

Fabian Spiegel: Was versteht man in der Digitalwirtschaft unter dem Begriff „tipping“? Wodurch entsteht das Phänomen und wie kann eine Behörde es verhindern?

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 6. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zum deutschen und europäischen Kartellrecht bei Prof. Dr. Knut Werner Lange am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl für Zivilrecht V) entstanden.

A. Einleitung

Die Digitalisierung und die wachsende Bedeutung digitaler Märkte sind im Alltag für jedermann spürbar. Zunächst als verbindende Chance und Vorteil für Nutzer und Verbraucher willkommen geheißen, musste sich doch erst ein Bewusstsein für die damit einhergehenden Missbrauchsgefahren formen, die durch große Plattform-Unternehmen für Verbraucher und den Wettbewerb insgesamt drohen.¹ Besonders in der Digitalwirtschaft lässt sich das Phänomen beobachten, dass sich die Plattform mit der attraktivsten Bündelung verschiedenster Dienste durchsetzt,² und Wettbewerber nach dem „the winner takes it all“-Prinzip³ vom Markt verdrängt. Das kann zu einem dauerhaften „Kippen“ (sog. Tipping) eines ursprünglich vom Wettbewerb geprägten hin zu einem monopolistischen Markt führen.⁴ Dies steht im Widerspruch zum Schutzzweck des Wettbewerbsrechts, der den Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen Dritter verfolgt.⁵

Der vorliegende Beitrag widmet sich zunächst der Entstehung des Phänomens Tipping in der Digitalwirtschaft (B.) und untersucht, ob das Tipping-Verbot des § 20 IIIa GWB zur effektiven Verhinderung eines Tippings geeignet und auch durchsetzbar ist (C.). Die Arbeit schließt mit einem Resümee und einem kurzen Ausblick auf die geplanten europäischen Tipping-Regelungen (D.).

B. Hintergrund des Tippings

I. Wettbewerbliche Ausgangslage

Wettbewerb ist der Kern der Sozialen Marktwirtschaft. Durch den ständigen Wettbewerbsdruck und dem damit verbundenen Innovationspotential entsteht Wachstum und ein steigender Lebensstandard in den Volkswirtschaften dieser Welt.⁶ Im Wettbewerb stehende Unternehmen ringen parallel um die Gunst der Marktgegenseite.⁷ Die Folge ist eine hohe Produktivität, eine effiziente Ressourcenallokation und der Anreiz für neue Unternehmen, in den Markt hineinzustoßen.⁸ Diese positiven Wirkungen des Wettbewerbs machen ihn schützenswert. Das Ziel jeder Wirtschaftspolitik sollte daher die Bestreitbarkeit von Machtpositionen sein,⁹ die das Risiko bergen, die Marktgegenseite auszubeuten.¹⁰ Als ein Tipping wird dabei der Prozess der Transformation eines von eben jenem Wettbewerb geprägten Marktes hin zu einem hochkonzentrierten bzw. monopolistischen Markt bezeichnet.¹¹

II. Charakteristika der Digitalwirtschaft

1. Digitale Plattformmärkte

Ein wesentliches Strukturmerkmal der Digitalwirtschaft sind die mehrseitigen Märkte und die Netzwerke (vgl. § 18 IIIa GWB). Deren Betreiber ermöglichen als Vermittler (sog.

¹ Vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen (im Folgenden: „Modernisierungsstudie“), 2018, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15 [Stand: 19.08.2022], S. 6.

² Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Rahmen für die Digitalwirtschaft (im Folgenden: „Wettbewerbsbericht 4.0“), 2019, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=14 [Stand: 19.08.2022], S. 23.

³ Emmerich/Lange, Kartellrecht, 15. Aufl. 2021, § 26 Rn. 34, § 28 Rn. 23.

⁴ Emmerich/Lange (Fn. 3), § 27 Rn. 23.

⁵ Wiedemann in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1.

⁶ Furman/Coyle/Fletcher/McAuley/Marsden, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel (im Folgenden: „Furman-Report“), 2019,

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf [Stand: 19.08.2022], S. 18 Rn. 1.8.

⁷ Vgl. Emmerich/Lange, (Fn. 3) § 1 Rn. 2.

⁸ Furman-Report (Fn. 6), S. 18 Rn. 1.9.

⁹ Vgl. Emmerich/Lange, (Fn. 3), § 1 Rn. 4 f.

¹⁰ Fritsch, Michael, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 163.

¹¹ Vgl. Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 12; Bechtold/Bosch, in: Bechtold/Bosch GWB, 10. Aufl. 2021, § 20 Rn. 49b; Hetmank in: BeckOK KartellR, 4. Edition, Stand 01.04.2022, § 20 Rn. 100; Ackermann in: Bien/Käseberg/Klumpke/Körper/Ost [Hrsg.], Die 10. GWB-Novelle, 2021, Kap. 1 Rn. 350.

Intermediäre) die direkte Interaktion von Nutzern desselben Typs („einseitige“ Netzwerke, wie z.B. WhatsApp oder Skype¹²) oder auch zwischen verschiedenen Nutzergruppen auf „mehreseitigen“ Märkten (z.B. Suchmaschinen¹³).¹⁴ Bestehen zwischen den verschiedenen Nutzergruppen Netzwerkeffekte, kann in der Digitalwirtschaft von einer Online-Plattform gesprochen werden.¹⁵ Plattform-Unternehmen spielen als sog. Gatekeeper eine wichtige Rolle in der Digitalökonomie, da die Nutzergruppen oftmals auf den Zugang zur jeweiligen Plattform angewiesen sind, um mit der Marktgegenseite interagieren zu können.¹⁶ Diese Abhängigkeit birgt hohe Missbrauchsrisiken wie etwa Tipping-Praktiken oder die Ausnutzung der eigenen Marktmacht, um sich auf andere Märkte auszudehnen (sog. Leveraging).¹⁷ Es gefährdet zudem die Einflussnahmemöglichkeit der Verbraucher, durch ihre freie Wahlentscheidung den Wettbewerb indirekt zu steuern.¹⁸

Obwohl viele digitale Märkte Konzentrationstendenzen aufweisen, sind die Effekte, die Plattformmärkte auf die Gesamtwohlfahrt haben, noch unklar,¹⁹ denn die Größenvorteile von Plattformmärkten senken Transaktionskosten, wodurch Nutzer Vorteile erfahren.²⁰ Dies gilt jedoch nur dann, soweit die Effizienzvorteile in ausreichendem Maße an die Nutzer weitergegeben werden, was aber langfristig wohl als unwahrscheinlich erachtet werden kann.²¹

Für sich genommen sind vermittelnde Plattformmärkte keine neuen und auf das Internet beschränkte Phänomene.²² Neu ist aber die nicht mehr sektorspezifische Bedeutung der Plattformen, sodass durch Verwendung personalisierter Nutzerprofile²³ die Bildung von „plattformbasierte[n] Ökosystemen“²⁴ droht, die die dauerhafte Bindung der Nutzer an die Plattform bezwecken. Deren Betreiber haben dadurch effektivere Möglichkeiten, marktübergreifende Tendenzen zu beeinflussen als „analoge“ Plattformen.²⁵ Daher haben digitale Märkte ein höheres Schädigungspotential,²⁶ was die traditionelle Wettbewerbspolitik vor große Probleme stellt.²⁷

2. Hohe Bedeutung von Skalen- und Netzwerkeffekten

Wie auf analogen, treten auch auf digitalen Märkten Skaleneffekte (Mengen- bzw. Größenvorteile) wegen z.T. großer Effizienzvorteile auf.²⁸ Ursächlich dafür sind hohe Fixkosten zur Aufrechterhaltung der Plattform (z.B. große Serverstrukturen) und geringe variable Kosten.²⁹ Dies führt zu hohen Markteintrittsschranken, die den Wettbewerb zwischen Plattformen begrenzen.³⁰

In der Digitalwirtschaft spielen jedoch die bereits thematisierten Netzwerkeffekte die entscheidendere Rolle, sie sind faktisch *das* Strukturmerkmal digitaler Märkte.³¹ Sie

¹² Soziale Netzwerke im Allgemeinen können nur als Beispiele für ein Netzwerk im technischen Sinne dienen, soweit Werbetreibende als Marktgegenseite außer Acht gelassen werden, siehe hierzu Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 16.

¹³ Fuchs in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 70.

¹⁴ Vgl. BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken (im Folgenden: „BKartA, Arbeitspapier“), 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2 [Stand: 19.08.2022], S. 3; Monopolkommission, Hauptgutachten 23, Wettbewerb 2020 (im Folgenden: „Monopolkommission, Wettbewerb 2020“), 2020, S. 29 Tz. 52, https://www.monopolkommission.de/images/HG23/HGXXIII_Gesamt.pdf [Stand: 19.08.2022], S. 29.

¹⁵ BKartA, Arbeitspapier (Fn. 14), S. 14.

¹⁶ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 8 f.; darauf Bezug nehmend die Regierungsbegründung zum GWB-Digitalisierungsgesetz, BT-Drs. 19/23492 (im Folgenden: „RegBegr.“), S. 56.

¹⁷ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 93; Höppler/Weber, Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle nach dem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle, K&R 2020, S. 24 (25).

¹⁸ Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 23.

¹⁹ Haucap/Wenzel, Wettbewerb im Internet: Was ist online anders als offline? in: Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Ordnungspolitische Perspektiven, No. 16, 2011, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/48625/1/664810942.pdf> [Stand: 19.08.2022], S. 5; bzgl. der zwei Arten von Marktversagen bei Online-Plattformen, siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte (im Folgenden: „Monopolkommission, Sondergutachten 68“), 2015, https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf [Stand: 19.08.2022], S. 35 Tz. 43.

²⁰ Furman-Report (Fn. 6), S. 42 Rn. 1.118; Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 19), S. 35 Tz. 43.

²¹ Furman-Report (Fn. 6), S. 42 Rn. 1.118.

²² Man denke beispielsweise an die Rolle der Börse, die den Zugang zu den Kapitalmärkten verschafft; Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 19), S. 35 Tz. 44.

²³ Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 23.

²⁴ Monopolkommission, Wettbewerb 2020 (Fn. 14), S. 29 Tz. 57.

²⁵ Crémer/Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era (im Folgenden: "EU-Sonderberaterbericht"), 2019, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> [Stand: 19.08.2022], S. 68; Studienvereinigung Kartellrecht, Stellungnahme zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Neuregelungen – Missbrauchsaufsicht/Digitalisierung (im Folgenden: „Studienvereinigung Kartellrecht, MA“), 2020, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-GWB-Digitalisierungsgesetz/Fachkreise/studienvereinigung-kartellrecht-missbrauchsaufsicht.pdf?__blob=publicationFile&v=4 [Stand: 19.08.2022], S. 5 Rn. 8.

²⁶ Monopolkommission, Wettbewerb 2020 (Fn. 14), S. 25 Tz. 45.

²⁷ Furman-Report (Fn. 6), S. 18 Rn. 1.7; Monopolkommission, Wettbewerb 2020 (Fn. 14), S. 25 Tz. 45.

²⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 19), S. 36 Tz. 46.

²⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 19), S. 36 Tz. 46.

³⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 19), S. 36 Tz. 46.

³¹ Vgl. Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 94; Mischau, Market Power Assessment in Digital Markets, GRUR Int. 2020, S. 233 (244).

sorgen für „nutzerseitige Größenvorteile“³², d.h. dass die Nutzer von der steigenden Anzahl anderer Nutzer profitieren, sodass die Plattform mit den meisten Nutzern am wertvollsten bzw. attraktivsten für beide Marktseiten ist und die anderen Plattformen vom Markt verdrängt.³³ Beispielsweise ist eBay als Online-Marktplatz für Käufer umso attraktiver, je mehr Verkäufer dort tätig sind und vice versa.³⁴ Netzwerkeffekte lassen sich in zwei Kategorien einteilen: *Direkte* Netzwerkeffekte sorgen für einen steigenden Nutzen des einzelnen Teilnehmers mit wachsender Anzahl der Nutzer *derselben* Marktseite (dann Netzwerk);³⁵ bei *indirekten* Netzwerkeffekten profitiert mit steigender Teilnehmerzahl jeweils die *Marktgegenseite* (dann mehrseitiger Markt).³⁶ Letztere sind ausschlaggebend für den Erfolg von Online-Plattformen,³⁷ denn durch die sich selbstverstärkenden Prozesse lässt sich eine Tendenz zum exponentiellen Wachstum feststellen: Je erfolgreicher der eine Schritt ist, desto stärker wird der darauffolgende Schritt ausfallen usw.³⁸ Dies begünstigt ein Tipping in hohem Maße, denn um die gleichen Nutzervorteile wie die des etablierten Anbieters zu erlangen, müsste ein Newcomer erst dessen Marktgröße erreichen, was aber mangels kritischer Nutzermasse oftmals kaum möglich ist.³⁹

Dennoch gibt es Beispiele für einen intensiven Wettbewerb zwischen Plattformen (z.B. Dating- und Hotelbuchungsplattformen oder Fahrzeug- und Stellenbörsen), sodass indirekte Netzwerkeffekte allein – ohne zusätzliche einseitige Verhaltensweisen – nicht die einzige Ursache für ein Tipping zu sein scheinen.⁴⁰

3. Vereinfachtes Multi-Homing und Switching

Wie anfällig ein Markt in Hinsicht auf ein Tipping ist, hängt insbesondere davon ab, in welchem Maße die Kunden auf die Nutzung der konkreten Plattform angewiesen sind bzw. in

welchem Umfang sie „captured customers“⁴¹ sind. Maßgebliche Kriterien sind dabei die Möglichkeit der parallelen Nutzung (sog. Multi-Homing) und des Wechsels (sog. Switching) der Plattformen.⁴² Ist beides problemlos möglich, sind die Nutzer nicht von einer einzigen Plattform abhängig, es besteht also „wirtschaftliche Wahlfreiheit“⁴³. Sie können im Zweifelsfall auf eine Alternative wechseln. Ein Tipping ist dann keine unmittelbare Bedrohung. In der Digitalwirtschaft ist das Multi-Homing und Switching aufgrund der niedrigen Informations- und Transaktionskosten⁴⁴ äußerst attraktiv, sodass ein Tipping eines mehrseitigen Marktes nicht zwangsläufig ist.⁴⁵ Auf analogen Plattform- und Netzwerkmärkten ist eine parallele Nutzung hingegen in der Regel zu kostspielig, sodass dort Wettbewerb und Markteintritte nur im Wege der Interoperabilität – unter regulatorischer Aufsicht – möglich sind.⁴⁶ In der Digitalökonomie wird es dann problematisch, wenn ein Unternehmen diese Nutzungsformen einseitig einschränkt,⁴⁷ um dadurch strategische Vorteile zu erzielen. Dies kann u.a. in künstlichen Wechselkosten, nutzungsunabhängigen Gebühren für die Mitgliedschaft, Preis- oder Rabattgestaltungen, Meistbegünstigungsklauseln, Ausschließlichkeits- oder Kopplungsbindungen seine Gestalt finden.⁴⁸

4. Daten als kritische Ressource

In der Digitalwirtschaft stellen Daten eine kritische Ressource dar.⁴⁹ Online-Plattformen können oftmals kostenlos genutzt werden. Das „Entgelt“ ist dafür das Zurverfügungstellen der eigenen Daten, wobei die Entgeltlosigkeit gem. § 18 IIa GWB der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht. Durch die gesammelten Nutzerpräferenzen können Plattformen den Nutzern maßgeschneiderte Angebote gebündelt zur Verfügung stellen, um sie so langfristig an das Unternehmen zu binden. Unternehmen, die nicht über solche Nutzerdaten verfügen, erleiden einen wesentlichen Wettbewerbsnachteil, sodass für

³² Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (25).

³³ Vgl. Evans/Schmalensee, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms in: NBER Working Paper Series, 2005,

https://www.nber.org/system/files/working_papers/w11603/w11603.pdf [Stand: 19.08.2022] S. 15; Furman-Report (Fn. 6), S. 35 Rn. 1.81.

³⁴ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 9; siehe bzgl. eBay auch Haucap/Wenzel (Fn. 19), S. 8 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 19), S. 33 Tz. 38.

³⁵ Hetmank in: BeckOK KartellR (Fn. 11), § 20 Rn. 104.

³⁶ LG Berlin v. 08.04.2021 – 16 O 73/21 Kart = GRUR-RS 2021, 14067 Rn. 47 – Immobilien-Plattform; Fuchs in: Immenga/Mestmäcker GWB (Fn. 13), § 18 Rn. 70; Kühnen in: LMRKM KartellR, 4. Aufl. 2020, § 18 Rn. 106.

³⁷ Haucap/Wenzel (Fn. 19), S. 4.

³⁸ Horn/Kreuter, Die digitale Herausforderung, 2020, S. 47.

³⁹ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (25).

⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68 (Fn. 19), S. 35 Tz. 42.

⁴¹ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 93.

⁴² Evans/Schmalensee (Fn. 33), S. 15; Monopolkommission, Wettbewerb 2020 (Fn. 14), S. 27 Tz. 52.

⁴³ Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 39.

⁴⁴ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 7.

⁴⁵ Furman-Report (Fn. 6), S. 35 Rn. 1.82; Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 12.

⁴⁶ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 12.

⁴⁷ Vgl. Haucap/Wenzel (Fn. 19), S. 7.

⁴⁸ LG Berlin v. 08.04.2021 – 16 O 73/21 Kart = GRUR-RS 2021, 14067 Rn. 47 – Immobilien-Plattform; Haucap/Wenzel (Fn. 19), S. 7; Ackermann in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 1 Rn. 358; Hetmank in: BeckOK KartellR (Fn. 11), § 20 Rn. 105.

⁴⁹ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 79.

ein bestimmtes Angebot von Diensten die Datenverfügbarkeit und -verarbeitung eine erhebliche Marktzutrittschranke darstellen kann.⁵⁰ Zudem könnte die Nutzung von Daten trotz ihrer grundsätzlichen Duplizierbarkeit von den etablierten Unternehmen etwa durch die nur vereinzelte Vergabe von Nutzungslizenzen ausgeschlossen werden.⁵¹ Es ist auch denkbar, dass das eigene Generieren von Daten erschwert werden könnte.⁵² Bei einer Suchmaschine könnte dies beispielsweise durch eine untere Platzierung bei den angezeigten Suchergebnissen erfolgen, sodass das betroffene Unternehmen kaum in der Lage wäre, neue Nutzer zu gewinnen und entsprechende Datensets anzulegen. Aufgrund der besonderen Machtstellung des Suchmaschinenbetreibers und des damit verbundenen nutzerseitigen Single Homings wäre es zudem unwahrscheinlich, dass die Nutzer anderweitig auf den Newcomer aufmerksam werden würden.⁵³ Ferner ist ein Multi-Homing nur dann möglich, wenn es die Daten-Portabilität und Interoperabilität zulässt.⁵⁴ Einen ausdrücklichen gesetzlichen Anspruch auf den Zugang zu Daten (gegen ein angemessenes Entgelt) findet sich aber in der nun erweiterten „essential facilities“-Doktrin⁵⁵ des § 19 II Nr. 4 GWB.

5. Hohe Innovationskraft und Dynamik der digitalen Märkte

Wettbewerb ermöglicht als Entdeckungsverfahren⁵⁶ Innovationen, welche die Unternehmen wiederum wettbewerbsfähig halten.⁵⁷ Für einen Monopolisten sinken die Anreize für Innovationen, da ohnehin hohe Renditen in Aussicht stehen.⁵⁸ Gerade die digitalen Märkte sind jedoch von disruptiven Innovationen geprägt, sodass auch etablierte Unternehmen stets unter Wettbewerbsdruck stehen und gefestigte Marktpositionen bestreitbar sind.⁵⁹ Die Digitalökonomie ist aber auch von Tipping-Tendenzen geprägt, die sog. „First-Mover“-Vorteile für die großen Plattform-Unternehmen ermöglichen.⁶⁰ Diese eröffnen die Gelegenheit

für die bereits etablierten Unternehmen, einen neuen Markt als Erstes gestalten und prägen zu können.⁶¹ Der Anreiz marktmächtiger Unternehmen liegt somit oftmals nicht in der Schaffung von Innovationen, sondern in der Absicherung ihrer Marktposition und des jeweiligen Geschäftsmodells.⁶² Es ist daher von zentraler Bedeutung, dass erlangte Marktpositionen durch große Innovationsspielräume angreifbar bleiben.⁶³ Kleine und potentielle Mitbewerber sollen stets in der Lage sein, neue Geschäftsfelder erschließen zu können, um sich damit der Gefahr von Tipping-Praktiken seitens marktmächtiger Unternehmen bestmöglich zu entziehen.⁶⁴

C. Behördliche Handlungskompetenzen

Die Kartellbehörden stehen der Gefahr des Tippings aber nicht schutzlos gegenüber. Im Zuge der 10. GWB-Novelle wurde mit dem § 20 IIIa GWB ein spezielles Tipping-Verbot eingeführt (I.). Bei Behinderungsstrategien können die Kartellbehörden im Rahmen der kartellrechtlichen Durchsetzung (II.) insbesondere im Verwaltungsverfahren effektive Maßnahmen treffen, um ein drohendes Tipping (präventiv) zu verhindern. Da § 20 IIIa GWB als unmittelbare Verbotsnorm ausgestaltet ist, können sich zudem Wettbewerber auf zivilrechtlichem Wege gegen Tipping-Praktiken wehren.⁶⁵

I. Das Tipping-Verbot des § 20 IIIa GWB

1. Abgrenzungsfragen

Für Abgrenzungsfragen hilft zunächst eine nähere Betrachtung der Struktur der Missbrauchsaufsicht: Der Missbrauch von Marktmacht setzt zunächst eine solche voraus, um überhaupt behördlich vorgehen zu können. Einige multilaterale Praktiken können bereits unabhängig von einer Marktmacht über das Kartellverbot des Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB in den Griff bekommen werden.⁶⁶ Unilaterale Verhaltensweisen wie

⁵⁰ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 79; Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (26).

⁵¹ Zit. nach BKartA, Arbeitspapier (Fn. 14), S. 93.

⁵² Siehe Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (26) mwN.

⁵³ Vgl. Lichtenberg, Googles Knowledge Panels nach der 10. GWB Novelle, NZKart 2021, S. 286 (289).

⁵⁴ Vgl. EU-Sonderberaterbericht (Fn. 25), S. 6.

⁵⁵ Studienvereinigung Kartellrecht, MA (Fn. 25), S. 2 Rn. 2; Körber, „Digitalisierung“ der Missbrauchsaufsicht durch die 10. GWB-Novelle, MMR 2020, S. 290 (291).

⁵⁶ Siehe hierzu v. Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge 1968.

⁵⁷ Zum wirtschaftswissenschaftlichen Streitstand, welche Marktstruktur die idealen Bedingungen für Innovationen liefert, s. Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 22 Fn. 32 mwN.

⁵⁸ Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 22.

⁵⁹ Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 22.

⁶⁰ Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 22.

⁶¹ Horn/Kreuter (Fn. 38), S. 132.

⁶² Körber, MMR 2020, S. 290 (293); Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 22; in diesem Zusammenhang dient der sog. Nokia-Moment als prominentes Beispiel für ein „Verschlafen neuer Trends“; die Auswirkungen von Marktmacht auf Innovationen sind derzeit aber noch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht unklar, s. hierzu Fritsch (Fn. 10), S. 163 f.

⁶³ Vgl. Wettbewerbsbericht 4.0 (Fn. 2), S. 22.

⁶⁴ Furman-Report (Fn. 6), S. 56.

⁶⁵ Siehe hierzu LG Berlin v. 08.04.2021 – 16 O 73/21 Kart = GRUR-RS 2021, 14067 – Immobilien-Plattform.

⁶⁶ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 40; Lübbert/Schöne in: HdB des KartellR (Fn. 5), § 26 Rn. 1.

Tipping-Praktiken sind demnach aber mangels Absprache nicht erfasst.⁶⁷ Erst wenn ein Unternehmen marktbeherrschend ist (§§ 18, 19 GWB), eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb (§§ 19a GWB) (sog. „ÜMB-Unternehmen“) oder eine relative bzw. überlegene Marktmacht hat (§ 20 GWB), kann nach dem GWB interveniert werden,⁶⁸ was jedoch zu spät kommen kann.⁶⁹ Denn Tipping-Praktiken können bereits von Unternehmen ausgehen, die weder marktbeherrschend noch ein ÜMB-Unternehmen sind.⁷⁰ Zwar lässt sich sagen, dass durch eine wirksame Missbrauchskontrolle nach den §§ 18 ff. GWB die Risiken von unkontrollierbarer Marktmacht auf digitalen Märkten und damit auch von einem Tipping begrenzt werden können (siehe bspw. § 19a II 1 Nr. 3 GWB). Doch muss der Normadressat dafür eben ein marktbeherrschendes oder ein ÜMB-Unternehmen sein. Der § 20 IIIa GWB ist somit im Gegensatz zu § 19a GWB, der überwiegend Leveraging-Strategien von ÜMB-Unternehmen vor Augen hat, ein speziell auf das Tipping zugeschnittener Tatbestand,⁷¹ der aufgrund seines weit gefassten Wortlauts jede Tipping-begünstigende Verhaltensweise erfasst – unabhängig der (möglicherweise hinzutretenden) Regelungen der §§ 18 ff. GWB.

Im EU-Kartellrecht ist die Marktbeherrschung die einzige Form von Marktmacht (vgl. Art. 102 AEUV). Somit stellt der deutsche § 20 IIIa GWB ein strengeres Sonderregime dar, dessen Erlass und Anwendung gem. Art. 3 II 2 VO Nr. 1/2003 in der Kompetenz eines jeden einzelnen Mitgliedsstaats liegt. Überhaupt existiert kein europäisches Pendant⁷² zum gesamten § 20 GWB, was sich aber durch den Digital Markets Act (DMA) ändern soll.⁷³

2. Inhalt und Systematik

Der § 20 IIIa GWB schließt die oben skizzierte Schutzlücke⁷⁴, in der nicht-marktmächtige Unternehmen mit unilateralen Behinderungstaktiken gezielt ein Tipping begünstigen, sich aber mangels einer marktbeherrschenden Stellung eines wettbewerbsrechtlichen Eingriffs entziehen konnten.⁷⁵

⁶⁷ Vgl. Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 40 u. 61.

⁶⁸ Emmerich/Lange (Fn. 3), § 27 Rn. 1.

⁶⁹ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 61.

⁷⁰ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 61.

⁷¹ Vgl. Grünwald in: FK KartellR, Bd. 4, 2021, § 19a Rn. 79; Mäger/Budde, Der RefE für die 10. GWB-Novelle: ein Spagat zwischen EU-Rechtsangleichung und deutschem Sonderweg, DB 2020, S. 378 (385).

⁷² Lübbert/Schöne in: HdB des KartellR (Fn. 5), § 26 Rn. 9.

⁷³ Siehe ausführlich zum DMA-Kommissionsvorschlag Gerpott, Neue Pflichten für große Betreiber digitaler Plattformen – Vergleich von § 19a GWB und DMA-Kommissionsvorschlag, NZKart 2021, 273.

⁷⁴ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 61.

⁷⁵ RegBegr. (Fn. 16), S. 73.

⁷⁶ Siehe RegBegr. (Fn. 16), S. 83; und zur Modernisierungsstudie Fn. 1.

⁷⁷ Studienvereinigung Kartellrecht, MA (Fn. 25), S. 18 Rn. 46.

⁷⁸ RegBegr. (Fn. 16), S. 82 f.; Ackermann, in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 1 Rn. 356.

⁷⁹ RegBegr. (Fn. 16), S. 82 f.

⁸⁰ RegBegr. (Fn. 16), S. 82.

a) Herabgesetzte Schwelle der Normadressatenschaft

In *sachlicher* Hinsicht richtet sich § 20 IIIa GWB an Unternehmen, die auf einem (mehrseitigen) Markt iSd § 18 IIIa GWB tätig sind. Die Gesetzesbegründung bezieht sich dabei auf die vom BMWi in Auftrag gegebene und 2018 erschienene Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht.⁷⁶ Diese hatte hinsichtlich des potentiellen Adressatenkreises aber wiederum wohl hauptsächlich nur digitale Plattformmärkte vor Augen, was sich aber dem gewählten Wortlaut des IIIa nicht entnehmen lässt.⁷⁷

Der Gesetzgeber verfolgt bezüglich des *persönlichen* Anwendungsbereichs eine Doppelstrategie: Zum einen soll mit der Schwelle der überlegenen Marktmacht ein Eingriff unterhalb der Marktbeherrschung möglich sein, zum anderen sollen aber auch kleine, unbedeutenden Unternehmen erfasst werden, die mangels Größe und Ressourcen ein Tipping überhaupt nicht herbeiführen könnten.⁷⁸ Denn ein weiteres Absinken der Eingriffsschwelle hätte zur Folge, dass der gewünschte wettbewerbliche Druck auf die größeren Unternehmen durch die kleineren, innovativen Unternehmen wegfallen könnte und somit der Wettbewerb geschwächt und die Stellung der großen Unternehmen gestärkt würde.⁷⁹ Zudem lässt sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststellen, welches konkrete Unternehmen später von einem potentiellen Tipping profitieren wird.⁸⁰

b) Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten

Erste Tatbestandsvoraussetzung ist die Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber. Unter einer Behinderung versteht man jede unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung der

Betätigungsmöglichkeiten eines anderen Unternehmens.⁸¹ Eine Unbilligkeit als eine Form der wertenden Einschränkungsmöglichkeit bzgl. des weitgefassten Begriffs der Behinderung wird jedoch auf Tatbestandsseite nicht vorausgesetzt. Mit dem Verzicht auf Regelbeispiele wollte der Gesetzgeber die Norm möglichst offen halten, damit in Zukunft auch bisher noch unbekannte Praktiken vom Tatbestand erfasst werden könnten; in der Gesetzesbegründung wird aber das Beschränken von Multi-Homing und Switching als wichtiges Beispiel genannt.⁸²

c) Ernstliche Gefahr des Leistungswettbewerbs

Die Behinderung muss zudem eine ernstliche Gefahr begründen, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird. Der Begriff der „ernstlichen Gefahr“ geht aus nicht näher genannten Gründen auf die BGH-Rspr. zur Marktstörung aus dem Lauterkeitsrecht zurück.⁸³ Der Nachweis der Gefährlichkeit der spezifischen Verhaltensweise ist ausreichend, sodass konkrete Auswirkungen nicht nachgewiesen werden müssen.⁸⁴ Durch die Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand erhofft sich der Gesetzgeber in der ansonsten von einer ex post-Kontrolle geprägten Missbrauchsaufsicht ein früheres Eingreifen gegen Tipping-begünstigende Verhaltensweisen. Weitere Ausführungen, etwa zur genauen Bestimmung des Prognosegrads, der Intensität der Einschränkung oder auch zum Begriff des Leistungswettbewerbs, enthält die Regierungsbegründung dagegen nicht.⁸⁵

3. Stellungnahme

Ein Tipping-Verbot im GWB, das ein präventives Eingreifen ermöglicht, ist notwendig, um einen hinreichenden Wettbewerbsschutz in der schnelllebigen Digitalwirtschaft gewährleisten zu können. Doch leidet § 20 IIIa GWB unter einigen konzeptionellen Schwächen und wirft mit seiner rechtsunsicheren Ausgestaltung Fragen hinsichtlich seiner praktischen Tauglichkeit auf.

a) Rechtsunsichere Ausgestaltung

Der § 20 IIIa GWB ist als Gefährdungstatbestand grundsätzlich geeignet, ein präventives behördliches Eingreifen zu ermöglichen. Doch ist nicht nur wegen der zeitlich vorverlagerten Eingriffsschwelle sondern auch wegen der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit eine möglichst rechtssichere Ausgestaltung geboten.⁸⁶ Es besteht ansonsten die Gefahr eines Over-Enforcements,⁸⁷ v.a. da es derzeit bzgl. einer wirksamen Verhinderung eines Tippings nicht viele Erfahrungswerte gibt.⁸⁸ Rechtssicherheit ist auch deswegen wünschenswert, weil die Grenze zwischen unerlaubter aktiver Behinderung und erlaubtem leistungswettbewerblichen Verhalten, wie z.B. die Vermarktung eigener Produkte durch einen Plattformbetreiber,⁸⁹ fließend sind, sodass nicht jede Behinderung oder Erschwerung der Erzielung von Netzwerkeffekten zwangsläufig eine *leistungsfremde* Behinderung darstellt.⁹⁰ Nicht die Behinderung, sondern erst deren Unbilligkeit begründet die Wettbewerbsschädlichkeit.⁹¹ In diesem Zusammenhang ist zu kritisieren, dass die Wertung der „Unbilligkeit“ nur an die Rechtsfolge geknüpft wird und keine Tatbestandsvoraussetzung ist.⁹² Vor dem Hintergrund der vielen möglichen Erscheinungsformen von wettbewerbsfremden Praktiken muss jedoch zwingend eine dahingehende Abgrenzung erfolgen. Die unbestimmte Einschränkung „in nicht unerheblichem Maße“ kann dabei nicht als hinreichendes Korrektiv dienen, da diese lediglich eine quantitative und keine qualitative Dimension besitzt. Eine Senkung der Beweislastschwelle⁹³ hingegen würde eine frühere Eingriffsmöglichkeit, zeitgleich aber auch die Aufnahme der Unbilligkeit als (für die Wettbewerbsstörung kausales⁹⁴) Tatbestandsmerkmal ermöglichen.

Auch der Verzicht auf Regelbeispiele erschließt sich nicht, denn solche dienen lediglich der Konkretisierung der Norm und

⁸¹ Markert in: Immenga/Mestmäcker GWB (Fn. 13), § 20 Rn. 87; Loewenheim in: LMRKM KartellR (Fn. 36), § 19 Rn. 16 f.

⁸² RegBegr. (Fn. 16), S. 83.

⁸³ Vgl. RegBegr. (Fn. 16), S. 83 mit Verweis auf BGH v. 20.11.2003 – I ZR 151/01 = GRUR 2004, 602 (603) – 20 Minuten Köln; siehe auch BGH v. 19.04.2018 – I ZR 154/16 = NJW 2018, 3640 (3645) Rn. 43 – Werbeblocker II.

⁸⁴ RegBegr. (Fn. 16), S. 83; Hetmank in: BeckOK KartellR (Fn. 11), § 20 Rn. 107.

⁸⁵ Ackermann in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 1 Rn. 359.

⁸⁶ Vgl. Studienvereinigung Kartellrecht, MA (Fn. 25), S. 18 Rn. 45.

⁸⁷ Cetintas, Gefährlicher („Tipping“-) Gefährdungstatbestand?, WuW 2020, S. 446 (450); Polley/Kaup, Paradigmenwechsel in der deutschen Missbrauchsaufsicht – Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, NZKart 2020, S. 113 (117).

⁸⁸ Polley/Kaup, NZKart 2020, S. 113 (117); Studienvereinigung Kartellrecht, MA (Fn. 25), S. 17 Rn. 44.

⁸⁹ Vgl. Polley/Kaup, NZKart 2020, S. 113 (115).

⁹⁰ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (38 f.).

⁹¹ Polley/Kaup, NZKart 2020, S. 113 (117).

⁹² Vgl. Studienvereinigung Kartellrecht, MA (Fn. 25), S. 51 u. 55 ff.

⁹³ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (41).

⁹⁴ Polley/Kaup, NZKart 2020, S. 113 (117).

können schon qua Definition nicht die erwünschte Offenheit der Norm einschränken.⁹⁵

b) Streichung des KMU-Kriteriums

Hinsichtlich der Normadressatenschaft der „überlegenen Marktmacht“ knüpft § 20 IIIa GWB systematisch an § 20 III 1 GWB an, ohne jedoch das KMU-Kriterium zu übernehmen. Dies sorgt für Auslegungsschwierigkeiten, denn es ist unklar, in welchem Wettbewerbsverhältnis die Marktmacht iRd IIIa gemessen werden soll. Ein KMU-Kriterium ermöglicht die parallele Existenz von marktmächtigen Unternehmen auf demselben Markt (Oligopol).⁹⁶ Durch die Streichung lässt der Wortlaut aber die Auslegung zu, dass die Marktmacht im Verhältnis zu allen anderen Wettbewerbern bestehen muss: Dies zwänge zu einer Gegenüberstellung der jeweiligen Marktpositionen, mit der Folge, dass Mitglieder eines Oligopols, nicht erfasst würden, obwohl im Oligopol besonders hohe Risiken für Tipping-begünstigende Praktiken bestehen.⁹⁷

Die Marktmacht könnte aber aufgrund der systematischen Anknüpfung an § 20 III GWB dennoch im Verhältnis zu KMU im Sinne einer „bilaterale[n] Überlegenheit“⁹⁸ gemessen werden, die die Gefahr eines Oligopols angemessen berücksichtigt.⁹⁹ Diesbezüglich forderte das LG Berlin im ersten „Tipping-Urteil“ einen unkontrollierten Verhaltensspielraum des Unternehmens, der die gleichen negativen Auswirkungen verursachen könne wie ein marktbeherrschendes Unternehmen.¹⁰⁰ Es nahm damit letztlich eine Marktanteilsbetrachtung vor.¹⁰¹

Der Gesetzgeber erkannte zwar richtigerweise, dass in der Digitalwirtschaft Marktmacht auch gegenüber großen Unternehmen bestehen kann,¹⁰² doch erschließt sich trotzdem nicht der Verzicht auf das KMU-Kriterium. Denn dieses konkretisiert nur die untere Normadressatenschwelle: Ein Unternehmen, das noch nicht einmal Marktmacht gegenüber KMU besitzt, hat eine solche Position erst recht nicht gegenüber Großunternehmen inne.¹⁰³ Das KMU-Kriterium würde große Unternehmen nicht schutzlos stellen. Denn der

fehlende Schutz großer Unternehmen iRd § 20 III 1 GWB folgt nur aus der Formulierung „solche Wettbewerber“, also KMU.¹⁰⁴ Der IIIa hingegen schützt Wettbewerber jedweder Art und Größe. Durch eine präzisere Ausgestaltung der Normadressatenschaft in IIIa hätte die Erfassung der besonders im Fokus stehenden Oligopol-Mitglieder auf rechtssicherem Boden gestanden, ohne dabei den Schutzbereich einzuschränken.¹⁰⁵

c) Fehlende Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung

Zudem fehlt es in § 20 IIIa GWB im Gegensatz zu III 2 aE an der Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung, die die vermutete unbillige Behinderung widerlegen könnte. Aber eine solche Beweislastumkehr muss im Rahmen einer umfassenden Interessensabwägung¹⁰⁶ als das notwendige Korrektiv dienen, um dem unscharfen Begriff des „Leistungswettbewerbs“ Herr werden zu können. Da der IIIa den Regelbeispielen des III 2 ähnelt,¹⁰⁷ könnte hier eine analoge Anwendung oder eine „Erstreckung“¹⁰⁸ des IV auf IIIa in Erwägung gezogen werden, der eine allgemeine Beweislastumkehr hinsichtlich des III statuiert.

II. Durchsetzung

Den Kartellbehörden stehen zwei Instrumente zur Verfügung, um gegen Tipping-Praktiken vorzugehen: Im Verwaltungsverfahren können sie die Abstellung einer Verhaltensweise ohne Bußgeld anordnen oder im Ordnungswidrigkeitenverfahren eben diese Bußgelder verhängen.¹⁰⁹ Die Zuständigkeit des Bundeskartellamts (BKartA) ergibt sich aus § 48 I u. II GWB.

⁹⁵ Bueren/Wolf-Posch/Picht, Relative Marktmacht im D-A-CH-Rechtsraum: Rechtsvergleichung, Ökonomie und Digitalisierung, ZWeR, 2021, S. 173 (184).

⁹⁶ Hetmank in: BeckOK KartellR (Fn. 11), § 20 Rn. 102.

⁹⁷ Genau diese Plattform-Oligopole hatte die Modernisierungsstudie als Normadressatenkreis vor Augen, vgl. S. 62 f.; darauf bezugnehmend Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (38).

⁹⁸ Hetmank in: BeckOK KartellR (Fn. 11), § 20 Rn. 102; Bueren/Wolf-Posch/Picht, ZWeR 2021, S. 173 (183).

⁹⁹ Ackermann in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 1 Rn. 357; Cetintas, WuW 2020, S. 446 (448).

¹⁰⁰ LG Berlin v. 08.04.2021 – 16 O 73/21 Kart = GRUR-RS 2021, 14067 Rn. 37 – Immobilien-Plattform.

¹⁰¹ Künstner, Bitte keine kartellrechtlichen Tipps mehr, DAS 2021, S. 6 (8).

¹⁰² RegBegr. (Fn. 16), S. 83.

¹⁰³ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (37).

¹⁰⁴ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (37).

¹⁰⁵ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (37).

¹⁰⁶ Dafür findet im Kartellrecht die „Theorie der beweglichen Schranken“ Anwendung, vgl. Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (41).

¹⁰⁷ Cetintas, WuW 2020, S. 446 (450).

¹⁰⁸ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (41).

¹⁰⁹ Nagel/Hillmer, Die 10. GWB-Novelle – Änderungen im Verfahrens-, Bußgeld-, Schadensersatz- und Fusionskontrollrecht, DB 2021, S. 494.

1. Verwaltungsverfahren, §§ 32 ff. GWB

Die Befugnisse des BKartA im Verwaltungsverfahren bei Verstößen gegen Verbote des GWB oder Art. 101 und 102 AEUV regeln die §§ 32 ff. GWB.¹¹⁰

a) § 32 GWB

Im Konkreten heißt dies, dass bei einem Verstoß gegen das Tipping-Verbot des § 20 IIIa GWB das BKartA gem. § 32 I GWB das Unternehmen verpflichten kann, die Zuwiderhandlung abzustellen. Hierfür kann es sich jeder zur Verhinderung eines Tipping geeigneten Abhilfemaßnahme verhaltensorientierter oder struktureller Art bedienen, soweit sie verhältnismäßig ist, vgl. § 32 II 1 GWB. Strukturell orientierte Maßnahmen, also Eingriffe in die Unternehmenssubstanz, stellen jedoch nur die ultima ratio dar.¹¹¹ Zudem erlaubt § 32 IIa GWB die Rückerstattung der aus dem Verstoß erwirtschafteten Vorteile. Die Durchsetzung liegt im Ermessen der Behörde, sodass Dritte keinen Anspruch auf ein Einschreiten des BKartA haben.¹¹² Um ein rechtzeitiges Einschreiten zu ermöglichen, ist iRd § 32 I GWB bereits eine Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr ausreichend.¹¹³

b) § 32a GWB

Nichtsdestotrotz können in der schnelllebigen Digitalwirtschaft während des kartellrechtlichen Verfahrens bereits „entscheidende Weichenstellungen“¹¹⁴ getroffen worden sein, die den jeweiligen Markt an den Rand eines Tippings zu bringen drohen. Daher kann das BKartA nach § 32a I 1 GWB einstweilige Maßnahmen treffen, um vorläufig den status quo zu sichern. Damit die Norm fortan praktische Anwendung findet, lässt § 32a GWB n.F. bereits eine überwiegende

Wahrscheinlichkeit ausreichen.¹¹⁵ Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (vgl. „geboten ist“) und die Härtefallklausel des § 32a I 2 GWB dienen gegenüber der gesenkten Gefährdungsschwelle als Korrektiv.¹¹⁶ Dabei ist aber zu beachten, dass die Härtefallklausel nur eine Beweislastumkehr zulasten des betroffenen Unternehmens bzgl. der wirtschaftlichen Angemessenheit der Maßnahme darstellt und keinen zusätzlichen Schutz des Unternehmens bezweckt.¹¹⁷ Des Weiteren schützt die Norm nunmehr auch einzelne Unternehmen, sofern eine „unmittelbar drohende schwerwiegende Beeinträchtigung“, also eine nachhaltige Gefährdung der Wettbewerbsposition,¹¹⁸ droht. Trotz dieses Paradigmenwechsels¹¹⁹ bleibt der Wettbewerb wegen der höheren Voraussetzungen des Individualschutzes weiterhin primäres Schutzgut.¹²⁰ Die Maßnahme soll gem. § 32a II GWB die Dauer eines Jahres nicht überschreiten. Inhaltlich stehen die Maßnahmen des § 32 GWB zur Verfügung, soweit sie sich für eine vorläufige und nur sichernde Anordnung eignen.¹²¹

c) Stellungnahme

Eine Anpassung des § 32a GWB a.F. war angesichts seines faktischen Leerlaufens alternativlos.¹²² Es ist jedoch zu bezweifeln, ob dieser Schritt hinsichtlich einer effektiven Verhinderung eines drohenden Tippings in der Digitalökonomie tatsächlich von Nutzen sein wird.¹²³ Denn nach Auffassung des BKartA spielen einstweilige Maßnahmen in der kartellrechtlichen Praxis eher eine untergeordnete Rolle, indem sie (auch in Zukunft) nur kleinere Sachverhalte zum Inhalt haben würden, und daher zur Regelung neuartiger Fragestellungen wohl nicht geeignet seien.¹²⁴ Selbst der Gesetzgeber sieht unter Gesichtspunkten der Rechtsstaatlichkeit den Anwendungsbereich der einstweiligen

¹¹⁰ *Emmerich/Lange* (Fn. 3), § 39 Rn. 1.

¹¹¹ *Emmerich/Lange* (Fn. 3), § 39 Rn. 9.

¹¹² *Emmerich/Lange* (Fn. 3), § 39 Rn. 5; *Klose* in: HdB des KartellR (Fn. 5), § 51 Rn. 10.

¹¹³ Vgl. *Emmerich/Lange* (Fn. 3), § 39 Rn. 3; *Klose* in: HdB des KartellR (Fn. 5), § 51 Rn. 14.

¹¹⁴ RegBegr. (Fn. 16), S. 83.

¹¹⁵ Der Gesetzgeber attestierte dem § 32a GWB a.F. eine „mangelnde Praxistauglichkeit“, s. RegBegr. (Fn. 16), S. 84.

¹¹⁶ RegBegr. (Fn. 16), S. 85; *Höppner/Weber*, K&R 2020, S. 24 (50).

¹¹⁷ *Bernhard* in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 163; *Studienvereinigung Kartellrecht*, Stellungnahme zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen – Verwaltungsverfahren/Schadensersatz/Fusionskontrolle (im Folgenden: „*Studienvereinigung Kartellrecht*, VV“), 2020, https://www.studienvereinigung.de/sites/default/files/2022-05/Stellungnahme%20der%20Studienvereinigung%20Kartellrecht%20zum%20Referentenentwurf%2010.%20GWB-Novelle%2028GWB-Digitalisierungsgesetz%29%20-%20Vorschriften%20u%CC%88ber%20das%20Verwaltungsverfahren%20im%20GWB%2C%20zum%20Kartellschadensersatzrecht_1.pdf [Stand: 19.08.2022], S. 7 Rn. 26.

¹¹⁸ *Bechtold/Bosch* in: *Bechtold/Bosch* GWB (Fn. 11), § 32a Rn. 6.

¹¹⁹ *Studienvereinigung Kartellrecht*, VV (Fn. 117), S. 6 Rn. 22.

¹²⁰ Nichtsdestotrotz muss auch bzgl. des Wettbewerbs zumindest eine negative Veränderung der Marktstruktur drohen, vgl. *Bechtold/Bosch* in: *Bechtold/Bosch* GWB (Fn. 11), § 32a Rn. 5 f.

¹²¹ *Bernhard* in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 168.

¹²² *Bernhard* in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 136 u. 140.

¹²³ Eine sektorspezifische Verschärfung zur Verhinderung eines Over-Enforcements als sachgerechter empfindend *Bernhard* in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 136 u. 140.

¹²⁴ *BKartA*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf zur 10. GWB-Novelle, 2020, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Stellungnahmen/Stellungnahme-Regierungsentwurf_GWB10.pdf [Stand: 19.08.2022], S. 9; ähnlich scheidend *Studienvereinigung Kartellrecht*, VV (Fn. 117), S. 6 Rn. 20.

Maßnahmen nur in einfach gelagerten Fällen.¹²⁵ In Tipping-Konstellationen auf Digitalmärkten werden jedoch wegen verschiedenster denkbarer Erscheinungsformen von Behinderungstaktiken diese missbräuchlichen Verhaltensweisen kaum mit altbewährten und „vergleichsweise einfachen Mitteln abgestellt werden können“¹²⁶. Des Weiteren tritt erschwerend hinzu, dass einstweilige Maßnahmen nicht die Hauptsache vorwegnehmen dürfen,¹²⁷ sodass das betroffene Unternehmen nicht zur grundlegenden Änderung seines Geschäftsmodells verpflichtet werden kann.¹²⁸

2. Bußgeldverfahren, §§ 81 ff. GWB

Das BKartA kann bei einem begangenen Verstoß gegen § 20 IIIa GWB gem. § 81 II Nr. 1 GWB auch Bußgelder verhängen. Die Höhe des Bußgelds bei einem Tipping-Verstoß regelt § 81c GWB, nach dessen II 2 das Bußgeld 10 % des weltweiten Gesamtumsatzes des Unternehmens nicht übersteigen darf. Der § 81b GWB n.F. erlaubt nun auch die Verhängung von Bußgeldern gegen Unternehmensvereinigungen, um bisherige Umgehungen der Sanktionen nach § 81c II 2 GWB durch solche Vereinigungen zu vermeiden.¹²⁹ Insgesamt muss aber festgestellt werden, dass ex post-Bußgelder mangels präventiver Natur wohl weniger effektiv¹³⁰ zur Verhinderung eines Tippings sind als die §§ 32 ff. GWB. Bußgelder können nur eine Abschreckungswirkung entfalten, sodass sie insbesondere für die mächtigen Digitalkonzerne gegenüber den einschneidenderen Abhilfemaßnahmen des § 32 GWB das geringere Übel darstellen dürften.

D. Fazit

Die Absicht des Gesetzgebers, einer Behörde präventive Handlungsinstrumente zur bestmöglichen Verhinderung eines Tippings an die Hand zu geben, ist begrüßenswert. Denn gerade

auf den schnelllebigen digitalen Märkten existieren aufgrund der als Brandbeschleuniger wirkenden Netzwerkeffekte Tipping-Gefahren, die von Unternehmen ausgenutzt werden könnten. Dabei muss aber stets differenziert werden, ob die starke Marktposition tatsächlich auf unredliche Weise erreicht worden ist, denn Marktmacht ist nicht per se wettbewerbspolitisch zu beanstanden,¹³¹ insbesondere wenn sie Effizienzen generiert; bei Online-Plattformen beispielsweise durch die Internalisierung von Netzwerkeffekten.¹³² Ein Tipping ist auch nicht „naturegegeben“, sondern setzt missbräuchliche Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen voraus. Ist ein Markt jedoch erstmal gekippt, droht ein systematisches Ausnutzen. Diese Gefahr für den Wettbewerb legitimiert weitreichende präventive behördliche Handlungsbefugnisse, da sich auf einem gekippten Markt die Etablierung von Wettbewerbsstrukturen als äußerst schwierig gestaltet.¹³³

Bei aller – hier aufgezeigter – berechtigter Kritik ist das Tipping-Verbot des § 20 IIIa GWB der erste Schritt in die richtige Richtung, auch wenn es einem Over-Enforcement nahekommt. Das EU-Kartellrecht wird in dieser Hinsicht in naher Zukunft mit dem DMA nachziehen. Der Kommissionsvorschlag wurde jüngst vom EU-Parlament gebilligt.¹³⁴ Dieser soll auf europäischer Ebene die digitalen Gatekeeper in höherem Maße in die Verantwortung nehmen.¹³⁵

Nichtsdestotrotz wird sich zeigen müssen, ob die Wettbewerbsbehörden langfristig den mit der hohen Dynamik und den disruptiven Geschäftsfeldern der Digitalwirtschaft verbundenen Arbeitsaufwand in den Griff bekommen werden, oder ob nicht eine auf die Digitalökonomie spezialisierte Regulierungsbehörde¹³⁶ effektivere und effizientere Ergebnisse erzielen kann.

¹²⁵ RegBegr. (Fn. 16), S. 84.

¹²⁶ RegBegr. (Fn. 16), S. 84.

¹²⁷ Bechtold/Bosch in: Bechtold/Bosch GWB (Fn. 11), § 32a Rn. 8 f.

¹²⁸ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (50); Bernhard in: Die 10. GWB-Novelle (Fn. 11), Kap. 2 Rn. 167.

¹²⁹ Käseberg/Brenner/Fülling, Das GWB-Digitalisierungsgesetz im Überblick, WuW 2021, S. 269 (274).

¹³⁰ Vgl. Klose in: HdB des KartellR (Fn. 5), § 51 Rn. 8.

¹³¹ RegBegr. (Fn. 16), S. 82; Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 27; Bechtold/Bosch in: Bechtold/Bosch GWB (Fn. 11), § 20 Rn. 49b.

¹³² Podszun/Schwalbe, Digitale Plattformen und GWB-Novelle: Überzeugende Regeln für die Internetökonomie?, NZKart 2017, S. 98 (100).

¹³³ Modernisierungsstudie (Fn. 1), S. 40.

¹³⁴ Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 15.12.2021, <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20211210IPR19211/gesetz-uber-digitale-markte-parlament-bereit-fur-verhandlungen-mit-rat> [Stand: 19.08.2022].

¹³⁵ Paal/Kumkar, Wettbewerbsschutz in der Digitalwirtschaft, NJW 2021, S. 809 Rn. 37.

¹³⁶ Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (27, 51).