

# Stellungnahme zum Entwurf einer Änderung des Gesetzes gegen Wett- bewerbsbeschränkungen (GWB- Digitalisierungsgesetz vom 23.01.2020)

Berlin, Februar 2020

Ansprechpartner zum Thema

Geschäftsführung  
Dr. Kurt-Christian Scheel

Abteilungsleiter  
Dr. Ralf Scheibach  
Tel. 030-897842-260  
Ralf.scheibach@vda.de

## I. Vorbemerkung

Die Automobilindustrie steht in den Bereichen Antriebstechnik, Digitalisierung und Wettbewerbsumfeld national wie international vor erheblichen Umbrüchen. Hersteller und Zulieferer überprüfen ihr Produktportfolio, integrieren neue Technologien aus den IT- und IKT-Bereichen und verändern die Zusammenarbeit in den Wertschöpfungsstufen. Auch der Kfz-Vertrieb mit seinem Kontakten zu Handel und Endkunden steht vor gravieren Veränderungen. Online-Angebote, Portale und auch Plattformen werden als zukünftige Kanäle zur Interaktion mit den Verbrauchern gesehen. Das GWB-Digitalisierungsgesetz bedeutet daher für die Automobilindustrie wie für alle anderen Sektoren der deutschen Industrie, die sich in Transformationsprozessen befinden, eine bedeutende Vorlage des Gesetzgebers, die auf ihre Vereinbarkeit mit der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit einer digitalisierten Industrie zu prüfen ist.

Fraglich ist insbesondere, ob die Vorschläge zur Missbrauchsaufsicht und zur Fusionskontrolle für die zukünftige Positionierung der Automobilindustrie geeignet sind. Die Erstellung Speicherung und Verarbeitung von technischen wie personenbezogenen Daten ist schon heute Kernbestandteil von Forschung und Entwicklung. Die Nutzung der mit erheblichem Aufwand geschaffenen Datenwirtschaft bei Herstellung, Vertrieb und Nutzung von Kraftfahrzeugen stellt eine wesentliche Grundlage für die Wettbewerbsposition von Herstellern und Zulieferern künftig dar.

Die 10. GWB-Novelle soll nach dem vorliegenden Referentenentwurf „einen digitalen Ordnungsrahmen [...] schaffen“ und dient daneben, worauf hier nicht weiter eingegangen werden soll, der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1 zu Regelungen das kartellbehördliche Verfahren betreffend. Zur Schaffung dieses „Ordnungsrahmens“ sind insbesondere Änderungen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht vorgesehen, die teilweise jedoch als kartellrechtsfremde, überschießende Regelung eines allgemeinen Rechts auf Datenzugang abzulehnen sind (vgl. u. II.+III.). Die Begründung von allgemeinen Datenzugangsrechten über das Kartellrecht erscheint nicht sachgerecht.

Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht ist auf Verhinderung bestimmter, schädlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausgerichtet und darf nicht in eine vermeintliche „Innovationsförderungspflicht“ umgedeutet werden, indem Unternehmen verpflichtet werden, eigene Datenbestände für Dritte zugänglich zu machen – was sich auf längere Sicht im Übrigen innovationshemmend auswirken würde. Ein Bestand von Daten geht im Allgemeinen auf vorherige Investitionen des den Datenbestand haltenden Unternehmens zurück. Die aus diesen Investitionen resultierende Wettbewerbsposition hat nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen (im Sinne der „Essential Facilities Doktrin“) hinter dem Zugriffsinteresse Dritter zurückzutreten, die auf fremde Datenbestände ihre eigenen Geschäftsmodelle aufbauen wollen.

Hinzu kommt, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem aktuell vorliegenden Vorschlag von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E deutlich über das erklärte Ziel zur Schaffung eines Datenzugangs hinauschießt, was im Ergebnis zu einer Entwertung von Immaterialgüterrechten insgesamt und damit zu Standortnachteilen für deutsche Unternehmen im europäischen Wettbewerb führen würde.

## II. Im Einzelnen:

### 1.. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E

Mit der vorgeschlagenen Neuregelung soll das deutsche Recht ausweislich der Gesetzesbegründung an die Weiterentwicklung der „Essential Facilities Doktrin“ auf europäischer Ebene angepasst und auf den Zugang zu Daten ausgeweitet werden.

Allerdings schießt die vorgeschlagene Neuregelung über das erklärte Ziel hinaus und führt zu einem Ungleichgewicht zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht: Nach der „Essential Facilities Doktrin“ hat der Inhaber eines Immaterialgüterrechts nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen den Zugriff auf sein Immaterialgüterrecht zu dulden, wenn:

- a) das die Rechtsposition, zu der Zugang begehrt wird, haltende Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt marktbeherrschend ist;
- b) die Rechtsposition, zu der Zugang begehrt wird, unentbehrlich ist, um auf dem nachgelagerten Markt zu konkurrieren (woran es fehlt, wenn auch nur besonders leistungsfähige Wettbewerber zu einer entsprechenden Investition in der Lage sind);
- c) durch die Weigerung das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindert wird, nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht;
- d) die Verweigerung des Zugangs zu einem Ausschluss von wirksamem Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt führt; und
- e) keine objektive Rechtfertigung für die Verweigerung des Zugangs besteht.

Die EU-Kommission erkennt dabei an, dass das Bestehen eines Immaterialgüterrechts eines marktbeherrschenden Unternehmens als solches nicht ausreicht, um Zugang nach der „Essential Facilities Doktrin“ zu beanspruchen, wenn es dem Zugang verlangenden Unternehmen möglich und zumutbar ist, ohne Verletzung des Rechts eine alternative Technologie zu nutzen oder zu entwickeln.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass die ungeklärte rechtliche Einordnung zur Dateninhaberschaft (kein Eigentum, Nutzungsrecht an Daten?) in die Prüfung der Gesetzesvorlage einbezogen werden muss. Die Essential Facilities Doktrin stellt bisher auf eine – andere ausschließende – Rechtsposition ab (Eigentum, IP), die bei den etwa in den Steuergeräten der Fahrzeuge generierten Daten nicht gegeben ist.

Indem der deutsche Gesetzgeber die bisherige Regelung in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB von „Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen“ auf „Waren oder gewerblichen Leistungen“ allgemein ausdehnt und lediglich beispielhaft den Zugang zu Daten, Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen nennt, können sämtliche Immaterialgüterrechte eines marktbeherrschenden Unternehmens dem Zugriff Dritter unterliegen, wenn sie für den Dritten „objektiv notwendig“ sind, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein. Dies stellt eine erhebliche Ausdehnung zu Lasten der Immaterialgüterrechtsinhaber gegenüber der „Essential Facilities

Doktrin“ dar, wonach der Zugang zu der Rechtsposition „unentbehrlich“ sein muss (und nicht lediglich „objektiv notwendig“).

Infolge dessen könnten Dritte z.B. auch die Lizenzierung von Marken oder sonstigen Schutzrechten (z.B. Designrechte) eines marktbeherrschenden Unternehmens verlangen, wenn diese bloß objektiv notwendig sind, um wirksamen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zu gewährleisten. Die vorgesehene Rückausnahme, dass die Verweigerung des Zugangs sachlich gerechtfertigt sein kann, rückt die Regelung nicht wieder ins Gleichgewicht, da sich stets der Rechteinhaber auf die Ausnahme berufen (und diese beweisen) müsste, um sein Ausschließlichkeitsrecht zu verteidigen. Auch könnten mögliche Lizenzzahlungen die Rechtfertigung der Lieferverweigerung generell in Frage stellen, so dass der Ausschließlichkeitscharakter des Schutzrechts verloren ginge.

Nicht nachvollziehbar ist außerdem, warum in der vorgeschlagenen Neuregelung auf das in der EuGH Rechtsprechung - insbesondere beim Zugang zu Immaterialgüterrechten - immer wieder betonte Erfordernis der „Verhinderung eines neuen Produktes“, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht, verzichtet werden sollte. Zumal dieses Erfordernis darauf beruht, „dass bei der Abwägung zwischen dem Interesse am Schutz des Rechts des geistigen Eigentums und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit seines Inhabers auf der einen und dem Interesse am Schutz des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite das zuletzt genannte Interesse nur dann überwiegen kann, wenn die Verweigerung der Lizenz die Entwicklung des Markts zum Nachteil der Verbraucher verhindert“. Ohne die Verhinderung eines neuen Produktes entsteht den Verbrauchern regelmäßig kein Nachteil, und die Interessenabwägung muss zugunsten des Monopolrechts ausfallen. Im Ergebnis darf die in der europäischen Rechtsprechung anerkannte Voraussetzung „Verhinderung eines neuen Produktes“ für einen Zugangsanspruch nicht durch eine nationale Regelung ausgehöhlt werden. Für den fraglichen Zugangsanspruch zu Daten gilt dies ebenso, da die in der Praxis relevanten Datenbestände regelmäßig immaterialgüterrechtlich durch den sui-generis Schutz für Datenbanken geschützt sind.

Eine solche, über die „Essential Facilities Doktrin“ weit hinausgehende Sonderregelung im deutschen Recht, würde zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen für die in Deutschland ansässigen Unternehmen führen und ist deshalb abzulehnen. Wenn tatsächlich – so der erklärte Wille des Gesetzgebers – eine Zugangsmöglichkeit zu Daten geschaffen werden soll, muss dies außerhalb des Kartellrechts erfolgen und unter strikter Beachtung der Voraussetzungen, wie sie von der europäischen Rechtsprechung im Rahmen der „Essential Facilities Doktrin“ herausgebildet wurden.

## 2. § 20 Abs.1a GWB-E

Laut der Gesetzesbegründung zu § 20 Abs. 1a GWB-E soll mit der Neuregelung ein „begrenzter Datenzugangsanspruch“ geschaffen werden, wenn die Angewiesenheit auf den Zugang zu Daten zu einer Abhängigkeit i.S. relativer Marktmacht führen kann.

Entgegen den einschränkenden Überlegungen in der Gesetzesbegründung, die auf bestehende Vertragsbeziehungen innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken verweist, stellt die Regelung ihrem Wortlaut nach lediglich auf die Angewiesenheit auf den Zugang zu Daten für die eigene

Geschäftstätigkeit ab, aus der eine Abhängigkeit folgen soll. Dies führt zu einem allgemeinen Zugangsanspruch Dritter, die Datenbestände eines beliebigen, nicht notwendiger Weise marktstarken Unternehmens für ihre eigene Geschäftstätigkeit nutzen können wollen, wenn „ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen“ (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB). Abhängig kann dabei auch ein Unternehmen sein, das seine Tätigkeit erst aufnehmen will, d.h. es findet keine Beschränkung auf Beziehungen innerhalb bestehender Wertschöpfungsketten statt.

Dies hätte einen allgemeinen Datenzugangsanspruch zur Folge, der über das Kartellrecht festgeschrieben wird. Verstärkt würde dies durch den Umstand, dass eine unbillige Behinderung auch anzunehmen sein kann, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist (vgl. § 20 Abs. 1a Satz 2 GWB-E). Die Gesetzesbegründung verweist insoweit zutreffend darauf, dass die Rechtsprechung bislang – mit gutem Grund – zurückhaltend ist, die Verweigerung der erstmaligen Drittbeflieferung als unbillige Behinderung zu betrachten. Dies steht im Einklang mit der Sichtweise der EU-Kommission, die Fälle der Beendigung einer bestehenden Lieferbeziehung eher als missbräuchlich betrachtet als die einer erstmaligen Lieferverweigerung. Die EU-Kommission betont in diesem Zusammenhang zu Recht die Bedeutung des Schutzes von Investitionen, die das marktbeherrschende Unternehmen in den Ausbau seines „Inputgeschäfts“ getätigt hat und die durch eine kartellrechtlich begründete Lieferverpflichtung beeinträchtigt werden.

Eine Kontrolle über Billigkeitserwägungen allein genügt nicht, um mögliche innovationshindernde Wirkungen eines allgemeinen Datenzugangsanspruchs zu vermeiden. Vielmehr muss der Datenzugang aus kartellrechtlichen Erwägungen auf einen engen Ausnahmebereich i.S.d. „Essential Facilities Doktrin“ beschränkt bleiben. Die vorgeschlagene Neuregelung von § 20 Abs. 1a GWB-E hätte zudem Standortnachteile für deutsche Unternehmen zur Folge, da sie ihre national gehosteten Datenbestände gegenüber Dritten unter festgelegten Voraussetzungen zugänglich machen müssten, während vergleichbare Zugangsansprüche in anderen Ländern nicht bestehen.

### **III. Sonstiges**

#### **1. § 18 Abs. 3 GWB-E**

Der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ soll als weiteres Kriterium für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens als marktbeherrschend herangezogen werden können. Dies stellt eine sinnvolle Klarstellung im Rahmen der geltenden Rechtslage dar.

#### **2. § 19 Abs. 1 GWB-E**

Die vorgeschlagene Änderung der bisherigen Formulierung „Die missbräuchliche Ausnutzung“ zu „Der Missbrauch“ führt nach unserer Einschätzung eher zu Unklarheiten und ist deshalb abzulehnen. Auch die entsprechende Regelung auf europäischer Ebene (Art. 102 AEUV) spricht von der „missbräuchliche[n] Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“. Im Interesse eines Gleichlaufs von nationaler und europäischer Missbrauchsaufsicht und damit der

Rechtssicherheit für international tätige Unternehmen, sollten hier keine weitergehenden, einseitigen nationalen Festlegungen durch den deutschen Gesetzgeber getroffen werden.

### 3. § 19a GWB-E

Die Ermächtigung des BKartA zur Feststellung der marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb, begegnet keinen grundlegenden Bedenken. Es sollte jedoch sichergestellt sein, dass die Anwendung der Regelung tatsächlich auf Unternehmen beschränkt bleibt, deren Schwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle bzw. digitaler Plattformaktivitäten liegt, die die verschiedenen Marktseiten von mehrseitigen Märkten oder Netzwerken i.S.v. § 18 Abs. 3a GWB miteinander verbinden.

-----

Herausgeber	Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA) Behrenstrasse 35, 10117 Berlin <a href="http://www.vda.de">www.vda.de</a>
Copyright	Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA)
Stand	11. Februar 2020