

Die moderne Missbrauchsaufsicht – volle Kraft voraus mit § 19 a GWB?

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Schnelle, LL.M (Illinois), Rechtsanwältin Elisabeth S. Wyrembek, LL.M. (London), Haver & Mailänder Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Stuttgart

Am 19.1.2021 ist das GWB-Digitalisierungsgesetz im Zuge der Umsetzung der 10. GWB-Novelle in Kraft getreten. Der neu eingeführte § 19 a GWB ist die wohl bedeutendste Vorschrift. Diese soll dem Bundeskartellamt eine frühere und effektivere Kontrolle gegen digitale Großkonzerne ermöglichen, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Inzwischen hat das Bundeskartellamt „beherzt von dieser Vorschrift Gebrauch gemacht“, so Kartellamtspräsident Andreas Mundt, und innerhalb von fünf Monaten vier Verfahren auf Grundlage von § 19 a GWB eingeleitet – gegen die sogenannten GAFA-Unternehmen (Google, Amazon, Facebook und Apple).

I. § 19 a GWB setzt auf Effektivität durch Prävention

Aufgrund ihrer weltweiten Ausrichtung und nicht zuletzt der ihrem Geschäftsmodell innewohnenden Verknüpfung von Daten von Nutzern, aber auch von sonstigen Dritten mit dem Geschäftsgegenstand der jeweiligen Dienstleistung werden die digitalen Großkonzerne auch unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten kritisch gesehen. Aus der praktischen Erfahrung des Bundeskartellamts im Vorgehen gegen diese Unternehmen schloss der deutsche Gesetzgeber, dass die bisherige Rechtslage die Verfestigung der Positionen dieser Unternehmen nicht verhindert hat.

Mit § 19 a GWB gibt der Gesetzgeber dem Bundeskartellamt eine moderne Waffe an die Hand: Eine präventiv ausgerichtete Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (ÜMB-Unternehmen), die in einem zweistufigen Verfahren erfolgt. Auf der ersten Stufe (§ 19 a I GWB) kann das Bundeskartellamt durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, dass in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 III a GWB tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Diese Feststellungsverfügung ist auf fünf Jahre nach Eintritt ihrer Bestandskraft zu befristen. Auf der zweiten Stufe (§ 19 a II GWB) kann das Bundeskartellamt dem ÜMB-Unternehmen schließlich insgesamt sieben Verhaltensweisen untersagen.

Im Zeichen der Effektivität und Beschleunigung der Missbrauchsaufsicht steht schließlich auch § 73 V GWB. Danach entscheidet künftig allein der BGH über Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundeskartellamts nach § 19 a GWB.

II. Vier Verfahren nach § 19 a GWB

Das Bundeskartellamt hat nach Inkrafttreten des GWB-Digitalisierungsgesetzes keine Zeit verloren und auf der Grundlage des § 19 a I GWB Verfahren gegen alle vier

GAFA-Unternehmen eröffnet (<https://beck-link.de/z2w8a>). Es scheint, als solle jedem dieser Unternehmen der Titel des ÜMB-Unternehmens möglichst zügig verliehen werden, um alsbald vom breiten Instrumentarium der zweiten Stufe Gebrauch machen zu können.

Allen Verfahren gemein ist, dass die Unternehmen im Verdacht stehen, ein sich über verschiedene Märkte erstreckendes Ökosystem errichtet zu haben. Entsprechende Machtstellungen sind von anderen Unternehmen häufig nur schwer angreifbar und gelten daher als Anhaltspunkt für eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb.

Ein solches Ökosystem prüft das Bundeskartellamt im Fall von Facebook (Az. B6 – 27/21) mit Blick auf die starken Marktpräsenzen mit dem gleichnamigen sozialen Netzwerk, WhatsApp und Instagram. Das Bundeskartellamt sieht darin die Ausweitung des bereits im Dezember 2020 gegen Facebook eingeleiteten Missbrauchsverfahrens, das die Überprüfung der Verknüpfung von Oculus Virtual-Reality-Produkten mit dem sozialen Netzwerk und der Facebook-Plattform zum Gegenstand hat.

Im Verfahren gegen Google (Az. B7 – 61/21) vermutet das Bundeskartellamt ein derartiges Ökosystem in den digitalen Diensten wie der Suchmaschine, YouTube, Maps, dem Betriebssystem Android oder dem Browser Chrome. An der überragenden marktübergreifenden Bedeutung von Google scheint das Bundeskartellamt jedoch wenig Zweifel zu haben. Zeitgleich mit der Einleitung des ersten Verfahrens zur Feststellung der marktübergreifenden Bedeutung nach § 19 a I GWB wurde das darauf aufbauende zweite Verfahren nach § 19 a II GWB zur Untersagung konkreter Verhaltensweisen eingeleitet. Das Bundeskartellamt kündigte an, sich in diesem Verfahren eingehend mit den Datenverarbeitungsbedingungen Googles zu befassen. Zentrale Frage dabei soll sein, ob Verbraucher*innen bei der Verwendung von Google-Diensten ausreichende Wahlmöglichkeiten zur Nutzung ihrer Daten durch Google zustehen. Konkret beabsichtigt das Bundeskartellamt zu prüfen, ob Google die Nutzung seiner Dienste von einer Zustimmung zu der Datenverarbeitung abhängig macht, bei der es keine ausreichenden Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung der Daten gibt. Dies ist ein von § 19 a II Nr. 4 a GWB konkret genanntes Beispiel für Verhaltensweisen, die einem Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung untersagt werden können.

Im Verfahren gegen Amazon (Az. B2 – 55/21) erfolgt die Prüfung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb im Hinblick auf die Amazon Online-Marktplätze und viele weitere, insbesondere

digitale, Angebote. Davon zu unterscheiden sind zwei weitere Verfahren des Bundeskartellamts gegen Amazon nach den schon vor der 10. GWB-Novelle geltenden Missbrauchsvorschriften. Gegenstand des ersten Verfahrens ist die Frage, inwieweit Amazon durch Preiskontrollmechanismen bzw. Algorithmen Einfluss auf die Preissetzung der auf dem Amazon-Marktplatz tätigen Händler nimmt. In einem zweiten Verfahren wird untersucht, ob Vereinbarungen zwischen Amazon und Markenherstellern, darunter auch Apple, die Dritthändler vom Verkauf von Markenprodukten auf dem Amazon Marktplatz ausschließen, einen Wettbewerbsverstoß darstellen.

Ein über mehrere Märkte errichtetes digitales Ökosystem prüft das Bundeskartellamt im Fall von Apple (Az. B9 – 67/21) rund um das iPhone mit dem proprietären Betriebssystem iOS. Untersucht wird die Stellung des Konzerns insbesondere im Bereich der Hardware-Produkte (iPhone, Tablets, Computer und Wearables) und im Geschäftsbereich der hardwarebezogenen Services und Dienstleistungen (App Store, iCloud, AppleCare, Apple Music, Apple Arcade, Apple TV+). Im Fokus der Ermittlungen steht insbesondere der App Store, der es Apple ermöglicht, Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter zu nehmen. Darüber hinaus kündigte das Bundeskartellamt an, sich mit der weitreichenden Integration über mehrere Marktstufen, der technologischen und finanziellen Ressourcenstärke des Unternehmens sowie seinem Zugang zu Daten zu beschäftigen.

Während die Prüfung zur Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb in den vier Verfahren noch andauert, sind weitere Verfahren bereits in Aussicht gestellt. Gegenstand zukünftiger Verfahren sollen insbesondere potenziell wettbewerbsgefährdende Verhaltensweisen dieser Unternehmen sein. Im diesem Zusammenhang liegen dem Bundeskartellamt verschiedene Beschwerden von Verbänden und App-Entwicklern gegen konkrete Praktiken Apples vor. Konkret beabsichtigt ist etwa die Überprüfung von Apples Tracking-Einschränkung von Nutzern im Zusammenhang mit der Einführung des Betriebssystems iOS 14.5, die ausschließliche Vorinstallation konzerneigener Anwendungen (die möglicherweise eine nach § 19 a II Nr. 1 b GWB verbotene Selbstbevorzugung darstellt), der Zwang zur Nutzung des Apple-eigenen Systems für In-App-Käufe (IAP) und die damit verbundene Provisionshöhe von 30 % sowie die Marketingbeschränkungen im App Store.

1. Wer kann noch von § 19 a GWB erfasst werden?

Nachdem das Bundeskartellamt Verfahren gegen alle GAFA-Unternehmen eingeleitet hat, bleibt die Frage, welche weiteren Unternehmen künftig noch mit einem Verfahren im Geltungsbereich des § 19 a GWB rechnen müssen. Normadressat sowohl der Feststellungsverfügung (§ 19 a I GWB) als auch der präventiven Untersagungsverfügung (§ 19 a II GWB) ist ein Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 III a GWB tätig ist, dh auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken. Das GWB setzt diese Märkte als gegeben voraus und verzichtet seit deren begrifflicher

Einführung im Zuge der 9. GWB-Novelle – wohl bewusst – auf eine Legaldefinition. Hilfestellung gibt hier die Gesetzesbegründung, die insofern auf ökonomische Prinzipien abstellt. Danach wird der Begriff des Netzwerks produkt- bzw. dienstleistungsbezogen beschrieben. Einem Produkt/einer Dienstleistung kommt eine Netzwerkeigenschaft zu, wenn es zwischen den Nutzern des Produkts/der Dienstleistung zu direkten Netzwerkeffekten kommt, dh wenn die Nützlichkeit des Produkts/der Dienstleistung mit der Anzahl der Nutzer steigt. Dies wird bei (digitaler) Kommunikation (Bsp. WhatsApp) regelmäßig anzunehmen sein. Davon zu unterscheiden sind mehrseitige Märkte (typischerweise Plattformen), die es mindestens zwei unterscheidbaren Nutzergruppen ermöglichen zusammenzukommen und zwischen denen indirekte Netzwerke vorliegen, dh wenn der Nutzen eines mehrseitigen Marktes für mindestens eine Nutzergruppe von der Anwesenheit und Größe der anderen Nutzergruppe abhängt, wie dies etwa bei Onlineverkaufsplattformen und App-Stores der Fall ist.

2. Instrumentarium nach § 19 a II GWB

Auf der zweiten Stufe stellt § 19 a II GWB dem Bundeskartellamt ein breites Instrumentarium zur Verfügung, mit dem es ÜMB-Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen untersagen kann. Der Gesetzgeber hat sich hierbei für eine gesetzlich abschließende Auflistung entschieden und insgesamt sieben Praktiken beachtet:

Der erste Tatbestand betrifft die Selbstbegünstigung, also insbesondere die eigenen Angebote bei der Darstellung zu bevorzugen oder ausschließlich eigene Angebote auf Geräten vorzuinstallieren 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 ÜMB-Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat.

Die dritte Untersagungsmöglichkeit betrifft das sog 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 vierte Untersagungsmöglichkeit richtet sich gegen bestimmte Arten der Datennutzung. Einem ÜMB-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 auch die Forderung von Geschäftsbedingungen, die eine solche Verarbeitung zulassen, insbesondere die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer der Verarbeitung von Daten aus anderen Diens-

ten 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.

Der fünfte Untersagungstatbestand betrifft die Interoperabilitäts- oder Datenportabilitätserschwerung. Hier gibt es Überschneidungen mit dem Datenschutz. Untersagt werden kann einem ÜMB-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 ÜMB-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 zielt 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 § 19 a GWB liegt darin, dass die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist, dem ÜMB-Unternehmen obliegt (§ 19 a II 2 u. 3 GWB).

3. Verhältnis zum Digital Markets Act (DMA)

Die Europäische Kommission hat im Dezember 2020 einen Vorschlag zu einer Regelung über digitale Märkte (Digital Markets Act, DMA) veröffentlicht. Dieser zielt auf bestreitbare und faire Märkte im Digitalbereich ab und steht damit im engen Zusammenhang mit der Zielsetzung des Wettbewerbsrechts. Adressatenkreis des Verordnungsentwurfs sind große Online-Plattformen, die aufgrund bestimmter Kriterien unter dem dortigen Leitbegriff „Gatekeeper“ einzustufen sind. Zu diesen Kriterien gehören eine starke wirtschaftliche Position mit erheblichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt, eine starke Vermittlungsposition (zwischen vielen Nutzern und Unternehmen), sowie eine gefestigte und dauerhafte, ggf. auch erst zukünftige Marktstellung.

Die Leiter der im European Competition Network (ECN) organisierten nationalen Wettbewerbsbehörden haben sich ausweislich der Pressemitteilung vom 23. 6. 2021 (<https://beck-link.de/7ke5h>) in einem gemeinsamen Papier zur Rolle nationaler Wettbewerbsbehörden

bei der Durchsetzung des DMA für eine komplementäre Durchsetzung des Regelwerks auf nationaler Ebene ausgesprochen, die das etablierte (nationale) Wettbewerbsrecht ergänzen soll. Ziel soll es sein, einige der schädlichsten und am häufigsten vorkommenden Verhaltensweisen von Gatekeepern ex ante anzugehen und dadurch die präventive Wirkung der bestehenden (nationalen) Vorschriften und der Rechtsprechung zu verstärken.

III. Praxishinweis

Mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz und dem damit neu eingeführten § 19 a GWB kann das Bundeskartellamt nun auf ein modernes Instrumentarium zurückgreifen, dass im internationalen Vergleich hervorsticht und im Ausgangspunkt geeignet ist, eine effektive kartellrechtliche Maßregelung der auf einer Vielzahl von Märkten omnipräsenten GAFA-Unternehmen zu ermöglichen.

Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung zu den vom Bundeskartellamt eingeleiteten Verfahren und den neuen Vorschriften positionieren wird. Angesichts der vom Gesetzgeber sicherlich nicht unbewussten Entscheidung, weitgefaste Anwendungsbereiche zu formulieren, ist in Einzelfällen mit Entscheidungen des Bundeskartellamts zu rechnen, die mit der Rechtsprechung zur bisherigen Missbrauchskontrolle nicht im Einklang stehen werden. Aufgabe des BGH wird es einerseits sein, der übergeordneten Intention des Gesetzgebers, die mit dem GWB-Digitalisierungsgesetz verfolgt wird, Geltung zu verschaffen, und andererseits die in der Gesetzesbegründung gleichsam zum Ausdruck gebrachte Zurückhaltung in der Anwendung der Vorschrift, jedenfalls im Hinblick auf die Abgrenzung des Adressatenkreises des § 19 a GWB, einzuhalten.

Die Bedeutung der Bestimmungen zum Schutz der digitalen Märkte erschöpft sich aber nicht in der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Anspruchsgegner muss auch nicht notwendigerweise ein GAFA-Unternehmen sein. § 20 III a GWB gibt auch im Wettbewerb stehenden Unternehmen die Möglichkeit, etwa das Tipping von Märkten in Richtung eines bestimmten Anbieters zu verhindern. Das erste nennenswerte Verfahren dieser Art ist ein einstweiliges Verfügungsverfahren, das vor dem LG Berlin zwischen zwei Immobilienportalen geführt wurde. Das LG Berlin untersagte dem Marktführer die Verwendung bestimmter Rabattsätze, die den Zugang eines Wettbewerbers zu bestimmten Kunden und Kundendaten für die entscheidende Phase des Immobilienkaufs verwehrt hatte (GRUR-RS 2021, 14067 – Rabatt bei Immobilienanzeigen = GRUR-Prax 2021, 394 [Bickel]).

Hinsichtlich des DMA bleibt es spannend, ob und inwieweit sich die von den nationalen Wettbewerbsbehörden in Aussicht gestellte komplementäre Durchsetzung des europäischen Instrumentariums einerseits mit der Durchsetzung des nationalen Normengefüges andererseits in Einklang bringen wird. ■

GRUR **Prax**

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht

Zeitschrift
 der Deutschen
 Vereinigung für
 gewerblichen
 Rechtsschutz
 und Urheberrecht

BEITRÄGE

- 429** Yvonne Draheim/Patrick Fromlowitz
 Das amtliche Nichtigkeitsverfahren wegen Bestehens älterer
 Rechte – Ausgewählte Fragen aus der Praxis
- 432** Ulrich Schnelle/Elisabeth S. Wyrembek
 Die moderne Missbrauchsaufsicht – volle Kraft voraus
 mit § 19 a GWB?
- 435** Marlene Schreiber/Martin Schirmbacher
 UWG-Abmahnung wegen Verstößen gegen die DS-GVO?
 Zum Stand der Dinge

RECHTSPRECHUNG

- 438** EuG: Hör mal, wer da zischt und prickelt – zur fehlenden
 Unterscheidungskraft einer Geräuschmarke für Getränke
 (Tobias Voßberg)
- 442** EPA: Die Entscheidung G 4/19 und das Doppelpatentierungs-
 verbot vor dem EPA (Matthias Grob)
- 444** EuG: Darlegungserfordernisse bei Nichtigkeitsantrag gegen
 Gemeinschaftsgeschmacksmuster wegen älteren Urheberrechts
 (Sabine Boos)
- 447** OLG Zweibrücken: Urheberrechtlich geschützte Werke im
 bauplanungsrechtlichen Verfahren (Achim Förster)
- 450** OLG Karlsruhe: Behauptung, eine Person sei ein Antisemit,
 ist Meinungsäußerung (Ekkehard Stolz)
- 452** OLG Schleswig: Auskunftfeien müssen sechsmonatige
 Löschungsfrist der InsoBekV beachten (Jannik Nowotny)
- 453** OLG Frankfurt a.M.: eBay muss Verstöße eines Händlers
 gegen Produktsicherungspflichten nach Hinweis überprüfen
 und künftige Angebote ggf. eigenständig unterbinden
 (Jakob F. Dämmer)