

## [ Stellungnahme ]

Berlin, 10.2.2020

### Ungezügelmte Internetgiganten

#### GWB-Digitalisierungsgesetz: Trippelschritte mit geringer Wirkung Für eine digitale Grundversorgung im 21. Jahrhundert!

Der Referentenentwurf zur 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-E)

#### Zusammenfassung

Internetgiganten wie Google, Amazon und Facebook dominieren die digitale Ökonomie. Wichtige Märkte sind bereits in der Hand von einem Konzern (Monopole) oder werden von einigen wenigen Konzernen beherrscht (Oligopole). Sie üben eine enorme Kontrolle über Daten, App-Stores, Online-Infrastrukturen und Online-Marktplätze aus. Es liegt in ihrer Hand den Zugang zu milliardenschweren Märkten zu gewähren oder zu verwehren, weil sie aufgrund ihrer Marktmacht bzw. Intermediationsmacht eine „Torwächter“-Position innehaben. Auch digitale Plattformen wie FlixBus und Booking.com verfügen über hohe Marktanteile. Ganze Dienstleistungs- bzw. Wirtschaftssparten werden zunehmend monopolisiert zulasten des stationären Handels und der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Während staatliche Datensammlungen und Manipulationen durch „Social Scoring“ wie etwa in China zu Recht erheblich in der Kritik stehen, werden die gleichsam bedrohliche gesellschaftliche Dimension der Macht über Daten, der Besitz von detaillierten Informationen über einzelne Menschen/-gruppen und das unvorstellbar große Manipulationspotential durch Konzerne zu wenig beachtet.

Die Koalition hatte sich vorgenommen, das Kartellrecht fit für das digitale Zeitalter zu machen. Das Ergebnis ist gemessen an den Herausforderungen ernüchternd. Mit den neuen Regeln könnte das Bundeskartellamt zwar – wenn es will – missbräuchliche Praktiken der Internetgiganten untersagen und bei hoher Gefährdungslage schneller einschreiten. Aber dieses punktuelle Eingreifen greift bei „Winner-takes-it-all“-Märkten und bei vorherrschenden digitalen Monopolen bzw. Oligopolen zu kurz. Der Regierungsentwurf ist nicht geeignet, um funktionierende digitale Märkte zu gewährleisten, Marktabschottung zu verhindern und die Marktmacht der Internetgiganten zu beschränken. Damit dies gelingt, muss die Gesetzgebung bzw. das Kartellrecht stärker auf marktordnende Maßnahmen, Entflechtungsregeln und Bündelungsverbote ausgerichtet sein. Gleichzeitig sind ein „Plattformstrukturgesetz“ und öffentliche Angebote zusätzlich erforderlich. Interessenskonflikte könnten systematisch adressiert werden, indem marktbeherrschenden Online-Plattformen eine Selbstbegünstigung verboten bzw. eine Doppelrolle als Anbieter und Marktplatz unterbunden wird.

#### Erforderlich sind u.a. folgende Ergänzungen:

- (1) Datenschutz- und Verbraucherschutzorganisationen sollten ein Antragsrecht auf die Einleitung eines Verfahrens des Bundeskartellamts erhalten.
- (2) Es sollte eine umfangreiche Liste von per se verbotenen Missbrauchstatbeständen für Digitalkonzerne unter § 19 aufgeführt werden, einschließlich eines Selbstbegünstigungsverbots (siehe § 19a GWB-E).
- (3) Das Bundeskartellamt sollte bei Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a GWB-E) eine Akquisition untersagen können, auch wenn diese unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung erfolgt. Auch hier sollte die Beweislastumkehr gelten.
- (4) Das Bundeskartellamt sollte standardmäßig eine Genehmigung von Fusionen mit Big-Data-Bezug durch eine geeignete und entsprechend ausgestattete Datenschutzbehörde einholen.
- (5) Um den Nachweis der Marktbeherrschung von Digitalkonzernen für die Anwendung von § 19 zu erleichtern, sollte der Schwellenwert für die Vermutung einer Marktbeherrschung von derzeit 40 Prozent auf 20 Prozent abgesenkt werden (§ 18). Die Vermutungsschwelle von 20 Prozent sollte auch positiv für § 19a GWB-E gelten.
- (6) Es sollte eine rechtliche Grundlage für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung als „ultima ratio“ geschaffen werden.

Die große Herausforderung nachhaltigen Wirtschaftens besteht darin, die „Wiedereinbettung“ der Ökonomie durch einen „radikalen inkrementellen Wandel“ zu stärken. Der Kabinettsentwurf enthält keine Überlegungen, wie das Kartellrecht durch eine Internalisierung ökologischer und sozialer Effekte zukünftig zur Lösung gesellschaftlicher Probleme und zur Erreichung der globalen Nachhaltigkeitsziele beitragen kann.

## Einleitung

Die „Big Four“ (auch „GAFA“ – Google/ Alphabet, Apple, Facebook, Amazon) haben in relativ kurzer Zeit eine überragende Marktmacht und eine hohe Kapitalmarktbewertung erreicht. Sie üben eine enorme Kontrolle über Daten, App-Stores, Online-Infrastrukturen und Online-Marktplätze aus. Es liegt in ihrer Hand, den Zugang zu milliardenschweren Märkten zu gewähren oder zu verwehren, weil sie aufgrund ihrer Marktmacht bzw. Intermediationsmacht eine „Torwächter“-Position innehaben.

<sup>1</sup> Marktmächtige Digitalkonzerne, die über App-Stores, Betriebssysteme oder einen Online-Marktplatz verfügen, können Web-Developer, Anbieter von Komplementärdiensten oder Händler unverhältnismäßig hohe Kosten aufbürden, ihnen ausbeuterische Zugangsbedingungen diktieren oder den Zugang komplett verweigern. Auch digitale Plattformen wie Flixbus und Booking.com verfügen über hohe Marktanteile. Ganze Dienstleistungs- bzw. Wirtschaftssparten werden zunehmend monopolisiert zulasten des stationären Handels und der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Die Monopolisierung droht zum dominierenden Phänomen des Digitalsektors zu werden. Wenn der Gesetzgeber nicht entschlossen einschreitet, bliebe die überragende Marktmacht von Digitalkonzernen unangetastet.

Gemäß dem Wissenschaftlichen Beirat für Globale Umweltfragen (WBGU) ist weitgehend unstrittig, dass die steigende Marktkonzentration Verteilungswirkungen nach sich zieht. So werde vielfach das beobachtete Absinken der Arbeitnehmerentlohnung auch mit der Zunahme an Marktkonzentration und dem Aufstieg von Superstar-Unternehmen wie den Digitalkonzernen in Verbindung gesetzt. Auch eine Studie der Bertelsmann Stiftung kommt zu dem Ergebnis, dass die Zunahme der Marktmacht von „Superstar“-Firmen sich in Deutschland dämpfend auf die Gehaltsentwicklung von Arbeitnehmer\*innen in Dienstleistungsbranchen auswirkt.<sup>2</sup> Während die Unternehmensgewinne mitunter rasant stiegen, sinke die Lohnquote. Andere beteiligte Unternehmen gerieten unter Druck und müssten – auch mit niedrigeren Löhnen – Kosten senken oder würden verdrängt. Die Ungleichheit wird verschärft.

Die Digitalkonzerne werden immer mehr der Kanal, durch den die Menschen mit der Welt interagieren. Die meisten Digital-Konzerne beziehen ihren Gewinn aus der sogenannten "Überwachungsdividende" (Shoshana Zuboff). Je ausgeklügelter die Künstliche Intelligenz und das Datensammeln der übermächtigen, digitalen Plattformen, desto stärker werden sie ihre Nutzer\*innen manipulieren. So lautet auch die Prognose des Economist.<sup>3</sup> Wer am tiefsten in das Privatleben von Menschen eindringt („kommerzielle Überwachung“), die meisten Nutzer\*innen bindet und möglichst intransparent Daten abgreift, gewinnt gleichzeitig enorm an Marktmacht. Nicht ohne Grund ist die digitale Ökonomie von Winner-takes-it-all-Märkten geprägt. Die Risiken, resultierend aus der Marktmacht der digitalen Plattformen für die Demokratie, für den Zusammenhalt der Gesellschaft und das Funktionieren der digitalen Märkte, finden zu wenig Beachtung.

Mit der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) hat der Gesetzgeber bereits einige Anpassungen vorgenommen, die digitale Plattformen betreffen. Ebenso hat das Bundeskartellamt sich mit der Untersuchung von missbräuchlichen Praktiken digitaler Plattformen hervorgetan, einschließlich marktmächtiger Digitalkonzerne. Die 10. GWB-Novelle bietet die Chance, Digitalkonzerne mit überragender Marktmacht zu zähmen, funktionierende digitale Märkte zu schaffen und die Digitalisierung mit den globalen Nachhaltigkeitszielen (Agenda 2030)<sup>4</sup> in Einklang zu bringen. Damit dies gelingt, muss der gesetzliche Rahmen stärker auf marktordnende Maßnahmen, Entflechtungsregeln und Bündelungsverbote ausgerichtet sein. Eine alleinige Änderung der Regeln der Missbrauchskontrolle reicht hier nicht aus.

## Was wird im Kabinettsentwurf geregelt?

Herzstück der novellierten kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht ist die Einführung von § 19a GWB-E, der sich auf Unternehmen mit überragender, marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb bezieht. Sie ist gleichwohl mit einer relativ hohen Hürde versehen, denn das Bundeskartellamt muss erst eine Verfügung erlassen, bevor sie missbräuchliche Praktiken untersagen kann. Dabei bleibt das Opportunitätsprinzip des Bundeskartellamts unberührt, d.h. es liegt im Ermessen des Bundeskartellamts, ob es missbräuchliche Praktiken von Digitalkonzernen verfolgt – oder eben auch nicht. Zu begrüßen ist, dass bei der Definition einer überragenden, marktübergreifenden Marktstellung auch die vertikale Integration und die Marktbeherrschung auf anderen Märkten mit aufgeführt werden. Die gleiche Regelung sollte jedoch auch für Unternehmen allgemein gelten und entsprechend bei § 18, Abs. 3 eingefügt werden. Denn im Zuge der Digitalisierung weiten Unternehmen ihre geschäftlichen Aktivitäten stärker in benachbarten Märkten aus und können Angebote bündeln. Beispielsweise kann Bayer-Monsanto nach der Fusion algorithmisch ermittelte Saatgut- und Pestizidanzwiesungen über seine digitale Plattform mit dem Verkauf von Saatgut und Pestiziden verknüpfen.<sup>5</sup>

Erfolgt eine Untersagung des Bundeskartellamts gemäß § 19a GWB-E, liegt die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung von missbräuchlichen Praktiken bei dem Unternehmen bzw. der digitalen Plattform

(„Beweislastumkehr“). Die missbräuchlichen Praktiken umfassen u.a. die Selbstbegünstigung eigener Dienste, das Erschweren der Interoperabilität und der Datenportabilität sowie das „Aufrollen“ neuer Märkte auch ohne das Vorliegen einer Marktbeherrschung. Interoperabilität würde ermöglichen, dass z.B. Nutzer\*innen verschiedener Messengerdienste direkt miteinander kommunizieren können. Marktbeherrschende Unternehmen sollten gezwungen werden, entsprechende offene Schnittstellen zur Verfügung zu stellen, die kleinere Anbieter nutzen können. Definition, Gegenstandsbereich und Funktionen müssen im Vorfeld geklärt und datenschutzsicher ausgestaltet werden. Im Agrarsektor wäre hier ein gemeinsames Datenprotokoll der Agrarunternehmen denkbar, damit Landwirte ohne Probleme die Agrarplattform wechseln können, Alternative und datenschutzfreundlichere Anbieter werden sich nur unter dieser Voraussetzung am Markt behaupten können.

Bei einer hohen Gefährdungslage wird das Bundeskartellamt zukünftig ermächtigt, einstweilige Maßnahmen zu ergreifen, wenn Verstöße „überwiegend wahrscheinlich“ sind und die Anordnung zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist. Dies ist zum Beispiel in Verbindung mit § 19a GWB-E möglich oder beim sogenannten „Tipping“ der Fall. Als „Tipping“ bezeichnet man die Umwandlung eines durch starke positive Netzwerkeffekte geprägten Marktes mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt. Unter § 19, der alle Formen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung umfasst, ist die sinnvolle Erweiterung der „Essential Facilities Doctrine“<sup>1</sup> um die digitale Infrastruktur bereits aufgeführt. Gleichwohl fehlt es an einer permanenten behördlichen Aufsicht, wie sie in anderen Sektoren durch die Bundesnetzagentur erfolgt.

#### **Notwendige Ergänzungen bei der Missbrauchskontrolle**

- Es sollte unmittelbar eine umfängliche Liste per se verbotener Missbrauchstatbestände unter § 19 aufgeführt werden, einschließlich eines Selbstbegünstigungsverbots. Nur so wäre eine Untersagung unabhängig vom Vorliegen einer kartellbehördlichen Verfügung möglich. Zudem ist die zivilrechtliche Kontrolle durch Wettbewerber nur im Anwendungsbereich des § 19 möglich.
- Der § 19a GWB-E sollte in eine Verbotsnorm umgewandelt werden (wie § 19 GWB), das heißt, eine Verfügung wäre nicht mehr notwendig und die Norm würde unmittelbar zu Anwendung kommen. Um die Bedeutung von § 19a GWB-E zu unterstreichen, sollte im Gesetzestext der Vorrang der langfristigen Gesetzesziele zugunsten der Marktteilnehmer – Begrenzung wirtschaftlicher Machtstellung, Abwendung von Monopolen und Oligopolen – gegenüber kurzfristigen Effizienzvorteilen aufgenommen werden.
- In der Gesetzesbegründung sollte der grundsätzliche Vorrang von strukturellen Abhilfemaßnahmen gegenüber verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen unterstrichen werden.

### **Was wird im Kabinettsentwurf nicht geregelt?**

Keine der vorgeschlagenen Neuerungen ermöglicht ein rückgängigmachen von wirtschaftlichen Fehlentwicklungen oder eine Adressierung von bereits vermachteten Märkten. Bereits bestehende Monopole bleiben unangetastet. Auch das BMWi und die Professoren Haucap und Schweitzer erkennen an, dass ein „Tipping“ ins Monopol sich kaum noch rückgängig machen lässt. Welche Optionen stehen zur Verfügung, wenn Märkte kippen oder bereits gekippt sind? Abhilfe würde die Einführung eines missbrauchsunabhängigen Entflechtungsinstruments im Kartellrecht schaffen.

Die Bundesregierung hat Mitte 2019 Entflechtungsregeln auf europäischer Ebene gefordert, wie der deutsch-französisch-polnische Vorschlag zur „Modernisierung des EU-Wettbewerbsrechts“ zeigt.<sup>6</sup> Es ist von daher nicht nachvollziehbar, warum sie solche Regeln nicht selbst in Deutschland einführt. Im Jahr 2010 hatte bereits die FDP einen entsprechenden Gesetzesentwurf in der Regierungszeit der schwarz-gelben Koalition vorgelegt. Auch Kartellamtspräsident Mundt und die Monopolkommission befürworteten zu dieser Zeit ein solches Entflechtungsinstrument als „ultima ratio“, um auf „dauerhaft vermachteten Märkten Wettbewerb in Gang zu setzen und aufrechtzuerhalten“.<sup>7</sup> Die Monopolkommission sah auch keine grundsätzlichen verfassungs- oder europarechtlichen Einwände, die dagegen sprechen würden. Bereits in den 1960er Jahren hatte der damalige Präsident des Bundeskartellamts Günther ein solches Instrument gefordert. In den USA ist die Entflechtung seit mehr als 100 Jahren Teil der Rechtspraxis im Kartellrecht.

<sup>1</sup>Eine „Essential Facility“ liegt vor, wenn die folgenden vier Kriterien erfüllt sind: 1) Der Monopolist kontrolliert den Zugang zu einer „Essential Facility“; 2) die „Facility“ kann nicht einfach von einem Konkurrenten dupliziert werden; 3) der Monopolist verweigert Konkurrenten den Zugang; 4) es ist für den Monopolisten möglich, den Zugang bereitzustellen.

### **Notwendige Ergänzung zur Entflechtung**

Es sollte eine rechtliche Grundlage für eine missbrauchsunabhängige Entflechtung als „ultima ratio“ geschaffen werden. Wenn ein solches Instrument eingeführt ist, kann das Bundeskartellamt Monopole oder Konzerne mit überragender, marktübergreifender Marktstellung untersuchen und eine Veräußerung von Konzernteilen oder Sachvermögen in Deutschland sachgerecht prüfen und ggf. als letztes Mittel eine Entflechtung veranlassen.

Während die Marktbedeutung der Digitalkonzerne bei der Missbrauchsaufsicht zu Recht gewürdigt wird, bleibt sie bei der Fusionskontrolle nahezu unberücksichtigt. Der § 19a GWB-E findet keine Entsprechung bei der Fusionskontrolle. Es wurde nur mit § 39a GWB-E das Anmeldeeregime der Fusionskontrolle ergänzt. Das Bundeskartellamt könnte zukünftig „bestimmte“ Unternehmen verpflichten, jede Übernahme eines Unternehmens mit einem Umsatz von mehr als zwei Millionen anzumelden – unabhängig von den sonstigen Aufgreifkriterien. Eine solche Anmeldepflicht würde dem Bundeskartellamt einen besseren Überblick über die Marktdynamiken im Zuge der Digitalisierung gewähren und das im Koalitionsvertrag festgehaltene Ziel der Bundesregierung unterstützen, eine „kompetentere und aktivere systematische Marktbeobachtung“ zu erreichen.

Allerdings würde die vorgesehene Anmeldepflicht sog. Killer-Akquisitionen nur sehr selten erfassen. Der Grund: Kleine innovative Digitalunternehmen erbringen häufig keine entgeltlichen Dienstleistungen (§18 Abs. 2a GWB) bzw. erwirtschaften manchmal gar keine Umsätze oder sie erreichen die vorgesehen inländische Umsatzschwelle nicht. So liegt beispielsweise der Umsatz von WhatsApp bei null Dollar. Der Messenger-Dienst dient Facebook lediglich als Datenkrake. Damit bleibt die wirtschaftspolitisch ungewollte Situation bestehen, dass übermächtige Digitalkonzerne weiterhin systematisch kleine innovative Unternehmen in einem frühen Stadium ihrer Entwicklung aufkaufen und damit den Markteintritt bzw. das Erstarken von innovativen Konkurrenten gezielt verhindern können.

### **Notwendige Ergänzungen zu Killerakquisitionen**

- Unternehmen mit überragender und marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb sollten verpflichtet werden, jegliche Akquisitionen im Bundesgebiet dem Bundeskartellamt zu melden (Anpassung von § 35).
- Das Bundeskartellamt sollte bei Unternehmen mit überragender und marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb eine Akquisition untersagen können, auch wenn diese noch unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung erfolgt. Es gilt hier wie bei § 19a GWB-E die Beweislastumkehr.

Die Datenmacht und der Datenzugriff sind zentrale Bestandteile der kartellrechtlichen Betrachtung der digitalen Ökonomie. Wer den Zugriff auf Daten hat, beherrscht den Markt, insbesondere die neuen Märkte der Künstlichen Intelligenz. Damit kommt dem Kartellrecht zunehmend eine bedeutende Rolle beim Datenschutz zu. Die Zusammenführung von Daten unterschiedlicher Dienste bringt digitalen Plattformen nicht nur bedeutende Wettbewerbsvorteile, sie kann auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen. Das "Daten-Eigentumsrecht" wird auch von der Datenethikkommission abgelehnt, weil es einen wesentlich schwächeren Schutz als die Persönlichkeitsrechte gewährleisten würde.<sup>8</sup> Die Verbraucherschutzrechtliche Bewertung datenschutzinvasiver Geschäftsmodelle und datengetriebener Fusionen im Kartellrecht steckt allerdings noch in den Kinderschuhen. Eine Erweiterung der Verbraucherschutzrechtlichen Kompetenz ist jedoch bislang unverständlichlicherweise in der 10. GWB-Novelle nicht vorgesehen. Die Rechtsdurchsetzung von Verbraucher- und Datenschutzbelangen muss institutionell im Kartellrecht verankert werden.

### Notwendige Ergänzungen beim Verbraucher- und Datenschutz

- Die verbraucherschutzrechtliche Kompetenz sollte im Kartellrecht institutionell gestärkt werden - sowohl bei der Feststellung von Verstößen gegen verbraucherrechtliche bzw. datenschutzrechtlicher Vorschriften, als auch bei der Ermächtigung, diese Verstöße abzustellen.
- Datenschutz- und Verbraucherschutzorganisationen sollten ein Antragsrecht auf die Einleitung eines Verfahrens des Bundeskartellamts erhalten. Gemäß Monopolkommission wäre dieses Antragsrecht auch hilfreich, um kollusives Verhalten von Preisalgorithmen festzustellen.
- Qualifizierte Einrichtungen und Organisationen, insbesondere im Bereich Verbraucherschutz, sollten befugt sein, eine Untätigkeitsrüge zu erheben, sofern das Bundeskartellamt trotz Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen keinen Gebrauch von seiner Kompetenz macht.
- Um den Datenschutz gemäß DSGVO § 1 zu gewährleisten, sollte das Bundeskartellamt standardmäßig eine Genehmigung von Fusionen mit Big-Data-Bezug durch eine geeignete und entsprechend ausgestattete Datenschutzbehörde einholen, wie etwa dem Bundesdatenschutzbeauftragten.
- Die Bemessung der Marktbedeutung anhand der Nutzerzahlen und Nutzeraufrufe sollte im Gesetzestext reflektiert werden, um den Gerichten den Weg vorzugeben. Dies könnte auch als Ergänzung zu § 18 Abs. 2a geschehen.

Es ist bedauerlich, dass mit der 10. GWB-Novelle nicht gleichzeitig die Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/633 vom 17. April 2019 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette erfolgt. Diese Richtlinie hat zum Ziel, Praktiken zu bekämpfen, die gröblich von der guten Handelspraxis abweichen, gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verstoßen und einem Handelspartner einseitig von einem anderen aufgezwungen werden. In dieser Richtlinie werden eine Mindestliste verbotener unlauterer Handelspraktiken in Beziehungen zwischen Käufern und Lieferanten in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette sowie Mindestvorschriften für die Durchsetzung der Verbote und Regelungen für die Koordinierung zwischen den Durchsetzungsbehörden festgelegt.

### Notwendige Ergänzung bei unlauteren Handelspraktiken

Die Vorschriften sollten gemäß der EU-Richtlinie 2019/633 vom 17. April 2019 fristgerecht bis zum 1. Mai 2021 in das GWB aufgenommen und vom Bundestag verabschiedet werden. Dabei sollte die Bundesregierung den Spielraum unter Artikel 9 der EU-Richtlinie nutzen, um alle Handelspraktiken zu verbieten, deren Bekämpfung dem oben genannten Ziel der Richtlinie entsprechen und bei denen eine deutliche Asymmetrie wechselseitiger Abhängigkeiten vorliegt. Gleichzeitig sollte die Liste um folgende „per se“ verbotene Handelspraktiken ergänzt werden:

- **Verbot des Verkaufs von Lebensmitteln zu Dumpingpreisen, d.h. unterhalb der Produktionskosten:** Die Erzeugerpreise decken vielfach nicht die Produktionskosten von bäuerlichen Erzeuger\*innen. Arbeiter\*innen erhalten keine existenzsichernden Löhne für ihre beschwerliche Arbeit. Die Verkaufspreise im Laden müssen die Deckung von Produktionskosten innerhalb der Lieferkette erlauben.
- **Verbot der inversen Auktion,** bei der Lieferanten jederzeit den Verkaufspreis der Konkurrenz Online einsehen und diesen im Laufe der Auktion unterbieten können. Hier wird systematisch ein ruinöser Preisunterbietungswettbewerb gefördert, der auf den Rücken von bäuerlichen Erzeuger\*innen und Arbeiter\*innen ausgetragen wird.
- **Verbot der Auslistung von Lieferanten bzw. bäuerlichen Erzeuger\*innen,** wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt ist.

Die Marktmacht manifestiert sich in der digitalen Ökonomie verstärkt über die vertikale Integration und die Aktivitäten auf anderen Märkten. Die EU-Kommission hat für die digitale Landwirtschaft bestätigt, dass hauptsächlich vertikal integrierte Konzerne wie Bayer-Monsanto die Kapazitäten und finanziellen Ressourcen haben, digitale Angebote zu unterbreiten.<sup>9</sup> Problematisch ist hierbei, dass die Regelung zu vertikalen Fusionen unterentwickelt und es quasi keine Rechtsprechung zu Verboten gibt. Außerdem bietet die aktuelle Rechtslage eine zu große Angriffsfläche für die Anfechtung einer marktbeherrschenden Stellung. Dies umso mehr als die Marktabgrenzung in der digitalen Ökonomie immer noch mit großen rechtlichen Unsicherheiten behaftet ist.

### Notwendige Ergänzungen zur Feststellung der Marktbeherrschung

- Um den Nachweis der Marktbeherrschung von Digitalkonzernen für die Anwendung von § 19 zu erleichtern, sollte der Schwellenwert für die Vermutung einer Marktbeherrschung von derzeit 40 Prozent auf 20 Prozent abgesenkt werden (§ 18). Die Vermutungsschwelle von 20 Prozent sollte auch positiv für § 19a GWB-E gelten. Ein Schwellenwert von 20 Prozent sollte auch für die vertikale Ebene angedacht werden.
- Unter § 18 Abs. 3 sollten auch die vertikale Integration und die Marktbeherrschung auf anderen Märkten als mögliche Kriterien für die Definition von Marktbeherrschung aufgeführt werden, so wie es auch beim Zugang zu Daten vorgesehen ist.

Markt- und Politikversagen sind in starkem Maße eine Ursache für globale Krisen wie die Klimakrise, das Artensterben und die zunehmende soziale Ungleichheit. Das Kartellrecht ist eng verknüpft mit einer marktgläubigen herkömmlichen Wirtschaftspolitik, die mit dem Mantra der Effizienz und der Selbstkorrektur der Märkte verteidigt wird. Negative Auswirkungen auf die Marktstruktur, auf kleine und mittlere (Familien-)Unternehmen, auf die schwächsten Glieder in der Wertschöpfungskette – bäuerliche Erzeuger\*innen, Arbeiter\*innen – und auf die Umwelt werden weiter im Kartellrecht ignoriert. Verbraucher\*innen sind ungenügend davor geschützt, dass digitale Plattformen ihre Daten sammeln bzw. erschleichen. Auch wenn ein Dienst günstige Preise bietet oder gratis ist, er also für die einzelne Verbraucher\*in attraktiv ist, kann er für die Gemeinschaft aller Verbraucher\*innen und für eine demokratische Gesellschaft sehr schädlich sein. Die große Herausforderung nachhaltigen Wirtschaftens besteht darin, die „Wiedereinbettung“ der Ökonomie durch einen „radikalen inkrementellen Wandel“ zu stärken.<sup>10</sup> Durch Internalisierung externer Effekte können ökologische und soziale Konsequenzen in bestehende ökonomische Steuerungssysteme übersetzt werden. Der Kabinettsentwurf enthält keine Überlegungen, wie das Kartellrecht zukünftig zur Lösung gesellschaftlicher Probleme und zur Erreichung der globalen Nachhaltigkeitsziele beitragen kann.

### Notwendige Ergänzungen zu gesellschaftlichen Zielen

- Es sollte bei der Formulierung der Gesetzesziele des GWB eine Abkehr von der rein ökonomisch definierten Konsumentenwohlfahrt erfolgen hin zu einem breiteren Zielekatalog wie die Reduzierung der Ungleichheit, die Stärkung von Arbeitnehmer\*innenrechten sowie dem Schutz einer bäuerlich geprägten Agrarstruktur sowie Überwachungsfreier Geschäftsmodelle und kleiner Unternehmen (siehe auch globale Nachhaltigkeitsziele)
- Bei der Missbrauchskontrolle sollten Analyseverfahren entwickelt werden, um entstehende Wettbewerbsvorteile resultierend aus der Ausbeutung von Mensch und Natur zu erfassen.
- Der SIEC-Test („Significant Impediment of Effective Competition“) bei der Fusionskontrolle sollte durch eine Bewertung der externen sozialen und ökologischen Effekte abgelöst werden (Lieferkettenanalyse Umweltbilanzierung etc.).
- Die Ministererlaubnis sollte auch die Untersagung von erlaubten Fusionen umfassen. Eine Erlaubnis von untersagten Fusionen sollte in hochkonzentrierten Märkten nicht möglich sein. Damit jegliche Ministererlaubnis auf der Grundlage einer Abwägung gemeinwohlorientierter Interessen erfolgt, sollte sie grundsätzlich unter Parlamentsvorbehalt gestellt werden.

## „Plattformstrukturgesetz“ und öffentliche Angebote

Eine Änderung des Kartellrechts reicht nicht aus, um funktionierende, digitale Märkte herzustellen und Missbrauch systematisch einzudämmen. Das Bundeskartellamt kann, wenn es will, nur punktuell einschreiten. Eine solche Umgangsweise greift bei „Winner-takes-it-all“-Märkten und bei vorherrschenden digitalen Monopolen allerdings zu kurz. Unfaire und missbräuchliche Wettbewerbspraktiken müssen schon bevor sie entstehen gesetzlich klar unterbunden werden. Es fehlen klare Vorgaben hinsichtlich der Trennung bestimmter Organisations- bzw. Geschäftsstrukturen, um weniger Anreize für missbräuchliches Verhalten zu schaffen. Solche Ansätze werden aktuell in den USA stärker diskutiert.<sup>11</sup>

Bei App-Märkten, Online-Marktplätzen, Suchmaschinen und sozialen Medien/Messengern handelt es sich um öffentliche Güter, die zur digitalen Grundversorgung im 21. Jahrhundert gehören. Die Bundesregierung sollte einen uneingeschränkten Zugang zu den Plattformmärkten sicherstellen, indem sie ein „Plattformstrukturgesetz“

auf den Weg bringt und für den Aufbau eigener oder gemeinnütziger Angebote und öffentlich-rechtlicher Strukturen sorgt.

- Der Anwendungsbereich des „**Plattformstrukturgesetzes**“ würde sich auf marktbeherrschende Online-Plattformen erstrecken. Eine Zusammenführung von Daten unterschiedlicher Dienste könnte verboten und Interessenskonflikte systematisch adressiert werden, indem marktbeherrschenden Online-Plattformen eine Selbstbegünstigung verboten bzw. eine Doppelrolle als Anbieter und Marktplatz unterbunden wird. Marktbeherrschende Online-Plattformen müssten ihren Nutzer\*innen die Portabilität der Nutzer\*innen- bzw. Nutzungsdaten in Echtzeit und in einem interoperablen Datenformat ermöglichen sowie die Interoperabilität mit Komplementärdiensten gewährleisten.<sup>12</sup>
- Die Bundesregierung sollte zudem **öffentliche Infrastrukturen** für essentielle digitale Märkte bereitstellen, um Unternehmen und Verbraucher\*innen vor den ggf. willkürlichen Aktivitäten des Digitalkonzerns zu schützen, der den jeweiligen Markt dominiert. Auch sollten öffentliche Datenpools unterhalten werden, an denen sich alle Marktteilnehmer beteiligen können bzw. sogar beteiligen müssen. Dazu gehören beispielsweise die Einrichtung eines europäischen Suchindex<sup>13</sup>, wie er auch bereits vom WBGU der Bundesregierung als Maßnahme vorgeschlagen wurde<sup>14</sup>, Open Source-Social Media Alternativen, Datenstandards zur einfachen Migration von Social Media Konten, ein Open Source Smartphone-Betriebssystem und ein öffentlicher App-Markt, der auf allen Betriebssystemen zur Verfügung steht.

### Beispiele für öffentliche Angebote

- **Offenes Smartphone-Betriebssystem:** Öffentliche Förderung eines Open Source Smartphone-Betriebssystems, das auf jedem Smartphone installiert werden kann.
- **Öffentlicher App-Markt,** der auf jedem Betriebssystem zur Verfügung zu stehen hat.
- **Öffentlicher europäischer Suchindex,** auf den Suchmaschinen zugreifen können.
- **Öffentlicher Online-Marktplatz:** Verpflichtende Listung aller Angebote in einem allen Anbietern offen stehenden Marktplatz.
- **Öffentlicher Werbemarkt:** Einstellung aller Werbe-Angebote in einem zentralen, öffentlichen Marktplatz bzw. einer zentralen, öffentlichen Kautionsstelle.
- **Öffentliches soziales Netzwerk:** Förderung von Open Source-Alternativen und Datenstandards zur einfachen Migration von Konten.

1 „Konzernmacht beschränken“ (2018): #Konzernmacht in der digitalen Welt. Diskussionspapier. <https://www.oxfam.de/ueber-uns/publikationen/konzernmacht-digitalen-welt>.

2 Bertelsmann Stiftung (2018): Unternehmenskonzentration und Lohnquote in Deutschland. Eine Analyse auf Branchenebene zwischen 2008 und 2016. <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/publikationen/publikation/did/policy-brief-unternehmenskonzentration-und-lohnquote-in-deutschland/>.

3 Economist (2018): Big tech Technology firms are both the friend and the foe of competition. Special report. Nov 15th 2018. <https://www.economist.com/special-report/2018/11/15/technology-firms-are-both-the-friend-and-the-foe-of-competition>.

4 BMU (2015): Die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung <https://www.bmu.de/themen/nachhaltigkeit-internationales/nachhaltige-entwicklung/2030-agenda/>.

5 Oxfam (2018): Fusion von Bayer und Monsanto: Big Player in der digitalen Landwirtschaft. Blogartikel vom 12.2.2018. <https://www.oxfam.de/blog/fusion-bayer-monsanto-big-player-digitalen-landwirtschaft>.

6 BMWi et al. (2019): Modernising European Competition Policy. Siehe: [https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

7 Monopolkommission (2018): Zweiundzwanzigstes Hauptgutachten der Monopolkommission. Siehe: [https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXII\\_Kurzfassung.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXII_Kurzfassung.pdf).

8 Datenethikkommission Gutachten (2019) <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.html>.

9 EU-Commission: CASE M.8084 – Bayer/Monsanto. MERGER PROCEDURE REGULATION (EC) 139/2004. See (2749). Siehe: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8084\\_13335\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8084_13335_3.pdf).

10 WBGU (2019): Hauptgutachten. Unsere gemeinsame digitale Zukunft. <https://www.wbgu.de/de/publikationen/publikation/unsere-gemeinsame-digitale-zukunft>.

11 Lina Khan (2019): The Separation of Platform and Commerce. Siehe: <https://columbialawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>.

12 Wettbewerbskommission 4.0 (2019): Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.html>.

13 Digitalcourage (2016): Europäischer Suchindex Kurzbeschreibung <https://digitalcourage.de/sites/default/files/2019-05/Europaeischer-Suchindex-Vorschlag-Digitalcourage-1.pdf>.

14 WBGU-Politikpapier (2019) "Ein europäischer Weg in unsere gemeinsame digitale Zukunft" <https://www.wbgu.de/de/publikationen/publikation/pp11-2019#sektion-downloads>.