

Die 10. GWB-Novelle (DigiComp)

A. Konkrete Gesetzesänderungen (§§ 18, 19, 19a, 20 GWB)

I. § 18 GWB:

1) Einschub in Abs. 3: „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“

Grund: Klarstellung, dass Daten in allen Wirtschaftsbereichen relevant sind.

2) Einführung von Abs. 3b: „Konzept der Intermediationsmacht“

Grund: Vermittler erhalten in der digitalen Welt auf Plattformen eine zunehmend wichtigere Rolle, da sie die Kontrolle über den Zugang zu Märkten haben.

II. § 19 GWB:

1) Änderung von „Missbräuchliche Ausnutzung“ zu „Der Missbrauch“ (Abs. 1)

Grund: Mit dieser Änderung positioniert sich der Gesetzgeber und stellt klar, dass keine Notwendigkeit von strikter Kausalität (Verhaltenskausalität) besteht. Hintergrund war der alte Streit zwischen Verhaltens- und Erfolgskausalität. Ausschlaggebend hierfür ist allen voran die Facebook-Entscheidung vom 23.06.2020, in welcher der BGH ebenfalls normative Kausalität (Erfolgskausalität) genügen lassen hat.

2) Neuformulierung der Essential -Facilities-Doktrin (Abs. 2 Nr. 4)

Grund: Bei der Formulierung der alten Fassung der Essential-Facilities-Doktrin hatte der Gesetzgeber ein enges Verständnis von physischer Infrastruktur. Mit der Neuformulierung wird die Norm an digitale Märkte angepasst (Plattformen, Schnittstellen, Daten – „Gatekeeper-Stellungen“).

III. 19a GWB (Neueinführung!):

Der durch die 10. GWB Novelle eingeführte § 19a GWB schafft eine neue Ermächtigungsgrundlage des Bundeskartellamts und bildet „das Herzstück“ der im Januar 2021 in Kraft getretenen Novellierung. Ziel des § 19a GWB ist es, eine effektivere Kontrolle derjenigen Digitalunternehmen zu ermöglichen, denen eine sog. „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ zukommt. Erfasst werden von § 19a daher vornehmlich große Digitalkonzerne, die im Bereich digitaler Ökosysteme tätig sind und oftmals eine Gatekeeper-Funktion einnehmen und/oder über besondere Ressourcen verfügen. Im Vordergrund der Bemühungen steht insbesondere ein Effektivitätszuwachs am Faktor Zeit, also das rechtliche Streitigkeiten in kürzerer Zeit beigelegt werden können.

Ob ein Unternehmen Normadressat des § 19a GWB ist, richtet sich nach § 19a Abs. 1 GWB. Hierfür muss das Unternehmen zunächst im erheblichen Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a tätig sein, also auf Netzwerkmärkten bzw. mehrseitigen Märkten. Ist dies der Fall, kann das Bundeskartellamt die marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens per Verfügung feststellen. Diese Feststellung erfolgt nach einer Gesamtabwägung aller im Einzelfall relevanten Umstände, wobei insbesondere die in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 5 GWB aufgeführten

Regelbeispiele zu berücksichtigen sind. Die Regelbeispiele betonen dabei die Kriterien, die typischerweise in digitalen Märkten für digitale Plattformen von hoher Bedeutung sind. So findet sich als zu berücksichtigendes Kriterium neben dem Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten (Nr. 4) auch die „Intermediationsmacht“ (Nr. 5) im Gesetzestext wieder.

In § 19a Abs. 2 GWB sind abschließend diejenigen Verhaltensweisen aufgelistet, die das Bundeskartellamt nach einer Feststellung nach Abs. 1 untersagen kann. Diese sollen nach dem Gesetzgeber gerade dann ein gesteigertes wettbewerbliches Schädigungspotential aufweisen, wenn sie von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung eingesetzt werden. Zu beachten ist, dass die Verbote nicht unmittelbar, sondern erst nach Verfügung des Bundeskartellamts, die die vom Verbot umfassten Verhaltensweisen und die jeweilig betroffenen Märkte konkretisiert hat, gelten.

Die Verhaltensweisen betreffen neben einem Selbstbevorzugungsverbot (Nr. 1) bzw. einer Ergänzung dessen (Nr. 2) und das „Aufrollen“ nicht beherrschter Märkte (Nr. 3) für digitale Märkte typische Ausbeutungs- und Behinderungspraktiken im Zusammenhang mit Daten (Nr. 4). Die weiteren Verhaltenspflichten betreffen die Verweigerung bzw. Erschwerung von Interoperabilität oder Portabilität (Nr. 5) sowie die Schaffung von Informationsdefiziten (Nr. 6) und eine Anlehnung an das Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 (Nr. 7) in Bezug auf Vermittlungsleistungen.

In § 19a Abs. 2 GWB ist weiterhin geregelt, dass die Beweislast für eine sachliche Rechtfertigung dem Unternehmen obliegt. Die Verhaltenspflichten wirken insoweit wie eine „widerlegbare Vermutung“, deren Schädlichkeit es von den Unternehmen zu entkräften gilt. Hierdurch wird eine im Vergleich zu z.B. § 19 GWB wesentliche Erleichterung für das Bundeskartellamt getroffen, die zu der hohen Effektivität des neuen § 19a GWB beitragen soll. Weiterhin bleiben nach § 19a Abs. 3 GWB die §§ 19, 20 GWB unberührt, d.h. eine parallele Anwendung dieser Missbrauchsvorschriften ist weiterhin möglich.

IV. 20 GWB:

1) Änderungen in Abs. 1

a.) „Streichung der Wörter „kleine oder mittlere“

Grund: Der Gesetzgeber hat sich dazu entschieden, den Schutzbereich von § 20 Abs. 1 auszuweiten, da relative Abhängigkeit auch zulasten größerer Unternehmen bestehen kann.

b.) Hinzufügen des neuen Halbsatzes

Grund: Mit diesem Halbsatz möchte der Gesetzgeber klarstellen, dass für das Feststellen einer relativen Abhängigkeit ein deutliches Machtungleichgewicht vorliegen muss.

c.) Hinzufügen der Intermediationsmacht

Grund: Mit der expliziten Nennung der Intermediationsmacht möchte der Gesetzgeber zeigen, dass relative Abhängigkeiten vor allem auf Plattformen bestehen können.

2) Einführung von Abs. 1a („Datenzuganganspruch“)

Grund: Studien ergaben, dass Daten der treibende Faktor in der digitalen Wirtschaft sind. Auf Grundlage dessen möchte der Gesetzgeber Unternehmen für die Fälle

einen Datenzugang ermöglichen, in denen aus volkswirtschaftlicher Sicht die Vorteile einer Mehrfachnutzung von Daten einer exklusiven Nutzung überwiegen, da man sich hierdurch eine höhere Wertschöpfung und mehr Innovation verspricht (z.B. damit Mitbewerber auf nachgelagerten Markt vordringen können). Die Unbilligkeitsprüfung fungiert hierbei als großes Abwägungs- und Regulierungsinstrument.

3) Einführung von Abs. 3a („Gefährdungstatbestand“)

Grund: Mit der Einführung von Abs. 3a möchte man die Fälle des sog. „Tipping“ (Umwandlung von Märkten, die durch starke Netzwerkeffekte geprägt sind, zu monopolisierten Märkten), dies nicht auf Leistungswettbewerb beruhen, sondern gezielt mit Behinderungsstrategien herbeigeführt werden (Beispielsfall: Eventim), erfassen. Da die Folgen von „Tipping“ kaum mehr rückgängig zu machen sind, ermöglicht der Gesetzgeber durch die systematische Anknüpfung an Abs. 3 („überlegene Marktmacht“) ein früheres Einschreiten für die Kartellbehörden.

B. Anträge der Oppositionsfractionen

Grundsätzlich haben alle Fraktionen die Änderungen, allen voran die Einführung des § 19a, begrüßt. Darüber hinaus bestehen jedoch einzelne Kritikpunkte.

I. Grüne und Linke

1) Kritik an der Umsetzung des § 19a: Das mehrstufige Verfahren (1. Feststellung der überragenden marktübergreifenden Stellung durch Verfügung, 2. Untersagung der in Abs. 2 beschriebenen Handlungen) sei zu umständlich und zu langsam, um eine effektive Regulierung zu ermöglichen. Besser wäre ein generelles Verbot der in Abs. 2 enthaltenen Verhaltensweisen ohne weitere Verfügung.

→ Eine Fassung als Verbotstatbestand wäre zu starr und könnte dazu führen, dass man in einigen Jahren gar nicht mehr weiß, was man mit dieser Norm bezwecken wollte. Daher erfordert die Norm Flexibilität und Offenheit.

2) Ausweitung von § 19a Abs. 2 Nr. 5 auf marktbeherrschende Unternehmen:

Es wird kritisiert, dass die Erleichterung von datenschutzkonformer Interoperabilität und Datenportabilität (vgl. § 19a Abs. 2 Nr. 5) nicht nur auf so wenige Unternehmen beschränkt werden sollte, sondern grundsätzlich auch für marktbeherrschende Unternehmen gelten sollte. Hierdurch würde man den Innovationswettbewerb und die Verfügungsgewalt der Nutzer über ihre eigenen Daten stärken. Dadurch wäre dann z.B. jeder Messenger-Dienst mit jedem kompatibel. Also nicht nur mit den Messenger-Diensten von Apple oder WhatsApp als Messenger, sondern auch solche Messengerdienste von Unternehmen, die „nur“ eine marktbeherrschende Stellung innehaben.

3) Regelung zur Eindämmung sog. „Killer-Acquisitions“: Außerdem wird eine Regelung gefordert, um sogenannte „Killer-Acquisitions“ einzudämmen. Damit ist gemeint, dass marktbeherrschende Unternehmen und Plattformbetreiber gezielt Start-Ups oder andere kleinere Unternehmen in einer frühen Entwicklungsphase aufkaufen, um so spätere potentielle Konkurrenz zu verhindern und gleichzeitig die eigene Monopolstellung zu erhalten. Als Lösungsansatz wird vorgebracht, dass in

den § 35 aufgenommen werden soll, dass Unternehmen, die Normadressat des § 19 I sind, eine generelle Pflicht zur Anmeldung zur Fusionskontrolle auferlegt bekommen, soweit ein hinreichender Bezug zum Bundesgebiet besteht.

→ Es wurde zwar weder im Gesetzesentwurf, noch in der GWB-Fassung eine konkrete Norm zu dem Thema „Killer-Acquisitions“ aufgenommen, was dem aber nahekommt, ist die Vorschrift des § 39a („Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse“). Diese neue Regelung würde es dem Bundeskartellamt ermöglichen, bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, eine „Anmeldeverfügung“ gegen einzelne Unternehmen zu erlassen. Die Betroffenen werden dann gezwungen, auch Fusionen unterhalb der aktuell geltenden Schwellenwerte des § 35 bei der Behörde anzumelden. Der Anwendungsbereich ist aber klein; es muss bspw. vorher eine Sektoruntersuchung erfolgt sein.

4) Unternehmensentflechtung als „ultima ratio“: In Fällen, in denen sich Marktstrukturen so entwickelt haben, dass kein fairer Wettbewerb mehr stattfindet, soll es als ultima ratio möglich sein, Konzerne unter klaren rechtlichen Bedingungen zu entflechten. Unternehmensentflechtung meint die strukturelle Aufspaltung des Unternehmens. Nach Ansicht der Fraktionen würde man damit auch nicht in den Wettbewerb eingreifen, sondern im Gegenteil, diesen wieder ermöglichen.

→ Es ist aber eher davon auszugehen, dass eine konfrontative Entflechtung aus rechtlichen und praktischen Gründen sehr schwierig wäre. Kein Unternehmen würde es einfach mit sich machen lassen, dass eine Behörde sie spaltet. Möglich könnte es aber sein, dass man sich mit dem Unternehmen über eine Entflechtung einigt.

5) Verbraucherrechtliche Befugnisse für das BKartA: Zudem wird gefordert, dem BKartA verbraucherrechtliche Befugnisse einzuräumen, die sie bislang nicht hat. Das BKartA kann zwar seit der 9. GWB Novelle gegen UWG Verstöße ermitteln und sie dokumentieren, diese aber nicht untersagen. Kritisiert wird genau dieser Punkt. Wenn die Behörde schon ermitteln und dokumentieren darf, soll sie auch gleichzeitig in der Lage dazu sein, Verstöße gegen das wirtschaftliche Verbraucherrecht abzustellen, zu sanktionieren oder zu unterbinden. Als Verbraucher oder als Verbraucherzentrale kann man nicht alle verbraucherrechtlichen Verstöße aufdecken, außer es sind offensichtliche Verhaltensweisen oder AGBs, die jedermann sichtbar und zugänglich sind. Daher wäre es vorteilhaft, dem BKartA weitere Befugnisse einzuräumen, um so für Verbraucher „unsichtbare“ Verstöße aufzudecken, Abstellungsverfügungen zu erlassen und die zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung zu ergänzen und zu stärken.

II. FDP

Forderung nach einer klaren Definition von digitalen Plattformen: Mit einer eindeutigen Definition von digitalen Plattformen mit überragender marktbeherrschender Stellung würde man sicherstellen, dass sich Bestimmungen wie der § 19a und § 39a ausschließlich auf digitale Plattformen beziehen. Eine Definition würde eine Abgrenzung zu anderen Wirtschaftsbereichen ermöglichen.
→ Eine nähere Präzisierung wäre deshalb nicht positiv, weil dies dazu führen könnte, dass Unternehmen über jedes einzelne Tatbestandsmerkmal streiten würden, um sich der Adressierung der Norm zu entziehen. Dies wiederum würde die Durchsetzung vor Gerichten erschweren.

C. Auswirkungen des Facebook Falls auf die GWB Novellierung

Das Facebook Verfahren stand bei der 10. GWB Novelle mit im Vordergrund als Auslöser und Impulsgeber. So ist es nicht überraschend, dass viele der Änderungen im GWB kritische Aspekte des Falls Facebook widerspiegeln:

- § 18 Abs. 3 GWB erfasst nunmehr auch außerhalb von mehrseitigen Märkten die wettbewerbsrelevanten Daten als Merkmal der Marktbeherrschung. Diese Daten spielten im Facebook Verfahren eine ausschlaggebende Rolle für die überragende Stellung von Facebook auf vielen Märkten.
- § 19 Abs. 1 GWB wurde hinsichtlich der Kausalität Anforderungen gelockert, welche vom OLG Düsseldorf und BGH unterschiedlich aufgefasst wurden und für die Entscheidung des Falles kritisch waren.
- § 19a Abs. 1 GWB eröffnet zudem eine Marktübergreifende Stellung, welche bezugnehmend auf die Schwierigkeiten der Gerichte, Facebook einem einzelnen Markt zuzuordnen Sorge trägt.
- § 19a Abs. 2 Nr. 4 GWB umschließt die Verarbeitung von Daten in bestimmten Ausmaßen nun spezifisch in das Kartellrecht. Parallelen zur DSGVO werden somit nicht weiter benötigt und anders als in diesem Fall wird es nicht weiter streitig werden ob solche Erwägungen wettbewerbsrelevant sind.

Abseits dieser materiellen Regelungen im Missbrauchsrecht hat der Gesetzgeber aber auch an anderen Stellen aus dem Fall Facebook gelernt. So ist die Verfahrensökonomie einer der wichtigsten Gesichtspunkte um mit dem volatilen und sich ständig entwickelnden Feld der Tech-Giganten wie Facebook mitzuhalten. Hier wirkte das Facebook Verfahren an folgenden Änderungen mit:

- § 19a Abs. 2 GWB kehrt nunmehr bei Beschlüssen gegen Marktübergreifend mächtige Unternehmen die Beweislast bezüglich der sachlichen Rechtfertigung der Verhaltensweise um. So muss nun nicht das BKartA vor seinem Beschluss, sondern das Unternehmen darlegen, dass eine solche sachliche Rechtfertigung vorliegt. Das Facebook Verfahren war 3 Jahre in Vorbereitung bevor ein Beschluss des BKartA erging. Diese Zeit wird hierdurch erheblich reduziert.
- § 73 Abs. 5 GWB verkürzt weiterhin den Instanzenzug um das OLG Düsseldorf in Beschlüssen des § 19a GWB. Der BGH ist für diese Beschlüsse der einzige Instanzenzug. Im Facebook Verfahren bestand zwischen dem OLG und BGH Uneinigkeit über die Auslegung der Tatsachen sowie die Bewertung. Um sich die Revision in Zukunft zu sparen, welche erheblich Zeit in Anspruch nimmt und eine einheitliche Entscheidung von vornherein zu haben, wurde dies geändert.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Facebook Verfahren angeregt hat, das Vorgehen des BKartA und der Gerichte gegen Tech-Giganten wie Facebook selbst zu vereinfachen und beschleunigen.

D. Forschungsfrage / Ausblick

Welche Schlüsse zieht der Gesetzgeber aus dem Verfahren mit digitalen Plattformen?

Es lässt sich zunächst einmal sagen, dass der Gesetzgeber sowohl die Gefahren der digitalen Wirtschaft erkannt hat, als auch dass das GWB in seiner alten Fassung stellenweise nachbesserungsbedürftig war, um effektiv gegen die Global Player der digitalen Welt vorgehen zu können. Exemplarisch zeigt sich dies vor allem am Facebook-Verfahren, welches seit vielen Jahren noch immer andauert und innerhalb dessen das bisherige Recht immer wieder an seine Grenzen gestoßen ist, was immer wieder zu scharfer Kritik geführt hat. Wohl gerade angetrieben durch dieses Verfahren entschied sich der Gesetzgeber daher an einzelnen Stellen nachzubessern.

Hierbei ist zunächst einmal zu sagen, dass der Gesetzgeber die Missbrauchskontrolle (§§ 18, 19, 20) an die heutige Zeit angepasst hat, indem er die Bedeutung von Daten, Plattformen und Netzwerkeffekten hervorgehoben hat. Wobei jedoch anzumerken ist, dass an den bisherigen Normen (vor allem § 18 und 19) selbst keine substantiellen Änderungen vorgenommen wurden. Vieles war grundsätzlich auch schon durch die bisherige offene Formulierung der Tatbestände möglich zu berücksichtigen. Mit der expliziten Nennung der Charakteristika digitaler Märkte positioniert sich der Gesetzgeber jedoch und erleichtert die Rechtsanwendung.

Zudem hat der Gesetzgeber neue, weitreichende Ermächtigungsgrundlagen eingeführt. Allen voran der § 19a bildet hierbei das Herzstück der GWB Novelle und soll vor allem eine bessere Erfassung solcher Sachverhalte wie des Facebook-Verfahrens ermöglichen und gleichzeitig für effizientere Verfahren sorgen, indem man dem Bundeskartellamt neue Befugnisse erteilt, die Beweislastumkehr verankert und den Instanzenzug verkürzt hat. Dieses Streben nach zeitnaher Abstellung neuartiger Gefährdungen zeigt sich auch in § 20 Abs. 3a, den der Gesetzgeber bewusst offen formuliert hat. Nicht weniger von Bedeutung, aber oftmals im Hintergrund von § 19a, ist der Datenzugangsanspruch aus § 20 Abs. 1a, womit der Gesetzgeber weniger an Gefahren gedacht hat, sondern mehr an die Chance, durch eine mehrfache Nutzung von Daten den Innovationswettbewerb anzutreiben.

Man erkennt also, dass sich der Gesetzgeber viele Gedanken gemacht hat. Er hat vor allem die Dynamik von Netzwerkeffekten auf mehrseitigen Märkten erkannt, das Missbrauchspotential welche den Plattformen, insbesondere den „Gatekeepern“, innewohnt und das Daten sowohl der Innovation als auch dem Missbrauch dienen können. Die Gesetzesänderungen, allen voran die neuen Ermächtigungsgrundlagen klingen vielversprechend und ihre Anwendung durch die Gerichte ist mit Spannung abzuwarten. Aber ob dies auch genügt, um in Zukunft adäquat mit den Global Playern der digitalen Welt umzugehen, bleibt abzuwarten.