgerufen am 15.03.2020).
- BMWi (2020): Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi): Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz). Referentenentwurf, Bonn (24.01.2020).
- Bougette, Patrice; Budzinski, Oliver; Marty, Frédéric (2019): Exploitive Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn from an Industrial Organization Approach? *Revue d'Economie Politique*, 129(2), 261-286.
- BRICS (2019): BRICS Competition Law and Policy Centre: Digital Era Competition: A BRICS View. <http://bricscompetition.org/upload/iblock/6a1/brics%20book%20full.pdf> (abgerufen am 17.03.2020).
- Budzinski, Oliver (2008): The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy. Cheltenham: Elgar.
- Budzinski, Oliver (2016): Wettbewerbsordnung online: Aktuelle Herausforderungen durch Marktplätze im Internet. *ORDO* 67 (1), 385-409.
- Budzinski, Oliver (2017): Wettbewerbsregeln für das Digitale Zeitalter – Die Ökonomik personalisierter Daten, Verbraucherschutz und die 9. GWB-Novelle. *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik*, 43(3), 221-249.
- Budzinski, Oliver (2020): The Economics of International Competition Policy: New Challenges in the Light of Digitization? *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26 (135).
- Budzinski, Oliver; Christiansen, Arndt (2005): Aktuelle Reformen in der Europäischen Wettbewerbspolitik. *WiSt - Zeitschrift für Ausbildung und Hochschulkontakt* 34 (3), 165-169.
- Budzinski, Oliver; Eckert, Sandra (2018): Wettbewerb und Regulierung. K. Mause, C. Müller & K. Schubert (Hrsg.), *Politik und Wirtschaft: ein integratives Kompendium*, Berlin: Springer, 375-400.
- Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia; Stöhr, Annika (2020): Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissezfaire? *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik*, forthcoming.

- Budzinski, Oliver; Grusevaja, Marina (2017): Die Medienökonomik personalisierter Daten und der Facebook-Fall. W. Seufert (ed.), *Media Economics Revisited - (Wie) verändert das Internet die Ökonomie der Medien?* Baden-Baden: Nomos, S. 35–37.
- Budzinski, Oliver; Grusevaja, Marina; Noskova, Victoriia (2020a): The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection. *Ilmenau Economics Discussion Papers* 26 (139).
- Budzinski, Oliver; Haucap, Justus (2020): Kartellrecht und Ökonomik: Institutions Matter! in: Justus Haucap; Oliver Budzinski (Hrsg.), *Recht und Ökonomie*, Nomos: Baden-Baden, 331–361.
- Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika (2019): Competition Policy Reform in Europe and Germany – Institutional Change in the Light of Digitization. *European Competition Journal*, 15(1), 15-54.
- Bundesgerichtshof (BGH) (2015): Entscheidung KZR 87/13, Porsche-Tuning (06.10.2015).
- Bundesgerichtshof (BGH) (2018): Entscheidung KVR 3/17, Hochzeitsrabatte (23.01.2018).
- Bundesgerichtshof (BGH) (2020): Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook. Pressemitteilung, Karlsruhe (23.06.2020).
- Bundeskartellamt (BKartA) (2013): Entscheidung B9-66/10 HRS Bestpreisklausel (20.12.2013).
- Bundeskartellamt (BKartA) (2015): Entscheidung B9-121/13 Booking.com (22.12.2015).
- Bundeskartellamt (BKartA) (2016): Bundeskartellamt eröffnet Verfahren gegen Facebook wegen Verdachts auf Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße. Pressemitteilung, Bonn (02.03.2016).
- Bundeskartellamt (BKartA) (2016a): Marktmacht von Plattformen und Netzwerken. Arbeitspapier.
- Bundeskartellamt (BKartA) (2016b): Das Bundeskartellamt stellt klar: Fusion von Fernbus-Unternehmen nicht vom Bundeskartellamt geprüft. Pressemitteilung, Bonn (03.08.2016).
- Bundeskartellamt (BKartA) (2017): Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes (19.12.2017).
- Bundeskartellamt (BKartA)(2017a): Entscheidung B6-132/14-2 – CTS Eventim (04.12.2017).
- Bundeskartellamt (BKartA) (2019): Entscheidung B6-22/16 – Facebook Inc. Das Bundeskartellamt untersagt Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen (06.02.2019).

- Bundeskartellamt (BKartA) (2019a): Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes (02.07.2019).
- Bundeskartellamt (BKartA) (2019b): Facebook, Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung. Fallbericht. B6-22/16 (15.02.2019).
- Caillaud, Bernard; Jullien, Bruno (2003): Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers. *Rand Journal of Economics*, 34, 309–328.
- Colino, Sandra Marco (2018): The Antitrust F Word: Fairness Considerations in Competition Law. *Journal of Business Law*.
- Crémer, Jacques; Montjoye, Yves-Alexandre de; Schweitzer, Heike (2019): Competition Policy for the Digital Era. Final report. <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> (abgerufen am 15.03.2020).
- Doherty, Sean; Verghese, Aditi Sara (2019): Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy. *World Economic Forum*.
- Edelman, Benjamin G.; Geradin, Damien (2018): An Introduction to the Competition Law and Economics of 'Free'. In: *Antitrust Chronicle, Competition Policy International* 1 (3).
- Ellger, Reinhard (2019): Konditionenmissbrauch nach § 19 GWB durch Konditionenmissbrauch nach § 19 GWB durch Datenschutzverstoß – Der Facebook-Fall des Bundeskartellamtes. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 69 (9), 446–454.
- Ellger, Reinhard (2019a): Facebook und das Kartellrecht – ein Drama in drei Akten. Gastkommentar. In: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 69 (10).
- Eucken, Walter (2004): Grundsätze der Wirtschaftspolitik. Hrsg. v. Edith Eucken u. K. Paul Hensel. 7. Auflage, 415 Seiten.
- EuGH (1995): Entscheidung Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 – Magill (06.04.1995),
- EuGH (2004): Entscheidung Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – IMS Health GmbH (29.04.2004).
- EuGH (2004a): Entscheidung Rs. T-201/04 R – Microsoft (22.12.2004)
- Europäische Kommission (2017): Fusionskontrolle: Kommission verhängt gegen Facebook Geldbuße von 110 Mio. EUR wegen irreführender Angaben zur Übernahme von WhatsApp. Pressemitteilung, Brüssel (18.05.2017).
- Europäische Kommission (2017a): EU-Kommission verhängt Geldbuße von 2,42 Milliarden Euro gegen Google. Pressemitteilung, Brüssel (03.10.2014).
- Europäische Kommission (2018): Entscheidung COMP/M.4731 – Google/DoubleClick (11.03.2008).

- Europäische Kommission (2018): Mergers: Commission clears Apple's acquisition of Shazam. Pressemitteilung, Brüssel (06.09.2018).
- Europäische Kommission (2019): Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon. Pressemitteilung, Brüssel (17.07.2019).
- Europäische Kommission (2020): Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules. Pressemitteilung, Brüssel (16.06.2020).
- Europäisches Parlament (2019): Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-Verordnung) (20.06.2019).
- Evans, David S. (2019): Basic Principles for the Design of Antitrust Analysis for Multisided Platforms. *Journal of Antitrust Enforcement*, 7 (3), 319-338.
- Evans, David S.; Schmalensee, Richard (2007): The Industrial Organization of Markets with Two-sided Platforms, *Competition Policy International* 3 (1), 151-179.
- Feldman, Brian (2018): Facebook Shuts Down TBH, Which You're Only Just Now Remembering. *Intelligencer*. <https://nymag.com/intelligencer/2018/07/facebook-shuts-down-tbh.html> (abgerufen am 18.08.2020).
- Firsching, Jan (2020): Instagram Statistiken für 2020: Nutzerzahlen, Instagram Stories, Instagram Videos & tägliche Verweildauer. *FutureBiz*. <https://www.futurebiz.de/artikel/instagram-statistiken-nutzerzahlen/> (abgerufen am 30.07.2020).
- Firsching, Jan (2020a): Snapchat Statistiken für 2020: Nutzerzahlen, versendete Snaps & Verweildauer. *FutureBiz*. <https://www.futurebiz.de/artikel/snapchat-statistiken-nutzerzahlen/> (abgerufen am 30.07.2020).
- Furman, Jason; Coyle, Diane; Fletcher, Amelia; Marsden, Philip; McAuley, Derek (2019): Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (abgerufen am 16.03.2020).
- Gerard, Damien (2018): Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications. In: *Journal of European Competition Law & Practice* 9 (4), 211-212.
- Geradin, Damien (2018): What Should EU Competition Policy do to Address the Concerns Raised by the Digital Platforms' Market Power? *Comparative Political Economy: Regulation eJournal*.
- Geradin, Damien; Katsifis, Dimitrios (2020): "Trust me, I'm fair": analysing Google's latest Practices in Ad Tech from the Perspective of EU Competition Law. *European Competition Journal* 16 (1), 11-54.

- Ghosh, Shona (2020): Facebook kauft Giphy für 400 Millionen Dollar — nun wird der Deal von Behörden geprüft. *BusinessInsider* (15.06.2020). <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/facebook-kauft-giphy-fuer-400-millionen-dollar-nun-wird-der-deal-von-behoerden-geprueft/> (abgerufen am 18.08.2020).
- Grüll, Philipp (2020): Kommissarin Vestager in Berlin: „Wir brauchen Wettbewerb mehr als je zuvor“. *Euractiv*, (08.09.2020) <https://www.euractiv.de/section/finanzen-und-wirtschaft/news/kommissarin-vestager-in-berlin-wir-brauchen-wettbewerb-mehr-als-je-zuvor/> (abgerufen am 08.09.2020).
- Hamelmann, Lisa; Haucap, Justus (2016): Wettbewerb und Kartellrecht auf Online-Plattformmärkten. *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 67 (1), 269-298.
- Hammon, Catherine; Kirrage, Katherine; Neill, Simon; Shrimpling, Marc (2020): UK Digital Markets Taskforce calls for information to shape new competition law framework for digital markets. *Lexology*, (02.07.2020) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bcc030ac-447d-4331-86b8-8d354264e802> (abgerufen am 08.09.2020).
- Hanke, Thomas (2019): Wertvolle Daten – Flugzeughersteller Airbus sorgt für Ärger in der Wartungsbranche. *Handelsblatt* (11.10.2019). <http://hbfm.link/6181> (abgerufen am 02.07.2020).
- Haucap, Justus (2019): Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision. *CPI Antitrust Chronicle* 2 (2), 24-29.
- Haucap, Justus (2020): Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht. *Wirtschaftsdienst*, 100, 20–29.
- Haucap, Justus; Heimeshoff, Ulrich (2014): Google, Facebook, Amazon, eBay. Is the Internet driving Competition or Market Monopolization? In: *International Economics and Economic Policy* 11 (1), 49-61.
- Haucap, Justus; Kerber, Wolfgang; Schweitzer, Heike; Welker, Robert (2018): Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. Endbericht. Baden-Baden: Nomos.
- Haucap, Justus; Stühmeier, Torben (2016): Competition and Antitrust in Internet markets. In: Johannes M. Bauer und Michael Latzer (Hg.): *Handbook on the economics of the internet*. Cheltenham: Edward Elgar, 183–210.
- Haucap, Justus; Wenzel, Tobias (2011): Wettbewerb im Internet. Was ist online anders als offline? In: *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 60 (2), 200-211.

- Hazlett, Thomas; Teece, David; Wavermann, Leonard (2011): Walled Garden Rivalry: The Creation of Mobile Network Ecosystems. *George Mason University Law and Economics Research Paper Series* 11 (50).
- Heinz, Silke (2019): Wettbewerbspolitik für das digitale Zeitalter – der Expertenbericht der Europäischen Kommission. In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 69 (9), 439-446.
- Hill, Kashmir (2012): How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did. *Forbes* (16.02.2012) <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#7897fa346668> (abgerufen am 14.04.2020).
- Höppner, Thomas (2020): Plattform-Regulierung light. Zum Konzept der Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung in der 10. GWB-Novelle. In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 70 (2), 71-79.
- Hylton, Keith N. (2019): Digital Platforms and Antitrust Law. *Boston University School of Law, Law and Economics Research Paper* 19 (8).
- Jullien, Bruno (2005): Two-sided markets and electronic intermediaries. *CESifo Economic Studies*, 51 (3), 233-260.
- Kerber, Wolfgang (2016): Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection. *Journal of Intellectual Property, Law & Practice* 11 (11), 856-866.
- Kerber, Wolfgang (2019): Data-Sharing in IoT Ecosystems From a Competition Law Perspective: The Example of Connected Cars. *Journal of Competition Law and Economics*, 2019.
- Kerber, Wolfgang (2019a): Updating Competition Policy for the Digital Economy? An Analysis of Recent Reports in Germany, UK, EU, and Australia. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3469624> (abgerufen am 14.03.2020)
- Kerber, Wolfgang (2020): Datenzugangsansprüche im Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle aus ökonomischer Perspektive. In: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 70 (5), 249-256.
- Körper, Torsten (2016): “Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht. *NZKart*, 303-310 (Teil 1), 348-356 (Teil 2).
- Körper, Torsten (2020): Die Digitalisierung der Missbrauchsaufsicht durch das „GWB-Digitalisierungsgesetz“ im Spannungsfeld von moderater Anpassung und Überregulierung. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3543719> (abgerufen am 28.06.2020).
- Kühnen, Jürgen (2020): Die Bändigung der Digitalkonzerne. Gastkommentar. In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 70 (4).

- Lear (2019): Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets. Final Report. D Document prepared for the Competition and Markets Authority. https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version-1.pdf (abgerufen am 20.07.2020)
- Lianos, Ioannis (2019): The Future of Competition Policy in Europe – Some Reflections on the Interaction Between Industrial Policy and Competition Law. *Thomson Transactive*.
- Metcalf, Ben (2010): The real reason Bing Cashback is ending: we all scammed the f**k out of it. <https://benmetcalfe.com/blog/2010/06/the-real-reason-bing-cashback-is-ending-we-all-scammed-the-fk-out-of-it/> (abgerufen am 15.05.2020).
- Meyer-Lindemann, Hans Jürgen (2020): Bußgeldsachen: Die stille Revolution im Windschatten der Digitalisierungsnovelle. In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 70 (1), 16-22.
- Monopolkommission (2002): Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB (abgerufen am 17.08.2020)
- Monopolkommission (2020): 10. GWB-Novelle –Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen! Policy Brief, Ausgabe 4. Online verfügbar unter https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_4.pdf (abgerufen am 16.03.2020).
- OLG Düsseldorf (2019): Oberlandesgericht Düsseldorf, Entscheidung VI-Kart 1/19 (V) – Facebook Inc. (26.08.2019)
- o.V. (2014): Tesla gibt seine Patente frei. *FAZ*, (13.06.2014). <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/elektroautohersteller-tesla-gibt-seine-patente-frei-12987717.html> (abgerufen am 29.07.2020).
- Polley, Romina; Pesch, Tobias; Tönnies, Hans (2019): Die P2B-Verordnung und ihre Bedeutung für das Kartellrecht. *Wirtschaft und Wettbewerb* 69 (10), 494-501.
- Ray, Jeffrey Scott (2012): Facebook: A Case Study of Strategic Leadership. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2103975> (abgerufen am 17.08.2020).
- Rochet, Jean-Charles; Tirole, Jean (2003): Platform competition in two-sided markets, *Journal of the European Economic Association*, 1 (4), 990-1029.
- Rochet, Jean-Charles; Tirole, Jean (2006): Two-Sided Markets: A Progress Report. In: *Rand Journal of Economics* 37 (3), 645-667.
- Schmidt, Ingo (2005): Hauptprobleme der 7. Kartellnovelle: Die Wende in der Kartellpolitik. *Wirtschaftsdienst* 85 (8), 536-540.

- Scholz, Marieke (2019): Die Herausforderungen der Digitalisierung aus dem internationalen Blickwinkel, *Wirtschaft und Wettbewerb* 69 (12), 619-626.
- Slobodenzjuk, Dimitri; Scholke, Caroline (2019): Die neue zweite Inlandsumsatzschwelle – Zurück in die Zukunft. Gastkommentar. In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 69 (12).
- Stauber, Peter (2017): Neue Transaktionswert-Aufgreifschwelle in der deutschen Fusionskontrolle. *Noerr*. <https://www.noerr.com/de/newsroom/news/neue-transaktionswert-aufgreifschwelle-in-der-deutschen-fusionskontrolle> (abgerufen am 31.07.2020).
- Steinberg, Philipp Marc; Wirtz, Markus (2019): Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle. Ein Dialog zwischen dem BMWi und der anwaltlichen Praxis (Teil 1). In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 69 (12), 606-612.
- Steinberg, Philipp Marc; Wirtz, Markus (2020): Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle. Ein Dialog zwischen dem BMWi und der anwaltlichen Praxis (Teil 2). In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 70 (1), 8-15.
- Steinvorth, Till (2020): Neue Wege in der Fusionskontrolle? Gastkommentar. In: *Wirtschaft und Wettbewerb* 70 (3).
- Stigler, George J. (1972): The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars. *Journal of Legal Studies* (1) 1, 1-12.
- Stöhr, Annika; Noskova, Victoriia; Kunz-Kaltenhäuser, Philipp; Gaenssle, Sophia; Budzinski, Oliver (2020): Happily Ever After? – Vertical and Horizontal Mergers in the U.S. Media Industry. In: *World Competition* 43 (1), 135-162.
- Vestager, Margrethe (2020): Keeping the EU competitive in a green and digital world. Vortrag, College of Europe, Brügge (02.03.2020).
- Volmar, Maximilian N.; Helmdach, Katharina O. (2018): Protecting Consumers and their Data through Competition Law? Rethinking Abuse of Dominance in Light of the Federal Cartel Office’s Facebook Investigation. In: *European Competition Journal* 14 (2-3), 195-215.
- Voß, Oliver (2020): GWB-Novelle: Regierungsentwurf liegt vor. *Tagesspiegel background* (07.09.2020) <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/gwb-novelle-regierungsentwurf-liegt-vor> (abgerufen am 08.09.2020).
- Yixin, Qiu; Gopal, Anandasivam; Hann, Il-Horn (2015): The Role of Platforms in Reconciling Logic Pluralism? A Study of Indie App Developers on the iOS Platform. *Robert H. Smith School Research Paper*.

**Diskussionspapiere aus dem Institut für Volkswirtschaftslehre
der Technischen Universität Ilmenau**

- Nr. 69 *Budzinski, Oliver*: Empirische Ex-Post Evaluation von wettbewerbspolitischen Entscheidungen: Methodische Anmerkungen, Januar 2012.
- Nr. 70 *Budzinski, Oliver*: The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets, January 2012.
- Nr. 71 *Budzinski, Oliver; Monostori, Katalin*: Intellectual Property Rights and the WTO, April 2012.
- Nr. 72 *Budzinski, Oliver*: International Antitrust Institutions, Juli 2012.
- Nr. 73 *Budzinski, Oliver; Lindstädt, Nadine*: Newspaper vs. Online Advertising - Is There a Niche for Newspapers in Modern Advertising Markets?, Juli 2012a.
- Nr. 74 *Budzinski, Oliver; Lindstädt, Nadine*: Newspaper and Internet Display Advertising - Co-Existence or Substitution?, Juli 2012b.
- Nr. 75 *Budzinski, Oliver*: Impact Evaluation of Merger Control Decisions, August 2012.
- Nr. 76 *Budzinski, Oliver; Kuchinke, Björn A.*: Deal or No Deal? Consensual Arrangements as an Instrument of European Competition Policy, August 2012.
- Nr. 77 *Pawlowski, Tim, Budzinski, Oliver*: The (Monetary) Value of Competitive Balance for Sport Consumers, Oktober 2012.
- Nr. 78 *Budzinski, Oliver*: Würde eine unabhängige europäische Wettbewerbsbehörde eine bessere Wettbewerbspolitik machen?, November 2012.
- Nr. 79 *Budzinski, Oliver; Monostori, Katalin; Pannicke, Julia*: Der Schutz geistiger Eigentumsrechte in der Welthandelsorganisation - Urheberrechte im TRIPS Abkommen und die digitale Herausforderung, November 2012.
- Nr. 80 *Beigi, Maryam H. A.; Budzinski, Oliver*: On the Use of Event Studies to Evaluate Economic Policy Decisions: A Note of Caution, Dezember 2012.
- Nr. 81 *Budzinski, Oliver; Beigi, Maryam H. A.*: Competition Policy Agendas for Industrializing Countries, Mai 2013.
- Nr. 82 *Budzinski, Oliver; Müller, Anika*: Finanzregulierung und internationale Wettbewerbsfähigkeit: der Fall Deutsche Bundesliga, Mai 2013.
- Nr. 83 *Doose, Anna Maria*: Methods for Calculating Cartel Damages: A Survey, Dezember 2013.
- Nr. 84 *Pawlowski, Tim; Budzinski, Oliver*: Competitive Balance and Attention Level Effects: Theoretical Considerations and Preliminary Evidence, März 2014.

- Nr. 85 *Budzinski, Oliver: The Competition Economics of Financial Fair Play, März 2014.*
- Nr. 86 *Budzinski, Oliver; Szymanski, Stefan: Are Restrictions of Competition by Sports Associations Horizontal or Vertical in Nature?, März, 2014.*
- Nr. 87 *Budzinski, Oliver: Lead Jurisdiction Concepts Towards Rationalizing Multiple Competition Policy Enforcement Procedures, Juni 2014.*
- Nr. 88 *Budzinski, Oliver: Bemerkungen zur ökonomischen Analyse von Sicherheit, August 2014.*
- Nr. 89 *Budzinski, Oliver; Pawlowski, Tim: The Behavioural Economics of Competitive Balance: Implications for League Policy and Championship Management, September 2014.*
- Nr. 90 *Grebel, Thomas; Stuetzer, Michael: Assessment of the Environmental Performance of European Countries over Time: Addressing the Role of Carbon Leakage and Nuclear Waste, September 2014.*
- Nr. 91 *Emam, Sherief; Grebel, Thomas: Rising Energy Prices and Advances in Renewable Energy Technologies, July 2014.*
- Nr. 92 *Budzinski, Oliver; Pannicke, Julia: Culturally-Biased Voting in the Eurovision Song Contest: Do National Contests Differ?, December 2014.*
- Nr. 93 *Budzinski, Oliver; Eckert, Sandra: Wettbewerb und Regulierung, März 2015.*
- Nr. 94 *Budzinski, Oliver; Feddersen, Arne: Grundlagen der Sportnachfrage: Theorie und Empirie der Einflussfaktoren auf die Zuschauernachfrage, Mai 2015.*
- Nr. 95 *Pannicke, Julia: Abstimmungsverhalten im Bundesvision Song Contest: Regionale Nähe versus Qualität der Musik, Oktober 2015.*
- Nr. 96 *Budzinski, Oliver; Kretschmer, Jürgen-Peter: Unprofitable Horizontal Mergers, External Effects, and Welfare, October 2015.*
- Nr. 97 *Budzinski, Oliver; Köhler, Karoline Henrike: Is Amazon The Next Google?, October 2015.*
- Nr. 98 *Kaimann, Daniel; Pannicke, Julia: Movie success in a genre specific contest: Evidence from the US film industry, December 2015.*
- Nr. 99 *Pannicke, Julia: Media Bias in Women's Magazines: Do Advertisements Influence Editorial Content?, December 2015.*
- Nr. 100 *Neute, Nadine; Budzinski, Oliver: Ökonomische Anmerkungen zur aktuellen Netzneutralitätspolitik in den USA, Mai 2016.*
- Nr. 101 *Budzinski, Oliver; Pannicke, Julia: Do Preferences for Pop Music Converge across Countries? - Empirical Evidence from the Eurovision Song Contest, Juni 2016.*

- Nr. 102 *Budzinski, Oliver; Müller-Kock, Anika*: Market Power and Media Revenue Allocation in Professional Sports: The Case of Formula One, Juni 2016.
- Nr. 103 *Budzinski, Oliver*: Aktuelle Herausforderungen der Wettbewerbspolitik durch Marktplätze im Internet, September 2016.
- Nr. 104 *Budzinski, Oliver*: Sind Wettbewerbe im Profisport Rattenrennen?, Februar 2017.
- Nr. 105 *Budzinski, Oliver; Schneider, Sonja*: Smart Fitness: Ökonomische Effekte einer Digitalisierung der Selbstvermessung, März 2017.
- Nr. 106 *Budzinski, Oliver; Pannicke, Julia*: Does Popularity Matter in a TV Song Competition? Evidence from a National Music Contest, April 2017.
- Nr. 107 *Budzinski, Oliver; Grusevaja, Marina*: Die Medienökonomik personalisierter Daten und der Facebook-Fall, April 2017.
- Nr. 108 *Budzinski, Oliver*: Wettbewerbsregeln für das Digitale Zeitalter – Die Ökonomik personalisierter Daten, Verbraucherschutz und die 9.GWB-Novelle, August 2017.
- Nr. 109 *Budzinski, Oliver*: Four Cases in Sports Competition Policy: Baseball, Judo, Football, and Motor Racing, September 2017.
- Nr. 110 *Budzinski, Oliver*: Market-internal Financial Regulation in Sports as an Anticompetitive Institution, October 2017.
- Nr. 111 *Bougette, Patrice; Budzinski, Oliver; Marty, Frédéric*: EXPLOITATIVE ABUSE AND ABUSE OF ECONOMIC DEPENDENCE: WHAT CAN WE LEARN FROM THE INDUSTRIAL ORGANIZATION APPROACH?, December 2017.
- Nr. 112 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia*: The Economics of Social Media Stars: An Empirical Investigation of Stardom, Popularity, and Success on YouTube, Januar 2018.
- Nr. 113 *Gaenssle, Sophia; Budzinski, Oliver; Astakhova Daria*: Conquering the Box Office: Factors, influencing Success of International Movies in Russia, Mai 2018.
- Nr. 114 *Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika*: Die Ministererlaubnis als Element der deutschen Wettbewerbsordnung: eine theoretische und empirische Analyse, Juli 2018.
- Nr. 115 *Budzinski, Oliver; Kuchinke, Björn A.*: Modern Industrial Organization Theory of Media Markets and Competition Policy Implications, September 2018.
- Nr. 116 *Budzinski, Oliver; Lindstädt-Dreusicke, Nadine*: The New Media Economics of Video-on-Demand Markets: Lessons for Competition Policy, Oktober 2018.
- Nr. 117 *Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika*: Competition Policy Reform in Europe and Germany – Institutional Change in the Light of Digitization, November 2018.
- Nr. 118 *Budzinski, Oliver; Noskova, Victoria; Zhang, Xijie*: The Brave New World of Digital Personal Assistants: Benefits and Challenges from an Economic Perspective, December 2018.

- Nr. 119 *Bougette, Patrice; Budzinski, Oliver & Marty, Frédéric*: EXPLOITATIVE ABUSE AND ABUSE OF ECONOMIC DEPENDENCE: WHAT CAN WE LEARN FROM AN INDUSTRIAL ORGANIZATION APPROACH? [Updated Version 2018], December 2018.
- Nr. 120 *Bartelt, Nadja*: Bundling in Internetmärkten - Ökonomische Besonderheiten, Wettbewerbseffekte und Regulierungsimplicationen, Dezember 2018.
- Nr. 121 *Budzinski, Oliver; Feddersen, Arne*: Measuring Competitive Balance in Formula One Racing, März 2019.
- Nr. 122 *Budzinski, Oliver; Kohlschreiber, Marie; Kuchinke, Björn A. & Pannicke, Julia*: Does Music Quality Matter for Audience Voters in a Music Contest, März 2019.
- Nr. 123 *Gaenssle, Sophia; Budzinski, Oliver*: Stars in Social Media: New Light Through Old Windows?, April 2019.
- Nr. 124 *Stöhr, Annika; Budzinski, Oliver*: Ex-post Analyse der Ministererlaubnis-Fälle - Gemeinwohl durch Wettbewerbsbeschränkungen?, April 2019.
- Nr. 125 *Budzinski, Oliver; Lindstädt-Dreusicke, Nadine*: The New Media Economics of Video-on-Demand Markets: Lessons for Competition Policy (Updated Version), May 2019.
- Nr. 126 *Stöhr, Annika; Noskova, Victoriia; Kunz-Kaltenhäuser, Philipp; Gaenssle, Sophia & Budzinski, Oliver*: Happily Ever After? – Vertical and Horizontal Mergers in the U.S. Media Industry, June 2019.
- Nr. 127 *Budzinski, Oliver; Stöhr, Annika*: Der Ministererlaubnis-Fall Miba/Zollern: Europäische Champions statt Wettbewerb?, Juni 2019.
- Nr. 128 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Kunz-Kaltenhäuser, Philipp*: How Does Online Streaming Affect Antitrust Remedies to Centralized Marketing? The Case of European Football Broadcasting, Rights, July 2019.
- Nr. 129 *Budzinski, Oliver; Haucap, Justus*: Kartellrecht und Ökonomik: Institutions Matter!, Juli 2019.
- Nr. 130 *Budzinski, Oliver & Stöhr, Annika*: Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes, August 2019.
- Nr. 131 *Gaenssle, Sophia; Budzinski, Oliver & Astakhova*: Daria: Conquering the Box Office: Factors Influencing Success of International Movies in Russia (Update), October 2019.
- Nr. 132 *Stöhr, Annika; Budzinski, Oliver & Jasper, Jörg*: Die Neue E.ON auf dem deutschen Strommarkt – Wettbewerbliche Auswirkungen der innogy-Übernahme, November 2019.
- Nr. 133 *Budzinski, Oliver; Grebel, Thomas; Wolling, Jens & Zhang, Xijie*: Drivers of Article Processing Charges in Open Access, December 2019.

- Nr. 134 *Gaenssle, Sophia; Kuchinke, Björn, A.:* Die Hörspielserie „Die drei ???“ – Der wirtschaftliche Erfolg und Gründe dafür, Januar 2020.
- Nr. 135 *Budzinski, Oliver:* The Economics of International Competition Policy: New Challenges in the Light of Digitization?, January 2020.
- Nr. 136 *Dittmann, Heidi & Kuchinke, Björn A.:* Die Theorie mehrseitiger Marktplätze in der US-amerikanischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle: Eine empirische Untersuchung für den Mediensektor, Januar 2020.
- Nr. 137 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Lindstädt-Dreusicke, Nadine:* The Battle of YouTube, TV and Netflix – An Empirical Analysis of Competition in Audio-visual Media Markets, April 2020.
- Nr. 138 *Gaenssle, Sophia & Kunz-Kaltenhäuser, Philipp:* What Drives Binge-Watching? An Economic Theory and Analysis of Impact Factors, April 2020.
- Nr. 139 *Budzinski, Oliver; Grusevaja, Marina & Noskova, Victoria:* The Economics of the German Investigation of Facebook’s Data Collection, May 2020.
- Nr. 140 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Stöhr, Annika:* Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissezfaire?, Juni 2020.
- Nr. 141 *Budzinski, Oliver & Kunz-Kaltenhäuser, Philipp:* Promoting or Restricting Competition? – The 50plus1-Rule in German Football, June 2020.
- Nr. 142 *Budzinski, Oliver; Gaenssle, Sophia & Stöhr, Annika:* The Draft for the 10th Amendment of German Competition Law: Towards a new Concept of „Outstanding Relevance across Markets“?, June 2020.
- Nr. 143 *Budzinski, Oliver & Stöhr, Annika:* Ministererlaubnis für Kartellfälle: Kooperation im Sinne des Gemeinwohls?, August 2020.
- Nr. 144 *Gaenssle, Sophia:* Big Data Comes to Hollywood – Audiovisuelle Medienmärkte im Digitalen Zeitalter, August 2020.
- Nr. 145 *Zhang, Xijie; Grebel, Thomas & Budzinski, Oliver:* The Prices of Open Access Publishing: The Composition of APC across Different Fields of Sciences, Oktober 2020.