

Ilmenau Economics Discussion Papers, Vol. 27, No. 155

**Die 10. GWB-Novelle: Neue Wettbewerbsregeln für die
Digitalökonomie**

Oliver Budzinski und Andreas Polk

November 2021

Institute of Economics
Ehrenbergstraße 29
Ernst-Abbe-Zentrum
D-98693 Ilmenau
Phone 03677/69-4030
Fax 03677/69-4203

ISSN 0949-3859

<https://www.tu-ilmenau.de/iedp>

Die 10. GWB-Novelle: Neue Wettbewerbsregeln für die Digitalökonomie

Oliver Budzinski & Andreas Polk#*

Abstract: Mit der 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB; Anfang 2021 in Kraft getreten) sollen die deutschen Wettbewerbsregeln modernisiert und an die Erfordernisse der Digitalwirtschaft angepasst werden, weswegen die Novelle auch als GWB-Digitalisierungsgesetz bezeichnet wird. Der Beitrag stellt die wesentlichen digitalisierungsbezogenen Änderungen der deutschen Wettbewerbsregeln in verständlicher Weise dar und zeigt anhand der Fallpraxis des Bundeskartellamts eine Reihe von relevanten Auswirkungen auf.

Keywords: Wettbewerbspolitik, Digitalisierung, Marktmacht, Internetkonzerne, Wettbewerbsrecht, Digitalwirtschaft, GAFAM

JEL-Codes: K21, L40, L86

* Prof. Dr. Oliver Budzinski, Professor für Wirtschaftstheorie, Direktor des Instituts für Volkswirtschaftslehre, Technische Universität Ilmenau, email: oliver.budzinski@tu-ilmenau.de.

Prof. Dr. Andreas Polk, Professor für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Industrieökonomik, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, email: polk@hwr-berlin.de. Eine gekürzte und überarbeitete Fassung erscheint in *WISU – Das Wirtschaftsstudium*.

1. Einleitung und Motivation

Die Wettbewerbspolitik begründet sich aus dem Spannungsfeld zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an einem gut funktionierenden Wettbewerb und dem Interesse von Unternehmen, diesem Wettbewerb zu entfliehen und Märkte zu vermachten. Wege Marktmacht aufzubauen bestehen unter anderem in dem Zusammenschluss mit anderen Unternehmen oder in der Kartellierung von Märkten. Entsprechend adressieren zwei der drei Hauptsäulen der Wettbewerbspolitik mit der Fusionskontrolle und der Durchsetzung des Kartellverbots, die sich in nahezu allen Wettbewerbsregimes weltweit wiederfinden, genau diese Strategien. Die dritte der Säule der Wettbewerbspolitik adressiert marktbeherrschende Unternehmen und damit solche, die aufgrund internen Wachstums oder externer Marktverhältnisse eine so starke Position aufgebaut haben, dass die Marktgegenseite keine oder nur unzureichende Ausweichmöglichkeiten besitzt, sollte das marktbeherrschende Unternehmen versuchen seine starke Marktstellung durch Ausbeutung auszunutzen (Ausbeutungsmisbrauch). Zudem ist der verbleibende Restwettbewerb hier nicht wirksam genug, um den weiteren Ausbau und die Verteidigung der marktbeherrschenden Stellung durch Verdrängungsstrategien zu verhindern (Verdrängungsmisbrauch). Die dritte Säule der Wettbewerbspolitik, die Missbrauchsaufsicht, adressiert damit nicht alle Unternehmen gleichermaßen, sondern nur diejenigen, die marktbeherrschend sind. Für sie gelten strengere Verhaltensregeln als für solche, die nicht marktbeherrschend sind (*Fumagalli et al. 2018; Motta 2004; Polk 2015, 2018a, 2018b*).

In einer Reihe von Studien haben Experten für Deutschland (*Schweitzer et al. 2018; Haucap et al. 2019; Schallbruch et al. 2019*) und für diverse andere Länder (vergleichende Übersicht: *Kerber 2019*) festgestellt, dass es in der Digitalökonomie zu relevanten und permanenten Wettbewerbsproblemen kommt und insbesondere im Kontext der sogenannten GAFAM¹-Firmen erhebliche Marktmacht aufgetreten ist, die bisher nicht effektiv bekämpft wurde bzw. werden konnte. Nachdem bereits die 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Jahr 2017 die Wettbewerbsregeln mit Blick auf die Digitalisierung reformiert hatte (*Budzinski & Stöhr 2019; Polk 2018c*), folgte nun mit der 10. Novelle, die im Januar 2021 in Kraft getreten ist, ein weiterer, großer Schritt, um die deutschen Wettbewerbsregeln den Erfordernissen des digitalen Zeitalters anzupassen. Dem entsprechend kann eine Verschärfung der Regeln zur Kontrolle marktmächtiger (Digital-) Unternehmen als Hauptziel der 10. Novelle identifiziert werden, weswegen diese auch als GWB-Digitalisierungsgesetz bezeichnet wird. Unser Beitrag wird sich folglich auf diesen Bereich konzentrieren. Eine Reihe weiterer Ziele (*BMWi 2020*) wird durch eine ganze Reihe weiterer Reformmaßnahmen adressiert, u.a. Erleichterungen für Unternehmen in der Zusammenschlusskontrolle, Maßnahmen zur Beschleunigung von Kartellrechtsverfahren sowie eine leichte Verschärfung der Ministererlaubnis (vgl. für ausführlichere Darstellungen

¹ Google-Amazon-Facebook-Apple-Microsoft; das Kürzel wird stellvertretend für die global führenden Unternehmen der Digitalwirtschaft verwendet und kann – je nach Diskussionsgegenstand – auch weitere Unternehmen umfassen.

aus ökonomischer und rechtlicher Sicht: *Budzinski, Gaenssle & Stöhr 2020a; Haucap 2020; Monopolkommission 2020; Louven 2020; Podszun 2020; Podszun & Bongartz 2021*).

2. Reform der Missbrauchskontrolle marktmächtiger Unternehmen in der Digitalwirtschaft

2.1 Begriff der Marktmacht und Regelbeispiele für den Missbrauch

Marktmacht ist in der deutschen und europäischen Marktwirtschaft grundsätzlich nicht verboten. Das liegt daran, dass es einerseits gesellschaftlich wünschenswerte Wege gibt, wie Unternehmen Marktmacht erlangen können, beispielsweise durch besonders wegweisende Innovationen. Andererseits lässt sich das Entstehen von Marktmacht in manchen Fällen kaum verhindern, wenn beispielsweise die Wettbewerber von selbst aus dem Markt ausscheiden oder sich die Nachfrage auf ein einzelnes Unternehmen konzentriert. Ein Weg zur Erlangung von Marktmacht ist jedoch verboten: nämlich die Gefährdung des wirksamen Wettbewerbs durch den Aufkauf bzw. den Zusammenschluss mit Konkurrenten (Zusammenschlusskontrolle; vgl. ausführlich *Schwalbe & Zimmer 2021*). Zwar ist also Marktmacht nicht per se verboten, aber die Ausnutzung von Marktmacht zur Sicherung oder zum Ausbau derselben ist untersagt: § 19 (1) GWB verbietet den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Dieses Verbot stand von Anfang an im GWB und wird in § 19 (2) durch eine Reihe sogenannter Regelbeispiele konkretisiert. Demnach liegt ein Missbrauch *insbesondere* vor, wenn

- ein anderes Unternehmen behindert oder diskriminiert wird,
- nicht-wettbewerbliche Preise gesetzt oder verlangt werden,
- die Lieferung von Gütern gegen angemessenes Entgelt oder der Zugang zu Daten, Netzen oder Infrastruktureinheiten, welche für eine marktliche Tätigkeit notwendig sind, verweigert werden,
- andere Unternehmen dazu aufgefordert werden, ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.

Es ist zu beachten, dass es sich um Regelbeispiele handelt und keinesfalls um eine abgeschlossene Liste, so dass auch eine Vielzahl weiterer Verhaltensweisen im Einzelfall einen Missbrauch von Marktmacht darstellen kann.

In dieser grundlegenden Bestimmung für die Missbrauchsaufsicht nimmt die 10. GWB-Novelle zwei Änderungen vor: in der grundlegenden Norm wird die frühere Formulierung „missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ als Verbotstatbestand durch die neue Formulierung „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ ersetzt (zu den Gründen vgl. *Budzinski, Gaenssle & Stöhr 2020a: 161*). Zweitens wird im vorletzten Regelbeispiel der Begriff „Daten“ ergänzt, so dass eine Zugangsverweigerung zu wettbewerbsrelevanten Daten bspw. durch einen marktbeherrschenden Plattformbetreiber regelmäßig einen Missbrauch begründen kann. So sollen bspw. Konstellationen erfasst werden, bei denen ein marktbeherrschender Plattformbetreiber Nutzungsdaten kontrolliert, welche ein geschäftlicher Nutzer der Plattform (ein Dienstleistungsanbieter) objektiv benötigt, um auf dem

Marktplatz oder einem vor- oder nachgelagerten Markt überhaupt tätig sein zu können. Ein weiteres Beispiel wären Daten aus der Nutzung einer Maschine bzw. eines technischen Systems, zu welchen Anbieter von Zusatzdienstleistungen (Wartung, Reparaturen, sonstige komplementäre Angebote) Zugang haben müssen, um in diesen Bereichen überhaupt Angebote machen zu können (*BMWi* 2020: 74-75).

2.2 Feststellung von Marktmacht

Ein Unternehmen gilt gemäß § 18 (1) GWB als marktbeherrschend, wenn es auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt (i) ohne Wettbewerber ist (Monopol), (ii) keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h. in seinem Verhalten nicht oder kaum von den verbliebenen Konkurrenten beeinflusst wird, oder (iii) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerben überragende Marktstellung hat. Vor der Beurteilung, ob eine bestimmte unternehmerische Verhaltensweise oder Strategie also einen Missbrauch von Marktmacht darstellt, ist zunächst festzustellen, ob überhaupt eine marktmächtige Position vorliegt. Traditionell stützt sich das GWB dabei auf das hier verankerte Konzept der Marktdominanz oder -beherrschung, bei der eine monopolähnliche Stellung auf einem sachlich und räumlich abgrenzbaren Markt als Bedingung für Marktmacht betrachtet wird. Konsequenterweise werden in § 18 (3) eine ganze Reihe von Kriterien für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung festgelegt (u.a. Finanzkraft, Existenz von Marktzutrittsschranken, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, usw.). Als erstes wird dabei der Marktanteil des Unternehmens genannt, wobei § 18 (4) ergänzt, dass ab einem Marktanteil von mindestens 40 % eine marktbeherrschende Stellung vermutet wird. Es ist allerdings zu beachten, dass dies in erster Linie bedeutet, dass unter 40 % Marktanteil regelmäßig keine Marktmacht zu erwarten ist und keinesfalls, dass Unternehmen mit 40 oder mehr Prozent Marktanteil automatisch marktbeherrschend sind. Dies ist erst anhand der Kriterienliste zu prüfen und im Sinne der eingangs genannten Fälle (i) – (iii) zu belegen.²

Bei den Kriterien zur Feststellung von Marktmacht werden durch die jüngsten Reformen des deutschen Wettbewerbsrechts eine Reihe von digitalorientierten Ergänzungen vorgenommen. Bereits die 9. Novelle hatte § 18 (2a) eingefügt und damit klargestellt, dass die unentgeltliche Erbringung einer Leistung – eben bspw. auf datengetriebenen Märkten – nicht der Existenz eines Marktes entgegensteht. Zudem mit § 18 (3a) eine zweite Kriterienliste für Plattformmärkte ergänzt, welche u.a. direkte und indirekte Netzwerkeffekte, Single- und Multi-homing sowie den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als notwendige Faktoren für die Feststellung von Marktmacht in der Digitalwirtschaft festlegt (vgl. bspw. *Budzinski* 2017; *Budzinski & Stöhr* 2019). Im Rahmen der 10. Novelle wird nun auch die allgemeine Kriterienliste in § 18 (3) um den „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ erweitert - und damit Daten eine noch größere Bedeutung bei der Feststellung von Marktmacht zugewiesen,

² § 18 (5) behandelt noch die sogenannte kollektive Marktbeherrschung (ökonomisch: koordinierte Gleichgewichte), womit Fälle adressiert werden, in welchen mehrere Unternehmen, zwischen denen kein oder kaum Binnenwettbewerb besteht, gemeinsam einen Markt beherrschen.

einhergehend mit ihrer zunehmenden Bedeutung in Wertschöpfungsprozessen. Darüber hinaus wird in einem neuen §18 (3b) das Konzept der Intermediationsmacht (*Schweitzer et al. 2018*) ergänzt, um die Rolle von Plattformen als Vermittler auf mehrseitigen Märkten – und damit als Kontrolleure für den Marktzugang („Gatekeeper“) – bei der Entstehung von Marktmacht besser erfassen zu können.

2.3 Marktmacht in digitalen Ökosystemen

Wie in der Einleitung bereits angerissen, rührt der wahrgenommene Reformbedarf der wettbewerbspolitischen Instrumente zur Kontrolle von großen Digitaldienstleistern (GAFAM und Co.) insbesondere daraus, dass die traditionelle Missbrauchsaufsicht neuartige Formen von Marktmacht nicht gut erfassen kann. Hierzu zählt vor allem die Gebundenheit der Feststellung von Marktmacht an einen sachlich und räumlich abgegrenzten Markt. Die ökonomische Theorie weist schon länger daraufhin, dass eine strikte Marktabgrenzung bei heterogenen Märkten eher kontraproduktiv ist und stattdessen eine direkte Analyse der positiven und negativen Wettbewerbswirkungen zu bevorzugen sei (*Farrell & Shapiro 2010; Kaplow 2011, 2015*). Diese Problematik wird durch die Komplexität von Plattformmärkten und digitalen Ökosystemen noch verschärft: hier treten regelmäßig Phänomene systemischer Marktmacht auf, welche weniger mit entsprechenden Ausprägungen traditioneller Kriterien (wie Marktanteile etc.) einhergehen, sondern sich eher darin manifestieren, dass einem Unternehmen in einem digitalen Ökosystem eine überragende Rolle zukommt, die unabhängig von definierten Einzelmärkten ist und alle anderen Akteure innerhalb dieses Ökosystems in eine ökonomische Abhängigkeit treibt (*Budzinski, Gaenssle & Stöhr 2020b*).

Um diese Lücke in der Missbrauchsaufsicht zu schließen, wird mit der 10. GWB-Novelle ein neuer Eingriffstatbestand mit besonderen Verhaltenspflichten für große Plattformen und Digitalkonzerne eingeführt (§ 19 a). Unternehmen kann per Verfügung durch das Bundeskartellamt eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ als eine besondere digitalwirtschaftliche Form der Marktmacht zugeschrieben werden. § 19a (1) legt hierzu eine nicht abschließende Liste von Kriterien fest: (i) marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten, (ii) Finanzkraft und Zugang zu sonstigen Ressourcen, (iii) vertikale und konglomerate Integration, (iv) Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten, (v) Bedeutung für die Geschäftstätigkeit Dritter, insb. Marktzugang. Zwar besteht eine gewisse Ähnlichkeit dieser Kriterienliste mit jener zur Feststellung traditioneller Marktbeherrschung, jedoch fokussieren die Kriterien hier im Unterschied zu § 18 nicht nur den betroffenen, sachlich und räumlich abgegrenzten Markt, sondern marktübergreifend alle miteinander im Kontext im selben digitalen Ökosystem stehenden Tätigkeiten des potenziell marktmächtigen Unternehmens.

Im Falle der Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung nach § 19 a kann das Bundeskartellamt dem Unternehmen folgende Tätigkeiten untersagen (§ 19a (2)): (i) Selbstbegünstigung, (ii) Kopplungsgeschäfte und Exklusivitätsklauseln, (iii) datenbasierte Marktzutrittsschranken, (iv) Behinderung von Interoperabilität oder der Portabilität von Daten, (v) strategische Intransparenz geschäftsrelevanter Information und (vi) Erzwingung exzessiver

Datennutzungsrechte. Diese Verhaltensweisen sind nicht missbräuchlich, wenn das Unternehmen nachweisen kann, dass sie sachlich gerechtfertigt sind. Hiermit wird eine nicht gering zu schätzende Beweislastumkehr ins GWB implementiert: Es obliegt nicht mehr der Wettbewerbsbehörde, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nachzuweisen, sondern das Unternehmen hat darzulegen, dass die vom Bundeskartellamt proklamierten Verhaltensweisen trotz überragender marktübergreifender Stellung nicht missbräuchlich, sondern sachlich gerechtfertigt sind.

Insgesamt rüstet der neue §19 a und seine Adressierung systemischer Marktmacht die deutsche Wettbewerbspolitik hinsichtlich der in der traditionellen Wettbewerbspolitik tendenziell vernachlässigten, in der Digitalwirtschaft aber besonders bedeutsamen, vertikalen und konglomeraten Aspekten einer wettbewerbswidrigen Ausnutzung von Marktmacht auf.

2.4 Ausbau der Kontrolle relativer Marktmacht

Eine weitere Marktmachtkontrolle findet sich in § 20, welcher verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht adressiert. Historisch ging es hier um kleinere und mittlere Unternehmen (KMU), welche sich einer Konkurrenzsituation mit Großkonzernen ausgesetzt sahen und in diesem Wettbewerbsverhältnis besonderen Schutz bedurften. Wenn diese KMU erstens von dem Großunternehmen abhängig waren, d.h. ausreichende und zumutbare Möglichkeiten auf andere Unternehmen auszuweichen nicht bestehen und zweitens ein deutliches Machtungleichgewicht zwischen den Unternehmen besteht (§ 20 (1)), dann war eine missbräuchliche Ausnutzung dieser „nur“ relativen Marktmacht ebenfalls untersagt (§ 20 (3)).

Im Zuge der 10. GWB-Novelle wird nun der Bezug zu KMU größtenteils gestrichen. Zudem wird explizit die Abhängigkeit von Vermittlungsleistungen auf Plattformmärkten als eine Möglichkeit der relativen Marktmacht ergänzt und herausgehoben (beides § 20 (1)). Diese kann insbesondere auch darin bestehen, dass ein Unternehmen auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, welche von dem anderen Unternehmen kontrolliert werden (neuer § 20 (1a)). Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann demnach den Missbrauch der relativen Marktmacht darstellen, selbst wenn für diese noch kein Geschäftsverkehr aufgenommen sein sollte. Der neu eingefügte § 20 (3a) benennt darüber hinaus nun die Behinderung der eigenständigen Erzielung positiver Netzwerkeffekte durch Wettbewerber als Missbrauch.

Mit der Erweiterung der möglichen wirtschaftlichen Abhängigkeit von (verhandlungs-)mächtigeren Unternehmen, nicht nur gegenüber KMUs, sondern auch gegenüber größeren Unternehmen, wird dem Phänomen der Digitalwirtschaft Rechnung getragen, dass bspw. auf digitalen Marktplätzen selbst große Produzenten oder Händler vom Marktplatzbetreiber ökonomisch abhängig sein und sich wettbewerbswidriger, missbräuchlicher Praktiken ausgesetzt sehen können, ohne dass der Betreiber des digitalen Marktplatzes im traditionellen Sinne marktbeherrschend ist. Anzumerken ist noch, dass die oben aufgeführte Beweislastumkehr nicht für den Anwendungsbereich der relativen Marktmacht nach § 20 GWB

gilt, sondern sich allein auf Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a GWB beschränkt.

3. Einschlägige Fälle

Verfahren nach den neuen Vorschriften des § 19a GWB sind zweistufig angelegt. In einem ersten Schritt muss das Bundeskartellamt nach § 19a (1) mittels Verfügung eine überragende marktübergreifende Bedeutung des Unternehmens feststellen. Darauf aufbauend kann das Amt in einem zweiten Schritt die in § 19 a (2) aufgeführten Verhaltensweisen untersagen (vgl. Abschnitt 2.3), wobei die Beweislastumkehr den Unternehmen auferlegt, die beanstandete Verhaltensweise sachlich zu rechtfertigen.

Das Bundeskartellamt hat zeitnah nach dem Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle in ersten Schritten Verfahren gegen Google, Apple, Amazon und Facebook eingeleitet.³ Alle Verfahren bezwecken die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung der Unternehmen nach § 19 a GWB. Sollte das Amt dies bejahen, stehen die Untersagungsmöglichkeiten nach § 19a (2) zur Verfügung, die in jeweils zweiten Schritten im Rahmen von Verfahren gegen die Unternehmen bezüglich verschiedener definierter Verhaltensweisen eingeleitet werden. Zum Teil hat das Amt bereits parallel solche Verfahren eingeleitet oder bezieht sich auf Missbrauchsverfahren, die bereits vor der 10. GWB-Novelle im Rahmen der Missbrauchsaufsicht eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen wurden.

So hat das Bundeskartellamt bereits mit dem Feststellungsverfahren gegen Google ein zweites Verfahren eingeleitet, das sich darauf aufsetzend mit den Konditionen der Datenverarbeitung von Google beschäftigt.⁴ Erklärtes Ziel des Verfahrens ist es zu untersuchen, ob Google den Anwendern seiner Dienste ausreichende Wahlmöglichkeiten lässt, über die Nutzung der persönlichen Daten durch Google zu bestimmen. Dieses Verfahren, das sich auf die Vorschrift des § 19a (2) Nr. 4a bezieht, soll auch klären, in welchem Ausmaß die Verknüpfung von Daten mit anderen Diensten von Google und außerhalb der Google-Sphäre stattfindet, und ob die Nutzer ausreichende Wahlmöglichkeiten zur Einschränkung dieser Nutzung haben. Ein weiteres Verfahren, das nach Angaben des Bundeskartellamts vermutlich auf der Feststellung nach § 19 a aufsetzen wird, beschäftigt sich mit der Frage, ob Google seine Marktmacht gegenüber Verlagen bei der Einbindung von Inhalten über Google News Showcase missbraucht.⁵ Dies sind Suchergebnisse, die das Unternehmen in Google-News und in der Google-Suche anzeigt und welche auf Inhalte seiner Medienpartner verweisen. Das Amt will auch prüfen, ob sich Google durch die prominente Anzeige der News-Showcase Ergebnisse gegenüber unabhängigen dritten Verlagen, also solchen, die im Wettbewerb zu Google bzw. dessen Medienpartnern stehen, selbst bevorzugt.

³ Vgl. die Pressemitteilungen des Bundeskartellamts vom 21.6.2021 (Apple), 25.5.2021 (Google), 18.5.2021 (Amazon) und 28.1.2021 (Facebook Oculus) auf www.bundeskartellamt.de.

⁴ Vgl. die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 25.5.2021.

⁵ Vgl. die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 4.6.2021.

Inbesondere das erstgenannte Google-Verfahren ist inhaltlich eng verwandt mit dem Facebook-Verfahren des Bundeskartellamts, das vom Amt als klassisches Missbrauchsverfahren nach § 19 GWB geführt wurde, bereits abgeschlossen ist und gegenwärtig der gerichtlichen Überprüfung unterliegt.⁶ Das Bundeskartellamt hat Anfang 2019 Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen untersagt.⁷ Wesentlich in diesem Verfahren ist, dass das Bundeskartellamt nicht per se die Datensammlung der Dienste von Facebook, WhatsApp oder Instagram untersagt, sondern lediglich auf die automatische Verknüpfung der Daten über die einzelnen Dienste hinweg abzielt, die laut Amt nicht ohne die freiwillige Einwilligung durch die Verbraucher erfolgen darf. Die Untersagungsverfügung bezieht sich zudem auf die Praxis von Facebook, auch außerhalb der originären Dienste des Unternehmens Daten zu sammeln und mit den Daten von Facebook zu verknüpfen, wie es beispielsweise durch die Einbindung von Like-Buttons auf beliebigen Webseiten geschieht. In dieser Hinsicht beinhaltet die Verfügung nicht nur das Verbot einer Verknüpfung der Daten, sondern schließt auch die Praxis der originären Datensammlung mit ein. Da dieses Verfahren vom Bundeskartellamt bereits abgeschlossen wurde, wurde die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gegen Facebook nach § 19 a nicht mehr zu dieser Praxis in Bezug gesetzt.

Anders ist das in Hinblick auf ein zweites Verfahren des Bundeskartellamts gegen Facebook, das bereits vor der 10. GWB-Novelle nach § 19 eingeleitet wurde und noch nicht abgeschlossen ist.⁸ Es bezieht sich auf die Daten, die bei Nutzung der Oculus VR-Brillen anfallen und automatisch mit dem Facebook-Netzwerk verknüpft werden sollen.⁹ Im Rahmen dieses Missbrauchsverfahrens will das Amt überprüfen, ob der neu eingeführte Zwang zur Registrierung mit einem Facebook-Account zur Nutzung der Oculus VR-Brille eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellt. Das Bundeskartellamt hat sich mit der Einleitung des Feststellungsverfahrens gegen Facebook ausdrücklich auf dieses Verfahren bezogen und will prüfen, ob die obligatorische Verknüpfung der Dienste auch nach § 19 a untersagt werden kann.

In Hinblick auf die Feststellungsverfahren nach § 19 a gegen Apple und Amazon hat das Bundeskartellamt bisher keine aufsetzenden Verfahren im zweiten Schritt eingeleitet. In Bezug auf Apple gibt die Behörde Hinweise, dass es die Praxis der Datensammlung, das Ausmaß der Integration dieser Dienste, Marktschließungsaspekte und Ausbeutungsmissbrauch im

⁶ Informationen zum Stand dieses Verfahrens finden sich auf <https://www.d-kart.de/der-fall-facebook/>. Juristische und ökonomische Analysen liefern unter anderem *Franck* (2016), *Ezrachi & Robertson* (2019), *Haucap* (2019), *Podszun* (2019), *Budzinski, Grusevaja & Noskova* (2021) und *Buiten* (2021).

⁷ Vgl. die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 7.2.2019, sowie die dort aufgeführten Hintergrundinformationen und den Fallbericht (abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2019/07_02_2019_Facebook.html). Der Beschluss B6-22/16 ist abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2019/29_03_2019_Ver%C3%B6ffentlichung_Entscheidungen_Facebook.html.

⁸ Vgl. die Pressemitteilungen des Bundeskartellamts vom 28.1.2021 und 10.12.2000.

⁹ Facebook hat Oculus VR im Jahr 2014 übernommen (*US House* 2020: 427).

Zusammenhang mit dem Apple Appstore, sowie die finanzielle Ressourcenstärke des Unternehmens kritisch untersucht wird.¹⁰ In Bezug auf Amazon verweist das Amt auf bereits eingeleitete Verfahren nach § 19 GWB. Diese haben zum Gegenstand, ob Amazon über Preisalgorithmen Einfluss auf die Preise der auf seiner Plattform tätigen Händler nimmt, und inwieweit Vereinbarungen zwischen Markenherstellern und Amazon geeignet sind, Dritte vom Verkauf dieser Markenprodukte über den Amazonmarktplatz auszuschließen.¹¹

Mit diesen Verfahren, insbesondere auch mit dem Facebook-Fallkomplex und den Amazon-Verfahren wird deutlich, wie die neuen Regeln des § 19 a die schon vorher bestehenden Regeln des § 19 ergänzen und geeignet sind, inhaltlich eng verwandte Fälle über verschiedene Hebel des Gesetzes aufzugreifen. Auch wenn die Fallpraxis noch in den Kinderschuhen steckt ist jetzt schon zu erwarten, dass die Durchschlagskraft von Verfügungen nach den Regeln der 10. GWB-Novelle größer sein wird als im Rahmen klassischer Missbrauchsverfahren.

4. Ausblick

Die 10. GWB-Novelle beinhaltet besondere neue Ansätze, beispielsweise in Hinblick auf die Beweislastumkehr und die Abkehr von der Notwendigkeit zur Marktdefinition im Kontext des § 19a, aber auch in Hinblick auf den Begriff der relativen Marktmacht in § 20. Das Bundeskartellamt hat die neuen Möglichkeiten bereits durch Eröffnung von Verfahren aufgegriffen, die Fallpraxis muss sich im Laufe der Zeit noch entwickeln. Erst mit dieser Erfahrung lässt sich beurteilen, ob die Gesetzesänderungen geeignet sind, die starke Vermachtung der Märkte in Teilen der digitalen Ökonomie aufzubrechen und das Marktgeschehen stärker wettbewerbsfähig zu gestalten.

Vor diesem Hintergrund sind auch die anderen Säulen der Wettbewerbspolitik, insbesondere die Fusionskontrolle, nicht aus dem Auge zu verlieren. Die Praxis der GAFAM-Unternehmen, potentielle Wettbewerber schon früh am Markt aufzukaufen und in das eigene Unternehmen zu integrieren (bspw. Facebook mit Whatsapp und Instagram; Google mit YouTube und Fitbit) und die Erfahrung der stark gestiegenen Marktmacht, hat auch die Wettbewerbsbehörden und die Wissenschaft dazu gebracht, kritischer über mögliche weitere Fusionsvorhaben nachzudenken und ggf. ein Eingreifen der Behörden zu fordern (*Valletti* 2021). Dies hat trotzdem jüngst die Europäische Kommission nicht gehindert, die Fusion zwischen Google und Fitbit freizugeben, obwohl von Seiten der Wissenschaft fundierte Warnungen ausgesprochen wurden (ABl. C 194/05 vom 21. Mai 2021; *Bourreau et al.* 2020). Ob hingegen eine Zerschlagung der Unternehmen eine sinnvolle Vorgehensweise im Kampf gegen Marktmacht ist, wie sie insbesondere in den USA gegenwärtig diskutiert wird, muss an dieser Stelle offenbleiben (*US House* 2020: VI.A.1; aber auch *Kwoka & Valletti* 2021).

¹⁰ Vgl. die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 21.6.2021.

¹¹ Vgl. die Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 18.5.2021.

Einen anderen Weg schlägt die Europäische Union mit dem Digital Markets Act ein, der gegenwärtig diskutiert wird und 2022 verabschiedet werden soll (*Europäische Kommission* 2021). Er verfolgt das Ziel, Plattformen, die als Gatekeeper definiert werden, ubiquitär bestimmten Verhaltensregeln zu unterwerfen, die zum Teil unmittelbar, d.h. ohne behördliches Eingreifen, einzuhalten sind. Komplementaritäten zu Inhalten der in diesem Beitrag diskutierten 10. GWB-Novelle sind vorhanden, und der gegenwärtige Entwurf der Verordnung weist einen starken, aber im Endeffekt nicht geklärten Bezug zu wettbewerbspolitischen Fragen auf (*Budzinski & Mendelsohn* 2021; *Cabral et al.* 2021; *Kerber* 2021; *Podszun et al.* 2021). Er ist aber nicht explizit im europäischen Wettbewerbsrecht verankert.

Literatur

- BMWi (2020), Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz). Referentenentwurf (24.01.2020), Bonn.
- Bourreau, M., Caffarra, C., Chen, Z., Choe, C., Crawford, G., Duso, T., Genakos, C., Heidhues, P., Peitz, M., Rønde, T., Schnitzer, M., Schutz, N., Sovinsky, M., Spagnolo, G., Toivanen, O., Valletti, T. & Vergé, T. (2020), Google/Fitbit will monetise health data and harm consumers, VoxEU, 30. September 2021. <https://voxeu.org/article/googlefitbit-will-monetise-health-data-and-harm-consumers> (abgerufen am 19.10.2021).
- Budzinski, O. (2017), Wettbewerbsregeln für das Digitale Zeitalter? Die Ökonomik personalisierter Daten, Verbraucherschutz und die 9. GWB-Novelle, in: *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik*, 43(3), 221-249.
- Budzinski, O., Gaenssle, S. & Stöhr, A. (2020a), Der Entwurf zur 10. GWB Novelle: Interventionismus oder Laissezfaire? In: *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik*, 46(2), 157-184.
- Budzinski, O., Gaenssle, S. & Stöhr, A. (2020b), Outstanding Relevance across Markets: A New Concept of Market Power? In: *Concurrences*, 17(3), 38-43.
- Budzinski, O. & Mendelsohn, J. (2021), Regulating Big Tech – From Competition Policy to Sector Regulation? Ilmenau Economics Discussion Papers 27(154).
- Budzinski, O., Grusevaja, M. & Noskova, V. (2021), The Economics of the German Investigation of Facebook’s Data Collection, in: *Market and Competition Law Review*, 5(1), 43-80.
- Budzinski, O. & Stöhr, A. (2019), Competition Policy Reform in Europe and Germany - Institutional Change in the Light of Digitization, in: *European Competition Journal*, 15(1), 15-54.

- Buiten, M. C. (2021), Exploitative Abuses in Digital Markets: Between Competition Law and Data Protection Law, in: *Journal of Antitrust Enforcement*, 9(2), 270-288.
- Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T. & Van Alstyne, M. (2021), The Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, Luxembourg: European Union.
- Europäische Kommission (2021), Das Gesetz über digitale Märkte: für faire und offene digitale Märkte. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_de (abgerufen am 19.10.2021).
- Ezrachi, A. & Robertson, V. (2019), Competition, Market Power and Third-Party Tracking, in: *World Competition*, 42(1), 5-19.
- Franck, J.-U. (2016), Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschung durch rechtswidrige Konditionen – Facebook im Visier des Bundeskartellamts, in: *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 14(2), 137-164.
- Fumagalli, C., Motta, M. & Calcagno, C. (2018), *Exclusionary Practices*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Haucap, J. (2019), Data Protection and Antitrust: New Types of Abuse Cases? An Economist's View in Light of the German Facebook Decision, in: *The Antitrust Chronicle*, 2(2), 24-29.
- Haucap, J. (2020), Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht, in: *Wirtschaftsdienst*, 100(1), 20-29.
- Haucap, J., Kerber, W., Schweitzer, H. & Welker, R. (2019), Modernizing the Law on Abuse of Market Power in the Digital Age: A Summary of the Report for the German Ministry for Economic Affairs and Energy, in: *The Antitrust Chronicle*, 3(2), 39-46.
- Kaplow, L. (2011), Market Definition and the Merger Guidelines, in: *Review of Industrial Organization*, 39(1-2), 107-125.
- Kaplow, L. (2015), Market Definition, Market Power, in: *International Journal of Industrial Organization*, 43(1), 148-161.
- Kerber, W. (2019), 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 31. März 2020).
- Kerber, W. (2021), Taming Tech Giants With a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the “Rules vs. Standard” Perspective, in: *Concurrences*, 18(3), 28-34.
- Kwoka, J. & Valletti, T. (2021), Unscrambling the Eggs: Breaking Up Consummated Mergers and Dominant Firms, in: *Industrial and Corporate Change*, im Erscheinen.

- Louven, S. (2020), Update zum Kartellrecht der Informationsgesellschaft, in: *Wirtschaft in Recht und Praxis*, 68(4), 433-438.
- Monopolkommission (2020), 10. GWB-Novelle – Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten begegnen! Policy Brief 4, https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_4.pdf (abgerufen am 31. März 2020).
- Motta, M. (2004), *Competition Policy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Podszun, R. (2019), Regulatory Mishmash? Competition Law, Facebook and Consumer Protection, in: *Journal of European Consumer and Market Law*, 8(2), 49-52.
- Podszun, R. (2020), Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen? Hauptgutachten für die Wirtschaftsrechtliche Abteilung des 73. Deutschen Juristentags 2020/2022, München: C.H. Beck.
- Podszun, R. & Bongartz, P. (2021), Competition Rules for B2B Platforms and Marketplaces – Guidance from Germany, in: *European Competition Law Review*, 2021, 247-255.
- Podszun, R., Bongartz, P. & Langenstein, S. (2021), Proposals on how to Improve the Digital Markets Act. Policy paper in preparation of the information session on the Digital Markets Act in the European Parliament’s Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO) on 19 February 2021, <https://ssrn.com/abstract=3788571>.
- Polk, A. (2015), Good Governance bei Fusionskontrollen, in: *WisU* 3/15, 314-321.
- Polk, A. (2018a), Wettbewerbspolitik: Ökonomische Konzepte, in: *WisU* 3/18, 318-324.
- Polk, A. (2018b), Europäische Wettbewerbspolitik in der Praxis, in: *WisU* 6/18, 704-710.
- Polk, A. (2018c), Wettbewerbspolitik und digitale Ökonomie, in: *WisU* 10/18, 1137-1144.
- Schallbruch, M.; Schweitzer, H.; Wambach, A.; Kirchhoff, W.; Langeheine, B.; Schneider, J.-P.; Schnitzer, M.; Seeliger, D. & Wagner, G. (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 31. März 2020).
- Schwalbe, U. & Zimmer, D. (2021), *Kartellrecht und Ökonomie: Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle*, Frankfurt a.M.: R&W.
- Schweitzer, H., Haucap, J., Kerber, W. & Welker, R. (2018), *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, Endbericht, Baden-Baden: Nomos.
- US House (2020), *Investigation of Competition in Digital Markets. Majority Staff Report and Recommendations*. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the

Committee on the Judiciary,
https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf (abgerufen
am 19.10.2021).

Valletti, T. (2021), How to Tame the Tech Giants: Reverse the Burden of Proof in Merger Reviews, ProMarket.org-Blog, June, <https://promarket.org/2021/06/28/tech-block-merger-review-enforcement-regulators/>.