



**Stellungnahme an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
zum vorgeschlagenen „Zehnten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales
Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)“**

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
B. Anmerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Referentenentwurfs	5
I. Überragende marktübergreifende Bedeutung nach § 19a GWB-RefE	5
1. Ein Systemwechsels in der Missbrauchsaufsicht ist voreilig und unverhältnismäßig	5
2. Anwendungsbereich der überragenden marktübergreifenden Bedeutung	7
3. Von § 19a Abs. 2 GWB erfasste Verhalten	7
4. Kritik einzelner Verhaltensweisen in § 19a Abs. 2 GWB-RefE	9
5. Umkehr der Beweislast	11
6. Verfahrensrechtliche Probleme	14
II. § 19 Abs. 1 GWB-RefE	16
III. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE	17
IV. § 20 GWB-RefE	19
V. § 32a Abs. 1 GWB-RefE	20
VI. § 56 Abs. 1 GWB-RefE	22
VII. § 59 GWB-RefE	22
VIII. § 35 GWB-RefE	23
IX. § 39a GWB-RefE	23

A. Einführung

Bevor wir zu den einzelnen Änderungsvorschlägen des Entwurfs (der „Referentenentwurf“) Stellung nehmen, möchten wir vorab einige allgemeine Anmerkungen zu den geplanten Änderungen der Missbrauchsaufsicht im GWB machen.

Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 hat mehrere sinnvolle Empfehlungen abgegeben (vgl. *M. Schallbruch et al.*, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, September 2019). Dazu gehören u.a. Regelungen, welche die Stellung der Nutzer stärken, beispielsweise durch Verbesserung von Datenportabilität und Transparenz in der vertraglichen Beziehung zwischen Plattformen und Nutzern. Zudem wird empfohlen, durch erweiterten Zugang zu Daten des öffentlichen Sektors Marktzutrittsschranken zu reduzieren. Die Umsetzung dieser Empfehlungen bedürfte keiner grundlegenden Änderung der Missbrauchsaufsicht, wie sie über Jahrzehnte entwickelt wurde.

Im Gegensatz dazu enthält der Referentenentwurf eine Reihe weitreichender Änderungen, die deutlich vom bestehenden, durch deutsche und europäische Rechtsprechung geformten Rechtsrahmen abweichen. Zu diesen grundlegenden Änderungen gehören die Abschaffung der strengen Kausalität in § 19 Abs. 1 GWB-RefE, die Anwendung der Missbrauchsaufsicht auf Unternehmen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle nach § 19a GWB-RefE, verbunden mit einem Wechsel von einer *ex post* zu einer *ex ante* Prüfung von Sachverhalten, die es dem Bundeskartellamt („**BKartA**“) erlauben würde, bestimmte Verhaltensweisen ohne Nachweis einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verbieten, die Einführung einer Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen (§ 19a Abs. 2 und § 20 Abs. 3a GWB-RefE), sowie die neu geschaffene Befugnis des BKartA, in bestimmten Fällen in das interne Wachstum eines Unternehmens einzugreifen (§ 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB-RefE).

Diese erheblichen Abweichungen vom bestehenden System der Missbrauchsaufsicht drohen zu Widersprüchen und Verzerrungen in der Anwendung des Kartellrechts zu führen. Die bestehenden Konzepte und Grundsätze der Missbrauchsaufsicht sind nicht zufällig entstanden, sondern das Ergebnis jahrzehntelanger, wohl bedachter und ausgewogener Rechtsprechung, die die Voraussetzungen wettbewerbsbehördlichen Eingreifens konkretisiert hat. Der Referentenentwurf riskiert dieses fein austarierte System umzustürzen, ohne die Konsequenzen zu bedenken. Das würde zu Rechtsunsicherheit und Inkonsistenzen zwischen der Anwendung der Missbrauchsregeln in Deutschland und anderen EU Mitgliedstaaten führen.

Wir sind der Auffassung, dass diese weitreichenden Änderungen übereilt und unangebracht sind. Sie gehen weit über das hinaus, was notwendig ist, um den Missbrauch von Marktmacht in der Digitalwirtschaft zu erfassen. Statt einer Förderung des Wettbewerbs haben diese Änderungen ungewollt kontraproduktive Auswirkungen, insbesondere die Schaffung von Rechtsunsicherheit und Widersprüchen in der Missbrauchsaufsicht. Diese Auffassung teilt auch die Monopolkommission. Sie hat sich ausdrücklich dagegen ausgesprochen, den § 19a GWB-RefE ohne weitere Prüfung des tatsächlichen Nutzens für eine effektivere Missbrauchsaufsicht in Kraft zu setzen (Policy Brief der Monopolkommission zur 10. GWB-Novelle, Januar 2020 („**Policy Brief**“), S. 2 f.).

Die Änderungen der Missbrauchsaufsicht sind voreilig. Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen sind voreilig. Erst vor zwei Jahren ist die 9. GWB-Novelle in Kraft getreten, welche spezifisch für die Digitalwirtschaft Änderungen eingeführt hat. Es gibt schlicht nicht genügend belastbare Erkenntnisse über die bisherigen Auswirkungen dieser

Änderungen, und es gibt auch keine Hinweise darauf, dass weitere Änderungen notwendig sind. Seit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle hat das BKartA nur sehr wenige Plattform-Fälle aufgegriffen, von denen einige noch vor den Gerichten verhandelt werden, z.B. das *Facebook*-Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof („**BGH**“). Zudem sind die Ergebnisse der jüngsten Sektoruntersuchungen (*Smart TVs*, *Vergleichsportale*) noch nicht abschließend aufgearbeitet, und die angekündigte Sektoruntersuchung zu *Online-Werbung* hat noch gar nicht begonnen. Weitere neu in Kraft getretene oder bevorstehende Gesetze, wie die DSGVO und die Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (VO 1150/219, „**P2B-Verordnung**“), überschneiden sich thematisch mit den Vorschlägen des Referentenentwurfs. Es wäre daher sinnvoller, die Auswirkungen dieser Gesetze auf die Praxis zu analysieren, bevor grundlegende Änderungen am GWB vorgenommen werden.

Die weitreichenden Änderungen der Missbrauchsaufsicht sind unnötig. Es gibt keine empirischen Belege dafür, dass die vorgeschlagenen Änderungen für eine effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts gegen große Digitalunternehmen erforderlich sind. Im Gegenteil haben aktuelle Fälle wie *CTS Eventim* (BKartA, Beschluss v. 4. Dezember 2017, B6-132/14-2) und *Amazon* (BKartA, Fallbericht v. 17. Juli 2019, B2-88/18) gerade gezeigt, dass Marktmacht von Plattformen und missbräuchliche Verhaltensweisen mit dem bestehenden Wettbewerbsrecht erfasst werden können. Zur Einführung eines Konzepts der überragenden marktübergreifenden Bedeutung in § 19a GWB-RefE hat die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 in ihrem Bericht ausdrücklich festgehalten, dass zu marktübergreifenden Verschlussstrategien empirische Grundlagen fehlen. Sie riet daher auch zu weitergehenden ökonomischen Analysen anstelle sofortiger gesetzgeberischer Maßnahmen.

Unter diesen Umständen ist die Einführung einer neuen Kategorie von Marktmacht, die sehr spezifische und tiefgreifende Sonderregeln auferlegt unverhältnismäßig und diskriminierend. Diese Sonderregeln wären in Märkten anwendbar, in denen eine solche Marktmacht unter der Dominanzschwelle angenommen würde, ohne dass das BKartA irgendwelche wettbewerbschädlichen Wirkungen nachweisen müsste. Es gibt keinen Grund für die unterschiedliche Behandlung verschiedener Kategorien von marktbeherrschenden Unternehmen, solange diese Andersbehandlung nicht durch empirische Beweise gestützt ist. In diesem Sinne hebt auch die Monopolkommission hervor, dass die geplanten Neuerungen „*nicht auf die gutachterlichen Vorarbeiten*“ zurückgehen, und dass ihnen „*auch keine öffentliche Diskussion vorangegangen ist.*“ (vgl. Monopolkommission, Policy Brief, S. 3.).

Der Wechsel zu einer ex ante Kontrolle droht wettbewerbsförderndes Verhalten zu erfassen. Die Ermächtigung des BKartA in § 19a Abs. 2 GWB-RefE weit gefasste Verhaltensweisen ohne Nachweis einer Gefahr für den Wettbewerb zu untersagen, droht wettbewerbsförderndes anstatt missbräuchliches Verhalten zu erfassen, und riskiert daher statt des gesetzgeberischen Willens – nämlich der Schaffung vorteilhafter Bedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft – das Gegenteil zu erreichen.

Ein Beispiel ist die vorgeschlagene Herangehensweise an Vorwürfe der Selbstbevorzugung, die der neuen Rechtswidrigkeitsvermutung des § 19a Abs. 2 GWB-RefE unterfallen soll. Der BGH hat wiederholt geurteilt, dass bloße Vorwürfe einer Selbstbevorzugung nicht ausreichen, um einen Missbrauch zu begründen (vgl. BGH, Urteil v. 31. Januar 2012, KZR 65/10 - *Werbeanzeigen*). Deutsche und europäische Gerichte haben lediglich bestimmte Formen der Selbstbevorzugung, vorbehaltlich der Erfüllung weiterer Voraussetzungen, als missbräuchlich anerkannt, wie beispielsweise die Lieferverweigerung eines unerlässlichen

Vorprodukts, Bündelung von Produkten oder Preis-Kosten-Scheren. Nach § 19a GWB-RefE soll Selbstbevorzugung jedoch nicht auf spezifische Verhaltensformen beschränkt sein, sondern verboten werden können, ohne dass das Vorliegen einer missbräuchlichen Form der Selbstbevorzugung darzulegen wäre. Noch gravierender ist, dass die Rechtswidrigkeit des Verhaltens vermutet werden soll, ohne dass ein Nachweis irgendeines Schadens für den Wettbewerb zu führen wäre.

Ein so weitreichendes Verbot ist geeignet, wettbewerbsförderndes Verhalten zu erfassen. Tatsächlich könnte ein allgemeines Verbot der Selbstbevorzugung potentiell jede Form der vertikalen Integration erfassen, obwohl allgemein anerkannt ist, dass vertikale Integration die Effizienz steigert. Eine solche Regel würde auch dem Grundsatz entgegenstehen, dass kein Unternehmen verpflichtet ist, Wettbewerb gegen sich selbst zu fördern. Der BGH hat in der Vergangenheit denn auch Vorwürfe der Selbstbevorzugung zurückgewiesen, gerade weil sie für die Feststellung eines Missbrauchs unzureichend waren.

Bestimmte Elemente des Referentenentwurfs sind verfassungsrechtlich bedenklich.

Der Referentenentwurf wirft zahlreiche Bedenken zur Vereinbarkeit mit elementaren Verfassungsgrundsätzen auf, indem er im Rahmen des § 19a GWB-RefE eine Beweislastumkehr für bestimmte Verhaltensweisen einführt. Erstens steht die Beweislastumkehr dem im Kartellverfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatz entgegen, und ist daher mit dem Rechtsstaatsprinzip, dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes und dem Grundrecht auf Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen nicht vereinbar. Zweitens gibt es keine Notwendigkeit für die Beweislastumkehr, da die betroffenen Unternehmen nicht ausschließlich über diejenigen Informationen verfügen, welche in die für die Missbräuchlichkeitsprüfung erforderliche Interessenabwägung einfließen. Selbst wenn es einen Nachweis für die Wettbewerbsschädlichkeit des Verhaltens gäbe, wäre drittens eine Verteilung der Beweislast nach Anscheinsgesichtspunkten das zweckmäßigere Mittel, welches auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen würde. Viertens wird der Eingriff in die Grundrechte des Unternehmens nicht dadurch weniger intensiv, dass er auf einer Untersagungsverfügung und nicht direkt auf dem Gesetz beruht. Schließlich gibt es nicht nur keinen Grund für die Beweislastumkehr. Angesichts dessen, dass dem betroffenen Unternehmen im Fall des Verstoßes gegen die Untersagungsverfügung Bußgelder auferlegt werden können, ist sie auch eindeutig unverhältnismäßig.

Der Paradigmenwechsel führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

Der Referentenentwurf führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, die Deutschland zu einem unattraktiven Standort für digitale Innovation zu machen droht, indem sie von Geschäftstätigkeiten abschreckt, die potentiell unter die Missbrauchsvorschriften fallen. Die von § 19a GWB-RefE untersagten Verhaltensweisen sind zu weit gefasst und unklar ausgestaltet, was sich negativ auf Konsumenten in Deutschland auswirken wird. Dem Wortlaut nach erfasst diese Regelung Tätigkeiten, die allgemein als wettbewerbsfördernd angesehen werden, wie beispielsweise jede Form der vertikalen Integration. Ebenso ist unklar, welches Verhalten der neue § 20 Abs. 3 a) GWB-RefE erfassen soll und was der Anwendungsbereich der Vorschrift sein wird, weil die Konzepte der wirtschaftlichen Abhängigkeit und deutlichen Asymmetrie nicht hinreichend bestimmt sind, sobald die Beschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen („**KMU**“) entfällt.

Die gleichzeitige Einführung zahlreicher grundlegender Änderungen der Missbrauchsaufsicht verstärkt den Verlust an Rechtssicherheit. An Stelle der von Experten empfohlenen, schrittweisen Änderungen, z.B. Änderungen des § 20 GWB (*H. Schweitzer et al., Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, August 2018*) oder neue Regelungen für marktbeherrschende Plattformen, führt der Referentenentwurf in

§ 19a GWB-RefE ein völlig neues Konzept der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb mit unerprobten Vermutungsregeln ein, erweitert den Anwendungsbereich der relativen Marktmacht nach § 20 GWB und streicht das Kausalitätserfordernis in § 19 GWB. Sollten all diese Änderungen gleichzeitig vorgenommen werden, würde über Jahrzehnte entwickeltes Fallrecht wertlos und die Rechtssicherheit mangels Erfahrung und klarer Definitionen stark beeinträchtigt. Wie die Monopolkommission treffend bemerkt, ist zu erwarten, dass gerade der Tatbestand des § 19a GWB RefE *„mangels einer klaren und einheitlichen Linie und aufgrund der hieraus folgenden Rechtsunsicherheit die Gerichte auf Jahre bis zu einer endgültigen Klärung beschäftigen wird.“* (Monopolkommission, Policy Brief, S. 3). Im Ergebnis droht der neue gesetzliche Rahmen die Geschäftstätigkeit von Digitalunternehmen zu lähmen, welche als potentielle Adressaten des Gesetzes davon abhalten werden könnten, neue und innovative Produkte zu entwickeln, die die Auswahl und den Wettbewerb erhöhen und dadurch Effizienzen zu Gunsten der Verbraucher zu erzielen.

Verfahrensrechtliche Änderungen drohen das rechtliche Gehör der Unternehmen zu verletzen. Der Referentenentwurf enthält zudem unverhältnismäßig erscheinende Vorschläge zur Änderung des Verfahrensrechts. Die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen von einer schriftlichen Anhörung abzusehen, gefährdet die Verteidigungsrechte der Partei, gegen die ermittelt wird, insbesondere in Fällen von hoher technischer und rechtlicher Komplexität, wie bspw. Fälle, die in der digitalen Wirtschaft tätige Parteien betreffen. Dasselbe gilt für eine Absenkung der rechtlichen Anforderungen für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen. Die Untersuchung digitaler Märkte erfordert eine sorgfältige Prüfung einzelfallbezogener Tatsachen und oft neuartiger Rechtsfragen, während zugleich die Verteidigungsrechte der Parteien gewahrt werden müssen. Übereilt durchgeführte Untersuchungen und die damit einhergehende Beschneidung von Verteidigungsrechten riskieren nicht wiedergutzumachende Schäden für die betroffenen Unternehmen. Zudem würden Innovationen im Keim erstickt. Es ist außerdem nichts gewonnen, wenn das BKartA zwar schneller zu einer Entscheidung kommt, die Wahrscheinlichkeit einer gerichtlichen Prüfung aber erhöht ist und mangels ausreichender Aufarbeitung übermäßig lange dauert.

B. Anmerkungen zu den einzelnen Bestimmungen des Referentenentwurfs

Im Folgenden nehmen wir zu ausgewählten Bestimmungen des Referentenentwurfs Stellung.

I. *Überragende marktübergreifende Bedeutung nach § 19a GWB-RefE*

Gemäß der neuen Regelung für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung kann das BKartA feststellen, dass ein Unternehmen über eine solche Bedeutung verfügt und demzufolge bestimmte, in § 19a Abs. 2 GWB aufgeführte Verhaltensweisen auf Grundlage einer widerleglichen Vermutung untersagen, ohne den Nachweis einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung führen zu müssen. Nach unserer Auffassung wirft der Entwurf des neuen § 19a GWB-RefE eine Reihe von Problemen auf, die einen Verzicht auf diese Regelung oder zumindest wesentliche Änderungen erfordern:

1. *Ein Systemwechsels in der Missbrauchsaufsicht ist voreilig und unverhältnismäßig*

- ***Es fehlen hinreichende Erfahrungen mit überragender marktübergreifender Bedeutung und konkrete Nachweise der Wettbewerbsschädlichkeit der aufgeführten Verhaltensweisen.*** § 19a GWB-RefE schlägt weitreichende, substantielle Änderungen der grundlegenden Funktion der Missbrauchsaufsicht vor, indem der persönliche Anwendungsbereich auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen ausgedehnt wird und Verhaltensweisen untersagt werden, die dem bestehenden Fallrecht fremd sind. Hinzu kommt die Einführung einer Beweislastumkehr. Solch weitreichende Änderungen sollten, wenn überhaupt, nur dann erwogen werden, wenn empirische Daten und ein wissenschaftlicher Konsens darüber vorliegen, dass die betroffenen Verhaltensweisen im Allgemeinen wettbewerbsschädigend sind, und dass eine Notwendigkeit des Eingreifens unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle besteht. Uns ist kein Fall bekannt, in dem das BKartA nicht intervenieren konnte, weil es nicht in der Lage war, Marktbeherrschung im Sinne des § 18 GWB nachzuweisen. Im Gegenteil sind die Fälle *CTS Eventim* und *Amazon* Beispiele für erfolgreiche Eingriffe des BKartA. Selbst die *Facebook* Entscheidung des BKartA (BKartA, Beschluss v. 6. Februar 2019, B6-22/16) wurde nicht wegen fehlender Marktbeherrschung aufgehoben. Die Monopolkommission warnt denn auch davor, ein neues Missbrauchsrecht „*übereilt*“ einzuführen (Monopolkommission, Policy Brief, S. 2). Wir weisen sodann darauf hin, dass die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 lediglich empfohlen hat, marktübergreifende Marktmacht zu untersuchen und zu prüfen, ob es möglich ist, dieser innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens zu begegnen. § 19a GWB-RefE erscheint daher unausgereift und unverhältnismäßig.
- ***Die bestehenden Missbrauchsregeln erfassen wettbewerbsschädigendes Verhalten, welches durch § 19a GWB-RefE geregelt werden soll.*** § 19a GWB-RefE kombiniert gleichzeitig mehrere neue Ansätze: (i) die Einführung eines neuen Begriffs der überragenden marktübergreifenden Bedeutung; (ii) ein neues Verfahren zur Feststellung solcher Bedeutung und unzulässiger Verhaltensweisen und (iii) eine gesetzliche Verlagerung der Beweislast auf das Unternehmen, gegen das ermittelt wird. Die Notwendigkeit der Kombination dieser gleichzeitigen Änderungen ist unklar. Insbesondere gibt es keine

Anhaltspunkte, dass die gegenwärtigen materiellen Regelungen zum Marktmachtmissbrauch den Bedenken nicht begegnen können, die § 19a GWB-RefE ausräumen soll. Soweit es Bedenken geben sollte, dass der gegenwärtige Marktbeherrschungsbegriff Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nicht erfasst, wäre eine Überarbeitung des Konzepts der Marktbeherrschung ausreichend, ohne dass eine weiterreichende Änderung der Rechtslage und die Einführung einschneidender Rechtswidrigkeitsvermutungen nötig wären. Die in § 19a GWB-RefE aufgezählten Verhaltensweisen wären von der bestehenden Generalklausel des § 19 GWB erfasst, wenn sie tatsächlich Wettbewerber behindern oder Kunden ausbeuten würden. Die gegenwärtige Verteilung der Beweislast nach § 19 GWB steht im Einklang mit dem Amtsermittlungsgrundsatz und dem Recht auf ein faires Verfahren, und trägt der Tatsache Rechnung, dass allein das BKartA die notwendigen Befugnisse hat, um alle Informationen für eine vollständige Interessenabwägung zu sammeln.

- ***Der Begriff der überragenden marktübergreifenden Bedeutung führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, welche Unternehmen den Bestimmungen der Missbrauchsaufsicht unterfallen.*** Der Anwendungsbereich der Norm muss klar und vorhersehbar sein, da er zum einen vom Grundsatz abweicht, dass die Missbrauchsaufsicht nur auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbar ist, und zum anderen wegen der erheblichen Belastung für die Normadressaten, denen nicht mehr gestattet ist, sich wie andere Marktteilnehmer zu verhalten. Das ist gegenwärtig nicht der Fall. Die Unbestimmtheit der Norm wird auch dadurch verschärft, dass kein gemeinhin akzeptiertes Verständnis von überragender marktübergreifender Bedeutung existiert. Zudem hätte das BKartA mangels klarer Kriterien aus der Rechtsprechung oder Fallpraxis einen übermäßig weiten Ermessensspielraum eine solche überragende marktübergreifende Bedeutung festzustellen. Auch die Monopolkommission betont, dass die Voraussetzungen einer marktübergreifenden Bedeutung nach Abs. 1 „*lediglich durch Kriterien konturiert [wird], die ebenso für die Feststellung einer beherrschenden Stellung relevant sind*“, und es „*[i]m Übrigen dem Bundeskartellamt überlassen [bleibt], Kriterien für eine Abgrenzung von herkömmlicher Marktmacht zu entwickeln*.“ Auch die Missbrauchstatbestände in Abs. 2 seien „*so weit gefasst und adressieren sehr verschiedene Verhaltensweisen*“, dass dem Bundeskartellamt weitgehend deren Konkretisierung überlassen werde. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit werde die „*Gerichte auf Jahre*“ hinaus beschäftigen (Monopolkommission, Policy Brief, S. 3).
- ***Sondergesetze für Digitalunternehmen verstoßen gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Geltung des Wettbewerbsrechts für alle Unternehmen.*** Der Referentenentwurf bezieht sich ausdrücklich auf große Technologieunternehmen. Dieser beschränkte Ansatz ist mit der allgemeinen Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts unvereinbar, das für alle Formen von Unternehmen in nicht-diskriminierender Weise gelten sollte, um gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten und ungewollte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Der § 19a GWB-RefE ist letztendlich ein spezielles Kartellregulierungsrecht nur für große Digitalunternehmen, durch den das BKartA zu einer Regulierungsbehörde für die Digitalwirtschaft wird (Körber, NZKart 2019, 633 (634), Steinberg/Wirtz, WuW 2019, 606 (609)).

2. Anwendungsbereich der überragenden marktübergreifenden Bedeutung

- **Die Voraussetzungen für die Feststellung marktübergreifender Bedeutung sind zu weit gefasst.** Aus der Aufzählung der verschiedenen Merkmale in § 19a Abs. 1 GWB-RefE (die nicht kumulativ vorliegen müssen) ist nicht ersichtlich, ab welcher Schwelle eine überragende marktübergreifende Bedeutung erreicht ist. Ebenso wenig geht aus dem Wortlaut der Norm hervor, ob die Anforderungen an eine solche Feststellung hoch sind. Das folgt lediglich aus der Entwurfsbegründung. Während die Voraussetzungen für Marktbeherrschung nach § 18 GWB durch die Rechtsprechung mit Leben gefüllt wurden und die Vermutungsschwelle die Vorhersehbarkeit erhöht, droht die gegenwärtige weit gefasste Formulierung des Anwendungsbereichs des § 19a GWB-RefE zu einem *Over-Enforcement* auch weit unterhalb der herkömmlichen Marktbeherrschung zu führen.

Die gegenwärtige Formulierung des § 19a Abs. 1 GWB-RefE legt nahe, dass Marktbeherrschung in mindestens einem digitalen Markt nur ein möglicher Faktor, aber keine notwendige Bedingung für die Feststellung überragender marktübergreifender Bedeutung ist. Wir halten es daher für ratsam, die Feststellung überragender marktübergreifender Bedeutung auf Unternehmen zu beschränken, die zumindest in einem digitalen Markt marktbeherrschend sind. Ansonsten wäre der Anwendungsbereich von § 19a GWB-RefE zu weit gefasst, die Diskrepanz zu herkömmlicher Marktbeherrschung würde unnötig groß, und es würde vollkommen unvorhersehbar, auf welche Unternehmen die Vorschrift anwendbar wäre (vgl. *Höppner/Weber*, K&R 2020, S. 24 (30)).

3. Von § 19a Abs. 2 GWB erfasste Verhalten

- **Die Verhaltensweisen, deren Rechtswidrigkeit vermutet wird, sind übermäßig weit gefasst und unterscheiden nicht zwischen wettbewerbswidrigem Verhalten und Leistungswettbewerb.** Eine Aufzählung von Verhaltensweisen, deren Rechtswidrigkeit vermutet wird, müsste zumindest klar definiert und eng auszulegen sein. Die Liste der Verhaltensweisen, für die nach dem vorgeschlagenen Entwurf eine widerlegliche Rechtswidrigkeitsvermutung gelten würde, ist jedoch vage und übermäßig weit gefasst. Die Monopolkommission stellt zu Recht fest, dass die Tatsache, dass die Konkretisierung der weit gefassten Missbrauchstatbestände gemäß § 19a GWB-RefE weitgehend dem Bundeskartellamt überlassen sein wird, zu einer über Jahre dauernden Rechtsunsicherheit führen werde (Policy Brief, S. 3). Nach dem Wortlaut scheinen selbst zum Leistungswettbewerb gehörende Verhaltensweisen erfasst zu sein. So wäre ein Verbot der Behinderung eines Wettbewerbers auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung auch ohne marktbeherrschend zu sein rasch ausbauen kann (Nr. 2), auf nahezu jedes Verhalten anwendbar, das Wettbewerber beeinflusst: Es ist schwer nachzuvollziehen, dass einem Unternehmen untersagt werden soll, seine Wettbewerber durch Anbieten besserer Preise oder besserer Qualität zu behindern. Der Referentenentwurf erkennt, dass die Behinderung von Wettbewerbern grundsätzlich rechtlich neutral ist (BGH, Beschluss v. 22. September 1981, KVR 8/80 – *Original-VW-Ersatzteile II*). In gleicher Weise hat der Begriff der Selbstbevorzugung (Nr. 1) einen potentiell weiten Anwendungsbereich, der nahezu alle Formen der vertikalen Integration erfasst.

Angesichts dessen sind die in § 19a Abs. 2 GWB-RefE aufgezählten Verhaltensweisen nicht als Basis für eine Vermutung der Rechtswidrigkeit geeignet, insbesondere da die einzelnen Verhaltensweisen nicht Gegenstand früherer Verfahren waren, sodass erhebliche Unsicherheit bezüglich ihrer Auslegung besteht. Wenn die Bestimmung beibehalten werden soll, sollte sie so umformuliert werden, dass sie ausdrücklich den Leistungswettbewerb ausnimmt und ausschließlich auf missbräuchliches Verhalten Bezug nimmt.

- **Um eine uferlose Anwendbarkeit des § 19a GWB-RefE zu vermeiden, wäre ein ausdrückliches Kausalitätserfordernis zwischen überragender marktübergreifender Bedeutung und dem Verhalten nötig.** Weil § 19a GWB-RefE Verhalten auf dritten Märkten erfasst, ist eine Kausalität zwischen der überragenden marktübergreifenden Bedeutung und dem missbräuchlichen Verhalten erforderlich, um *Over-Enforcement* zu vermeiden. Das würde sich auch in die Rechtsprechung des BGH einfügen (siehe BGH, Urteil v. 4. November 2003, KZR 16/02 – *Kopplung von Stromlieferungen und Telefondienstleistungen*).
- **Die Voraussetzungen für die Vermutung der Rechtswidrigkeit sind inkohärent.** Die Anwendungsvoraussetzungen für die Rechtswidrigkeitsvermutung sind nicht nur vage, sondern auch im Rahmen der verschiedenen Bestimmungen des § 19a Abs. 2 GWB-RefE inkohärent (siehe auch Monopolkommission, Policy Brief, S. 3). Das gilt insbesondere für den Grad der für die Anwendbarkeit der Vermutung nachzuweisenden Wettbewerbsschädlichkeit in § 19a GWB-RefE.

Einige Bestimmungen erfordern den Nachweis der Eignung zur erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbsprozesses (z.B. § 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB-RefE). Andere scheinen lediglich die Behinderung einzelner Wettbewerber oder Unternehmen im Allgemeinen zu erfordern, ohne den Nachweis einer Schädlichkeit für den Wettbewerb oder einem Element der Missbräuchlichkeit (z.B. § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB-RefE). Eine dritte Gruppe von Bestimmungen scheint gar keinen Schaden für Wettbewerber oder den Wettbewerbsprozess vorauszusetzen (§ 19a Abs. 2 Nr. 1, 4, 5 GWB).

Diese Inkohärenz stellt einen schwerwiegenden Mangel dar und steht im Widerspruch zu den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts. Der Zweck des Wettbewerbsrechts ist der Schutz der Integrität des Wettbewerbs und nicht der Schutz einzelner Wettbewerber. Noch weniger dient das Wettbewerbsrecht der Regulierung von Verhaltensweisen, die keine nachweisbare wettbewerbliche Bedeutung haben.

Die nachfolgende **Tabelle 1** bietet eine Übersicht über diese uneinheitlichen Voraussetzungen:

Tabelle 1 Übersicht über die inkonsistenten Anwendungsvoraussetzungen für die Rechtswidrigkeitsvermutung in § 19a GWB:

Wortlaut des Referentenentwurfs	Notwendigkeit einer Auswirkung auf den Wettbewerb?
§ 19a Abs. 2 Nr. 1: „Wettbewerber... anders zu behandeln“	Kein ausdrücklicher Bezug zu Auswirkungen oder einem Behinderungselement
§ 19a Abs. 2 Nr. 2 „Wettbewerber ... behindern, sofern die Behinderung geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen “	Anscheinend eine erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerbsprozess erforderlich
§ 19a Abs. 2 Nr. 3 „andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern“	Kein ausdrücklicher Bezug zu einer Auswirkung auf den Wettbewerb
§ 19a Abs. 2 Nr. 4 „Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern “	Unklar, ob eine Auswirkung auf den Wettbewerb erforderlich
§ 19a Abs. 2 Nr. 5 „andere Unternehmen unzureichend ... zu informieren“	Kein ausdrücklicher Bezug zu Auswirkungen auf den Wettbewerb

4. Kritik einzelner Verhaltensweisen in § 19a Abs. 2 GWB-RefE

Das in § 19a Abs. 2 GWB-RefE aufgeführte Verhalten ist übermäßig weit gefasst, droht wettbewerbsfördernde Verhaltensweisen zu erfassen und führt zu unnötiger Rechtsunsicherheit.

- **Das Verbot der Selbstbevorzugung (Nr. 1) hat einen zu weiten Anwendungsbereich.** Das Verbot der Selbstbevorzugung wäre in seiner aktuellen Fassung auf jedes Verhalten anwendbar, welches Produkte oder Dienstleistungen von Wettbewerbern anders behandelt. Damit wäre nahezu jede Form der vertikalen Integration erfasst, obwohl weitgehender Konsens besteht, dass vertikale Integration wettbewerbsfördernde Auswirkungen hat. Der BGH hat es ausdrücklich abgelehnt, Selbstbevorzugung als missbräuchlich einzustufen (BGH, Urteil v. 31. Januar 2012, KZR 65/10 – *Werbeanzeigen*). Bemerkenswerterweise hat auch die Europäische Kommission den *Google-Shopping* Fall nicht unter Diskriminierungsgesichtspunkten sondern als Behinderungsmissbrauch betrachtet. Im Übrigen ist der Prüfungsmaßstab zwischen den Parteien streitig und liegt den Europäischen Gerichten zur Klärung vor. Vor diesem Hintergrund weisen wir darauf hin, dass die jüngsten

Expertengutachten kein allgemeines Verbot der Selbstbevorzugung empfehlen (siehe *J. Crémer et al.*, Competition Policy for the Digital Era, April 2019, S. 7). Daher regen wir an, den Wortlaut der Nr. 1 dahingehend anzupassen, dass das Verbot der Selbstbevorzugung nur auf Verhalten anwendbar erklärt wird, welches Wettbewerber missbräuchlich behindert.

- **Behinderung von Wettbewerbern (§ 19a Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB-RefE) ist ein neutraler Rechtsbegriff, der auch Verhaltensweisen des Leistungswettbewerbs erfasst.** Im Gegensatz zu § 19 GWB enthält § 19a GWB-RefE keine Bezugnahme auf eine unbillige Behinderung. Das Gesetz könnte damit potentiell auf jede Art wettbewerblichen Verhaltens angewandt werden, das in irgendeiner Form Konkurrenten beeinflusst, wie beispielsweise wettbewerbsfähigere Preise oder Dienstleistungen. Das liegt daran, dass die Behinderung von Wettbewerbern nach der bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich wertfrei zu interpretieren ist (OLG Düsseldorf, Urteil v. 19. März 2003, U (KART) 20/02 – *Trassenpreis*). Es darf nicht einem Unternehmen obliegen, nachzuweisen, dass sein Verhalten nicht unbillig ist. Lediglich das BKartA hat die Befugnisse die genauen Umstände des relevanten Verhaltens (wie bspw. die Marktgegebenheiten) zu ermitteln, und auf deren Grundlage das Verhalten des Adressaten zu bewerten. Diese Umstände gehen weit über die Informationen hinaus, die den Adressaten des § 19a GWB-RefE zugänglich sind. Daher sollte der Wortlaut des § 19a Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB-RefE ausdrücklich auf Verhalten Bezug nehmen, das über den Leistungswettbewerb hinausgeht. Der Referentenentwurf erwähnt lediglich in der Entwurfsbegründung (auf S. 78), dass Behinderungspraktiken wie Kampfpreisunterbietung, Exklusivitätsvereinbarungen oder Produktbündelungen von § 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB-RefE erfasst werden. Das sollte auch ausdrücklich im Normtext zum Ausdruck kommen, um klarzustellen, dass lediglich Behinderungspraktiken erfasst sind, wohingegen der Leistungswettbewerb nicht als ein nach § 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB-RefE relevantes Verhalten betrachtet wird. Dies ist auch deswegen notwendig, weil § 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB-RefE eine Abweichung von dem Grundprinzip des deutschen Wettbewerbsrechts darstellt, dass internes Wachstum nicht sanktioniert wird. S. 79 des Referentenentwurfs weist in Bezug auf § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-RefE auch auf unbillige Behinderung hin. Das sollte sich ebenfalls in der Bestimmung selbst widerspiegeln. Es ist zu berücksichtigen, dass das Sammeln von Daten in der Regel der Effizienzsteigerung dient. Die daraus entstehenden Wettbewerbsvorteile können bei oberflächlicher Betrachtung wie eine Marktzutrittsschranke durch Nutzung von gesammelten Daten wirken, sind aber tatsächlich eine direkte Folge der Effizienzsteigerung.
- **Das Erschweren der Interoperabilität (§ 19a Abs. 2 Nr. 4 GWB) sollte nur dann als missbräuchlich betrachtet werden, wenn es auf einem aktivem Eingriff beruht.** Der gegenwärtige Wortlaut des § 19a Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE impliziert, dass es schon als missbräuchlich betrachtet werden könnte, ein Produkt nicht per se interoperabel anzubieten. In vielen Fällen dürfte es einem Unternehmen jedoch nahezu unmöglich sein, Produkte zu entwerfen, die vollumfänglich interoperabel sind, weil die Ausgestaltung der Schnittstellen zu Betriebssystemen anderer Unternehmen unbekannt oder als Geschäftsgeheimnis geschützt sind. Während die Stärkung der Interoperabilität begrüßenswert ist, schlagen wir vor, diese Vorschrift auf Verhaltensweisen eines Normadressaten zu beschränken, welche die Interoperabilität aktiv erschweren. Es wäre hilfreich,

wenn zumindest die Begründung des Referentenentwurfs konkretere Beispiele für die von der Vorschrift erfassten Verhaltensweisen aufführen würde, weil übermäßig weitreichende Vorgaben die Produktinnovation behindern könnten. In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass Interoperabilität unnötig ist, wenn es einfach ist, zu anderen Produkten zu wechseln, was bei digitalen Märkten, in denen Multi-Homing im Regelfall möglich ist, oft der Fall ist.

- **Unternehmen sollten nicht verpflichtet sein, aktiv über Umfang, Qualität und Erfolg einer Leistung zu informieren (§ 19a Abs. 2 Nr. 5 GWB-RefE).** Die Verpflichtung, andere Unternehmen hinreichend über Umfang, Qualität oder Erfolg einer erbrachten Leistung zu informieren, darf Unternehmen nicht dazu zwingen Informationen proaktiv bereitzustellen. Eine solche Verpflichtung würde einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand bedeuten. Da unklar ist, welches Maß an Information als „ausreichend“ angesehen würde, würden Unternehmen vermutlich mehr Informationen als nötig bereitstellen, was zu hohen Kosten führen würde. Anstatt den Wettbewerb zu stärken, könnte die Weitergabe solcher Informationen sogar das Risiko eines (unfreiwilligen) Austauschs wettbewerblich sensibler Informationen erhöhen. In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass Unternehmen bereits im Rahmen der P2B-Verordnung erhöhten Transparenzpflichten unterliegen. Wir empfehlen daher, die Verpflichtung auf Fälle ausdrücklicher Informationsanfragen zu beschränken. Aus der Begründung des Referentenentwurfs (S. 80) entnehmen wir, dass Geschäftsgeheimnisse und persönliche Daten geschützt bleiben sollen, würden eine dahingehende Klarstellung im Gesetzestext jedoch begrüßen.

5. Umkehr der Beweislast

- **Die Beweislastumkehr ist unangebracht und widerspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen.** Die Kombination der in § 19a GWB-RefE avisierten Änderungen, d.h. eine neue *ex ante* Missbrauchsaufsicht mit neuen rechtswidrigen Verhaltensweisen, einer Beweislastumkehr und einem neuartigen Verfahren, stellen einen erheblichen Eingriff in die Geschäftstätigkeit der Unternehmen und ihre Grundrechte dar.

Es scheint, als solle durch § 19a GWB sowohl eine materielle als auch eine formelle Beweislastumkehr eingeführt werden (S. 80 des Referentenentwurfs). Allerdings ist der Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig. Außerdem gibt es keine Rechtfertigung für eine Beweislastumkehr im Rahmen des § 19a GWB-RefE, vielmehr spricht eine Vielzahl von Gründen dafür, den Änderungsvorschlag zu überdenken.

Erstens widerspricht die Beweislastumkehr dem Grundsatz der Amtsermittlung im Verwaltungsverfahren. Der Amtsermittlungsgrundsatz regelt nicht nur die allgemeine Vorgehensweise bei Ermittlungen in Verwaltungsverfahren (§ 24 VwVfG, § 86 VwGO), sondern ist ein Ausdruck des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG und des aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 6 Abs. 1 EMRK abgeleiteten Rechts auf ein faires Verfahren. Zur Wahrung dieser Grundrechte ist nämlich eine ausgewogene Beweislastverteilung erforderlich. Eine Beweislastverteilung, welche die Erlangung von Rechtsschutz faktisch unmöglich macht, ist mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar (BVerfG, Urteil v. 22. August 2013, 1 BvR 1067/12). Aufgrund der Schwierigkeit, Leistungswettbewerb von missbräuchlichem Verhalten zu

unterscheiden, ist es sinnvoll, die Beweislast für die Missbräuchlichkeit dem BKartA zuzuweisen, gerade weil es auch auf die Marktauswirkung der Verhaltensweisen ankommen dürfte. Anders als die betroffenen Unternehmen haben die Kartellbehörden umfangreiche Ermittlungsbefugnisse, um insbesondere die Auswirkung im Markt zu ermitteln. So können die Kartellbehörden Auskunftersuchen an Dritte richten und weitreichende Sektoruntersuchungen durchführen. Die betroffenen Unternehmen können hingegen nur auf die Informationen zurückgreifen, die ihnen unmittelbar zur Verfügung stehen, z.B. Tatsachen zu in Verbindung mit den relevanten Verhaltensweisen erzielten Effizienzen, die aber bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit der Verhaltensweisen in § 19a Abs. 2 nur einer von vielen Faktoren sind. Sie verfügen gerade nicht über alle Informationen, die für die Feststellung der Missbräuchlichkeit des Verhaltens nötig sind.

Zweitens käme anstelle einer Beweislastumkehr allenfalls eine abgestufte Beweislast in Betracht, die streng daran orientiert ist, ob die zu beweisenden Tatsachen aus der Sphäre des Unternehmens stammen. In diesem Sinne empfiehlt auch die Monopolkommission, betroffene Unternehmen in Anlehnung an § 26 Abs. 2 VwVfG zu verpflichten, in einem Verfahren vor den Kartellbehörden nur „solche Informationen aus ihrem Einwirkungsbereich zu übermitteln, die sich die Behörde nicht auf anderem zumutbarem Wege beschaffen kann“ (Policy Brief, S. 6). Das Rechtsstaatsprinzip verbietet es jedoch, einer Partei den Beweis solcher Umstände aufzubürden, die nicht in ihrer Sphäre liegen und deren vollständige Kenntnis bei ihr nicht erwartet werden kann, während die andere Partei über sie ohne weiteres verfügt (BVerfG, Urteil v. 18. Februar 2019, 1 BvR 2556/17). Dies ist z.B. bei der Marktauswirkung der Fall, die zur Ermittlung der Missbräuchlichkeit von Verhalten im Sinne von § 19a Abs. 2 eine Rolle spielt, jedoch nur von der Behörde ermittelt werden kann. Dagegen wird das betroffene Unternehmen allenfalls die zur Darlegung von Effizienzen erforderlichen Informationen zur Verfügung haben, und es ist unklar, warum Informationen zur langfristigen Offenhaltung von Märkten (siehe S. 80 des Referentenentwurfs) nur den betroffenen Unternehmen zur Verfügung stehen sollten. Im Gegenteil stammen diese Informationen regelmäßig in erster Linie von anderen Marktteilnehmern wie Wettbewerbern und Verbrauchern.

Drittens, selbst wenn es einen Nachweis dafür gäbe, dass das jeweilige Verhalten typischerweise wettbewerbsschädlich ist, wäre eine Verteilung der Beweislast nach Anscheinsgrundsätzen das geeignetere Mittel. Unternehmen hätten dann die Möglichkeit das Vorliegen atypischer Faktoren darzulegen, welche die allgemeine Annahme eines Schadens widerlegen. Trügen Unternehmen hingegen die volle Beweislast, hätten sie darzulegen, dass das Verhalten keinen Schaden hervorruft. Das wäre in atypischen Situationen mit neuartigen tatsächlichen oder rechtlichen Fragestellungen besonders schwierig. Zudem würde eine Beweislastverteilung nach Anscheinsgesichtspunkten auch sicherstellen, dass die Beweisregelung im Referentenentwurf verhältnismäßig ist und damit dem Rechtsstaatsprinzip gerecht wird (vgl. BVerfG, Urteil v. 25. Juli 1979, 2 BvR 878/74).

Viertens fehlt es an einer Tatsachengrundlage für die Behauptung, dass die von § 19a Abs. 2 erfassten Verhaltensweisen *per se* wettbewerbsschädlich wären, sowie an einer entsprechenden Bezugnahme auf Wettbewerbsschädlichkeit im Normtext (siehe Tabelle 1). Insbesondere nimmt der Normtext keinen Bezug auf

eine Missbräuchlichkeit des erfassten Verhaltens. Bei derart offenen Tatbeständen ist eine Beweislastumkehr bei der sachlichen Rechtfertigung des Verhaltens umso schwerwiegender. So enthalten die § 19a Abs. 2 Nr. 1, 3 und 5 GWB-RefE keine Bezugnahme auf eine Schädlichkeit der erfassten Verhaltensweisen, sondern sind derart offen gefasst, dass eine Wettbewerbsschädlichkeit nicht einmal impliziert ist (zum Beispiel das Kriterium der Behinderung anderer Unternehmen in Nr. 3). Ohne eine entsprechende tatbestandliche Bezugnahme auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, kann den Unternehmen nicht die Beweislast für die sachliche Rechtfertigung ihres Verhaltens auferlegt werden (BVerfG, Urteil v. 8. Juli 2010, 2 BvR 2485/07, 2 BvR 2513/07, 2 BvR 2548/07).

Die Grundrechtsverletzung ist nicht weniger intensiv, nur weil sie nicht direkt auf dem Gesetz, sondern auf einer Unterlassungsverfügung beruht. Ein betroffenes Unternehmen wird offensichtlich die in § 19a Abs. 2 GWB-RefE genannten Verhaltensweisen unterlassen, wenn mit Verwaltungsverfahren droht – nicht weil diese Verhaltensweisen wettbewerbsschädigend wären, sondern weil der geplante Rechtsrahmen keinen sinnvollen Weg bietet, den für die Rechtfertigung erforderlichen Beweis zu führen.

- ***Wenn eine Rechtswidrigkeitsvermutung eingeführt würde, müsste die Schwelle zur Widerlegung niedrig angesetzt werden.*** Soweit die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen ohne Nachweis tatsächlicher oder wahrscheinlicher Schäden für den Wettbewerb vermutet werden kann, müsste das Beweismaß zur Widerlegung dieser Vermutung gering sein. Denn wenn kein Nachweis eines Schadens für den Erlass einer Verfügung nach § 19a Abs. 2 GWB-RefE erforderlich ist, ist denkbar, dass tatsächlich keine negative Auswirkung des Verhaltens auf den Wettbewerb besteht. Die Widerlegung der Vermutung darf daher nicht den Nachweis erfordern, dass Vorteile bestehen, die eine (nur hypothetische) Auswirkung auf den Wettbewerb überwiegen. Vielmehr sollte jeder sachliche Grund für das fragliche Verhalten ausreichen, um die Vermutung der Rechtswidrigkeit zu widerlegen. Der Referentenentwurf geht hingegen auf S. 80 davon aus, dass „kurzfristige“ Vorteile für Verbraucher weniger Gewicht haben sollen als langfristige Ziele wie das Offenhalten der Märkte. Der Referentenentwurf schlägt somit im Wesentlichen eine Abwägung vor, bei der im Einzelfall das Fehlen von Nachweisen für Marktverschlussrisiken zu ignorieren ist. Handfeste Beweise für Verbrauchervorteile müssen jedoch notwendigerweise gegenüber jedweden generellen, abstrakten und unbewiesenen Annahmen zu Marktverschließungen überwiegen. Welche wettbewerbsfördernden Effizienzen in der Praxis als ausreichend angesehen werden, um die Vermutung zu widerlegen (falls es eine solche überhaupt geben soll), ist vor diesem Hintergrund unklar. Zudem unterscheiden die rechtlichen Voraussetzungen für die einzelnen Verhaltensweisen in § 19a Abs. 2 Nr. 1-5 GWB-RefE sich anscheinend (siehe Tabelle 1), weswegen unklar ist, in welchem Umfang Auswirkungen auf den Wettbewerb nachzuweisen und dementsprechend durch das Unternehmen zu widerlegen sind. Um den Gleichlauf mit der Generalklausel zum Marktmachtmissbrauch in § 19 GWB zu gewährleisten, sollte § 19a GWB-RefE ausdrücklich eine Interessenabwägung durch das BKartA vorsehen, die der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

6. **Verfahrensrechtliche Probleme**

Der neue Ansatz in § 19a GWB-RefE, der vom hergebrachten System der Missbrauchsaufsicht abweicht, wirft auch eine Reihe verfahrensrechtlicher Fragen auf:

- **Nach dem Wortlaut des § 19a GWB-RefE ist unklar, ob das BKartA ein allgemeines Verbot ausspricht oder nur konkrete Verhaltensweisen verbietet.** Es folgt weder aus § 19a GWB-RefE noch aus der Entwurfsbegründung ob das BKartA eine allgemeine Untersagung erlassen kann, in der es schlicht das in Absatz 2 aufgezählte Verhalten wiedergibt, oder ob es ein näher bestimmtes Verhalten bezeichnen und Ausführungen dazu machen müsste, warum dieses konkrete Verhalten – zumindest dem Anschein nach – eine missbräuchliche Behinderung darstellt.
- **Der Sanktionsmechanismus ist unverhältnismäßig.** § 81c Abs. 2 GWB-RefE i.V.m. § 81 Abs. 2 Nr. 2. a) GWB-RefE sieht vor, dass ein Unternehmen mit einer Geldbuße von bis zu 10% seines weltweiten Gesamtumsatzes belegt werden kann, wenn es gegen eine Verfügung gemäß § 19a Abs. 2 GWB-RefE verstößt. Die Möglichkeit, auf Grundlage völlig neuer gesetzlicher Regelungen, bei denen der Anwendungsbereich der Ordnungswidrigkeit mangels Präzedenzfällen noch nicht klar ist, Geldbußen zu verhängen, könnte gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verstoßen. Insbesondere kann das BKartA gemäß § 19a Abs. 2 GWB-RefE eine Verfügung ohne tatsächlichen Nachweis der Wettbewerbsschädlichkeit des jeweiligen Verhaltens erlassen. Hohe Geldbußen für einen Verstoß gegen eine solche Verfügung sind unverhältnismäßig und verstoßen auch gegen die Unschuldsvermutung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 2 EMRK), da der Unrechtsgehalt der Verletzung nie festgestellt wurde.
- **Das Verhältnis zu anderen Wettbewerbsregeln ist unklar.** Das Zusammenspiel von § 19a GWB-RefE mit den anderen Missbrauchsvorschriften im deutschen Recht sowie dem EU-Wettbewerbsrecht ist unklar. § 19a Abs. 3 GWB-RefE sieht ausdrücklich vor, dass andere Bestimmungen des deutschen und des europäischen Wettbewerbsrechts parallel angewandt werden können. Es wäre jedoch irritierend, wenn das BKartA parallele Verfahren für vergangenes Verhalten (nach § 19 GWB bzw. Art. 101 AEUV) und für zukünftiges Verhalten (nach § 19a GWB) basierend auf unterschiedlichen Beweismaßstäben führen könnte. Es ist auch unklar, ob die überragende marktübergreifende Bedeutung eine Art der Marktbeherrschung ist, die neben „klassischer“ Marktbeherrschung existiert, oder ob ein Unternehmen einen besonders hohen Grad an Marktbeherrschung innehaben muss, um unter § 19a GWB-RefE zu fallen. Die Entwurfsbegründung deutet zwar auf Letzteres hin, es scheint jedoch befremdlich, dass für einen besonders hohen Grad an Marktbeherrschung das Vorliegen „klassischer“ Marktbeherrschung keine notwendige Voraussetzung ist. Das legt nahe, dass die Schwelle in der Praxis niedriger sein könnte als die Schwelle für die Annahme „klassischer“ Marktbeherrschung.
- **Rechtsbehelfe gegen eine isolierte Feststellung von überragender marktübergreifender Bedeutung sind nicht hinreichend klar.** Bereits die erste Stufe des Verfahrens sollte gerichtlich überprüfbar sein, da die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung weitreichende Folgen für das

betroffene Unternehmen hätte. Es würde die Geschäftstätigkeit des Unternehmens lähmen, bevor die zweite Stufe des Verfahrens eröffnet wäre. Diesbezüglich ist es auch misslich, dass die Norm keine Befristung für eine Feststellung überragender marktübergreifender Bedeutung vorsieht. In der Entwurfsbegründung wird eine Befristung der Feststellung vorausgesetzt (S. 77), dies spiegelt sich aber nicht im Wortlaut der Vorschrift wider. Zudem erscheint die in der Begründung vorgeschlagene Befristung der Feststellungsverfügung auf fünf bis zehn Jahre angesichts der dynamischen Marktentwicklung auf digitalen Märkten zu lang. Stattdessen sollte die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung wegen der schnelllebigen Marktgegebenheiten in digitalen Märkten in Abständen von zwei bis drei Jahren überprüft werden.

- **Rechte Dritter sind unklar.** Es ist unklar, ob Dritte in den einzelnen Stufen eines Verfahrens nach § 19a GWB-RefE beigeladen werden können und inwiefern sie Akteneinsicht erhalten können.

Auch die Auswirkung des § 19a GWB-RefE auf private Schadensersatzklagen ist ungewiss. Wir sind der Überzeugung, dass der grundlegend neue § 19a GWB-RefE auf die verwaltungsrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung beschränkt sein sollte und deswegen zivilrechtliche Ansprüche nach § 33a GWB wegen überragender marktübergreifender Bedeutung ausgeschlossen sein sollten. Außerdem sollte die Bindungswirkung gemäß § 33a GWB ausdrücklich ausgeschlossen werden, weil ansonsten Feststellungen zur Marktbeherrschung auf einzelnen Märkten in Entscheidungen nach § 19a GWB von Klägern für zivilrechtliche Ansprüche nach § 33a i.V.m. §§ 19 und 20 GWB verwendet werden könnten.

- **Eine Vergrößerung der Kluft zwischen Art. 102 AEUV sowie dem Europarecht insgesamt und der deutschen Missbrauchsaufsicht ist angesichts der grenzüberschreitenden Natur der adressierten Unternehmen nicht sinnvoll.** Die Einführung von § 19a GWB-RefE wird die Kluft zwischen deutschem Recht und europäischem Recht, die bereits jetzt wegen des Begriffs der relativen Marktmacht nach § 20 GWB besteht, noch weiter vertiefen. Dabei sollte, wie die Monopolkommission treffend feststellt, eine Fragmentierung des EU-Binnenmarktes durch grenzüberschreitend unterschiedliche Rechtsstandards gerade vermieden werden (Monopolkommission, Policy Brief, S. 3). Die Überlegung die Missbrauchsvorschriften auf nicht marktbeherrschende Unternehmen anzuwenden ist dem Europarecht fremd. Zudem steht die Einführung einer Rechtswidrigkeitsvermutung und genereller Verbote ohne Abwägungsmöglichkeit nicht im Einklang mit dem „*more economic approach*“ des Europarechts und dem Recht anderer Mitgliedstaaten. Der Referentenentwurf passt ebenfalls nicht zur kürzlich ergangenen EU-Verordnung zu Plattformen. Die P2B-Verordnung verpflichtet Plattformen dazu, differenzierte Behandlung offenzulegen, verbietet sie aber nicht.

Zudem ist die Rechtsfrage noch nicht geklärt, ob das BKartA verpflichtet ist, Art. 102 AEUV parallel zum deutschen Missbrauchsrecht anzuwenden (vgl. *W. Wils zu Facebook* in: *Concurrences* Nr. 3-2019, S. 62). Sollte dies zutreffen, dann würde § 19a GWB seinen Zweck nicht erfüllen, da eine Beschleunigung des Verfahrens nicht erreicht werden könnte.

II. § 19 Abs. 1 GWB-RefE

Zu den Änderungen in § 19 Abs. 1 GWB haben wir folgende Anmerkungen:

- **Gesetzgeberische Unterstützung der Facebook-Entscheidung des BKartA hat nachteilige Folgen.** Der Referentenentwurf schlägt eine Änderung des Wortlauts von § 19 Abs. 1 GWB vor, nach der die Feststellung eines Ausbeutungsmissbrauchs keine strenge Kausalität zwischen dem missbräuchlichen Verhalten und den Auswirkungen auf den Wettbewerb mehr voraussetzen würde. Dadurch wird die umstrittene *Facebook*-Entscheidung des BKartA politisch gestützt. Es ist zu erwarten, dass das BKartA in der Zukunft ähnliche Verfahren auf Grundlage nicht-wettbewerbsbezogener Bedenken, z.B. Datenschutz- und Transparenzverpflichtungen, durchführen wird, ohne dass ein klarer Bezug zu Auswirkungen auf den Wettbewerb erkennbar wäre.

Diese Bedenken äußert auch die Monopolkommission, die sich gegen eine Änderung des § 19 Abs. 1 GWB ausspricht – auch um ein Auseinanderfallen des deutschen und des europäischen Rechts zu verhindern (Policy Brief, S. 4). Der Verzicht auf den Ursachenzusammenhang zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und einem missbräuchlichen Verhalten führe zu Rechtsunsicherheit, weil jede potentiell unbillige vertragliche Regelung und jeder Gesetzesverstoß für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs ausreichen könnten. Da eine Verletzung von § 19 Abs. 1 GWB-RefE auch in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung geltend gemacht werden kann, ist zudem nicht auszuschließen, dass Kunden sich in Zivilverfahren auf Ausbeutungsmissbrauch berufen würden, um sich ihren vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen.

- **Der Wegfall der strengen Kausalität ist nicht sachgerecht und führt zu einem Auseinanderfallen des deutschen und des europäischen Rechts.** Der Begründung des Referentenentwurfs zufolge dient die Änderung in § 19 Abs. 1 GWB-RefE nur der Klarstellung, dass in Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs keine strenge Kausalität erforderlich sei. Dies entspreche schließlich der Praxis und Rechtsprechung zu anderen Missbrauchskonstellationen.

Wir sind nicht der Auffassung, dass eine Angleichung des Kausalitätserfordernisses für alle Missbrauchskonstellationen geboten ist. Während in Fällen des Behinderungsmissbrauchs die Auswirkungen des Verhaltens auf den Wettbewerb gerade durch die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens verstärkt werden, gilt dies in Fällen des Konditionenmissbrauchs nicht. Die Verwendung bestimmter, potentiell missbräuchlicher Konditionen in Verträgen belastet die betroffenen Verbraucher unabhängig davon, ob sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen oder einem den Markt nicht beherrschenden Wettbewerber gesetzt werden. Ein – nach dem Zweck der Missbrauchskontrolle erforderlicher – Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens und der Wettbewerbsschädlichkeit des Verhaltens besteht folglich nur, wenn die Konditionen allein aufgrund dieser Marktstellung durchgesetzt werden konnten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26. August 2019, VI-Kart 1/19 (V) – Facebook; Monopolkommission, Policy Brief, S. 4 f.; Höppner/Weber, K&R 2020, S. 24 (30); Franck, ZWeR 2016, S. 137 (151)). In Fällen des Ausbeutungsmissbrauchs gilt daher (auch) im europäischen Recht, dass die

Durchsetzung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen einem Unternehmen erst durch dessen Marktmacht ermöglicht werden darf. Das ergibt sich aus der Rechtsprechung zum Ausbeutungsmissbrauch, in der die Ausbeutung auf Grundlage eines Vergleichs der von dem marktbeherrschenden Unternehmen gestellten Vertragsbedingungen mit den auf dem relevanten Markt im Allgemeinen herrschenden Vertragsbedingungen geprüft wird (EuGH, Urteil v. 14. Februar 1978, Rs. 27/76 – *United Brands*). Ein Ausbeutungsmissbrauch liegt demnach nur vor, wenn die Vertragsbedingungen des marktbeherrschenden Unternehmens in unverhältnismäßiger Weise von den Bedingungen abweichen, die auf einem wettbewerbsorientierten Markt gelten. Das bedeutet, dass ein Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Ausbeutung vorliegen muss. Im Gegensatz dazu lässt § 19 Abs. 1 GWB-RefE normative Kausalität ausreichen, durch die selbst typisches Marktverhalten (nämlich Marktverhalten, das auch nichtmarktbeherrschende Unternehmen an den Tag legen, siehe S. 72 f.) als missbräuchlich eingeordnet werden kann, wenn es von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht.

- **Mit dem Wegfall der strikten Kausalität wird in die Zuständigkeitsbereiche anderer Behörden eingegriffen (z.B. bei Verletzungen des Datenschutzrechts).** Ohne das Kausalitätserfordernis kann jeder Verstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen ein Gesetz, gleich aus welchem Rechtsgebiet, zu einem Kartellrechtsverstoß werden. Hierdurch wird jede gesetzliche Zuständigkeitsregelung außer Kraft gesetzt und Eingriffsrechte werden bei der Kartellbehörde gebündelt, wie das OLG Düsseldorf in seiner *Facebook*-Entscheidung feststellte (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26. August 2019, VI-Kart 1/19 (V)). Es wäre auch nicht effizient diese Fälle vom BKartA beurteilen zu lassen, da das BKartA nicht die geeignete Stelle für die Auslegung von AGB-Recht oder Datenschutzrecht ist.
- **Die Kartellbehörden könnten in Fällen eingreifen, die den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.** Das Risiko von „Over-Enforcement“ ist vor allem vor dem Hintergrund besorgniserregend, dass das BKartA bei einem Verstoß gegen § 19 GWB Geldbußen erlassen kann (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB), die in Anbetracht des breiten Spektrums an möglichen Rechtsverletzungen unberechenbar sind.

III. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE

Zudem haben wir einige Anmerkungen zur Aufnahme von Daten in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE.

- **Umfangreicher Zugang zu Daten.** Wir sind der Auffassung, dass die Änderung an § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB zu einer unerwünschten Abweichung des deutschen vom europäischen Recht führen wird, da Art. 102 AEUV wesentlich strengere Voraussetzungen für den Zugang zu Daten aufstellt als der neue § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE.
- **Die gesamte europäische Rechtsprechung zu „Essential Facilities“ sollte Berücksichtigung finden.** Wir haben festgestellt, dass die Begründung des Referentenentwurfs sich ausschließlich auf die *Microsoft I*-Entscheidung (EuG, Urteil v. 17. September 2007 – T-201/04) bezieht und frühere Entscheidungen wie *IMS Health*, *Magill*, und *Oscar Bronner* nicht berücksichtigt wurden, die strengere Kriterien für den Zugang zu geistigem Eigentum aufgestellt haben (das

Erfordernis eines neuen Produkts und des vollständigen Ausschlusses des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt).

- **Einordnung von Daten als wesentliche Einrichtung ist fragwürdig.** § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE soll Zugang (nur) zu wesentlichen Einrichtungen ermöglichen. Nach unserer Kenntnis gibt es keinen Fall, in dem Daten als wesentliche Einrichtung anerkannt wurden (in *Microsoft I* wurde Interoperabilität gefordert). Daher sind wir der Ansicht, dass ein Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE (und § 20 Abs. 1a GWB-RefE) nur in Ausnahmefällen ermöglicht werden sollte, nämlich wenn die Kriterien für den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung erfüllt sind, d.h. wenn die Duplizierung der Daten praktisch unmöglich ist und die Daten für die Geschäftstätigkeit des Anspruchstellers unerlässlich sind. Dies sollte aus dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE oder zumindest aus der Begründung zum Referentenentwurf klarer hervorgehen.

- **Es ist zwischen verschiedenen Arten von Daten zu unterscheiden.** Der Referentenentwurf geht nicht auf die anerkannten Unterschiede zwischen verschiedenen Arten von Daten ein und gibt keine klaren Richtlinien dafür, ob Zugang zu historischen oder aggregierten Daten ausreichend ist, oder ob Zugang zu Rohdaten gefordert werden kann. Es ist zudem unklar, wie damit umgegangen werden soll, dass bestimmte Daten Geschäftsgeheimnisse oder wettbewerbsrelevante Informationen enthalten. Außerdem ist fraglich, wie ein Datenzugangsanspruch, der sich auf personenbezogene Daten erstreckt, mit der DSGVO in Einklang zu bringen sein soll. Die DSGVO verbietet jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten ohne rechtliche Grundlage, was sowohl die Übertragung der Daten als auch die Weiternutzung durch den Übertragungsempfänger betrifft. Der Referentenentwurf stellt klar, dass die Datenzugangsregelungen keinen Rechtfertigungstatbestand für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten darstellen sollen (S. 84), sie wirken also insbesondere nicht als Rechtfertigung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO. An einem anderen Rechtfertigungstatbestand wird es regelmäßig fehlen, solange die Übertragung personenbezogener Daten nicht im Interesse der betroffenen Personen, sondern ausschließlich zum (vermeintlichen) Schutz des Wettbewerbs erfolgt. Die Verweigerung der Bereitstellung von Daten kann aber nicht unbillig sein, wenn deren Weitergabe datenschutzrechtlich unzulässig ist (vgl. Bueren, ZWeR 2019, S. 403 (422)). Letztlich lassen sich daher Widersprüche zum Datenschutzrecht und rechtliche Risiken für den zur Übertragung Verpflichteten und Gefährdungen für die Rechte des Inhabers der personenbezogenen Daten nur dadurch vermeiden, dass personenbezogene Daten von der Pflicht zur Übertragung ausgenommen werden. Schlussendlich fehlt es im Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE an einer Klarstellung dazu, dass keine Pflicht zur Offenlegung von Algorithmen besteht. Eine entsprechende Regelung wäre wünschenswert, da die P2B-Verordnung nur die transparente Darstellung der für den Algorithmus relevanten Faktoren vorschreibt und eine Offenlegungspflicht für bestimmte Algorithmen sogar explizit ausschließt (Art. 5).

- **Die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Nicht-Wettbewerber führt zu einer ungewollten Abweichung vom europäischen Recht.** Dem Wortlaut nach setzt § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE nicht mehr voraus, dass der Anspruchsteller und der Dateninhaber in Wettbewerb zueinander stehen („um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein“). Es könnte daher passieren, dass potentielle

Wettbewerber oder Start-Ups, die auf dem relevanten Markt noch gar nicht tätig sind, versuchen unter Berufung auf § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE Datenzugang zu erhalten. Eine Zugangsgewährung unter diesen Umständen widerspräche dem wettbewerbsrechtlichen Grundsatz, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Wettbewerber nicht fördern muss. Es entstünde das Risiko unseriöser Klagen von Dritten, die versuchen könnten als Trittbrettfahrer Zugang zu Daten zu erhalten, die unter erheblichen Kosten gesammelt wurden. Dadurch würden Innovationsanreize gemindert und möglicherweise Eigentumsrechte nach Art. 14 GG verletzt. Außerdem ist eine Abweichung des deutschen vom europäischen Recht zu vermeiden. Wir schlagen daher vor klarzustellen, dass nur Wettbewerber berechtigt sein sollten, Datenzugang zu verlangen.

- **Die Festlegung einer angemessenen Entschädigung kann nicht den Gerichten überlassen werden.** Wir stimmen mit dem Vorschlag des Referentenentwurfs insoweit überein, dass der Zugang zu Daten nur gegen eine angemessene Entschädigung zu gewähren ist. Leider wird in der Begründung zum Referentenentwurf die Auffassung vertreten, dass in manchen Fällen Zugang ohne Entschädigung angemessen sein könne. Zum einen gibt diese Regelung keine ausreichende Rechtssicherheit, unter welchen Bedingungen Zugang ohne Entschädigung angemessen sein könnte. Außerdem zeigt die Welle an FRAND-Klagen im Zusammenhang mit der Lizenzierung von standardessentiellen Patenten, dass Zivilgerichte nicht unbedingt das richtige Forum für die Beurteilung fairer Marktpreise in hochtechnologischen und schnelllebigen Märkten sind.
- **Eine Übergangsfrist ist erforderlich.** Angesichts der erheblichen potentiellen Auswirkungen der Erweiterung des Datenzugangs nach der „Essential Facility“-Doktrin sollte in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RefE klargestellt werden, dass die Regelung nur auf Daten anwendbar ist, die nach Inkrafttreten des Gesetzes gesammelt wurden, oder dass sie erst nach einer angemessenen Frist (z.B. drei Jahre) in Kraft tritt, damit Unternehmen die neuen Bedingungen bei ihren Investitionsentscheidungen berücksichtigen können.

IV. § 20 GWB-RefE

Wir haben auch einige Anmerkungen zu den vorgeschlagenen Änderungen des § 20 GWB:

- **Die Ausweitung des Schutzbereichs der relativen Marktmacht schafft unnötige Rechtsunsicherheit.** Der Referentenentwurf sieht vor, die KMU-Voraussetzung in § 20 Abs. 1 GWB zu streichen und zusätzlich die Anwendung der Norm auf Unternehmen mit Intermediationsmacht auszuweiten. Der Anwendungsbereich der relativen Marktmacht ist bereits nach geltendem Recht nicht klar definiert. Ihre Anwendung auszuweiten wird die Rechtsunsicherheit noch erhöhen. Es ist zudem nicht notwendig, die KMU-Voraussetzung zu streichen. Der Gesetzeszweck besteht im Schutz von KMU vor größeren Unternehmen, welche die Abhängigkeit eines KMU von Geschäftsbeziehungen mit ihnen ausnutzen. Obwohl wir anerkennen, dass Abhängigkeitsverhältnisse auch zwischen größeren Unternehmen bestehen können, benötigen diese nicht den Schutz von § 20 Abs. 1 GWB-RefE. Größere

Unternehmen haben in der Regel die notwendigen Ressourcen um ihre Abhängigkeit durch einen Produkt- oder Lieferantenwechsel zu verringern.

- **Der Umfang intermediärer relativer Marktmacht ist unklar.** Es ergibt sich nicht eindeutig aus § 20 Abs. 1 S. 2 GWB-RefE, unter welchen Umständen eine intermediäre relative Marktmacht angenommen werden soll. Insbesondere ist unklar, wann ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten vorliegen. Die Unklarheit wurde von den Autoren des Referentenentwurfs bewusst in Kauf genommen, um das Vorliegen von intermediärer relativer Marktmacht anhand dieser Generalklausel einzelfallbezogen festlegen zu können (*Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606 (609), siehe auch *Körber*, NZKart 2019, 633 (634)). Da § 20 GWB überwiegend in privaten Rechtsstreitigkeiten zur Anwendung kommt, ist diese zusätzliche Rechtsunsicherheit betreffend den Anwendungsbereich der Bestimmung jedoch nicht wünschenswert. Einige Orientierungshilfen in der Entwurfsbegründung wären daher hilfreich.
- **Die Verpflichtung interne Daten weiterzugeben, wird den Anreiz für Innovationen verringern.** Nach dem vorgeschlagenen neuen § 20 Abs. 1a GWB-RefE können Unternehmen dazu verpflichtet werden, Zugang zu Daten zu gewähren, wenn das Geschäftsmodell eines Kunden oder Lieferanten von diesem Zugang abhängig ist. Der Absatz sieht ausdrücklich vor, dass Unternehmen auch zur Weitergabe interner Daten verpflichtet werden können, die vorher noch nie für Kunden oder Lieferanten zugänglich gemacht wurden. Investitionen in die Erhebung und Analyse von Daten verlieren für Unternehmen an Attraktivität, wenn das erhebliche Risiko besteht, dass sie die Ergebnisse dieser Investitionen öffentlich zugänglich machen müssen. Die vorgeschlagenen weitreichenden Datenzugangsrechte riskieren somit, den Anreiz für Innovationen zu verringern. Auch in diesem Fall gilt, dass aus Gründen des effektiven Datenschutzes personenbezogene Daten von der Verpflichtung zur Datenübertragung ausgenommen sein müssen.
- **§ 20 Abs. 3a GWB-RefE führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit.** Es sollte sich aus dem Wortlaut des § 20 Abs. 3a GWB-RefE und nicht erst aus der Entwurfsbegründung ergeben, dass die Norm das Phänomen des „*Tipping*“ aufgreifen soll. Die Tatsache, dass § 20 Abs. 3a GWB-RefE das interne Wachstum als mögliche Behinderung erfasst, führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Zwar bezieht sich die Bestimmung nur auf Verhaltensweisen, die den Leistungswettbewerb verzerren, doch stellt diese Änderung eine grundlegende Abweichung von langjährigen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen dar.

V. § 32a Abs. 1 GWB-RefE

- **Der erleichterte Einsatz einstweiliger Maßnahmen sollte an strengere Voraussetzungen geknüpft werden.** Der Referentenentwurf sieht vor, den Einsatz einstweiliger Maßnahmen durch das BKartA zu erleichtern. Nach geltendem Recht können einstweilige Maßnahmen nur erlassen werden, um die „Gefahr eines ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb“ abzuwenden. Die vorgeschlagene Änderung sieht vor, diese Schwelle herabzusetzen und einstweilige Maßnahmen bereits dann zuzulassen, wenn dies „zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens

geboten“ ist. Dahinter steht der Gedanke, durch den Einsatz einstweiliger Maßnahmen die Kartellrechtsdurchsetzung effektiver zu gestalten. Wir weisen darauf hin, dass die Vorbereitung einer Anordnung nach § 32a Abs. 1 GWB-RefE ressourcenintensiv ist. Die Durchführung von einstweiligen Maßnahmen kann daher den unerwünschten Effekt haben, dass sich das Verfahren in der Hauptsache verlängert.

Wir teilen die Auffassung, dass eine Änderung von § 32a GWB-RefE notwendig ist, um dem BKartA den Einsatz von einstweiligen Maßnahmen zu ermöglichen. Andererseits beeinträchtigt ein übermäßiger Einsatz einstweiliger Maßnahmen die unternehmerische Freiheit, und kann sogar die gegenteilige Wirkung entfalten und den Wettbewerb behindern. Um einstweilige Maßnahmen zu stärken, ohne gleichzeitig die unternehmerische Freiheit über Gebühr einzuschränken, sind Anpassungen des Entwurfs erforderlich.

Nach der aktuellen Formulierung des Entwurfs kann das BKartA eine einstweilige Maßnahme anordnen, wenn dies „zum Schutz des Wettbewerbs geboten“ ist. Das trifft jedoch auf jeden Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zu. Wir würden daher nahelegen, den Einsatz einstweiliger Maßnahmen auf schwerwiegende und unmittelbare Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, wie im französischen Recht („*une atteinte grave et immédiate*“) zu beschränken, was auch der aktuellen Formulierung zum Schutz von Wettbewerbern entspräche („unmittelbar drohende, schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs“).

Wir weisen darauf hin, dass einstweilige Maßnahmen zum Schutz einzelner Unternehmen nur dann angemessen sein können, wenn das andere Unternehmen so effizient ist wie das von der Maßnahme betroffene Unternehmen. Es ergibt keinen Sinn, den Adressaten der Bestimmung die Last tragen zu lassen, dass ein anderer Marktteilnehmer weniger leistungsfähig ist und daher leichter durch das Verhalten des Adressaten beeinträchtigt wird, obwohl dieses keine negativen Auswirkungen auf leistungsfähige Wettbewerber hat. Wir gehen davon aus, dass einstweilige Maßnahmen nur dann zum Schutze eines Wettbewerbers geboten sein können, wenn ein Ursachenzusammenhang zwischen dem abzustellenden Verhalten und der Beeinträchtigung des Wettbewerbers besteht (vgl. *Podszun/Deutsche*, WuW 2019, 613 (617)).

Grundsätzlich gilt, dass bei besonders einschneidenden Maßnahmen die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit einer Zuwiderhandlung entsprechend hoch sein müssen. Bei der Anwendung von einstweiligen Maßnahmen auf digitale Sachverhalte ist zudem das Maß an rechtlicher Unsicherheit bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen, insbesondere ist Zurückhaltung geboten, besonders einschneidende Maßnahmen auf Grundlage ungeklärter Rechtsfragen anzuordnen (vgl. *Podszun/Deutsche*, WuW 2019, 613 (615)). Darüber hinaus könnte man überlegen, ob einstweilige Maßnahmen nur in den Fällen angeordnet werden sollten, in denen die Maßnahme leicht umzusetzen ist, z.B. indem bestimmte Vertragsbestimmungen ausgesetzt werden, und nicht komplexe technische Maßnahmen ausgearbeitet werden müssen.

VI. § 56 Abs. 1 GWB-RefE

- **Einschränkung des Rechts des Unternehmens auf rechtliches Gehör.** Dem BKartA das Recht zu verleihen, lediglich eine mündliche Anhörung anstelle einer schriftlichen Mitteilung der Beschwerdepunkte und einer schriftlichen Stellungnahme durchzuführen, birgt das Risiko, gegen das Recht des Unternehmens auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren zu verstoßen. Das gilt insbesondere in Verfahren mit komplexen Sachverhalten, wie z.B. digitalen Plattformen, die auf mehrseitigen Märkten aktiv sind. Eine solche Herabsetzung der Verteidigungsrechte ist vor dem Hintergrund der umfangreichen neuen Befugnisse des BKartA im Rahmen der 10. GWB-Novelle besonders besorgniserregend.

Der dahinterstehende Gedanke des Referentenentwurfs war, Verfahren insbesondere in Fällen betreffend schnelllebige Märkte zu beschleunigen, was grundsätzlich für die betroffenen Unternehmen von Vorteil wäre. Schnelllebige Märkte sind aber häufig komplexe Märkte. Es wird schwierig, wenn nicht gar unmöglich, die komplexen Strukturen und Prozesse eines mehrseitigen digitalen Marktes mit potentiellen Effekten auf verschiedenen Marktseiten in einer mündlichen Anhörung zu diskutieren. Darüber hinaus kann es zu Unstimmigkeiten kommen, ob alle in der späteren Entscheidung des BKartA genannten Vorwürfe bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angesprochen wurden. Mündliche Anhörungen sollten nur dann anstelle einer schriftlichen Mitteilung der Beschwerdepunkte zugelassen werden, wenn sich der Fall dafür eignet, wenn also die rechtlichen und tatsächlichen Fragen nicht besonders komplex sind.

Das Ziel der Verfahrensbeschleunigung ist zwar lobenswert, wir würden aber alternative Möglichkeiten für eine effizientere Verfahrensgestaltung vorschlagen, z.B. im Hinblick auf das Akteneinsichtsverfahren oder generell durch Fokussierung der Ermittlungen auf entscheidungsrelevante Fragen. Des Weiteren könnte der Rahmen der gerichtlichen Überprüfung von Bußgeldern – der im Wesentlichen eine erneute Überprüfung aller relevanten Beweismittel der Prozessakte erfordert und häufig lange Zeugenbefragungen und das Verlesen interner Dokumente im Gerichtssaal involviert – so geändert werden, dass die Verfahrensdauer erheblich verkürzt wird, ohne dass vergleichbare Nachteile für die Verteidigungsrechte der Parteien entstehen.

Verpflichtungszusagen nach § 32b GWB sind ebenfalls ein nützliches Instrument, um zu schnellen Lösungen zu gelangen, wie die jüngste Entscheidung zu den Verpflichtungszusagen von Amazon zeigt.

VII. § 59 GWB-RefE

- **Die Abschaffung des Schweigerechts passt nicht in das deutsche System der Geldbußen für natürliche Personen.** Die vorgeschlagene Änderung von § 59 GWB, die auf die Umsetzung der ECN+ Richtlinie abzielt, ermöglicht dem BKartA umfassende Informationen von Unternehmen und Einzelpersonen anzufordern, und stellt somit eine grundlegende Abkehr vom bestehenden Schweigerecht dar. Die in § 59 Abs. 3 S. 3 und 4 GWB-RefE verortete Einschränkung des Schweigerechts ist auf Verwaltungsverfahren und Vergabeverfahren (über § 163 Abs. 2 S. 5 GWB-RefE) anwendbar. Wir

begrüßen, dass die Vorschriften zum Bußgeldverfahren nicht auf diesen konkreten Abschnitt der Vorschriften zum Verwaltungsverfahren verweisen (kein Verweis aus § 81o Abs. 1 S. 1 GWB-RefE auf § 59 Abs. 3 S. 3 und 4 GWB-RefE). Eine Abschaffung des Schweigerechts im Bußgeldverfahren wäre wegen der quasi-strafrechtlichen Natur des Bußgeldverfahrens verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigen. Die Abschaffung des Schweigerechts in Verwaltungs- und Vergabeverfahren ist aber zumindest verfassungsrechtlich bedenklich. Es ist nicht auszuschließen, dass in einem Vergabeverfahren natürliche Personen auf ein Auskunftsverlangen hin eine Submissionsabsprache offenlegen müssten. In Verwaltungsverfahren spielen Aussagen natürlicher Personen nur eine untergeordnete Rolle, weshalb keine Notwendigkeit für die Regelung in § 59 Abs. 3 S. 3 und 4 GWB-RefE erkennbar ist. Einer natürlichen Person unter diesen Umständen das Recht zu Schweigen zu versagen, erscheint unverhältnismäßig und ist mit der verfassungsmäßig garantierten Menschenwürde unvereinbar. Ob die Abschaffung des Schweigerechts zur Umsetzung der ECN+-Richtlinie überhaupt notwendig war, ist zudem umstritten (Körber, NZKart 2019, 633).

- **Abschaffung des Schweigerechts während Durchsuchungen.** Vergleichbar zu § 59 GWB-RefE schafft der vorgeschlagene neue § 59b GWB-RefE das Schweigerecht im Rahmen von Durchsuchungen ab. Die oben genannten Vorbehalte gegenüber der Abschaffung des Schweigerechts gelten entsprechend.

VIII. § 35 GWB-RefE

- **Begrüßenswerte Änderungen bei den Fusionskontrollvorschriften und der Einführung einer elektronischen Anmeldeplattform.** Wir begrüßen die Anhebung der inländischen Umsatzschwellen für die Fusionsanmeldung in § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE von € 5 Mio. auf € 10 Mio. und die Absicht des BKartA, eine elektronische Plattform für die Anmeldung von Zusammenschlüssen einzuführen

IX. § 39a GWB-RefE

- **Sektorspezifische Fusionskontrolle widerspricht dem Grundsatz der gleichmäßigen Geltung des Wettbewerbsrechts für alle Unternehmen.** Der neu eingefügte § 39a GWB-RefE ermöglicht es dem BKartA, Zusammenschlüsse unterhalb der Inlandsumsatzschwellen und der Transaktionswertschwelle aufzugreifen. Ähnlich wie § 19a GWB-RefE hat das BKartA auch bei § 39a GWB-RefE einen weiten Ermessensspielraum bei der Auswahl der Normadressaten. Die erforderlichen Anhaltspunkte dafür, dass in einem Wirtschaftszweig wettbewerblich problematische Konzentrationen zu befürchten sind, können sich unter anderem aus einer Sektoruntersuchung ergeben (S. 100 des Referentenentwurfs), deren Einleitung und Umfang wiederum im Ermessen des BKartA steht. Die Vorschrift des §39a GWB-RefE gibt dem BKartA unseres Erachtens einen zu weiten Ermessensspielraum bei der Auswahl der Normadressaten. Die tatbestandliche Voraussetzung, dass „Anhaltspunkte dafür bestehen, durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen eingeschränkt werden kann“ (§ 39a Abs. 1 Nr. 2 GWB-RefE)“ ist sehr unbestimmt und enthält keine Erheblichkeitsschwelle dahingehend, dass das betroffene Unternehmen bereits Marktmacht hat oder

eine signifikante Beeinträchtigung des Wettbewerbs droht, was angesichts der niedrigen Umsatzschwelle von vornherein unwahrscheinlich ist, und verstößt zudem gegen den Grundsatz, dass das Wettbewerbsrecht gleichermaßen für alle Unternehmen gilt. Wie die Monopolkommission treffend feststellt, ist eine Erhöhung der Aufgreifschwelle nur dann vertretbar, wenn sichergestellt wird, „dass es auf regionalen Märkten nicht zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsbedingungen kommt.“ (Monopolkommission, Policy Brief, S. 7). Die neue Regelung stelle aber gerade kein geeignetes Instrument dar, um die Regionalmarktproblematik zu adressieren. Es fehle bereits im Wortlaut der Norm an Tatbestandsvoraussetzungen, gemäß denen regionalmarktspezifische Folgerwerb von Fusionen auf andere Märkten abzugrenzen seien. Damit werde „die Wirkung des § 39a GWB-RefE [...] abhängig von der Praxis des Bundeskartellamts, asymmetrisch und stets nachlaufend sowie insgesamt kaum vorhersehbar“. Sollte es, wie die Begründung andeutet (S. 99), um Akquisitionsstrategien von Unternehmen gehen, bei denen eine Reihe kleinerer Akquisitionen im gleichen Sektor aneinander gereiht werden, wäre es sinnvoll, dies im Tatbestand als Anwendungsfall zu nennen, um den weiten Anwendungsbereich einzugrenzen.

- **Erhöhung von Verwaltungsaufwand und Rechtsunsicherheit auf Seiten der Unternehmen.** Das neue Aufgreifinstrument für das BKartA passt zudem nicht zu dem erklärten Ziel des Referentenentwurfs, die Fusionskontrolle effektiver zu gestalten. Stattdessen wird der Verwaltungsaufwand für die betroffenen Unternehmen erhöht, die nun auch den Erwerb von sehr kleinen Unternehmen (ab € 2 Mio. Jahresumsatz) anmelden müssen, während gleichzeitig die (allgemeine) Inlandsumatzschwelle auf € 10 Mio. Jahresumsatz erhöht wird (§ 35 GWB-RefE). Dabei ist ausgesprochen unwahrscheinlich, dass sich Transaktionen in der definierten Größenordnung, überhaupt spürbar negativ auf den Wettbewerb auswirken. Die Vorschrift steht auch in einem Wertungswiderspruch zur Bagatellmarktklausel des § 36 Abs. 1 Nr. 2 GWB, in der zum Ausdruck kommt, dass bei der Frage, wo kartellbehördliche Ressourcen einzusetzen sind, eine volkswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Analyse anzustellen ist (63. Sondergutachten der Monopolkommission, S. 26).

Begrüßenswert ist, dass nur Zielgesellschaften mit einer Schwerpunkttätigkeit in Deutschland erfasst werden. Erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht aber dadurch, dass die Anmeldepflicht davon abhängt, ob die Zielgesellschaft in einem bestimmten Wirtschaftszweig tätig ist. Der Referentenentwurf verweist für die Definition von „Wirtschaftszweigen“ auf die Klassifikation des Statistischen Bundesamtes (WZ 2008). Die Definition dieser Wirtschaftszweige orientiert sich an gänzlich anderen Kriterien als die Definition von Märkten im wettbewerbsrechtlichen Sinne, sodass hier im Wege der Prüfung der Anmeldepflicht eines Zusammenschlusses die Tätigkeit der Zielgesellschaft zunächst einem Wirtschaftszweig im Sinne der Klassifikation des Statistischen Bundesamtes zugeordnet werden muss.