

Deutschland als „Front-Runner“ in der internationalen Debatte

Persönliche und sachliche Reichweite des neuen Konzepts zur Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft nach § 19a GWB

Von Prof. Dr. Ulrich Schnelle, LL.M., und Seda Aydin



Prof. Dr. Ulrich Schnelle, LL.M.

Haver & Mailänder, Stuttgart
Rechtsanwalt, Co-Managing Partner

us@haver-maillaender.de
www.haver-maillaender.de



Seda Aydin

Haver & Mailänder, Stuttgart
Rechtsreferendarin

sa@haver-maillaender.de
www.haver-maillaender.de



Gerade digitale Märkte haben eine Tendenz zu einer starken und schnellen Konzentration, was ein frühzeitiges Eingreifen bei Fehlentwicklungen erfordert.

Grundlagen

Am 19.01.2021 ist das GWB-Digitalisierungsgesetz im Zuge der Umsetzung der 10. GWB-Novelle in Kraft getreten. Grund für die 10. GWB-Novelle war die Verpflichtung Deutschlands zur Umsetzung der eher auf das Kartellverfahren gerichteten Richtlinie 2019/1/EU (auch als ECN+-Richtlinie bezeichnet) bis zum 04.02.2021. Die Bundesregierung nahm dies zum Anlass, weitere Änderungen am GWB vorzunehmen. Den Schwerpunkt sieht das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) im Bereich der Digitalisierung. Unter dem Begriff der Modernisierung der Missbrauchsaufsicht wird Folgendes geregelt: In

§ 18 Abs. 3b GWB wird das Konzept der sogenannten Intermediationsmacht etabliert, um der Vermittler- und Steuerungsfunktion von Plattformen Rechnung tragen zu können. Zweitens wird die sogenannte Essential-Facility-Doctrine in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB neu gefasst, um der Entwicklung in der europäischen Anwendungspraxis und Rechtsprechung Rechnung zu tragen. Drittens wird ein neuer § 19a GWB eingeführt, der dem Bundeskartellamt eine effektivere Kontrolle derjenigen Digitalkonzerne ermöglichen soll, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Viertens wird der Schutzbereich von § 20 Abs. 1 GWB auf große Unternehmen ausgeweitet, weil auch solche Unternehmen

von digitalen Plattformen abhängig sein können. Fünftens wird in § 20 Abs. 1a GWB ein kartellrechtlicher Anspruch auf Datenzugang in bestimmten Konstellationen geregelt, in denen dem Zugang zu Daten aus wettbewerblicher Sicht eine besondere Bedeutung zukommt. Schließlich wird in § 20 Abs. 3a GWB ein neuer Eingriffstatbestand zur Verringerung der wettbewerblichen Probleme durch das sogenannte Tipping von Märkten eingeführt.

Rechtsnatur der Missbrauchsaufsicht nach § 19a GWB

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf § 19a GWB, die umstrittenste Vorschrift der 10. GWB-Novelle. § 19a GWB vollzieht einen Paradigmenwechsel gegenüber dem etablierten kartellrechtlichen Instrumentarium. Die Bestimmung sieht, inspiriert durch den britischen Furman-Report, eine neben den §§ 19, 20 GWB stehende, präventiv ausgerichtete Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (sogenannte ÜMB-Unternehmen) vor.

Nach § 19a Abs. 1 GWB kann das Bundeskartellamt durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Diese Feststellungsverfügung ist auf fünf Jahre nach Eintritt ihrer Bestandskraft zu befristen.

Nach § 19a Abs. 2 GWB kann das Bundeskartellamt im Fall einer Feststellung nach dem soeben vorgestellten § 19a Abs. 1 GWB dem Unternehmen insgesamt sieben Verhaltensweisen untersagen.

Normadressateneigenschaft nach § 19a GWB

Normadressat sowohl der Feststellungsmöglichkeit als auch der präventiven Untersagungen ist somit ein Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB tätig ist. Märkte gemäß § 18 Abs. 3a GWB sind sogenannte Netzwerke und mehrseitige Märkte. Die Begriffe Netzwerke und mehrseitige Märkte werden im Gesetz nicht näher definiert. Die Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle, in deren Vollzug die Begriffe in das Gesetz eingefügt worden sind, verwendet den Begriff des Netzwerks produktbezogen. Ein Produkt hat danach Netzwerkcharakter, wenn es zwischen den Nutzern zu direkten Netzwerkeffekten kommt. Direkte Netzwerkeffekte sind solche, bei denen die Nützlichkeit der Einrichtung durch die Steigerung der Zahl der Nutzer auf der Benutzerseite steigt. Beispiele sind Telefonnetze, deren Nützlichkeit durch die Anzahl der angeschlossenen Telefonkunden steigt. Auch internetbasierte Kommunikationsdienste können durch direkte Netzwerkeffekte geprägt sein.

Der Begriff mehrseitiger Märkte beschreibt nach Auffassung des Gesetzgebers Konstellationen, in denen (im Unterschied zum Netzwerk) mindestens zwei unterscheidbare Nutzergruppen zusammenkommen, die sich regelmäßig (aber nicht zwingend) auf unterschiedlichen

Märkten bewegen und zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte auftreten. Indirekte Netzwerkeffekte sind solche, bei denen der Nutzen der einen Benutzergruppe durch eine Steigerung der Zahl der Nutzer einer anderen Benutzergruppe oder durch eine Steigerung sonstigen Inputs, etwa Werbung, steigt. Typische Beispiele für mehrseitige Märkte sind Plattformen. Mit Plattformen sind nach dem Gesetz aber nicht nur die digitalen Formen gemeint, sondern auch Plattformen jeder Art, wie zum Beispiel Einkaufszentren, werbefinanzierte Medien, E-Commerce-Plattformen, technische Standards, Betriebssysteme, Spielekonsolen, Kreditkartensysteme oder App-Stores.

Nach § 19a Abs. 1 Satz 2 GWB ist bei der Feststellung der übertragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens, die Grundlage für die Normadressateneigenschaft nach § 19a GWB ist, insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

- Die marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten ist der erste Punkt: Ein Unternehmen, das dieses Kriterium erfüllt, muss in erheblichem Umfang auf mehrseitigen Märkten oder Netzwerken tätig sein, wobei die Tätigkeit auf einem Markt nach § 18 Abs. 3a GWB den Schwerpunkt der Tätigkeit ausmachen muss. Diese Ausführungen finden sich allerdings nicht im Gesetz, sondern nur in der Gesetzesbegründung. Erfasst werden nicht Unternehmen, deren Tätigkeit als Plattform oder Netzwerk für das Unternehmen selbst oder auf den betreffenden Märkten im Vergleich zu ihren Wettbewerbern nur eine untergeordnete Rolle spielt. Insbesondere erfasst werden Plattformen, die

verschiedene Seiten auf mehrseitigen Märkten miteinander verbinden.

- Das zweite Kriterium, das zu berücksichtigen ist, ist die Finanzkraft des Unternehmens oder der Zugang zu sonstigen Ressourcen. Dies ist ein traditionelles Element der Marktbeherrschung.
- Der dritte Gesichtspunkt sind die vertikale Integration und die Tätigkeit des Unternehmens auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten. Entscheidend ist also eine marktübergreifende Betrachtung. Das Unternehmen muss nicht marktmächtig auf einem bestimmten Markt sein. Dies soll sich dadurch rechtfertigen, dass Unternehmen, die digitale Plattformen und Netzwerke betreiben, durch die Vorteile konglomerater Strukturen und die Besetzung für den Wettbewerb relevanter Schlüsselpositionen für verschiedene Märkte von zentraler Bedeutung sein können, ohne notwendigerweise auf diesen Märkten jeweils die Schwelle zur Marktbeherrschung bereits überschritten zu haben. Charakteristisch sollen vor allen Dingen ein sogenanntes sich über verschiedene Märkte erstreckendes ökonomisches System und damit eine schwer angreifbare Machtstellung sein.
- Das vierte Kriterium ist der Zugang des Unternehmens zu wettbewerbsrelevanten Daten. Dabei geht es nicht notwendigerweise darum, dass überhaupt Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten besteht. Denn ein einfacher und weitreichender Zugang zu Datenquellen als innovativer Faktor ist normalerweise sogar wettbewerbsfördernd, da hierdurch die angebotenen Dienst-

leistungen verbessert werden können. Es geht entscheidend um den Vorsprung bei den Zugangsmöglichkeiten gegenüber Konkurrenten. Ausschlaggebend ist, welche Bedeutung Daten für die Marktposition des Unternehmens haben, nur dann sind sie wettbewerbsrelevant. Daten können zum einen intern genutzt werden, um das eigene Angebot zu verbessern, Kunden zielgenauer anzusprechen oder neue Geschäftsfelder zu erschließen. Zum anderen kommt eine externe Verwendung in Betracht, wenn sie ein wichtiges Vorprodukt für datenbasierte Internetangebote inklusive des Internets der Dinge darstellen. Die Verfügbarkeit etwaiger Substitute für die Wettbewerber ist ebenfalls zu beachten. Sofern ein Unternehmen einen ausschließlichen Zugang zu bestimmten Daten hat, kann es sich insoweit dem Wettbewerbsdruck weitgehend entziehen. Ebenso schwer kann der Vorsprung wiegen, den ein Unternehmen sich durch den Zugang zu besonders vielen und/oder besonders guten Datenquellen erarbeitet hat. Der Wettbewerbsvorsprung, der als kritisch zu betrachten ist, setzt allerdings voraus, dass auch die entsprechenden Fähigkeiten und Möglichkeiten zur Datenauswertung und -nutzung bestehen.

- Das letzte Kriterium zur Beurteilung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung sind die Bedeutung der Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie der damit verbundene Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter. Dies ist die auch als Gatekeeper-Position beschriebene Stellung eines Unternehmens, das durch seine Marktstellung entscheiden kann, welches Unternehmen auf

einer bestimmten Plattform Zugang hat und welches nicht.

Diese in § 19a Abs. 1 GWB genannten Faktoren sind nur Indizien, die das Bundeskartellamt bei seiner Ermessensentscheidung über die Adressatenstellung berücksichtigen kann, aber nicht berücksichtigen muss.

Nur aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass nur wenige Unternehmen als Adressaten in Betracht kommen. Im Ergebnis richtet sich § 19a GWB gegen große Digitalkonzerne (GAFA: Google, Apple, Facebook und Amazon). Es handelt sich somit im Ergebnis um eine sektorspezifische Sonderform der Missbrauchsaufsicht. Ein erstes Verfahren nach § 19a GWB wurde bereits gegen Facebook eingeleitet. Das wesentliche Ziel von § 19a GWB ist es, dem Bundeskartellamt die Möglichkeit eines präventiven Vorgehens gegen große Digitalunternehmen zu eröffnen. Bislang konnte das Bundeskartellamt erst nach einem kartellrechtlichen Verstoß gegen diese Unternehmen vorgehen, was es unter anderem auch gegen Facebook tat. Aus Sicht des Gesetzgebers erlaubte die bisherige Rechtslage diesen Unternehmen, ihre Positionen weiter zu verfestigen. Das Bundeskartellamt soll besser auf mögliche wettbewerbschädliche Wirkungen und Gefährdungen des Wettbewerbs reagieren können. Insbesondere soll der Wettbewerb auf noch nicht beherrschten Märkten geschützt werden. Gerade digitale Märkte haben eine Tendenz zu einer starken und schnellen Konzentration, was ein frühzeitiges Eingreifen bei Fehlentwicklungen erfordert. Insbesondere Digitalkonzerne haben die Möglichkeit, auf die Geschäftstätigkeit Dritter erheblichen Einfluss zu nehmen und etwa durch

Einstellung von Suchfunktionen die eigene Geschäftstätigkeit immer weiter auszuweiten. Das wesentliche Ziel ist der Erhalt des Leistungswettbewerbs (gerade auf dynamischen und neu entstehenden Märkten), da die mächtigen Unternehmen die Möglichkeit haben, aufgrund ihrer Position den Wettbewerb zu ihren Gunsten zu verfälschen und ihre Geschäftstätigkeit auf weitere Märkte auszuweiten.

Instrumentarium des Bundeskartellamts nach § 19a Abs. 2 GWB

§ 19a Abs. 2 GWB gibt dem Bundeskartellamt die Befugnis, bestimmte, gesetzlich abschließend aufgezählte Verhaltensweisen Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (ÖMB-Unternehmen) zu untersagen.

Nach § 19a Abs. 2 GWB kann einem ÖMB-Unternehmen die Selbstbegünstigung untersagt werden, insbesondere, die eigenen Angebote bei der Darstellung zu bevorzugen oder ausschließlich eigene Angebote auf Geräten vorzinstallieren oder in anderer Weise in Angebote des Unternehmens zu integrieren.

Der zweite Tatbestand betrifft die Behinderung anderer Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten, wenn die Tätigkeit des ÖMB-Unternehmens für diesen Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat.

Die dritte Untersagungsmöglichkeit betrifft das sogenannte Aufrollen, also die Verhinderung des Stellenausbaus der Marktstellung, insbesondere wenn die Nutzung eines Angebots des Unternehmens mit einer dafür nicht erforderlichen automatischen Nutzung eines weiteren Angebots des Unternehmens verbunden wird, ohne dem Nutzer des Angebots ausreichende Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands und der Art und Weise der Nutzung des anderen Angebots einzuräumen.

„Die Rechtsprechung ist aufgerufen, die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachte Zurückhaltung in der Anwendung der Vorschrift, jedenfalls was die Abgrenzung des Adressatenkreises angeht, einzuhalten.“

Die vierte Untersagungsmöglichkeit richtet sich gegen bestimmte Arten der Datennutzung. Einem ÖMB-Unternehmen kann es untersagt werden, durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das Unternehmen gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern. Untersagt werden kann dem ÖMB-Unternehmen auch, Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen, insbesondere, die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen,

ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen oder von anderen Unternehmen erhaltene wettbewerbsrelevante Daten zu anderen als durch die Erbringung der eigenen Dienste gegenüber diesen Unternehmen erforderlichen Zwecken zu verarbeiten. Hiermit werden nach kritischen Stimmen die Grenzen zwischen einer Vertragskontrolle im Sinne einer AGB-Kontrolle und dem Kartellrecht verwischt.

Der fünfte Untersagungstatbestand betrifft die Interoperabilitäts- oder Datenportabilitätserschwerung. Hier gibt es Überschneidungen mit dem Datenschutz. Untersagt werden kann einem ÖMB-Unternehmen, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern.

Die letzten Untersagungstatbestände gehören zum Bereich der Informationszurückhaltung. Einem ÖMB-Unternehmen kann untersagt werden, andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistungen zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Werts dieser Leistungen zu erschweren.

In eine ähnliche Richtung geht der siebte Untersagungstatbestand, nach dem es untersagt werden kann, für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen, insbesondere, für deren Darstellung die Übertragung von Daten oder Rechten zu fordern, die dafür nicht zwingend erforderlich

sind. Auch hier ist die Frage, ob sich dieser Bereich durch eine entsprechende vertragsrechtliche Kontrolle im Sinne einer AGB-Kontrolle nicht ebenfalls regulieren ließe.

Eine weitere Besonderheit des § 19a GWB liegt darin, dass die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist, dem ÜMB-Unternehmen obliegt.

Würdigung von § 19a GWB

Angesichts dieser Umstände ist es nicht überraschend, dass sich insbesondere die potentiell adressierten vier GAFA-Unternehmen gegen die Bestimmung des § 19a GWB gewandt haben. Deutschland sieht sich als „Front-Runner“ in der internationalen Debatte um eine passende Regelung zur kartellrechtlichen „Bändigung“ der GAFA-Unternehmen. Das deutsche Recht greift insbesondere den Bestrebungen der EU-Kommission in Form des „Digital Markets Act“ vor. Dieser Vorgriff gibt allerdings auch die Möglichkeit, die Bemühungen der Kommission zu beschleunigen und auch zu intensivieren.

Das Gefühl, der Macht der GAFA-Unternehmen ausgesetzt zu sein, herrscht nicht nur im datensensiblen Deutschland, sondern in Europa und anderen Ländern, nicht zuletzt auch in den USA und in Australien. Das Bundeskartellamt hatte versucht, mit dem bisherigen Instrumentarium der Missbrauchsaufsicht Entscheidungen gegen Facebook durchzusetzen, war dabei nicht zuletzt auch auf den Widerstand des OLG Düsseldorf gestoßen. Nach neuem Recht, § 73 Abs. 5 GWB, entscheidet allein

der BGH über Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts nach § 19a GWB.

Das neue Gesetzesinstrumentarium, das nicht zuletzt auch auf der Grundlage der Erfahrungen des Bundeskartellamts von diesem angeregt wurde, ist im Ausgangspunkt geeignet, die gesetzgeberischen Ziele, über deren Berechtigung weitgehend Einigkeit besteht, zu erreichen. Dass in Einzelfällen aufgrund der sicherlich nicht unbewusst weitgefassten Bestimmungen auch Entscheidungen ergehen können, die nach bisheriger Rechtslage nicht hätten getroffen werden können und die vielleicht auch über die eigentliche Missbrauchsaufsicht hinausgehen, ist angesichts der Stärke der GAFA-Unternehmen jedenfalls für einen überschaubaren Zeitraum in Kauf zu nehmen. Der Gesetzgeber hat in § 19a Abs. 4 GWB dem BMWi aufgegeben, nach Ablauf von vier Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen in Abs. 1 und 2 über die Erfahrungen mit der Vorschrift zu berichten. Bei der Anwendung des Gesetzes ist insbesondere zu berücksichtigen, dass in der Tat den Vorgaben in der Gesetzesbegründung Rechnung getragen wird, dass die Bestimmung nur auf wirklich als ÜMB zu qualifizierende Unternehmen Anwendung findet. Es ist insofern bedauerlich, dass der Wortlaut der Normadressateneigenschaft, insbesondere auch im Hinblick auf den pauschalen Verweis auf § 18 Abs. 3a GWB, eine andere Interpretation zulässt. Die Rechtsprechung ist aufgerufen, die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachte Zurückhaltung in der Anwendung der Vorschrift, jedenfalls was die Abgrenzung des Adressatenkreises angeht, einzuhalten. ←

ANZEIGE

New: GoingDigital



GoingDigital is the new online-magazine for the changing legal market. It reports quarterly on all issues of digitization that are essential for business practice and the legal market, as well as on the topics of cyber security, data protection and IT.

www.goingdigital-magazine.com

Published by



Ein Unternehmen der FAZ-Gruppe



www.germanlawpublishers.com

Strategic Partners



ESCRIBA



FAZ. BUSINESS MEDIA GmbH - Ein Unternehmen der FAZ-Gruppe
Frankfurt/Leipziger-Str. 71-81 - 60327 Frankfurt/Main, Germany