

„Big-Tech“ und Kartellrecht: Regulierungsansätze der EU und in Deutschland

von Hendrik Eppelmann



Open Peer Review

Dieser Beitrag wurde lektoriert von: Hanna Brinkmann und Isabel Ecker



Hendrik studiert Jura an der Universität zu Köln. Zudem ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter in den Bereichen Kartell- und Datenschutzrecht bei Loschelder Rechtsanwälte.

A. Einleitung

„Daten werden die Art und Weise verändern, wie wir produzieren, verbrauchen und leben.“¹ Mit starken Aussagen wie dieser unterstreicht die EU-Kommission, welche überragende Auswirkung die Digitalisierung auf Gesellschaft und Wirtschaft hat und noch haben wird. Doch wie können sich Staaten für die kommenden Entwicklungen wappnen? Kommt es mit dem gesellschaftlichen Wandel zu neuen Machtstrukturen? Wie soll man darauf reagieren, wenn sich digitale Märkte immer stärker auf einige wenige Unternehmen konzentrieren?

¹ Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final, S. 2.

Aktuelle Beispiele zeigen, dass diese Fragen längst im Alltag der Kartellbehörden weltweit angekommen sind: Die EU-Kommission untersucht, ob *Apple* seine Macht missbraucht, indem das Unternehmen In-App-Käufe außerhalb des *Apple App-Stores* untersagt und gleichzeitig 30% Provision pro Kauf im eigenen Store eintreibt.² Die US-amerikanische Federal Trade Commission strebt die Zerschlagung des *Facebook*-Netzwerks an.³ Und auch die chinesische Wettbewerbsbehörde verhängte zuletzt eine Strafe in Höhe von umgerechnet ca. 2,3 Mrd. EUR gegen den Online-Riesen *Alibaba*, da das Unternehmen Händler dazu zwingt, Waren ausschließlich über seine Plattform zu verkaufen.⁴

Doch wieso stehen aktuell ausgerechnet die Digitalwirtschaft und die Datenökonomie so im Fokus der Kartellbehörden rund um den Globus? Um das zu verstehen, muss man sich zunächst vor Augen führen, was das Ziel des Kartellrechts ist und welche ökonomische Bedeutung Daten haben. Sinn und Zweck des Kartellrechts ist es zunächst ganz allgemein, den Wettbewerb zu schützen.⁵ Doch Wettbewerb ist kein Selbstzweck.⁶ Dem Kartellrecht liegt der wirtschaftspolitische Gedanke zugrunde, dass ein freier Wettbewerb eine Steuerungs-, Antriebs-, Leistungs-, Verteilungs- und Auslesewirkung auf die Marktteilnehmer hat.⁷ Der Wettbewerb soll die Investitionsbereitschaft der Marktteilnehmer fördern und somit der Innovation und dem technischen Fortschritt dienen.⁸ Weiterhin soll durch Wettbewerb das gesellschaftspolitische Ziel ausgeglichener Machtverhältnisse in Gesellschaft und Wirtschaft erreicht werden.⁹ Der Verbraucherschutz ist zwar kein originäres Ziel des

Kartellrechts,¹⁰ jedoch kommen die durch freien Wettbewerb erlangten Effizienzvorteile mittelbar dem Verbraucher zugute.¹¹ Um diese Ziele zu erreichen, basiert das Kartellrecht auf drei Säulen: Dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV/§ 1 GWB), der Missbrauchskontrolle von marktbeherrschenden Unternehmen (Art. 102 AEUV/§§ 18 ff. GWB) und der präventiven Zusammenschlusskontrolle (FKVO/§§ 35 ff. GWB).¹²

Der vorliegende Aufsatz soll zunächst die ökonomischen Besonderheiten auf digitalen Märkten erläutern (B.). Anschließend sollen die kartellrechtlichen Antworten auf die drängenden Fragen der Digitalwirtschaft durch den deutschen Gesetzgeber im Rahmen der 10. GWB-Novelle (C.) und die EU-Kommission im Entwurf für einen Digital Markets Act (D.) dargestellt werden. Hierbei soll der Fokus auf der Erläuterung der neuen Regeln und Instrumente liegen. Gleichwohl werden als Gedankenanstöße auch Kritikpunkte an den Vorhaben genannt.

B. Ökonomische Grundlagen

Zunächst sind die ökonomische Bedeutung von Daten und die Machtstrukturen auf digitalen Märkten genauer zu betrachten.

I. Ökonomische Bedeutung von Daten

In den ersten Tagen des amerikanischen Anti-Trust-Law, dem ersten modernen Kartellrecht der Welt, drehte sich noch vieles darum, die Macht von Ölmagnaten zu beschränken.¹³ Nunmehr ist häufig die Rede davon, dass Daten das „Öl des 21. Jahrhunderts“ seien.¹⁴ Im Zuge der globalen Digitalisierung erlangen Daten eine immer zentralere Bedeutung für Gesellschaft und Wirtschaft.

2 KOM, Pressemitteilung v. 30.04.2021, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

3 FTC, Pressemitteilung v. 9.12.2020, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

4 Vgl. *ZDF heute*, China brummt Alibaba Milliardenstrafe auf, 10.04.2021, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

5 LMRKM/Meessen/Kersting, Kartellrecht, 4. Aufl., Einführung Rn. 5; *Bechtold/Bosch* GWB, 9. Aufl., Einführung Rn. 51.

6 MüKoEuWettbR/Säcker, 3. Aufl., Bd. 1, 1. Teil Rn. 3.

7 *Wiedemann*, in: ders., Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., § 1 Rn. 2; MüKoEuWettbR/Säcker, 3. Aufl., Bd. 1, 1. Teil Rn. 4; *Bechtold/Bosch* GWB, 9. Aufl., Einführung Rn. 54.

8 *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Art. 101 AEUV Rn. 18; MüKoEuWettbR/Kerber/Schwalbe, 3. Aufl., Bd. 1, 1. Teil Rn. 137.

9 *Wiedemann*, in: ders., Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., § 1 Rn. 2; MüKoEuWettbR/Säcker, 3. Aufl., Bd. 1, 1. Teil Rn. 5.

10 *Bechtold/Bosch* GWB, 9. Aufl., Einführung Rn. 55.

11 MüKoEuWettbR/Säcker, 3. Aufl., Bd. 1, 1. Teil Rn. 8; *Bechtold/Bosch*, ebd.

12 *Volmar/Kranz*, JuS 2018, 14.

13 MüKoEuWettbR/Kerber/Schwalbe, 3. Aufl., Bd. 1, 1. Teil Rn. 47 f.

14 Vgl. etwa *RP Online*, Daten sind das Öl des 21. Jahrhunderts, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021); auch *Angela Merkel* bezeichnete in ihrem Videopodcast vom 12.03.2016 Daten als „die Rohstoffe des 21. Jahrhunderts“, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

Seit Beginn der weltweiten Pandemie Anfang 2020 erlebt die Digitalisierung einen weiteren Schub, aus dem E-Commerce-Plattformen und digitale Dienste als Profiteure hervorgehen.¹⁵ In der digitalen Wirtschaft haben sich Unternehmen herausgebildet, deren Geschäftsmodell auf dem systematischen Sammeln und Verarbeiten von Daten basiert. Sinnbild dieses Wirtschaftszweigs sind die digitalen Großunternehmen, die hinter dem Akronym „GAFAM“ (*Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft*) stehen. Diese finanzieren ihre Dienste oftmals durch Werbung. Je besser die Datenlage, umso personalisierter kann Werbung angezeigt werden, was die Werbefläche attraktiver macht.¹⁶

Ein weiteres Beispiel für die wirtschaftliche Bedeutung von Daten ist die Entwicklung von künstlicher Intelligenz (KI): Selbstlernende Software muss zunächst mittels „Deep Learning“ bzw. „Machine Learning“ trainiert werden, bevor sie als KI bezeichnet werden kann.¹⁷ Für dieses Training bedarf es eines Datensatzes, der so umfassend ist, dass die Software daraus vielschichtige Erkenntnisse gewinnen kann. Ohne den Zugang zu einem großen Datensatz kann es daher schwer sein, sich als Hersteller von KI-Software am Markt zu etablieren oder zu halten.¹⁸

Doch auch in der „klassischen“ Industrie gewinnen Daten eine immer wichtigere Bedeutung. Die Rede ist hier regelmäßig von der „Industrie 4.0“.¹⁹ Durch die Weiterentwicklung des Konzeptes des Internet of Things (IoT), werden beispielsweise die herstellende Industrie und die Landwirtschaft immer digitaler.²⁰ Werden alle Geräte in einem Betrieb über IoT-Systeme miteinander verknüpft, entsteht eine große Menge an Daten. Diese können dann wiederum der Verbesserung von Produkten und Automatisierung effizienter

Prozesse dienen.²¹

Trotz der großen ökonomischen Bedeutung von Daten erscheint der Vergleich von Daten mit klassischen Rohstoffen wie Öl unpassend. Es ist gerade eine zentrale Besonderheit, die Daten von natürlichen Ressourcen unterscheidet, dass sie nicht nur in begrenzten Mengen verfügbar sind und dass mehrere Parteien parallel auf sie zugreifen können. Nutzt ein Wirtschaftsteilnehmer einen bestimmten Datensatz, wird dieser nicht verbraucht, sondern kann auch weiterhin unbegrenzt genutzt werden. Der Vergleich mit Öl ist daher in dieser Form irreführend und abzulehnen.²² Gleichwohl lassen sich Daten mit einer „Währung des Internets“ vergleichen, da Nutzer oftmals anstatt eines monetären Entgelts mit ihren Daten für Dienstleistungen im Internet „bezahlen“.²³

II. Machtstrukturen auf digitalen Märkten

Allein die Tatsache, dass ein Unternehmen auf einen großen Datenbestand Zugriff hat, begründet für sich aber noch keine kartellrechtlich relevante Marktmacht.²⁴ Im digitalen Bereich muss eine marktbeherrschende Stellung ebenso wie bei analogen Dienstleistern positiv festgestellt werden. In der Praxis spielt klassischerweise der Marktanteil (§ 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB), also absolute und relative Größe des Marktteilnehmers,²⁵ eine entscheidende Rolle bei der Bestimmung von Marktmacht.²⁶ In der Digitalwirtschaft erscheint dieses Kriterium aber weniger aussagekräftig, da sich hiermit die hohe Dynamik und Schnelligkeit des Sektors kaum abbilden lassen.²⁷ Indizielle Wirkung haben große Datenbestände und ein hoher Marktanteil aber allemal.

15 *Hayungs*, VuR 2020, 403; *Deutscher Industrie- und Handelskammertag*, Handel 2020: Die Digitalisierung setzt sich durch, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021); beispielhaft hat BITKOM die Entwicklung des Lebensmitteleinzelhandels während der Corona-Pandemie untersucht, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021), S. 30 f.

16 Vgl. etwa *Kleinz*, c't 12/2012, S. 82, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

17 Weitergehende Erläuterungen bei *Lihotzky*, CTRL 1/21, 4; *Kupfermann*, CTRL 1/21, 7.

18 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 136; *Fries/Scheufen*, MMR 2019, 721 (725).

19 Eine ausführliche Erklärung des Begriffs bietet die Plattform Industrie 4.0, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

20 Weitergehende Erläuterungen zum „IoT“ bei *Ye*, CTRL 1/21, 11.

21 *Lundqvist*, EuCML 2018, 146 (147 f.).

22 *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321; *Mischau*, GRUR Int. 2020, 233 (237); *Nuys*, WuW 2016, 512 (513); *Drexler*, NZKart 2017, 415 (416 f.).

23 *Spiekermann*, APuZ 24-26/2019, 16; *Körber*, NZKart 2016, 303 (304); *Heckmann*, APuZ 24-26/2019, 22 (23 ff.); ein aktueller Regierungsentwurf setzt teilweise das Überlassen von Daten einem Entgelt gleich, dieser ist [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

24 *Körber*, NZKart 2016, 303 (305 f.); *MüKoEuWettbR/Wolf*, 3. Aufl., § 18 GWB Rn. 62; *Nuys*, WuW 2016, 512 (515 ff.); *Paal*, NZKart 2018, 157 (158); *Schweda/von Schreitter*, WuW 2021, 145 (151).

25 *Bechtold/Bosch* GWB, 9. Aufl., § 18 Rn. 44; *Wolf*, ebd., Rn. 33.

26 *Bechtold/Bosch*, ebd., 35; *Wolf*, ebd., Rn. 30.

27 *Pautke/Schultze*, WuW 2019, 2 (5); *Weck*, NZKart 2015, 290 (294); *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, 32; *Weidt*, WuW 2016, 164 (165); *Wolf*, ebd., Rn. 34.

Im digitalen Bereich treten die Marktteilnehmer häufig in der Form von Plattformen in Erscheinung.²⁸ Charakteristisch für solche ist, dass der Anbieter des Dienstes mehrere Nutzergruppen vermittelt und miteinander interagieren lässt.²⁹ So ermöglicht beispielsweise *Facebook* die Kommunikation zwischen seinen Nutzern oder sucht die *Uber*-App die passende Mitfahrgelegenheit für den jeweiligen Fahrgast. Plattformen stellen aus Sicht des Kartellrechts dabei regelmäßig mehrseitige Märkte dar. Der Begriff der mehrseitigen Märkte beschreibt die Situation, dass mit demselben Dienst Nutzer auf verschiedenen Märkten angesprochen werden und es zwischen diesen zu indirekten Netzwerkeffekten kommt.³⁰ Ein Beispiel hierfür ist die *Google*-Suchmaschine, die zum einen dem Anwender Suchergebnisse liefert und zum anderen Werbeflächen an gewerbliche Partner verkauft.³¹ Von Netzwerkeffekten spricht man, wenn sich eine Änderung der Nutzeranzahl auf den Wert der Dienstleistung für alle Nutzer derselben Gruppe auswirkt (direkter Netzwerkeffekt; Bsp.: soziales Netzwerk) oder wenn eine Nutzergruppe davon profitiert, dass sich die Größe der jeweils anderen Gruppe ändert (indirekte Netzwerkeffekte; Bsp.: Online-Verkaufsplattformen).³² Solche Netzwerkeffekte können eine Selbstverstärkungswirkung zur Folge haben, die dazu führt, dass sich eine Plattform durch konstant steigende Nutzerzahlen von Konkurrenzplattformen auch in qualitativer Hinsicht immer weiter abhebt. Ist dies der Fall, so droht, dass ein Markt vollständig zugunsten eines einzigen Marktteilnehmers „kippt“ (sog. „tipping“).³³ Man kann insoweit von einem „Wettbewerb um den Markt“ sprechen, zu dem es oftmals im digitalen Bereich kommt.³⁴ Digitale Märkte neigen daher besonders dazu, durch einzelne Unternehmen beherrscht zu werden.³⁵

28 Podszun/Kersting, NJOZ 2019, 321 (322).

29 MüKoEuWettbR/Kerber/Schwalbe, 3. Aufl., Bd. 1, 1. Teil Rn. 125.

30 BKartA, B6-22/16, Rn. 215 - Facebook; MüKoEuWettbR/Wolf, 3. Aufl., § 18 GWB Rn. 46.

31 Weidt, WuW 2016, 164 (165).

32 LMRKM/Kühnen, Kartellrecht, 4. Aufl., § 18 GWB Rn. 106; Wolf, ebd., Rn. 51 f.; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl., § 18 GWB Rn. 143.

33 BKartA, B6-22/16, Rn. 403 - Facebook; Fuchs, ebd.; Jakl, MMR 2019, 711 (715); Wolf, ebd. Rn. 54.

34 Cetintas, WuW 2020, 446 (447); Podszun/Kersting, ZRP 2019, 34 (35).

35 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle, S. 84, hier abrufbar (Stand: 26.05.2021); Cetintas, ebd.; Conrad/Licht in: Auer-Reinsdorf/Conrad, IT-R-HdB, 3. Aufl. 2019, § 39 Rn. 85.

C. 10. GWB-Novelle

Daher stellt sich die Frage, wie Staaten auf die potenzielle Gefahr von Machtkonzentrationen im Bereich digitaler Märkte reagieren können. Zwar bescheinigt der deutsche Gesetzgeber dem System der Kartellaufsicht eine hohe Effektivität, gleichwohl sieht er insbesondere im Hinblick auf die hohe Dynamik digitaler Märkte das Bedürfnis, hier für Beschleunigungen im Kartellrecht zu sorgen.³⁶

Dieses Ziel verfolgt die am 19.01.2021 in Kraft getretene 10. GWB-Novelle. Neben zahlreichen Änderungen, etwa im Kartellverfahrens- oder -bußgeldrecht, war die Digitalisierung Kernthema der Reform.³⁷ Der neu eingeführte § 19a GWB soll dem Bundeskartellamt (BKartA) ein Instrument zur Hand geben, mit dem gezielt auf den Machtmissbrauch besonders großer Digitalkonzerne reagiert werden kann. Zudem wird die Macht von Intermediären auf digitalen Märkten und der Zugang zu Daten zwischen Unternehmen behandelt.

I. § 19a GWB

Gewissermaßen Herzstück der Gesetzesreform ist § 19a GWB. Die neu geschaffene Norm zielt auf die Kontrolle missbräuchlichen Verhaltens von „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ ab. Besonderheit der Norm ist, dass mit ihr bestimmte Verhaltensweisen ex ante untersagt werden können, während die bisherige Missbrauchsaufsicht reaktiv ausgestaltet ist. Der Gesetzgeber verlässt hier also teilweise den Boden des klassischen Kartellrechts und trifft eher regulierungsrechtliche Regeln.³⁸

Das zweistufige Verfahren des § 19a GWB sieht zunächst eine Feststellung des BKartA vor, wer eine solche überragende marktübergreifende Bedeutung hat. Diese Entscheidung liegt im Ermessen des BKartA und wird im Wege einer umfassenden Einzelfallabwägung ermittelt.³⁹ In Betracht kommen nur Unternehmen, deren Tätigkeitsschwerpunkt auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken liegt.

36 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 1.

37 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 63 f.

38 Höppner, WuW 2020, 71.

39 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 86 f.; Paal, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 31. Edition, § 19a GWB Rn. 7.

§ 19a Abs. 1 S. 2 GWB gibt Indizien für die Abwägung vor. In die Beurteilung fließen hiernach insbesondere ein, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, die Finanzkraft des Unternehmens und dessen Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, die Verknüpfung unterschiedlicher Tätigkeitsfelder sowie die Bedeutung des Unternehmens für den Zugang Dritter zu den Märkten. Gemeint sind letztlich Unternehmen, die aufgrund besonderer Ressourcen oder ihrer Stellung als marktübergreifende digitale Ökosysteme in der Lage sind, ihre Machtstellung auch marktübergreifend abzusichern und auszudehnen.⁴⁰ Besonders beachtenswert ist, dass Marktbeherrschung insoweit nur noch Indiz und nicht Voraussetzung für die Stellung als Normadressat ist.⁴¹ Die Bundesregierung geht davon aus, dass § 19a GWB nur auf einen sehr kleinen Kreis von Unternehmen Anwendung finden wird.⁴² Bis Mai 2021 hat das BKartA Verfahren gegen *Facebook*,⁴³ *Amazon*⁴⁴ und *Google*⁴⁵ eröffnet.

Absatz 2 nennt sodann abschließend, welche Verhaltensweisen das BKartA ex ante untersagen kann. Soweit die hier genannten Verhalten nicht bereits unter die allgemeinen Verbote des Kartellrechts fallen, ist das Unternehmen nicht von Gesetzes wegen, sondern erst nach entsprechender Verbotsverfügung des BKartA zur Unterlassung verpflichtet.⁴⁶

Untersagen kann die Behörde beispielsweise eine Selbstbevorzugung eigener Leistungen auf der jeweiligen Plattform (Nr. 1). Gemeint sind damit wohl Fälle wie *Google Shopping*,⁴⁷ in dem die Kommission *Google* untersagt hatte, bei der Onlinesuche seinen eigenen Preisvergleichsdienst *Google Shopping* bei den Suchergebnissen gezielt höher anzuzeigen als konkurrierende Shop-

ping-Vergleichsportale.

Ein weiteres Beispiel ist das Verbot, durch Datenverarbeitung Marktzutrittsschranken aufzubauen oder zu verstärken oder Wettbewerber zu behindern (Nr. 4).

Die Regelbeispiele verdeutlichen, dass der Gesetzgeber hier etwa an das aktuelle *Facebook*-Verfahren dachte, in welchem dem sozialen Netzwerk vorgeworfen wird, den Nutzern unter Ausschluss einer Wahlmöglichkeit zur Einwilligung eine weitgehende Datenerfassung aufzuzwingen.⁴⁸ Auch soll es Anbietern von B2B-Plattformen⁴⁹ verboten sein, die von den Nutzern erhaltenen Daten zu Zwecken zu verarbeiten, die für das Vertragsverhältnis nicht erforderlich sind. Das wäre zum Beispiel der Fall, wenn *Amazon* die nichtöffentlichen Verkaufsdaten seiner Marketplace-Anbieter nutzen würde, um Markttrends zu erkennen und sein eigenes konkurrierendes Angebot daran anzupassen.⁵⁰

Ist eine der in Absatz 2 genannten Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt, kann sie nicht untersagt werden. Die Darlegungs- und Beweislast liegt insoweit jedoch bei den Unternehmen, was für diese praktisch einen enormen Aufwand bedeuten dürfte. Rechtsschutz gegen Maßnahmen aus § 19a GWB findet erst- und letztinstanzlich durch den BGH als einzige Tatsacheninstanz statt, was der besonderen Schnelligkeit auf digitalen Märkten Rechnung tragen soll.⁵¹ Diese Rechtswegverkürzung ist aber auch Gegenstand heftiger Diskussionen.⁵²

Das BKartA selbst begrüßt die in § 19a GWB geschaffenen neuen Möglichkeiten in der Missbrauchsaufsicht.⁵³

In der rechtswissenschaftlichen Literatur lassen sich jedoch auch zahlreiche kritische Stimmen finden.

40 GWB-Digitalisierungsgesetz, BT-Drs. 19/25868, S. 112.

41 Körber, Die Digitalisierung der Missbrauchsaufsicht durch das „GWB-Digitalisierungsgesetz“ im Spannungsfeld von moderater Anpassung und Überregulierung, S. 50 f., [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

42 Die BReg geht von drei Verfahren in den nächsten fünf Jahren aus, vgl. Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 69.

43 BKartA, Pressemitteilung v. 28.01.2021, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

44 BKartA, Pressemitteilung v. 18.05.2021, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

45 BKartA, Pressemitteilung v. 25.05.2021, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

46 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 87.

47 KOM, AT.39740 – Google Search (Shopping).

48 Vgl. BGH, NZKart 2020, 473 – Facebook.

49 Gemeint sind Plattformen zur Vermittlung gewerblicher Nutzer („Business-to-Business“).

50 Diesen Vorwurf erhob zuletzt die EU-Kommission gegen Amazon, Pressemitteilung v. 10.11.2020, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

51 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz), BT-Drs. 19/25868, 119 f.

52 Vgl. etwa *Bechtold*, NZKart 2021, 3 (4).

53 BKartA, Stellungnahme zum Referententwurf zur 10. GWB-Novelle, S. 5 f., [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

So wird beispielsweise kritisiert, dass die Voraussetzungen für eine Normadressatenschaft in § 19a Abs. 1 GWB teils sehr unbestimmt seien und dass eine Abkoppelung vom bekannten Merkmal der Marktbeherrschung zu großer Rechtsunsicherheit bei den (potenziell) betroffenen Unternehmen führen könnte.⁵⁴ Wegen der Unbestimmtheit wird teilweise sogar die Verfassungsmäßigkeit der Norm infrage gestellt.⁵⁵ Das Unionsrecht sieht zwar in Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 vor, dass die nationale Missbrauchsaufsicht strenger sein darf als die europäische. Teilweise wird jedoch vertreten, dass der deutsche Gesetzgeber mit der ex ante-Regulierung des § 19a GWB über den Rahmen dieser Öffnungsklausel hinausgeht.⁵⁶

II. § 19 Abs. 1 GWB

Eine Änderung, die zunächst rein sprachlicher Natur zu sein scheint, gibt es in § 19 Abs. 1 GWB, der Generalklausel der Missbrauchsaufsicht: Bisher war marktbeherrschenden Unternehmen hiernach „die missbräuchliche Ausnutzung“ ihrer Machtstellung verboten. In § 19 Abs. 1 GWB n.F. ist hingegen „der Missbrauch“ einer marktbeherrschenden Stellung untersagt. Um die Bedeutung dieser im Wortlaut unwesentlich wirkenden Änderung zu verstehen, ist ein Blick in die Gesetzesbegründung erforderlich. Die Umformulierung des Tatbestands soll hiernach klarstellen, dass bei einem Missbrauch keine „strikte Kausalität“ zwischen Marktmacht und Missbrauch bestehen müsse.⁵⁷ Damit reagiert der Gesetzgeber auf eine Ansicht in Literatur und Rechtsprechung, nach der ein Ausbeutungsmissbrauch allein dann vorliegen könne, wenn die vorgenommene Handlung dem Unternehmen kausal nur deshalb möglich ist, weil es eine marktbeherrschende Stellung innehat.⁵⁸ Die neue Formulierung soll jedoch klarstellen, dass es stets für einen Missbrauch ausreicht, wenn eine marktbeherrschende Stellung und gleichzeitig ein missbräuchliches Verhalten entgegen den Schutzzwecken des GWB

vorliegen, auch ohne dass hierzwischen ein enger Zusammenhang bestehen müsse. Jeder Verstoß eines Marktbeherrschers gegen ein Gesetz, das den Inhalt von Marktbeziehungen zum Gegenstand hat, soll hiernach ein Missbrauch sein können.⁵⁹ Insoweit spricht der Gesetzgeber von „normativer Kausalität“.⁶⁰ Zukünftig könnte daher wohl auch Datenschutzrecht im Kartellrecht fruchtbar gemacht werden. So hat das BKartA bereits vor der Umformulierung des Gesetzes unter Annahme einer normativen Kausalität einen Missbrauch darin gesehen, dass sich *Facebook* in seinen Nutzungsbedingungen zu weitgehende Zugriffsrechte auf Daten der Nutzer habe einräumen lassen.⁶¹

Die Gesetzesbegründung selbst entfaltet freilich keine Bindungswirkung und dem Gesetzestext ist die Ausgestaltung der Kausalität nicht zu entnehmen. Zuletzt ist jedoch der BGH mit Einschränkungen dem Konzept der normativen Kausalität gefolgt, wobei es sich nur um eine vorläufige Entscheidung über eine spezifische Konstellation handelte.⁶² Es bleibt insoweit abzuwarten, wie sich dies in der Praxis entwickeln wird.

III. § 20 Abs. 3a GWB

Auch der neu eingeführte § 20 Abs. 3a GWB soll dazu dienen, kartellrechtliche Schutzlücken im Bereich der Digitalökonomie zu schließen.⁶³ Um die Gefahr des „tippings“, also des Kippens von Märkten hin zu einem Monopol, zu mindern, verbietet die Norm die Behinderung von Wettbewerbern bei der Erzeugung eigener Netzwerkeffekte.

Als problematisch stuft der Gesetzgeber ein „tipping“ dann ein, wenn die Monopol- oder Quasi-Monopolstellung nicht das Ergebnis eines offenen Leistungswettbewerbs ist, sondern durch eine gezielte Behinderungsstrategie erlangt wurde.⁶⁴

54 Körber (Fn. 41), S. 48 ff.; Polley/Kaup, NZKart 2020, 113 (116 f.); Paal, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 31. Edition, § 19a GWB Rn. 5.

55 Degenhart, WuW 2020, 308 (312 f.); Körber, ebd., S. 55.

56 Grünwald, MMR 2020, 822 (824 f.); kritisch auch Degenhart, ebd. (315).

57 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S 80 f.

58 Vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2019, 742 Tz. 45 ff. – Facebook; Körber, NZKart 2019, 187 (192 f.).

59 Nicht erfasst wären hiervon etwa Steuer-, Arbeits- oder Umweltrecht, Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S 82.

60 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 81.

61 BKartA, B6-22/16 – Facebook.

62 BGH, NZKart 2020, 473 – Facebook.

63 Paal, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 31. Edition, § 20 GWB Rn. 28.

64 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 95.

Der Gesetzgeber denkt hier insbesondere daran, dass es den Normadressaten verboten sein soll, die parallele Nutzung mehrerer Plattformen (sog. „multi-homing“) und den Wechsel zu anderen Plattformen zu erschweren.⁶⁵ Besonderheit dieser Norm ist es, dass sie nicht nur Marktbeherrscher adressiert, sondern bereits eine Stufe tiefer, nämlich bei Unternehmen mit sogenannter „überlegener Marktmacht“, ansetzt. Die Norm hat daher einen recht breiten personellen Anwendungsbereich. Um gerade im digitalen Bereich schnell reagieren zu können, ist die Regelung als Gefährdungstatbestand ausgestaltet worden.⁶⁶ Diese Entscheidung beruht auf der Überlegung, dass es praktisch unmöglich sei, auf einem bereits gekippten Markt wieder einen funktionierenden Wettbewerb zu etablieren. Daher solle die Kartellbehörde bereits frühzeitig eingreifen können.⁶⁷

Die Unbestimmtheit der Norm und die Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand sind auf breite Kritik in der Literatur gestoßen. Es wird befürchtet, dass durch ein zu frühes und schwer vorhersehbares Eingreifen der Behörde Innovation ausgebremst werden könnte.⁶⁸

IV. Intermediationsmacht

In den neuen §§ 18 Abs. 3b und 20 Abs. 1 S. 2 GWB hat der Gesetzgeber der wettbewerblichen Bedeutung der sogenannten Intermediationsmacht Rechnung getragen. Hiernach gelten auch solche Unternehmen als marktmächtig, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten auftreten und deren Vermittlungsleistung wesentliche Voraussetzung für den Zugang zu einem Markt ist. Ein Beispiel könnte eine besonders etablierte Hotelvermittlungs-Webseite sein, die Hotelbetreiber und Vermieter von Ferienwohnungen mit potenziellen Gästen zusammenführt. Dass ein Unternehmen auf einer solchen Seite gelistet ist und möglichst hoch im Ranking steht, ist oftmals entscheidend für die Bekanntheit des Angebots. Wer hier nicht angezeigt wird, hat es regelmäßig schwerer, Zugang zu den potenziellen Kunden auf dem Markt für Urlaubsunterkünften zu erlan-

gen. Solche Plattformen sollen zukünftig stärker im Fokus der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle stehen. Auch wenn nur einzelne Abnehmer von der Vermittlungsleistung abhängen, kann der Anwendungsbereich eröffnet sein, obwohl die Plattform ansonsten nicht marktbeherrschend ist.⁶⁹

V. Zugangsansprüche

In den neuen §§ 19 Abs. 2 Nr. 4 und 20 Abs. 1a GWB hat der Gesetzgeber zudem Datenzugangsansprüche kodifiziert. Über diese Normen entsteht die Pflicht eines Unternehmens, anderen gegen ein angemessenes Entgelt den Zugang zu ihrem Datenbestand zu gewähren. Ist die Tätigkeit eines anderen Unternehmens objektiv davon abhängig, dass der Zugang zu Daten eines Drittunternehmens besteht, kann dieses Drittunternehmen hiernach missbräuchlich handeln, wenn es den Datenzugang verweigert. Derartige Ansprüche waren auch nach bisherigem Recht weitgehend anerkannt, der Gesetzgeber hat sich gleichwohl zu einer klarstellenden Aufnahme ins Gesetz entschieden.⁷⁰ Die ökonomisch-politische Idee hinter den Datenzugangsansprüchen ist, dass ein breiter Zugang zu Daten Innovation fördern und die Wirtschaft somit weiterentwickeln würde.⁷¹

VI. Zusammenfassung

Mit der 10. GWB-Novelle geht der deutsche Gesetzgeber einen weltweit beachteten Schritt in Richtung eines digitalen Kartellrechts. Gleichwohl ist der Vorstoß nicht ohne Kritik geblieben. Die Literatur verweist insbesondere darauf, dass sich das deutsche Kartellgesetz im Bereich der Missbrauchsaufsicht sehr weit vom europäischen Recht entfernt und daher unionsrechtswidrig sein könnte.⁷² Der deutsche Gesetzgeber war aber offenbar bereit, dieses Risiko einzugehen, solange noch keine einheitlichen europäischen Regeln bestehen.

65 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 96 f.

66 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 97.

67 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 96.

68 *Cetintas*, WuW 2020, 446 (449 f.); *Paal/Kumkar*, NJW 2021, 809 Rn. 23; *Körber*, MMR 2020, 290 (293).

69 Vgl. Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 92.

70 Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 83.

71 Vgl. Regierungsbegründung zur 10. GWB-Novelle (Fn. 35), S. 92 f.; *Paal/Kumkar*, NJW 2021, 809, Rn. 32.

72 *Grünwald*, MMR 2020, 822 (824 ff.); *Cetintas*, WuW 2020, 446 (449).

D. Digital Markets Act

Doch solche harmonisierten Regeln werfen bereits ihren Schatten voraus. Am 15.12.2020 präsentierte Wettbewerbskommissarin Vestager und Binnenmarktskommissar Breton zwei Verordnungsentwürfe für die digitale Zukunft Europas, namentlich einen Digital Services Act (DSA) und einen Digital Markets Act (DMA).⁷³ Der DSA als Reform der E-Commerce-Richtlinie von 2000 soll dazu dienen, die Pflichten von digitalen Vermittlern mit Fokus auf dem Verbraucherschutz zu definieren.⁷⁴ Der DMA hingegen soll bestreitebare und faire digitale Märkte in der Union gewährleisten (Art. 1 Abs. 1 DMAE). Gestützt wurde der Entwurf des DMA zwar auf Art. 114 AEUV (Kompetenz zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt) und nicht auf kartellrechtliche Kompetenzen und ist dogmatisch wohl nicht dem klassischen Wettbewerbsrecht zuzuordnen, dennoch soll der DMA wegen seiner Nähe zum Kartellrecht hier behandelt werden.⁷⁵ Wie bei § 19a GWB liegt auch beim DMA ein Paradigmenwechsel darin, dass er auf eine Regulierung aus ex ante Perspektive setzt, während das klassische Kartellrecht stets rückwirkend greift.⁷⁶ Effektiver Eingriffsmöglichkeiten sollen etwa dadurch geschaffen werden, dass verschiedene Automatismen ohne vorangehende ausführliche Prüfung greifen und die Tatbestände sehr spezifisch gefasst sind.⁷⁷ Die Kommission plant die Umsetzung bis 2022, Beobachter gehen jedoch davon aus, dass der DMA nicht vor 2023 in Kraft treten wird.⁷⁸

I. Anwendungsbereich

Der DMA gilt für zentrale Plattformdienste, die von sogenannten Gatekeepern (dt. Pförtner) in der Union angeboten werden (Art. 1 Abs. 2 DMAE). Eine abschließende Aufzählung verschiedener Plattformarten in Art. 2 Nr. 2 DMAE füllt den Begriff der zentralen Plattformdienste aus. Erfasst

sind etwa Online-Suchmaschinen (bspw. *Google Search*), Video-Sharing-Plattformen (bspw. *YouTube*) oder Betriebssysteme (bspw. *Windows*). Der Begriff des Gatekeepers wird definiert als Betreiber eines solchen zentralen Plattformdienstes, der erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt hat, dessen Dienst gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient und der hinsichtlich seiner Tätigkeit eine gefestigte und dauerhafte Position innehat oder in absehbarer Zukunft erlangen wird (Art. 3 Abs. 1 DMAE). Grundsätzlich benennt die Kommission einen Plattformbetreiber zum Gatekeeper, wenn er im Europäischen Wirtschaftsraum einen Jahresumsatz von mindestens 6,5 Mrd. EUR in den vergangenen drei Jahren erzielt oder das Unternehmen einen Marktwert von 65 Mrd. EUR hat und in mindestens drei Mitgliedstaaten aktiv ist sowie in jedem der letzten drei Jahre mindestens 45 Millionen monatlich aktive Endnutzer und 10.000 jährlich aktive gewerbliche Nutzer in der Union hatte (Art. 3 Abs. 2 DMAE).

Darüber hinaus soll die Kommission Marktuntersuchungen durchführen können, um zu ermitteln, ob ein bestimmter Plattformbetreiber unterhalb dieser Schwellenwerte als Gatekeeper anzusehen ist (Art. 15 DMAE).

II. Pflichten nach Art. 5 und 6 DMA-E

Für solche Gatekeeper sollen nach dem DMA besondere Pflichten und Verbote gelten. Diese sind abschließend in den Art. 5 und 6 DMAE aufgelistet.

Beispielsweise erfasst sind das Verbot, Daten aus verschiedenen Quellen ohne entsprechende datenschutzrechtliche Einwilligung zusammenzuführen (z.B. wie im aktuellen *Facebook*-Verfahren; Art. 5 lit. a) DMAE), die Pflicht alternative Software-Stores für Betriebssysteme zuzulassen (z.B. alternative App-Stores für *iOS*; Art. 6 lit. c) DMAE) oder die Pflicht von Suchmaschinen-Gatekeepern, Konkurrenten zu fairen Konditionen Zugang zu anonymisierte Such-, Klick- und Anzeigedaten zu gewähren (z.B. könnte hiernach *Google* verpflichtet sein, Daten an Konkurrent *DuckDuckGo* zu verkaufen; Art. 6 lit. j) DMAE).

Viele der in den Art. 5 und 6 aufgelisteten Pflichten und Verbote lassen sich auf bereits abgeschlossene oder noch laufende Verfahren aus den letzten Jahren und somit letztlich auf die praktischen Erfahrungen der Kommission zu-

73 Vgl. KOM, Pressemitteilung v. 15.12.2020, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

74 Einen Überblick über den DSA-Entwurf bietet die Faktenseite der Europäischen Kommission, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021) sowie die dazugehörige Fragen und Antworten-Seite, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

75 Vgl. *Basedow*, ZEuP 2021, 217 (221 f.); *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198 (199); *Leistner*, The Commission's vision for Europe's Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer, S. 3, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

76 *Schomberg*, ZD-Aktuell 2021, 05042.

77 *Podszun/Bongartz/Langenstein*, EuCML 2021, 60 (61).

78 *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198.

rückführen.⁷⁹ Kommt ein Unternehmen diesen Pflichten nicht nach, droht ein empfindliches Bußgeld von bis zu 10% des Jahresumsatzes (Art. 26 DMAE). Bei systematischen Verstößen kann die Kommission strukturelle Maßnahmen ergreifen, also sogar eine Konzernzerschlagung vornehmen (Art. 16 DMAE).

III. Weitere Pflichten

Weiterhin müssten Gatekeeper die Kommission zukünftig über jeden geplanten Zusammenschluss mit anderen Plattformbetreibern in Kenntnis setzen, auch wenn dieser nach allgemeinem Kartellrecht nicht anzumelden wäre (Art. 12 DMAE). Die Kommission verspricht sich dadurch, sogenannte „killer-acquisitions“, also das frühzeitige Aufkaufen innovativer potenzieller Konkurrenten, schneller erkennen und unterbinden zu können.⁸⁰ Zudem sollen Gatekeeper der Kommission jährlich eine Beschreibung sämtlicher von ihnen genutzter Profiling-Techniken vorlegen (Art. 13 DMAE).

IV. Kritik

Auch der Entwurf zum DMA ist nicht frei von Kritik geblieben. So wird etwa darauf hingewiesen, dass die speziellen Verbote in Art. 5 und 6 vornehmlich bestehendes Case Law in Gesetzesform gießen würden, ohne vorwärtsgewandte neue Ideen einfließen zu lassen.⁸¹ Zudem wird infrage gestellt, ob rein quantitative Schwellenwerte zur Bestimmung der Gatekeeper-Eigenschaft sinnvoll sind. Hier könnten einerseits relevante Dienste wie *Twitter* oder *TikTok* durch das Raster fallen und müssten erst mühselig im Rahmen einer Marktuntersuchung als Gatekeeper benannt werden.⁸²

Andererseits könnte ein einseitiger Fokus auf die Größe des Unternehmens dazu führen, dass Unternehmen, die zwar umsatzstark, aber nicht außergewöhnlich mächtig sind, zu streng reguliert würden.⁸³

Da die Verordnung gemäß Art. 1 Abs. 6 DMA-E neben dem Kartellrecht stehen soll, bestünden noch Unklarheiten über das zukünftige Verhältnis zwischen DMA und Kartellrecht. So sei etwa eine doppelte Sanktionierung aufgrund nationalen Kartellrechts und des DMA nicht ausgeschlossen.⁸⁴ Aus deutscher Sicht gelte es insbesondere noch das Verhältnis des neuen § 19a GWB zum DMA zu klären.⁸⁵

E. Fazit

Deutschland und die EU setzen mit ihren (geplanten) Reformen hin zu einem „digitalen Kartellrecht“ internationale Maßstäbe. Ob die GWB-Novelle zur gewünschten Eindämmung der Macht von *GAFAM* führen oder die Innovationskraft digitaler Unternehmen über Gebühr belasten wird, wird die Anwendungspraxis zeigen müssen. Die endgültige Ausgestaltung des DMA dürfte stark durch den rechtswissenschaftlichen und ökonomischen Diskurs sowie die Erfahrungen in Deutschland beeinflusst werden. Letzteres insbesondere deshalb, weil der DMA wie § 19a GWB ein neues Instrument der ex ante-Regulierung schaffen wird. Wegen der potenziell weitreichenden und nachhaltigen Konsequenzen für die europäische und weltweite Digitalbranche lohnt es sich hier, die weitere Entwicklung im Blick zu behalten.

79 Vgl. die Aufschlüsselung bei *Caffara/Scott Morton*, The European Commission Digital Markets Act: A translation, [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

80 *Seip/Berberich*, GRUR-Prax 2021, 44 (46).

81 *Podszun/Bongartz/Langenstein*, EuCML 2021, 60 (65); *Caffara/Scott Morton* (Fn. 80); *Basedow*, ZEuP 2021, 217 (220).

82 *Caffara/Scott Morton* (Fn. 80).

83 *Geradin*, What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?, S. 7 ff., [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021); *Bentata*, Regulating „gatekeepers“: predictable „unintended consequences“ of the DMA for users' welfare, S. 5 ff., [hier](#) abrufbar (Stand: 26.05.2021).

84 *Basedow*, ZEuP 2021, 217 (224); vgl. *Leistner* (Fn. 75), S. 6 f.

85 *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198 (199); *Paal*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 31. Edition, § 19a GWB Rn. 5.

CTRL

Cologne Technology **R**&Law
review

+
Hier geht es zur
ganzen Ausgabe.

Dort findest du auf über
100 Seiten in 15 Aufsätzen
alles von NFTs über Legal
Tech im Strafprozess bis
hin zum Stand des
E-Examens in NRW.

