

Stellungnahme des Bundesverbands Digitale Wirtschaft e.V. zum GWB-Digitalisierungsgesetz

13. Februar 2020

Vorbemerkungen

Der **Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.** ist die Interessenvertretung für Unternehmen, die digitale Geschäftsmodelle betreiben oder deren Wertschöpfung auf dem Einsatz digitaler Technologien beruht. Als Impulsgeber, Wegweiser und Beschleuniger digitaler Geschäftsmodelle vertritt der BVDW die Interessen der digitalen Wirtschaft gegenüber Politik und Gesellschaft und setzt sich für die Schaffung von Markttransparenz und innovationsfreundlichen Rahmenbedingungen ein. Sein Netzwerk von Experten liefert mit Zahlen, Daten und Fakten Orientierung zu einem zentralen Zukunftsfeld.

Ansprechpartner:

Katharina Rieke
Referentin Digitalpolitik
T:+49 30 206 218 617
rieke@bvdw.org

1. Allgemeine Anmerkungen

Der BVDW bedankt sich für die Möglichkeit der Teilnahme an der Konsultation des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi) zur Überarbeitung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) und möchte die Gelegenheit nutzen sich mit dieser Stellungnahme in die Debatte einzubringen.

Erst kürzlich wurden zwei umfangreiche Gutachten zur Modernisierung des Wettbewerbsrechts erstellt: Das Gutachten zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ von Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker vom 29. August 2018 und der Bericht „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“ der Wettbewerbskommission 4.0 vom 9. September 2019. Zudem wurde erst kürzlich ein Gutachten der Monopolkommission (Policy Brief, Ausgabe 4, Januar 2020) veröffentlicht, das die Thematik weiter beleuchtet.

Die Studien stellen zunächst fest, dass sich „die letzten 25 Jahre durch eine besonders dynamische Entwicklung der Informations-, Kommunikations- und Datenspeicherungs- und -verarbeitungstechnologien gekennzeichnet“ haben. Aufgrund dieser Entwicklungen, ist es auch aus Sicht des BVDW sinnvoll eine Anpassung des bestehenden Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorzunehmen. So fordert auch der Koalitionsvertrag der Bundesregierung dort wo erforderlich das Kartellrecht zu modernisieren, „um exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft zu schaffen“.

Eines der Kernziele des jetzigen Referentenentwurfs ist laut BMWi die Fortentwicklung des digitalen Ordnungsrahmens. **Dies begrüßt der BVDW ausdrücklich und findet die vorgeschlagene Überarbeitung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen einen richtigen und angesichts der Marktrealitäten notwendigen Schritt.**

Gerne möchte der BVDW im Einzelnen auf die für den Verband relevantesten Änderungen eingehen.

2. Im Einzelnen

a. Änderungen des § 18 – Marktmacht

§ 18 Abs. 3

Der BVDW begrüßt die Ergänzung um „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“

Die vorgeschlagene Änderung in § 18 Abs. 3, die den „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ in den Kriterienkatalog für die Feststellung der Marktmacht aufnimmt, ist aus Sicht des BVDW eine unterstützenswerte Erweiterung. Bereits jetzt wird der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten in der Praxis als relevanter Faktor bei der Bewertung einer marktbeherrschenden Stellung herangezogen. Insbesondere wurde dieses Kriterium mit der 9. GWB-Novelle schon in § 18 Abs. 3a für mehrseitige Märkte und Netzwerkmärkte eingeführt. Da die Digitalisierung nicht vor diesen Märkten Halt macht, sondern die gesamte Wirtschaft betrifft, begrüßt der BVDW, dass das Kriterium nun für alle Wirtschaftsbereiche gelten soll.

Mit dieser Ergänzung wird in Kauf genommen, dass künftig vermehrt auf das Kriterium Bezug genommen werden kann. Dies wird zur Folge haben, dass möglicherweise eine Marktmacht bei Unternehmen festgestellt wird, die bisher nicht betroffen gewesen wären. Im Rahmen der Veränderungen, die die Digitalisierung sowie die Speicherung und Verarbeitung von Daten allerdings mit sich bringt, ist der BVDW der Ansicht, dass dies eine gerechtfertigte und notwendige Entwicklung ist.

§ 18 Abs. 3b

Der BVDW begrüßt die Einführung des Konzepts der „Intermediationsmacht“

Der neue Absatz 3b des § 18 ist aus Sicht des BVDW auch eine gerechtfertigte Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Aufnahme der sogenannten „Intermediationsmacht“ ist nach Meinung des BVDW, ein sinnvoller Schritt, denn Intermediäre haben heutzutage eine große wirtschaftliche Bedeutung.

Die Ergänzung hat zur Folge, dass künftig für Vermittler auf mehrseitigen Märkten nicht nur das Verhältnis zu ihren Wettbewerbern relevant ist, sondern letztendlich auch das Verhältnis zu ihren Nutzern. Auch dies wird künftig dazu führen, dass die Intermediationsmacht verstärkt betrachtet werden kann. Es handelt sich somit um keine einfache Klarstellung, die Änderung ist im Gesamtkontext aber gerechtfertigt und bringt die gewünschte Modernisierung.

b. Änderungen des § 19 – Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

§ 19 Abs. 1

Der BVDW begrüßt die Änderung in § 19 Abs. 1

In § 19 Abs. 1 wird die Formulierung „Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“ zu „Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“ geändert.

Artikel 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) nutzt auch die derzeitige Formulierung „Die missbräuchliche Ausnutzung“. Dies macht deutlich, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen der Marktmacht und dem missbräuchlichen Verhalten des Unternehmens vorhanden sein muss.

Generell wird in Deutschland zwischen einem Ausbeutungsmisbrauch (Verhaltenskausalität) und einem Behinderungsmisbrauch (Ergebniskausalität) unterschieden. Bei einer Verhaltenskausalität ist das Verhältnis zwischen Marktmacht und dem verbotenen Verhalten so eng, dass nur die marktbeherrschende Stellung dazu führt, dass das Unternehmen ein verbotenes Verhalten durchsetzen kann. Spricht man von einer Ergebniskausalität, ist das Verhältnis freier. Das bedeutet, dass das Verhalten des Unternehmens im Prinzip jedem anderen Unternehmen im Markt auch möglich wäre, die negativen Konsequenzen für den Wettbewerb allerdings aufgrund der Marktmacht des Unternehmens ausgelöst werden.

Die vorgeschlagene Änderung in § 19 Abs. 1 soll laut Verständnis des BVDW dazu dienen, dass künftig auch für Fälle des Ausbeutungsmisbrauchs eine reine Ergebniskausalität gesetzlich ausreichend ist. Dies ist aus Sicht des BVDW zwar keine einfache Klarstellung, so wie es im Referentenentwurf dargestellt wurde, aber vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen im Markt eine sinnvolle Anpassung.

§ 19 Abs. 2 Nr. 4

Der BVDW begrüßt die Aufnahme des „Zugangs zu Daten“, fordert aber eine zielführendere Ausgestaltung

Mit der Anpassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 soll die „Essential Facilities“ Doktrin ausgeweitet werden, indem der „Zugang zu Daten“ aufgenommen wird. Bisher war dieser Absatz auf physische Infrastruktur beschränkt und kam zur Anwendung, wenn:

- ein Unternehmen, das um das Nutzungsrecht dieser Infrastruktur ersucht, beabsichtigt auf einem von der Nutzung der „Essential Facility“ abhängigen Markt neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber der Essential Facility nicht anbietet und für die eine zumindest potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht;
- die Weigerung das Nutzungsrecht einzuräumen, nicht aus sachlichen Gründen erfolgt, und die Weigerung geeignet ist, dem Inhaber der Essential Facility den abhängigen Markt vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

Die Europäische Kommission ist unter Anwendung des Artikels 102 AEUV bereits über die physische Infrastruktur als „Essential Facility“ hinaus gegangen und hat den Artikel auch für Ansprüche auf Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums angewandt.¹ Im Referentenentwurf gibt es weiterhin die Möglichkeit, dass das marktbeherrschende Unternehmen nachweisen kann, dass die Mitbenutzung aus sachlich Gründen nicht gerechtfertigt ist. Eine Ausweitung um Zugang zu Plattformen oder Schnittstellen und Lizenzierung von Immaterialgüterrechten ist somit aus unserer Sicht nicht zu hinterfragen.

Der Entwurf geht mit seiner Änderung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 allerdings einen Schritt weiter und nimmt den „Zugang zu Daten“ explizit auf. Grundsätzlich ist diese Änderung aus Sicht des BVDW zu begrüßen. Der BVDW ist allerdings auch der Auffassung, dass die Änderung hier noch klarer gefasst werden sollte, um Rechtssicherheit zu schaffen. Während es bei klassischer physischer Infrastruktur (Eisenbahn- oder Telekommunikationsnetz) klar ist, um welche vor- oder nachgelagerten Märkte es geht, ist dieser Bezug bei Daten weniger eindeutig, da unbegrenzt viele Nutzungsszenarien denkbar sind. Die Entfernung des bisherigen Kriteriums „als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens“ ist daher aus Sicht des BVDW bedenklich und sollte beibehalten werden. Die neue verkürzte Formulierung könnte dahingehend missverstanden werden, dass es sich um einen beliebigen Markt handeln kann, was dem Grundsatz der „Essential Facility“ Doktrin widersprechen würde. In jedem Fall sollte in der Begründung klargestellt werden, dass Zugangsansprüche zu Daten, die nicht unmittelbar mit dem Produkt oder Dienst des adressierten Unternehmens zusammenhängen nicht abgeleitet werden können.

In diesem Kontext ist auch noch unklar, wie kontrolliert werden soll, dass die erhaltenen Daten tatsächlich nur für einen vor- oder nachgelagerten Markt genutzt werden. Diese Problematik stellt sich ebenfalls nicht für klassische physische Infrastruktur, ist bei Daten aber von Relevanz.

Obwohl wir die Änderungen und somit die Aufnahme des Zugangs zu Daten in § 19 Abs. 2 Nr. 4 begrüßen, ist es für den BVDW und seine Mitgliedsunternehmen wichtig, dass die genannten Unsicherheiten behoben werden. Grundsätzlich muss der Gesetzentwurf zudem klarer herausarbeiten, in welchem Bezug die angestrebten Änderungen auf die bestehende Regulierung, insbesondere der Datenschutzgrundverordnung, steht, sodass Rechtswidersprüche und somit Rechtsunsicherheiten aufseiten der Unternehmen vermieden werden.

c. Einführung des § 19 a – Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

Der BVDW begrüßt § 19 a, fordert aber Nachbesserungen in der Ausgestaltung

Mit § 19 a beschreitet das BMWi einen Paradigmenwechsel im Wettbewerbsrecht. Es schafft eine neue Ermächtigungsgrundlage für das Bundeskartellamt, neben der Marktmacht und der relativen Marktmacht. Laut der Erläuterungen des

¹ Siehe EuGH, Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-241/91P, Magill; Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, IMS Health; unter Unterstellung der Existenz von Schutzrechten auch EuG, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Microsoft.

Referentenentwurfs geht es darum, die größten Player, die eine „super-power“ darstellen, besser und frühzeitiger zu erfassen. Sobald das Bundeskartellamt eine „überragende marktübergreifende Bedeutung“ für den Wettbewerb festgestellt hat, kann es bestimmtes Verhalten untersagen und in einem dritten Schritt die Instrumente der §§ 32 II, III, 32 a, 32 b GWB-RefE (Beendigung der festgestellten Zuwiderhandlung) einsetzen. Es handelt sich somit um drei Stufen, die in dem Paragraphen eingeführt werden. Zudem ist § 19 a keine Verbotsnorm, sondern bestimmtes Verhalten kann erst untersagt werden, wenn es festgestellt wurde.

Der BVDW begrüßt die Einführung des § 19a und ist der Meinung, dass insbesondere die Missbrauchsverbotstatbestände für Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb wichtig sind, um Asymmetrien im Markt entgegenzuwirken und den fairen Wettbewerb zu fördern. Der BVDW sieht hier Elemente, die auch auf europäischer Ebene diskutiert werden sollten. Denn generell darf bei der aktuellen Debatte nicht vergessen werden, dass das Wettbewerbsrecht auch europäisch gedacht werden muss, um eine Fragmentierung zu vermeiden.

Die Liste der Verhaltensweisen, die das Bundeskartellamt nach Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Stellung für den Wettbewerb untersagen kann ist abschließend und listet:

- Selbstbevorzugung
- Behinderung von Wettbewerbern
- Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten der Marktgegenseite
- Behinderung der Interoperabilität und Portabilität
- Verhinderung des Zugangs zu Leistungsinformationen

Der BVDW ist der Meinung, dass hier eine sinnvolle Liste an Verhaltensweisen gewählt wurde, die bisher im Rahmen der bestehenden GWB-Regelungen nicht adressiert werden konnten. Die Ausgestaltung des § 19 a ist aus Sicht des BVDW allerdings noch zu verbessern. Es sollte sichergestellt werden, dass die Einführung dieses Systems so rechtssicher wie möglich erfolgt. Beispielsweise beim Thema Interoperabilität und Portabilität wäre es aus Sicht des BVDW wichtig eine Klarstellung über das Ausmaß der gewünschten Verhaltensweise festzulegen.

d. Änderungen des § 20 – Verbotenes Verhalten bei relativer Marktmacht

§ 20 Abs. 1

Der BVDW begrüßt die Streichung „kleine und mittlere“

Die Streichung der Worte „kleine und mittlere“ in § 20 Abs. 1 führt dazu, dass künftig nicht nur kleine und mittlere Unternehmen, sondern alle abhängigen Unternehmen besonders geschützt werden. § 20 Abs. 1 übernimmt das in § 19 geltende Verbot der unbilligen Behinderung durch marktmächtige Unternehmen auch für Unternehmen mit relativer Marktmacht. Eine relative Marktmacht liegt vor, wenn für Abnehmer und Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen keine ausreichende und zumutbare Möglichkeit besteht, auf andere Unternehmen auszuweichen. Die 5. GWB-Novelle hatte im Jahr 1989 diesen Schutz vor relativer Marktmacht auf kleine und mittlere Unternehmen begrenzt, da man der Ansicht war, dass größere Unternehmen immer genügend Alternativen haben werden und somit in keiner

Abhängigkeit stehen können. Mit der jetzigen Änderung bewegt man sich auf die alte Version des § 20 Abs. 1 zurück und erkennt an, dass heutzutage auch eine relative Marktmacht gegenüber großen Unternehmen möglich ist und diese somit von einem anderen Unternehmen abhängig sein können. Darüber hinaus wird mit einem ergänzenden Satz deutlich gemacht, dass der Paragraph keine Anwendung bei wechselseitiger Abhängigkeit findet. Es muss also eine klare Asymmetrie zwischen den Unternehmen bestehen, damit § 20 Abs. 1 angewandt werden kann. Insbesondere vor diesem Hintergrund begrüßt der BVDW die Streichung.

§ 20 Abs 1a

Der BVDW begrüßt die Ergänzung um Absatz 1a, fordert aber auch hier die nötige Rechtssicherheit

Die Änderung in § 20 Absatz 1a hängt mit der Änderung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 zusammen. Der Zugang zu Daten wird auch bei relativer Marktmacht aufgenommen. Wie bereits in der Diskussion um § 19 möchte der BVDW betonen, dass die generelle Debatte über den Zugang zu Daten im Wettbewerb begrüßt wird.

In der Rechtsprechung ist bislang noch nicht deutlich entschieden worden, dass eine Angewiesenheit auf den Zugang zu Daten zu einer Abhängigkeit führen kann. Zudem wurde auch noch nicht klar geregelt oder in der Rechtsprechung festgelegt, ob eine erstmalige Drittlieferung unter den Schutz des § 20 Abs. 1 fällt. Mit der Aufnahme des Abs. 1a und der somit expliziten Aussage, dass sich eine Abhängigkeit auch aus einer Verweigerung des Zugangs zu Daten ergeben kann und es eine unbillige Behinderung darstellt, wenn der Geschäftsverkehr für diese Daten noch nicht eröffnet wurde, beschreitet man einen neuen Weg. Der BVDW kann diese Öffnung im Kartellrecht nachvollziehen. Auch der BVDW ist der Meinung, dass ein Zugang zu Daten im Wettbewerbsrecht heutzutage höchste Relevanz hat und thematisiert werden muss. Grundlegend sollte das Prinzip der Vertragsfreiheit gewahrt bleiben, aber im Rahmen der GWB-Novelle ist es sinnvoll diese Öffnungen zu fordern, um eine Marktabschottung zu verhindern. Wir möchten in diesem Zusammenhang allerdings auch einige Fragen aufwerfen, die aus unserer Sicht diskutiert werden sollten. Aus dem Referentenentwurf geht nicht klar hervor über welche Daten genau gesprochen werden. Im Gutachten von Schweitzer/Haucap wird in diesem Zusammenhang vorgeschlagen den Paragraphen um den Zugriff auf automatisiert erzeugte Maschinen- bzw. Dienstenutzungsdaten zu ergänzen, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Der BVDW fordert hier somit eine ergänzende Klarstellung, die verdeutlicht welche Daten, in welchem Umfang erfasst werden sollen.

§ 20 Abs. 3a

Der BVDW begrüßt die Aufnahme des Konzepts des „Tippings“

Mit der Aufnahme des § 20 Abs. 3a möchte der Gesetzgeber die wettbewerbliche Problematik des „Tipping“ von Märkten aufnehmen. Das „Kippen“ eines Marktes und somit die Monopolisierung kann zum einen durch Netzwerkeffekte und gute Leistung eines Unternehmens entstehen. Wettbewerbslich kann dagegen nichts einzuwenden sein. Zum anderen gibt es aber auch Situationen, die man hier verhindern möchte, nämlich das aktive „Tipping“ aufgrund gezielter Behinderungsstrategien. Der BVDW kann sehr gut nachvollziehen, dass ein solches Verhalten wettbewerblich geprüft

werden muss. Die Ausgestaltung des Abs. 3a kann jedoch noch präziser formuliert werden, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden und deutlich zu skizzieren in welchen Situationen das Bundeskartellamt aktiv werden kann. Insbesondere sollte durch die Aufnahme von Regelbeispielen in den Gesetzestext deutlich gemacht werden, was unter der „Behinderung der eigenständigen Erzielung von positiven Netzwerkeffekten“ zu verstehen ist. Hier könnte beispielsweise die Behinderung des Multi-Homing und die Erschwerung des Plattformwechsels mit wettbewerbswidrigen Mitteln genannt werden.