

Stellungnahme von Facebook, Inc.

zum Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 24. Januar 2020

1. Einleitung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat den Gesetzesentwurf zur 10. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) am 24. Januar 2020 veröffentlicht. Wir danken dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Referentenentwurf des GWB-Digitalisierungsgesetzes.

Facebook, Inc. (Facebook) wurde 2004 gegründet und ist ein weltweit führendes Technologieunternehmen. Facebook möchte die Menschen in die Lage versetzen, sich miteinander zu vernetzen und Gemeinschaften zu bilden und so die Welt näher zusammenzubringen. Weltweit nutzen mehr als 140 Millionen Unternehmen, davon 18 Millionen in Europa, ihren Facebook-Auftritt, um potentielle Kunden anzusprechen. Über 1,5 Millionen kleine und mittlere Unternehmen sind auf Facebook vertreten. Sie sind mit über 27 Millionen Menschen in Deutschland und über 400 Millionen Menschen weltweit (hauptsächlich in den USA, Österreich, Großbritannien und der Schweiz) verbunden. Facebook hilft kleinen Unternehmen, zu wachsen und lokalen Unternehmen weltweit tätig zu sein.

2. Zusammenfassung und Gesamtbewertung

Die vorgeschlagenen Änderungen des GWB verfolgen das im Koalitionsvertrag formulierte Ziel, „exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft zu schaffen“ (Zeilen 1939 f.). Facebook begrüßt und teilt dieses Ziel der Bundesregierung. In Bezug auf den Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle besteht jedoch die Gefahr, dass dieses Ziel nicht erreicht wird. Die vorgeschlagenen Regeln gehen weit über das hinaus, was beabsichtigt war, und bergen das Risiko, zum Hemmnis für Innovationen in Deutschland zu werden. Anstatt neue, zu weitreichende und ungerechtfertigte Regeln für die Digitalwirtschaft einzuführen, fordert Facebook daher einen konstruktiven Regelungsrahmen, der das Wachstum der deutschen Digitalökonomie weiter fördert.

Die 9. GWB-Novelle liegt lediglich zwei Jahre zurück. Diese Novelle bezweckte auch und insbesondere, das GWB an die zunehmende Digitalisierung anzupassen. Erfahrungswerte mit den insoweit umgesetzten Änderungen gibt es bislang keine. Folglich konnte deren Wirksamkeit noch nicht umfassend analysiert werden. Weitreichende Neuerungen im Rahmen der 10. GWB-Novelle, die ebenfalls auf den Digitalsektor abzielen, sind daher vorschnell.

Zur Vorbereitung der 10. GWB-Novelle hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bei dem Institut DICE Consult ein Gutachten zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ in Auftrag gegeben und zudem die Expertenkommission Wettbewerbsrecht 4.0 mit der Erarbeitung von Empfehlungen beauftragt, die sie in dem Bericht „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“ veröffentlicht hat. Die mit dem aktuellen Referentenentwurf vorgeschlagenen, einschneidenden und neuartigen Änderungen gehen zum Teil weit über die Empfehlungen der Expertenberichte hinaus.

Die Novellierungsvorschläge weichen mitunter deutlich von den europäischen Regelungen sowie der europäischen Praxis ab. Auch widersprechen die beabsichtigten Änderungen zur Missbrauchskontrolle der bislang gelebten Praxis sowohl des Bundeskartellamts als auch der Europäischen Kommission, in welcher es sich als angemessen erwiesen hat, das Missbrauchsverbot nur in Ausnahmefällen anzuwenden, insbesondere bei der Anwendung auf neue Geschäftsmodelle. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis wird durch den Entwurf teilweise ins Gegenteil verkehrt. Viele der neu vorgeschlagenen, sehr weit gefassten Tatbestände legen nahe, es sei eine regelmäßige Anwendung der Missbrauchsvorschriften, im Sinne einer dauernden Regulierung und fortlaufenden Aufsicht, geplant oder zumindest weitreichend ermöglicht.

Die Änderungsvorschläge sehen umfangreiche und unverhältnismäßige Eingriffsmöglichkeiten des Bundeskartellamts vor, die weitreichende Auswirkungen auf die Innovationskraft im digitalen Bereich haben können. Insbesondere die Regelungen in § 19a RefE und die Datenzugangsansprüche schaffen zusätzliche Hürden für Innovation, Wachstum und Diversifizierung. Vor diesem Hintergrund besteht die ernste Gefahr einer Überregulierung, die letztlich Wachstum in Deutschland erheblich erschweren wird.

3. § 19 Abs. 1 RefE – Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

Vorgeschlagene Änderung (Hinzufügungen und Streichungen in Rot)

§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

(1) ~~Die missbräuchliche Ausnutzung~~ ~~Der Missbrauch~~ einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

Stellungnahme

Ziel der vorgeschlagenen Änderung des § 19 Abs. 1 GWB ist laut Begründung des Referentenentwurfs eine Annäherung an das europäische Recht. Tatsächlich weicht der vorgeschlagene neue Wortlaut vom europäischen Recht ab und ist daher abzulehnen.

In seiner bisherigen Fassung verbietet § 19 Abs. 1 GWB „die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung“. Damit entspricht der Wortlaut der Formulierung des

korrespondierenden Art. 102 AEUV, der „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ als mit dem Binnenmarkt unvereinbar erklärt. Mit der in § 19 Abs. 1 RefE geforderten Streichung der „missbräuchlichen Ausnutzung“ entfällt das im deutschen und europäischen Recht übereinstimmende Merkmal. Der neue Wortlaut, der lediglich den „Missbrauch“ verbieten soll, entfernt sich sogar deutlich vom europäischen Recht. Hierfür gibt es keine Veranlassung und keine Rechtfertigung.

In materieller Hinsicht fordert das europäische Recht zur Feststellung eines Ausbeutungsmissbrauchs, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung „die sich daraus ergebenden Möglichkeiten benutzt hat, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die [es] bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte.“¹ Im Sinne einer einheitlichen Regelung für den europäischen Binnenmarkt wäre es zu begrüßen, einen zumindest gleichwertigen Standard im deutschen Recht aufrechtzuerhalten. Hierzu trägt die vorgeschlagene Änderung nicht bei.

Vorschlag: Die vorgeschlagene Änderung ist zu streichen.

4. § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE – Daten als “Essential Facility”

Vorgeschlagene Änderung (Hinzufügungen und Streichungen in Rot)

§ 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

[...]

~~4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist~~

4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit dieser Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen

¹ EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, C-27/76, Rn. 248/257 – *United Brands v Commission*. In der englischsprachigen Fassung lautet die entsprechende Rn. 249: „reap trading benefits which [the dominant company] would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition.“

oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn die Lieferverweigerung ist sachlich gerechtfertigt

Stellungnahme

Die beabsichtigte Änderung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE soll – so wörtlich – „mit ihrer offeneren Formulierung klarstellen, dass auch eine Verweigerung des Zugangs zu Plattformen oder Schnittstellen missbräuchlich sein kann, ebenso die Verweigerung der Lizenzierung von Immaterialgüterrechten.“ Ohne offensichtlichen Grund werden dabei jedoch Tatbestandsmerkmale der bisherigen Fassung gestrichen und zudem Daten zum Gegenstand des Essential-Facility-Tatbestands gemacht. Dies begegnet auf mehreren Ebenen Bedenken.

Bewusst haben sich die Unionsorgane bei der Anwendung der Essential-Facility-Doktrin bislang stets sehr zurückgehalten, da sie sich (im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH) der besonderen Bedeutung der Schaffung von Anreizen für Innovation bewusst waren. Eine kartellrechtliche Intervention ist nur dann gerechtfertigt, wenn selbst der ebenso effiziente Wettbewerber ohne Netzzugang nicht auf dem Markt tätig werden kann. Diese Grenzen der Essential-Facilities-Doktrin drohen aufzuweichen und ihre Anwendung uferlos zu werden, wenn, wie geplant, Tatbestandsmerkmale gestrichen werden, ohne gleichzeitig klarzustellen, dass die in der Rechtsprechung entwickelten Grenzen der Essential-Facilities-Doktrin weiterhin gelten.

Die Aufnahme des Zugangs zu Daten in den Essential-Facility-Tatbestand birgt zudem die Gefahr einer systemfremden Aufweichung der Doktrin. Die Essential-Facility-Doktrin basiert auf der Tatsache, dass eine wesentliche Infrastruktur nicht einfach reproduziert werden kann und ihre Nutzung „im Original“ gerade deshalb für andere Marktteilnehmer alternativlos ist. Das mag insbesondere für physische Infrastruktureinrichtungen wie Telekommunikationsnetze oder z.B. Häfen, die nicht einfach dupliziert werden können, zutreffend sein. Darin unterscheiden sich diese aber grundlegend von Daten. Die Nutzung von Daten ist nicht-rivalisierend; dieselben Daten können von unterschiedlichen Unternehmen in völlig unterschiedlichem Zusammenhang erhoben und verarbeitet werden.

Vor diesem Hintergrund ist bislang auf Basis des geltenden Rechts anerkannt, dass Daten zwar im Grundsatz eine wesentliche Einrichtung sein können. Dies wurde aber für Datenbestände an Nutzerdaten klar abgelehnt, und zwar aufgrund der Eigenschaft der Daten als nicht-exklusiv und nicht-rivalisierend. So betonen etwa EU-Kommission und auch US-amerikanische FTC in der Entscheidung Google/DoubleClick, der Datenbestand des fusionierten Unternehmens stelle keine wesentliche Einrichtung dar, weil die für einen wirksamen Wettbewerb erforderlichen Daten den Wettbewerbern aus verschiedenen Quellen (etwa eigener Erhebung oder Zukauf) gleichermaßen zur Verfügung stünden.

Damit stellt sich die Frage, wann der Zugang zu Daten „objektiv notwendig“ sein kann. Das kommt überhaupt nur in Betracht, wenn das relevante Unternehmen nicht in der Lage ist, die fraglichen Daten in einem für den wirksamen Wettbewerb objektiv notwendigen Umfang selbst zu erheben oder zuzukaufen. Ein solches Szenario ist jedenfalls für Nutzer- und Nutzungsdaten, mit deren Hilfe das eigene Angebot und / oder die Werbeflächvermarktung verbessert werden soll, kaum denkbar. Eine irgendwie geartete Knappheit oder Exklusivität von Daten besteht nicht. Denn eine objektive Notwendigkeit liegt nicht etwa schon dann vor, wenn nur erhebliche Investitionen zur Reproduktion der Daten erforderlich wären.

Der im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie erstellte DICE-Bericht kommt dementsprechend ebenfalls zu dem Schluss, dass eine Erweiterung der Essential-Facility-Doktrin nicht notwendig ist: „Ist der Zugriff auf nicht duplizierbare Datensätze im Besitz eines auf dem relevanten Datenmarkt beherrschenden Unternehmens unerlässlich, um in einem angrenzenden Markt in wirksamen Wettbewerb einzutreten, so kommt ein Zugangsanspruch auf der Grundlage der Essential-Facilities-Doktrin bereits heute gemäß Art. 102 AEUV und gemäß § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 GWB in Betracht.“²

Vorschlag: Die Änderungen des § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE sollten vollständig gestrichen werden. Jedenfalls ist die Anwendung der revidierten Norm auf die strengen Voraussetzungen der Essential-Facilities-Doktrin zu beschränken. Dies muss sich im Wortlaut der Vorschrift widerspiegeln. Dafür wäre insbesondere in der Begründung zu der Änderung klarzustellen, dass die in der Rechtsprechung entwickelten Grenzen der Essential-Facilities-Doktrin weiterhin gelten.

5. § 19a RefE – Übertreffende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb

Vorgeschlagene Änderung (Hinzufügungen und Streichungen in Rot)

§ 19a Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

(1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,

² DICE Bericht: Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 138 ff.

3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,

4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,

5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote;

2. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung auch ohne marktbeherrschend zu sein schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, sofern die Behinderung geeignet wäre, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen;

3. durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes, auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen;

4. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;

Dies gilt nicht, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt insoweit dem betreffenden Unternehmen. § 32 Absatz 2 und 3, § 32a und § 32b gelten entsprechend. Die Verfügung nach Absatz 2 kann mit der Feststellung nach Absatz 1 verbunden werden.

(3) §§ 19 und 20 bleiben unberührt.

Stellungnahme

Der vorgeschlagene § 19a RefE beinhaltet eine völlig neuartige Eingriffsgrundlage für das Bundeskartellamt gegenüber Unternehmen mit einer "überragenden marktübergreifenden Bedeutung" für den Wettbewerb. Damit wird de-facto ein eigenständiges Durchsetzungsregime gegen eine intendierte Gruppe von Digitalkonzernen geschaffen, auf die § 19a ausweislich der Begründung abzielt (obwohl die Norm selbst den neu geschaffenen Begriff nicht einmal

definiert und lediglich Kriterien nennt). Dies ist letztlich nichts anderes als eine sektorspezifische, zudem prognosebasierte, Regulierung der Digitalwirtschaft und damit dem Wesen des GWB schon im Ansatz fremd. Denn auch hier gilt der dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entstammende Grundsatz: Der Staat soll nur als ultima ratio und damit nur dann regulierend eingreifen, wenn der Markt versagt hat.

Durch die Schaffung einer Sondernorm für Digitalunternehmen setzt der Referentenentwurf indes stillschweigend eine Regulationsbedürftigkeit voraus, ohne dies näher zu begründen. Die Einführung von § 19a läuft insoweit auch der erklärten Zielsetzung der 9. GWB-Novelle zuwider, die gerade einen Abbau der Sektoralisierung des Kartellrechts bewirken wollte.

Ein Grund für die vorgeschlagene Neuregelung besteht nicht. Denn das deutsche Kartellrecht sieht bereits eine wirksame und flexible Missbrauchsaufsicht vor. Diese ermöglichte es dem Bundeskartellamt bereits in der Vergangenheit, wirksam gegen Unternehmen verschiedenster Sektoren, darunter auch der digitalen Wirtschaft, vorzugehen.

Das deutsche Kartellrecht geht bereits jetzt mit den Konzepten der relativen und überlegenen Marktmacht (§ 20 Abs. 1 und 3 GWB) deutlich über Art. 102 AEUV, der einzig an Marktbereichsherrschaft anknüpft, hinaus. Auch der zur Vorbereitung der 10. GWB-Novelle erstellte Bericht des DICE Consult hebt hervor, dass die geltenden Regelungen des GWB (insbesondere § 20 GWB) bereits niedrigere Eingriffsschwellen als das EU-Recht haben und damit eine Vielzahl von Tatbeständen – auch ohne die vorgeschlagenen Änderungen – erfasst werden können. Darüber hinaus bestätigt der Bericht ebenfalls, dass die Einführung einer neuartigen, dem EU-Wettbewerbsrecht wesensfremden Regelung in der Praxis zu Rechtsunsicherheit führen wird. Vor diesem Hintergrund warnt der Bericht ausdrücklich vor einer Ausweitung der Eingriffsmöglichkeiten („Zusammenfassend scheint uns bei einer fallgruppenübergreifenden Absenkung der Eingriffsschwelle Vorsicht geboten.“ S. 58).

Auch die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hat sich explizit dagegen ausgesprochen, Maßnahmen bei Plattformunternehmen an ein „eigenständiges regulatorisches Marktmachtkonzept“ zu knüpfen. Ohne erkennbaren Grund setzt sich der Referentenentwurf über diese Empfehlungen hinweg. Insoweit werfen die in § 19a RefE integrierten Durchsetzungsinstrumente eine Reihe grundlegender Fragen auf.

- So soll die Möglichkeit bestehen, die Feststellung der Adressatenstellung nach § 19a Abs. 1 RefE und eine Untersagungsverfügung nach § 19a Abs. 2 RefE zu verbinden. Das gibt, insbesondere unter Berücksichtigung der Beweislastumkehr in § 19a Abs. 2 S. 2 RefE, Anlass zu durchgreifenden Bedenken – insbesondere mit Blick auf zentrale Rechtsgrundsätze der Eingriffsverwaltung wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes. Denn bei Zusammenfallen von Feststellung und Untersagung erfährt das betroffene Unternehmen zwangsläufig zeitgleich, dass es – erstens – der neuen Sektorregulierung unterworfen wird und – zweitens – näher bestimmte Handlungen für die Zukunft untersagt sind. Damit hat das Unterneh-

men keine Möglichkeit, sich zunächst gegen die Feststellung der Normadressateneigenschaft zu wehren und / oder sich jedenfalls entsprechend darauf einzustellen und das eigene Verhalten ggf. dem strengeren Maßstab, an dem es fortan gemessen wird, anzupassen.

- Des Weiteren liegt die Feststellung der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ eines Unternehmens allein im Ermessen des Bundeskartellamts. Der Wortlaut des § 19a RefE sieht insoweit keine Einschränkungen und keine Verpflichtung vor, eine einmal erfolgte Feststellung bei Änderung der relevanten Umstände wieder aufzuheben. Die Konturierung der Adressateneigenschaft ist zudem denknotwendigerweise nicht durch Rechtsprechung oder Anwendungspraxis vorgezeichnet. Wegen der weitreichenden Folgen einer Feststellung nach Abs. 1 ist es zwingend erforderlich, angemessene Grenzen für die Umsetzung dieses neuartigen Instruments festzulegen.
- Durch die Einführung widerlegbarer Vermutungen missbräuchlichen Verhaltens weicht § 19a RefE zudem grundlegend von den Grundsätzen ab, die seit Jahrzehnten die Durchsetzung des Kartellrechts bestimmt haben. Die Umkehr der Beweislast wirft weitreichende Fragen zur Wahrung fundamentaler Rechtsstaatsprinzipien auf. Gerade, wenn – wie in den Regelungen des § 19a II GWB vorgesehen - Eingriffsbefugnisse oft (nur) prognosebasiert gewährt werden, so kann von der Behörde zumindest verlangt werden, die entsprechend bereits abgeschwächten tatsächlichen Voraussetzungen und damit eine fundierte Grundlage ihres Tätigwerdens selbst darzulegen und zu substantiieren. Dies gilt umso mehr, als mit dem Reformvorschlag bestimmte, abstrakt beschriebene Geschäftspraktiken unter „Generalverdacht“ gestellt werden, wettbewerbschädlich zu sein. Demgegenüber sind sich ständige Rechtsprechung und ökonomische Analysen einig, dass etwaige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Einzelfall konkret festgestellt werden müssen. Selbstbegünstigung ist hierfür ein gutes Beispiel: In der Praxis handelt es sich dabei lediglich um eine Form der vertikalen Integration, die bisher durchgängig als wettbewerbsfördernd angesehen wird. Aus diesem Grund tragen die Wettbewerbsbehörden die Beweislast dafür, dass ein bestimmtes Verhalten unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gesamtkontextes im Ergebnis wettbewerbswidrig ist. Die Europäischen Gerichte haben insoweit regelmäßig die Notwendigkeit betont, den wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang eines bestimmten Verhaltens zu berücksichtigen, wenn die wettbewerbslichen Auswirkungen zutreffend beurteilt werden sollen.
- Der Vorschlag des Referentenentwurfs stellt eine grundlegende Abkehr von diesem Ansatz dar. Er würde Unternehmen dazu zwingen, Verhaltensweisen zu rechtfertigen, die genauso der Vermutung einer wettbewerbsfördernden Wirkung unterliegen könnten. Dies wird in einem schnelllebigen Bereich wie den Technologiemarkten kaum ohne Folgen bleiben: Für Unternehmen besteht eine deutlich höhere Rechtsunsicherheit, die sich zwangsläufig in geringerer Innovation niederschlagen wird. Beispielsweise wäre die Einführung neuer und für den Nutzer besserer Produktfunktionen einer stärkeren Rechtmäßigkeitskontrolle unterworfen, um erst einmal festzustellen, ob sie

mit den zudem übermäßig weit gefassten Bestimmungen des § 19a RefE vereinbar sind. Mit anderen Worten würde die Freiheit der unter § 19a RefE fallenden Unternehmen, mit wettbewerbsfördernden Innovationen zu experimentieren und diese einzuführen, stark eingeschränkt werden. Das Ergebnis wäre das genaue Gegenteil des eigentlichen Ziels des Kartellrechts.

Vorschlag: *Vor diesem Hintergrund sollte die im vorgeschlagenen Gesetzestext angelegte Zweistufigkeit beibehalten werden. Es wäre dementsprechend nötig, die Möglichkeit einer Verknüpfung von Feststellungsverfügung (Abs. 1) und Untersagungsverfügung (Abs. 2) zu streichen. Für die betroffenen Unternehmen haben beide Schritte eine hohe Eingriffsintensität, daher sollten sie getrennt erfolgen, um jeweils einen angemessenen Rechtsschutz bzw. zumindest eine Reaktionsmöglichkeit im Sinne der mit der Feststellungsverfügung ggf. intendierten Verhaltensänderung des betroffenen Unternehmens zu ermöglichen. Schließlich wäre außerdem eine Befristung der Feststellungsverfügung im Gesetzestext nötig. Nur so kann dem dynamischen Umfeld digitaler Märkte – auf welche die Änderung laut Begründung besonders abzielt – Rechnung getragen werden.*

6. § 19a Abs. 2 S. 1 RefE – Einzelne Kriterien

Jeder der fünf in § 19a Abs. 2 S. 1 RefE genannten Missbrauchstatbestände ist auch für sich genommen viel zu weitreichend. Die neuen Untersagungstatbestände werden in der Praxis – aufgrund der teilweise nicht definierten und klar abgrenzbaren Begrifflichkeiten – auf Seiten der Unternehmen in einem hohen Maße zu Rechtsunsicherheit führen. Aus Sicht der Unternehmen bleibt es unklar, bei welchem konkreten Verhalten das Bundeskartellamt eingreifen darf (und wird). Im Tagesgeschäft wird diese der Rechtsunsicherheit geschuldete Unklarheit insbesondere zu Lasten von Innovationen gehen, von denen gerade Verbraucher profitieren könnten. Es besteht insoweit eine konkrete Gefahr der übermäßigen Abschreckung. Im Einzelnen:

a) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 RefE

§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 RefE würde es dem Bundeskartellamt ermöglichen, selbstbegünstigendes Verhalten vertikal integrierter Unternehmen zu untersagen. In der Struktur des neuen § 19a RefE würde jegliches selbstbegünstigendes Verhalten als problematisch angesehen werden. Eine solche grundsätzliche Verbotsmöglichkeit sämtlicher Selbstbegünstigung ist nicht gerechtfertigt. Entsprechend erteilt auch der zur Vorbereitung der 10. GWB-Novelle erstellte Bericht des DICE Consult (in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH) einem „allgemeine[n] Selbstbegünstigungsverbot für marktbeherrschende vertikal integrierte Plattformen“ eine klare Absage. Ähnlich deutlich positioniert sich auch der Bericht „Competition Policy for the Digital Era“, der von wissenschaftlichen Experten der EU-Kommissarin Margrethe Vestager erstellt wurde. Demnach sieht das Europäische Kartellrecht „kein generelles Verbot der Selbstbegünstigung“ vor, weil die Auswirkungen eines solchen Verhaltens im Einzelfall zu würdigen sind. Zudem ist der Google Shopping Fall noch bei dem Europäischen Gerichtshof als laufendes Verfahren anhängig. Insoweit ist davon auszugehen, dass

hier eine wegweisende Entscheidung für digitale Märkte im Hinblick auf die Frage der Selbstbegünstigung getroffen werden wird. Vor diesem Hintergrund scheint es in hohem Maße vorzugswürdig, zunächst die rechtlichen Hinweise des obersten europäischen Gerichts abzuwarten, bevor eine nationale, zudem unflexible und auf ungesicherten Vermutungen basierende Regelung eingeführt wird.

Vorschlag: *Das pauschale Verbot der Selbstbegünstigung ist zu streichen.*

b) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE

Das in § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE adressierte Verhalten der Behinderung von Wettbewerbern auf einem Markt, auf dem der Normadressat (noch) nicht marktbeherrschend ist, fällt bereits unter die allgemeine Missbrauchsaufsicht („Drittmarktbehinderung“ gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Dies hat der Gesetzgeber ausdrücklich in der Begründung zur 8. GWB Novelle klargestellt. Die vorhandene Regel ist zudem ausreichend, um eventuelle – auch neuartige – Wettbewerbsprobleme zu adressieren. Sie ist auch angemessen, da insoweit bereits handhabbare Kriterien entwickelt wurden.

Der vorgesehene § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE lässt diese Kriterien außer Acht, indem er allein auf Grund der vagen Entwicklungsmöglichkeiten eines Unternehmens auf einem Drittmarkt weitreichende Eingriffsbefugnisse schafft. Eine solche Verbotsmöglichkeit ist aufgrund des spekulativen Charakters dieser Regelung – bloße Möglichkeit des Ausbaus der Stellung auf einem Drittmarkt – sowie mangels klarer Parameter, anhand derer eine solche Entscheidung getroffen werden kann, nicht gerechtfertigt. Dies gilt insbesondere, da die Einschränkung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB fehlt, wonach nur „unbillige“ Behinderungen unzulässig sind. Ohne diese Qualifizierung enthält der Begriff der Behinderung jedoch kein Unwerturteil. Das Kriterium des schnellen Ausbaus der Marktstellung lässt jede rechtliche Relevanz vermissen. Es bleibt unklar, wann die geforderte Eignung, „den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen“, vorliegen soll. Diese kann nicht mit einer eventuellen „Unbilligkeit“ des Verhaltens gleichgesetzt werden: Denn die Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung bezieht sich auf die Folgen eines Verhaltens, die Unbilligkeit beinhaltet hingegen ein Unwerturteil über das Marktverhalten. An dieser Stelle sei auch noch einmal in Erinnerung gerufen, dass das Kartellrecht im Extremfall selbst die Bildung eines Monopols nicht per se missbilligt – wenn und soweit ein Unternehmen diese Stellung mit zulässigen Mitteln erreicht.

Insgesamt trägt das betroffene Unternehmen also die Beweislast dafür, dass sein Wachstum nicht auf unbillige Verhaltensweisen zurückzuführen ist. Diese Beweislastumkehr fußt anscheinend auf dem Gedanken, dass Unternehmen mit überlegener Marktmacht typischerweise aufgrund unbilliger Praktiken wachsen. Empirische Nachweise für eine solche Vermutung existieren indes nicht, vielmehr widerspricht sie der Realität: So geht der Erfolg großer (Digital-)Unternehmen in der Regel auf die Qualität der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen zurück. Zugespielt formuliert wird diesen wird nun abverlangt, ein Negativum zur Widerlegung einer spekulativen „Unbilligkeitsvermutung“ zu beweisen, wollen sie dem äußerst einschneidenden Instrument einer kartellrechtlichen Untersagungsverfügung begegnen.

Die Eingriffsbefugnis des Bundeskartellamts, basierend auf der bloß vagen Möglichkeit, dass ein Unternehmen eine Marktposition schnell ausbauen könnte, ist zudem in besonders hohem Maße spekulativ. Unternehmen, die auf verbraucherorientierten High-Tech-Märkten aktiv sind, experimentieren laufend mit neuen Produkten und Dienstleistungen. Nicht alle Versuche gelingen letztlich und erst recht gibt es keine Garantie für den Erfolg, schon gar nicht allein deshalb, weil ein Unternehmen groß ist und über viele Ressourcen verfügt. Der neue § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE wird den Raum für solche innovativen Produkterprobungen nehmen, weil die weite Formulierung nicht genügend Spielraum für gesichert rechtmäßiges Verhalten der Unternehmen lässt und dem Bundeskartellamt zu weitgehende Eingriffsbefugnisse einräumt.

Vorschlag: *Mindestens die Voraussetzung der Unbilligkeit des Verhaltens muss zwingend in den Wortlaut der Vorschrift aufgenommen werden, damit es dem Bundeskartellamt obliegt, nachzuweisen, dass die Behinderung auf unbillige Praktiken zurückzuführen ist. Es sind klare und eindeutige Voraussetzungen in den Gesetzestext aufzunehmen, wann die Stellung des Unternehmens auf dem nicht beherrschten Drittmarkt einen Eingriff rechtfertigen kann – vage Formulierungen wie „schnell ausbauen kann“ sind unbedingt zu vermeiden.*

c) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE

In ähnlicher Weise führt § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE zu erheblicher Rechtsunsicherheit und einer Gefahr der Überregulierung. Die Regelung beruht auf sehr zweifelhaften Annahmen: Zunächst geht die Begründung des Referentenentwurfs zu Unrecht davon aus, dass „der Zusammenführung von Daten aus verschiedenen Quellen“ ein „besonderes Schädlichkeitspotential“ innewohne, „weil dies typischerweise nur Unternehmen mit erheblicher Marktmacht möglich ist“. Es gibt keine empirischen Erkenntnisse, die zeigen, dass die Datenerhebungs- und Verarbeitungspraktiken großer Technologieunternehmen „typischerweise“ Marktzutrittschranken erhöhen oder anderweitig den Wettbewerb behindern. Der Expertenbericht „Competition Policy for the Digital Era“ stellt vor diesem Hintergrund ausdrücklich fest, dass die Bedeutung von Daten für den Wettbewerb stets von einer Analyse der Besonderheiten eines bestimmten Marktes, der Art der Daten und der Datennutzung im Einzelfall abhängen wird. Deshalb sollte ein abstraktes Konzept der Datennutzung nicht in eine Aufzählung angeblich problematischer Verhaltensweisen aufgenommen werden.

Die in § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE geregelten Datennutzungsmöglichkeiten beschreiben keine typischerweise wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen. Ohne Zweifel kann auch die Kombination von Daten einen Mehrwert generieren. Dieser Mehrwert ist jedoch in der Regel volkswirtschaftlich positiv und mit dem Kartellrecht vereinbar. Es kann umgekehrt aber nicht unterstellt werden, dass mehr Daten automatisch mehr Erfolg oder Marktmacht bedeuten. Denn der Ausbau des Datenzugangs durch ein Unternehmen geht schon nicht mit einer Verschlechterung des Datenzugangs für andere Unternehmen einher (dies wäre allenfalls bei exklusiven Daten der Fall). Vor diesem Hintergrund ist auch die Beweislastumkehr nicht gerechtfertigt.

Vielmehr bietet die Zusammenführung von Daten, die Nutzer mit Einwilligung oder auf einer anderen datenschutzrechtlichen Grundlage zur Verfügung stellen, eine Grundlage für innovative und personalisierte Angebote. Dies behindert Wettbewerber und deren Angebote und Innovationstätigkeit in keiner Weise. (Nutzer-)Daten sind nicht rivalisierend und können beliebig oft zur Verfügung gestellt werden.

Es ist daher besorgniserregend, dass § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE unter bestimmten Umständen ein Untersagen der bloßen Nutzung von Daten ohne jegliche Einschränkung zulässt. Bedenkt man etwa, dass danach Unternehmen die Verwendung auch solcher Daten untersagt werden könnten, die in Übereinstimmung mit der DSGVO erhoben worden sind und verarbeitet werden, könnte die Innovationsfähigkeit von Unternehmen erheblich eingeschränkt werden. Hier besteht insoweit ein offener Konflikt mit dem EU-Recht: Die DSGVO bietet bereits ein umfassendes, abschließendes und vollharmonisiertes Regelwerk für Datenverarbeitungsaktivitäten und deren Kontrolle. Jede Abweichung von diesem Rechtsrahmen vereitelt das Ziel der DSGVO der Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes.

Vorschlag: *Die vorgeschlagene Regelung ist zu streichen.*

d) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 RefE

Facebook unterstützt das Prinzip der Datenportabilität und hat dies auch in der Vergangenheit stets unterstützt. Facebook möchte gewährleisten, dass die Nutzer so viel Kontrolle über ihre Informationen haben wie möglich. Seit 2010 bietet Facebook die Funktion „Deine Informationen herunterladen“ an, mit Hilfe derer Nutzer ihre Daten in der üblichen Struktur des JSON Formats erhalten und ihre Daten mit anderen Online-Diensten teilen können. Facebook ist sogar noch weiter gegangen und hat sich mit Google, Microsoft, Twitter und Apple im Data Transfer Project (DTP) zusammengeschlossen, einem Open-Source-Softwareprojekt, das darauf abzielt, interoperable Systeme zu entwickeln. Diese sollen es den Benutzern letztlich ermöglichen, ihre Daten nahtlos von einem Online-Dienstleister zu einem anderen zu übertragen.

Zwar kann die Portabilität von Daten sicherlich Innovation und Wettbewerb fördern. Diese Vorteile müssen indes mit potenziellen Risiken für die Privatsphäre und die Sicherheit abgewogen werden. Wettbewerbspolitik sollte keinesfalls der einzige Anknüpfungspunkt sein, unter dem Datenportabilität analysiert und diskutiert wird. Es bereitet erhebliche Bedenken, das dem Bundeskartellamt nach der vorgeschlagenen Neuregelung ein enormer Ermessensspielraum zusteht, wenn das Amt darüber entscheidet, ob eine bestimmte Beschränkung der Datenportabilität missbräuchlich ist.

Darüber hinaus sieht Art. 20 der DSGVO bereits ein Recht auf Datenportabilität vor, das es dem Einzelnen erlaubt, personenbezogene Daten zu erhalten und wiederzuverwenden. Mit Einführung des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 RefE droht die erhebliche Gefahr, dass eine nationale

Wettbewerbsbehörde nur für die größten Technologiekonzerne europäisches Datenschutzrecht faktisch neu schreiben würde, namentlich indem sie Abhilfemaßnahmen durchsetzt, die vom vorrangigen europäischen Datenschutzrecht abweichen.

In Bezug auf die Interoperabilität der Dienste lässt der Anwendungsbereich des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 RefE jegliche Spezifizierung vermissen. Vielmehr stellt der Gesetzentwurf sogar ausdrücklich fest, dass eine Behinderung der Interoperabilität in einem weiten Sinne zu verstehen ist, d.h. jede Maßnahme, die eine Wechselwirkung zwischen Produkten verhindert, könnte gegen § 19a RefE verstoßen. Ein solche weite Auslegung ist ungerechtfertigt, erkennt der Gesetzentwurf doch selbst an, dass die Interoperabilität durchaus ambivalente Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann. So ist etwa eine Behinderung von Innovationen denkbar, weil Interoperabilität den Spielraum für Produktdifferenzierungen verringern kann. Ist fehlende Interoperabilität aber nicht typischerweise wettbewerbsgefährdend, sondern ambivalent, besteht keine Legitimationsgrundlage für eine Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen.

Zudem ist nicht erwiesen, dass eine einschneidende Maßnahme wie erzwungene Interoperabilität notwendig sein könnte, um „lock-in-Effekte“ in digitalen Märkten entgegenzuwirken. Im Gegensatz zu anderen Industrien haben Verbraucher auf digitalen Märkten sehr geringe Wechselkosten, können problemlos „Multi-Homing“ betreiben und mehrere Online-Dienste gleichzeitig nutzen. Studien, wie sie zum Beispiel vom WIK durchgeführt wurden, legen daher nahe, dass aus Verbrauchersicht keine Nachfrage nach Interoperabilität besteht.³

Letztlich sind auch Aspekte außerhalb des wettbewerblichen Zusammenhangs von großer Relevanz. Interoperabilität könnte zum Beispiel dazu führen, dass Unternehmen von neuen, innovativen Verschlüsselungsmethoden absehen, da diese die Interoperabilität erschweren könnten. Dies würde sich letztlich zum Nachteil der IT-Sicherheit von Netzwerken und des Schutzes der personenbezogenen Daten der Nutzer auswirken.

Vorschlag: *Alternative des Erschwerens von Interoperabilität ist zu streichen. Die Regelung zur Datenportabilität ist im Hinblick auf den bestehenden Art. 20 der DSGVO zu überdenken.*

7. § 20 Abs. 1a RefE – Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht und Datenzugang

Vorgeschlagene Änderung (Hinzufügungen und Streichungen in Rot)

<p>§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht</p>

³ WIK Diskussions-Papier Nr. 437: The Importance of Interoperability in the Digital World – New Challenges in Interpersonal Communication.

(1a) Eine Abhängigkeit im Sinne des Absatzes 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.

Stellungnahme

Nach § 20 Abs. 1a RefE kann ein Zugangsanspruch auch für solche Daten bestehen, die das betroffene Unternehmen bisher ausschließlich für eigene Zwecke verwendet hat. Ein solches Recht auf erstmaligen Zugang ist dem Kartellrecht fremd und geht mit der vorgeschlagenen unbegrenzten Formulierung über das Ziel hinaus: Selbst ein marktbeherrschendes Unternehmen kann nur dann zur Gewährung des Zugangs und angemessenen Gleichbehandlung verpflichtet werden, wenn es einen Geschäftsverkehr für die betreffenden Daten für Dritte geöffnet hat.

Es ist bereits fraglich, ob die Schaffung von zusätzlichen Datenzugangsrechten – d.h. über die bereits geltenden § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB und § 20 Abs. 1 GWB hinaus – sinnvoll ist. Diese sind durch eine umfangreiche Praxis und Rechtsprechung konkretisiert worden. Die vorgeschlagene Vorschrift bewegt sich hingegen auf unerforschtem Terrain. Die Annahme, dass ein „Datenmangel“ ein Hindernis für den Marktzutritt von kleineren Wettbewerbern darstellt, ist bisher nur eine Theorie, die jegliche empirische Grundlage vermissen lässt. Zudem mögen Daten zwar ein nicht unbedeutender Wettbewerbsfaktor sein. Indes beruht der Erfolg von Technologiekonzernen nicht allein und auch nicht vorrangig auf dem jeweiligen Datenbestand, den ein Unternehmen zur Verfügung hat. Maßgeblich ist vielmehr die Qualität des Geschäftsmodells und der angebotenen Produkte.

Der EuGH hat ausdrücklich festgestellt, dass ein möglicher Anspruch auf Zugang zu Daten erst dann besteht, wenn keine anderen Marktzugangsalternativen – allein oder durch Kooperation mit Dritten – verfügbar sind.⁴ Der Referentenentwurf zielt erklärtermaßen auf eine Erleichterung solcher Kooperationen im Rahmen des § 32c RefE ab. Zudem setzt die EU auf Deregulierung staatlicher Hindernisse. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 spricht sich ausdrücklich gegen eine Ausweitung von Datenzugangsrechten auf nationaler Ebene aus; in Betracht käme allenfalls bevorzugt eine EU-weite Regelung im Rahmen einer „Plattform-Verordnung“.

Es besteht insoweit bereits kein Bedarf für die Einführung von § 20 Abs. 1a RefE: Etwaige Problemfälle können umfassend mit Hilfe vorhandener Regelungen des Vertrags- und AGB-

⁴ EuGH, 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 Rn. 44 ff. Dort führt der EuGH aus, dass ein Zugangsanspruch nach der Essential Facilities Doktrin ausscheidet, solange es möglich sei, allein oder in Kooperation mit anderen eine vergleichbare Einrichtung (hier also einen Datenpool) zu schaffen.

Rechts sowie § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, § 20 Abs. 1 GWB und § 1 sowie Art. 101 AEUV GWB gelöst werden. Zudem wird die wettbewerbliche Relevanz von Daten bereits in § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB klargestellt, weshalb der vorgeschlagene § 20 Abs. 1a RefE überflüssig ist. Somit würde ein Hinweis in der Gesetzesbegründung dahingehend, dass eine Abhängigkeit im Sinne des Abs. 1 auch in Bezug auf Daten bestehen kann, bereits ausreichen.

Die schrankenlose Formulierung untergräbt zudem die Voraussetzungen und Beschränkungen des ebenfalls neu vorgeschlagenen § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 RefE. Es besteht insofern ein konkretes Risiko ausufernder Geltendmachung angeblicher Datenzugangsansprüche. Die Begründung des Referentenentwurfs führt Beispiele für Konstellationen auf, in denen ein Zugangsanspruch gerechtfertigt sein könnte, etwa in Vertragsverhältnissen innerhalb von Wertschöpfungsketten. Hier wird auf die oft komplexen Multi-Stakeholder-Situationen in Aftermarket- und IoT-Konstellationen verwiesen, in denen oft vielfältige Leistungen von unterschiedlichen Service-Providern angeboten werden. Dies wäre unter anderem bei mehrstufigen Lieferketten von Autoteilen denkbar, in denen Zulieferer zusammen mit einem OEM spezifische Ersatzteile entwickeln und nur der OEM Zugang zu den relevanten Daten hat. Der vorgeschlagene Normwortlaut ist als solches jedoch nicht auf Fälle beschränkt, in denen der Antragsteller wertschöpfende Beiträge zur Sammlung oder Verarbeitung von Daten geleistet hat. Im Gegenteil stellen der Wortlaut und die Begründung sogar klar, dass der Anwendungsbereich auch solche Daten erfasst, für die der Geschäftsverkehr noch nicht eröffnet wurde. Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsketten sollen zudem nur ein mögliches Beispiel für den Anwendungsbereich der Norm sein.

Diese unbegrenzte und unbestimmte Formulierung in Verbindung mit der Überlegung, „die weitere Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs indes bewusst der Anwendungspraxis und Rechtsprechung [zu] überlassen“, eröffnet eine exzessive Anwendung jenseits von Fällen wertschöpfender Vertragsbeziehungen. Das ist nicht gerechtfertigt und wird zu Rechtsunsicherheit führen. Unternehmen mit datenbasierten Geschäftsmodellen laufen zudem Gefahr, mit einer Vielzahl ungerechtfertigter Rechtsstreitigkeiten wegen Datenzugangsansprüchen konfrontiert zu werden.

Schließlich sieht die Begründung des Entwurfs vor, dass Zugang nur zu Daten gewährt wird, die zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie von personenbezogenen Daten geschwärzt wurden. Es bleibt jedoch dabei, dass die Verpflichtung zu enormem zusätzlichem Aufwand und Kosten führen wird. Es besteht auch ein hohes Risiko der Weitergabe vertraulicher Informationen an andere Unternehmen, was insbesondere bei großen Datenmengen nicht ausgeschlossen werden kann. Die Begründung des Referentenentwurfs zählt zwar Faktoren auf, die in der erforderlichen Interessenabwägung einzubeziehen sind, doch reicht dies nicht aus, um die Rechte des betroffenen Unternehmens zu schützen.

Vorschlag: *Das Kriterium, dass ein Zugangsanspruch selbst bei einem nicht eröffneten Datengeschäftsverkehr bestehen kann, ist zu streichen. Zudem sollte klargestellt werden, dass die Vorschrift keine Anwendung auf solche Konstellationen findet, in de-*

nen unabhängig von einem Beitrag zur Wertschöpfung und außerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses Datenzugang eingefordert wird. Andernfalls würde die neue Vorschrift auf eine unbegrenzte Zahl von Nutzungsszenarien und Märkten Anwendung finden. Dies stünde in klarem Widerspruch zu § 20 GWB, der gerade kein universelles Teilhaberecht an Daten vermittelt. Ferner ist klarzustellen, dass kein Zugangsanspruch bestehen soll, wenn der Anspruchssteller weder mit dem Dateninhaber im Wettbewerbsverhältnis steht noch zu diesem komplementäre Dienste anbieten möchte.

8. § 20 Abs. 3a RefE– Tipping

Vorgeschlagene Änderung (Hinzufügungen und Streichungen in Rot)

§ 20 Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht

(3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.

Stellungnahme

Die vorgeschlagene Regelung soll das Problem des sog. Tipping adressieren. Die Initiative für diesen neuen Tatbestand geht auf die zur Vorbereitung der 10. GWB-Novelle in Auftrag gegebene Studie des Instituts DICE Consult zurück. Beim Tipping handelt es sich allerdings keineswegs um ein wirklich neues Phänomen. Das „Kippen“ eines Marktes in ein Monopol hat das Bundeskartellamt nach bestehendem Recht bereits in unterschiedlichsten Konstellationen untersucht. Neu ist allerdings die Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand, der dem Bundeskartellamt – und privaten Unternehmen – den Weg ebnen soll, bereits in möglicherweise weitem Vorgriff gegen ein behauptetes „(Um)kippen“ des Marktes vorzugehen.

Dieses Ziel verliert die vorgeschlagene Regelung jedoch aus den Augen: In seiner jetzigen Formulierung schafft sie mit dem unklaren Eingriffskriterium „Behinderung der eigenständigen Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber“ ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit. Damit wird eine einerseits unbestimmte und uferlos formulierte Generalklausel geschaffen, die andererseits mit den „positiven Netzwerkeffekten“ unnötig spezifisch einen ganz bestimmten Unterfall des „Kippens“ aufgreift. Diese wird den gefestigten Rechtsrahmen auflösen, in dem bislang Innovationen zum Vorteil der Verbraucher entwickelt werden konnten. Ohne Zweifel sind durch die vorgeschlagene Regelung Nachteile für die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle zu befürchten. Die Begründung des Referentenentwurfs führt zwar als Beispiele die „Behinderung des Multi-Homing“ und die „Erschwerung von Plattformwechseln“ an,

der Tatbestand ist indes bewusst denkbar weit und konturenlos formuliert. Entgegen der impliziten Annahme, die dem jetzigen Wortlaut zugrunde liegt, neigen weder alle mehrseitigen Märkte noch alle Netzwerke typischerweise zu einem Tipping.

Auf dieser Grundlage könnten das Bundeskartellamt oder Wettbewerber (in Zivilverfahren) die Vorschrift des § 20 Abs. 3a RefE dazu nutzen, Geschäftsmodelle in durch Netzwerkeffekte geprägten Industrien letztendlich für ihren Erfolg zu „bestrafen“. Zum Beispiel könnten Wettbewerber geltend machen, dass sie an der Erzielung von Netzwerkeffekten durch erfolgreiche Angebote des betroffenen Unternehmens gehindert werden. Darauf basierende Verbotsverfügungen wären eine gravierende Einschränkung des Leistungswettbewerbs und insbesondere der Innovationsbestrebungen. Diese Gefahr besteht insbesondere durch die abermals nicht erklärbare Abwesenheit eines irgendwie gearteten Kriteriums der „Unbilligkeit“ des Verhaltens, wodurch die erhebliche Gefahr geschaffen wird, dass auch völlig wettbewerbskonformes Marktverhalten in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen wird.

Das Gutachten des Instituts DICE Consult zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ stellt fest, dass insbesondere sogenannte mehrseitige Märkte durch starke Netzwerkeffekte gekennzeichnet sind: „Für den Erfolg von mehrseitigen Plattformen entscheidend ist ganz generell das Ausschöpfen positiver direkter und/oder indirekter Netzwerkeffekte. Folgt der Nutzen einer Plattform gerade aus der Interaktion zwischen den Marktseiten, so ist entscheidend, dass alle relevanten Marktseiten in hinreichender Zahl partizipieren, um die Plattform für die jeweils anderen Marktseiten attraktiv zu machen.“⁵ Während diese Gleichung für viele Plattformen, wie z.B. Lieferdienste, zutreffen mag (je mehr Restaurants aufgelistet sind, desto mehr Nutzer), trifft sie nicht zwangsläufig auf Social Media-Plattformen zu. Denn mehr Werbung bedeutet dort gerade nicht zugleich mehr Nutzer. Das zeigt, dass positive Netzwerkeffekte zwar eine entscheidende Rolle spielen können, die Theorie zur Wirkung der Netzwerkeffekte indes nicht verallgemeinerungsfähig ist.

Zudem sollte ein wettbewerblich problematisches Tipping – wenn überhaupt – erst dann in Betracht gezogen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Gefahr der Bildung eines unangreifbaren Monopols vorliegen; nicht ausreichend kann hingegen allein die Prognose sein, dass ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt erfolgreich sein könnte. In diesem Zusammenhang sei auch noch einmal darauf verwiesen, dass nach deutschem und europäischem Kartellrecht – anders als etwa in den USA – die Monopolisierung zulässig ist, sofern sie mit wettbewerbskonformen Mitteln erzielt wird. Zusätzlich ist auch schwerlich vorstellbar, wie die Entstehung eines unangreifbaren Monopols mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden können soll.

Schließlich ist zu bedenken, dass § 20 Abs. 3a RefE auch im Wege zivilrechtlicher Klagen durchgesetzt werden kann. Mit Blick auf die Rechtsprechung zur Marktstörung im Sinne des UWG besteht die Gefahr, dass etablierte Unternehmen, deren Erfolg durch innovative Dienste

⁵ DICE Bericht: Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 10.

oder Geschäftsmodelle infrage gestellt werden, versuchen, das Wettbewerbsrecht einzusetzen und sogar zu missbrauchen, um Innovationen zu verhindern und sich vor marktconformem Wettbewerb zu schützen.

Vorschlag: Um ein erhebliches Risiko der Überregulierung und negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb und Innovation zu vermeiden, ist es zwingend notwendig, den Wortlaut von § 20 Abs. 3a RefE auf die in der Begründung des Referentenentwurfs als problematisch identifizierten Konstellationen zu beschränken. Konkret sollte eine abschließende Auflistung von Verhaltensweisen aufgestellt werden, um zu konkretisieren, wann „die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten behindert“ wird. So sind auch allenfalls starke wechselseitige positive Netzwerkeffekte zu adressieren. Andernfalls ließen sich einseitige Maßnahmen, die ein „Tipping“ des jeweiligen Marktes bewirken könnten und nicht Teil des Leistungswettbewerbs sind, nur schwer einordnen. Die Aufnahme von Regelbeispielen in den Tatbestand des § 20 Abs. 3a ist daher unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit für Unternehmen dringend erforderlich. Dies gilt umso mehr, als § 20 Abs. 3a RefE Untersagungsverfügungen auf Basis bloßer Prognoseentscheidungen ermöglichen können soll.

9. § 32a Abs. 1 RefE – Einstweilige Maßnahmen

Vorgeschlagene Änderung (Hinzufügungen und Streichungen in Rot)

§ 32a Einstweilige Maßnahmen

~~(1) Die Kartellbehörde kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ersten, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen.~~

(1) Die Kartellbehörde kann von Amts wegen einstweilige Maßnahmen anordnen, wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne des § 32 Absatz 1 überwiegend wahrscheinlich erscheint und die einstweilige Maßnahme zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist. Dies gilt nicht, sofern das betroffene Unternehmen Tatsachen glaubhaft macht, nach denen die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Stellungnahme

Der vorgeschlagene Wortlaut des § 32 Abs. 1 RefE senkt die Voraussetzung für das Ergreifen einstweiliger Maßnahmen unangemessen herab. Eine solche generelle Absenkung der Eingriffsvoraussetzung droht erhebliche Auswirkungen auf das Geschäftsmodell der betroffenen Unternehmen zu haben.

Einstweilige Maßnahmen werden von den Gerichten immer – und zu Recht – als eine außergewöhnliche Maßnahme für solche Konstellationen angesehen, in denen ein schnelles Eingreifen entscheidend ist. Sie schränken zwangsläufig und naturgemäß die Verfahrensrechte des betroffenen Unternehmens zugunsten eines sehr zügigen und wirksamen Vorgehens der Behörde ein. Dies sollte aber auch weiterhin auf solche Ausnahmefälle beschränkt sein, die ein entsprechendes Vorgehen der Behörde zwingend erfordern, d.h. Konstellationen, in denen die Eilbedürftigkeit der Angelegenheit die Einschränkung des Zugangs des betroffenen Unternehmens zu Rechtsmitteln und Verfahrensgarantien rechtfertigt.

Der jetzige Entwurf spiegelt dieses Gleichgewicht nicht angemessen wider. § 32a Abs. 1 RefE erlaubt in seinem neuen Gewand ein Eingreifen auf der Grundlage des unbestimmten Kriteriums der „Gebotenheit zum Schutz des Wettbewerbs“. Dies stellt eine beachtliche und unge-rechtfertigte Abweichung von der derzeitigen, ausgewogeneren Regelung dar. Die erste Alternative der „Anordnung zum Schutz des Wettbewerbs“ steht auch in starkem Gegensatz zur zweiten Alternative der „unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung“ eines anderen Unternehmens. Letztere verdeutlicht die gerade erforderliche – hier aber nur auf eine Alternative beschränkte – Begründung einer besonderen, auch zeitlichen, Notwendigkeit unmittelbaren Einschreitens.

Diese Konstellation wird durch die Beweislastumkehr verschärft, wonach das betroffene Unternehmen Tatsachen glaubhaft machen muss, nach denen die Anordnung eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Diese Beweislastumkehr verkehrt die allgemeine Amtsermittlungspflicht (§ 57 GWB) in ihr Gegenteil und verschärft gerade im Rahmen bereits ausdrücklich prognostisch ausgestalteter Eingriffsgrundlagen das Problem völlig unzureichender Rechtsschutzgarantien für die betroffenen Unternehmen.

Im Ergebnis birgt die Kombination beider Faktoren – unbestimmte Formulierung und unzureichende Konkretisierung der Voraussetzung „zum Schutz des Wettbewerbs geboten“ sowie die Beweislastumkehr – die erhebliche Gefahr übereilter einstweiliger Maßnahmen, welche die Interessen des betroffenen Unternehmens und des Antragstellers nicht angemessen gegeneinander abwägen. Dies lässt ernstliche verfassungsrechtliche Zweifel aufkommen.

Vorschlag: *Es ist daher dringend zu raten, von einer Beweislastumkehr abzusehen und in der ersten Alternative ein Kriterium der Eilbedürftigkeit, das den Anforderungen der zweiten Alternative entspricht, zu ergänzen. Die Auferlegung (typischerweise extrem belastender und einschneidender) einstweiliger Maßnahmen kann und darf nur dann gerechtfertigt sein, wenn dies zur Verhinderung eines unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Schadens für den Wettbewerb erforderlich ist.*