

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Referat IB1 – Grundsatzfragen der
Wettbewerbspolitik, Kartellrecht
Referatsleiter Dr. Thorsten Käseberg
Alt-Moabit 101 d
10559 Berlin

vorab per E-Mail:

gwb10@bmwi.bund.de

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Feldmühleplatz 1
40545 Düsseldorf | Deutschland

Postfach 10 17 43
40008 Düsseldorf | Deutschland

Büroanschrift des Vorsitzenden:
Karl-Scharnagl-Ring 6
80539 München | Deutschland

Tel: +49 89 21667 0

Fax: +49 89 21667 111

ingo.brinker@gleisslutz.com

14. Februar 2020

Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Neuregelungen - Missbrauchsaufsicht/Digitalisierung

A. Vorbemerkung

- (1) Die Studienvereinigung Kartellrecht (im Folg.: Studienvereinigung) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1.300 Rechtsanwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Die Mitglieder der Studienvereinigung beraten und vertreten regelmäßig Unternehmen und natürliche Personen in Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes, der Europäischen Kommission sowie vor weiteren nationalen Kartellbehörden sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten innerhalb Europas. Sie verfügen deshalb in besonderem Maße über Erfahrung in der Anwendung der Vorschriften zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.
- (2) Die Studienvereinigung bedankt sich für die Gelegenheit, zum Referentenentwurf eines „Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitale Wettbewerbsrecht 4.0“ (im Folg.: RefE) Stellung zu nehmen. Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich darauf, auf die vorgeschlagenen Änderungen in §§ 18, 19 und 20 GWB einzugehen. Zu

den übrigen Regelungen des Referentenentwurfs nimmt die Studienvereinigung in zwei weiteren gesonderten Dokumenten Stellung.

Zu den Neuregelungen betreffend die Missbrauchsaufsicht/Digitalisierung

Diese Stellungnahme der Studienvereinigung ist thematisch geordnet und folgt nicht streng der Gesetzesnummerierung. In Teil B werden allgemeine Erwägungen erläutert, Teil C beschäftigt sich mit der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Vorschriften, Teil D mit Daten- und Datenzugangsansprüchen als Gegenstand des Kartellrechts, Teil E mit den vorgeschlagenen speziellen Regeln für (digitale) Plattformen, Teil F mit der vorgeschlagenen Regelung zur relativen Marktmacht, Teil G mit den vorgeschlagenen Sonderregeln für (digitale) Plattformen mit überragender marktübergreifender Bedeutung und schließlich Teil H mit der vorgeschlagenen Änderung des Kausalitätskriteriums im Bereich des Ausbeutungsmissbrauchs.

B. Allgemeine Erwägungen

- (1) Die weiter fortschreitende Digitalisierung der Wirtschaft verlangt laut Entwurfsbegründung eine maßvolle Anpassung des GWB als wettbewerbspolitischen Ordnungsrahmen. Insbesondere unter Verweis auf die Studie zur "Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen" (*Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, 2018*) sieht der RefE Anpassungsbedarf in der Missbrauchsaufsicht der §§ 18 ff. GWB.
- (2) Schwerpunktmäßig handelt es sich dabei um folgende Änderungen, die wettbewerblich bedenkliche Entwicklungen vor allem im Bereich der digitalen Wirtschaft zügiger und effektiver abstellen sollen (Entwurfsbegründung, S. 63).
 - Einführung des Konzepts sog. „Marktmacht von Intermediären“ in § 18 Abs. 3b RefE zur besseren Erfassung der besonderen Marktbedeutung von Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind und durch ihre Dienstleistungen dort Einfluss auf den Zugang auf Absatz- und Beschaffungsmärkten nehmen können.
 - Neufassung der in § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE geregelten „essential facilities“-Doktrin, womit erstmals ausdrücklich der „Zugang zu Daten“ als wesentliche

Einrichtung ausdrücklich genannt und die Verweigerung dieses Zugangs durch ein marktmächtiges Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung begründen kann.

- Einführung einer eigenen Missbrauchsaufsicht in § 19a RefE über solche Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a RefE (i.e. „Intermediäre“) tätig sind und dabei eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ haben.
- Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 auch auf große Unternehmen durch das Streichen des Erfordernisses, dass das abhängige Unternehmen von „kleiner“ oder „mittlerer“ Größe sein muss.
- Normierung eines weiteren Anspruchs auf Datenzugang in § 20 Abs. 1a RefE, der, anders als der Datenzugangsanspruch in § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE, keine Marktbeherrschung voraussetzt, sondern eine Abhängigkeit im Sinne relativer Marktmacht des Dateninhabers ausreichen lässt.
- Einführung eines neuen Eingriffstatbestands in § 20 Abs. 3a RefE zur Erfassung missbräuchlicher „Tippings“, also der zunehmenden Konzentration eines Marktes im Sinne des § 18 Abs. 3a RefE durch gezielte Behinderungsstrategien eines marktmächtigen Unternehmens.

(3) Die Studienvereinigung begrüßt grundsätzlich das Vorhaben des RefE, das GWB an die Erfordernisse der Digitalisierung weiter anzupassen. In einigen Bereichen wird Neuland betreten. Das ist grundsätzlich der Natur der Sache geschuldet. Neue Fragestellungen können neue Regelungen erfordern. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es allerdings wichtig, dass die Konturen der Neuregelungen klar hervortreten. Die Entwurfsbegründung verweist vielfach auch darauf, dass sich Aspekte der Neuregelungen bereits aus der europäischen Rechtsprechung ergeben. Hier sollte klar gestellt werden, ob und ggf. in welchem Umfang der Gesetzgeber die bisherigen Vorgaben erweitern möchte.

(4) Die Neuregelungen haben erhebliche praktische Folgen. Abzuwägen sind der erstrebte Schutz vor missbräuchlichen Verhaltensweisen einerseits und die Auswir-

kungen auf die wirtschaftlichen Anreize für Innovationen und Investitionen andererseits. Dies gilt umso mehr, weil die Regelungen zu einem erheblichen Teil über die Vorgaben des europäischen Kartellrechts hinausgehen und damit für den Anwendungsbereich des GWB ein Sonderregime schaffen (siehe auch die Aufforderung der Monopolkommission, das deutsche Missbrauchsrecht nicht im Widerspruch zum EU-Recht weiterzuentwickeln, Monopolkommission, Policy Brief, Ausgabe 4, Januar 2020, S. 1 (2)). Bei Abschätzung der praktischen Auswirkungen ist auch im Blick zu behalten, dass einstweilige Maßnahmen zur Durchsetzung der Neuregelungen erleichtert werden sollen (§ 32a RefE). Die Kombination von neuen Eingriffstatbeständen und erleichterten Eilmaßnahmen erfordert eine sorgfältige Folgenabwägung. [Vgl. auch die Stellungnahme der Studienvereinigung zu den geplanten Neuregelungen des RefE zum Verwaltungsverfahren, Rn. 3 ff.]

- (5) Die Studienvereinigung nimmt zu den Neuregelungen des RefE im Bereich der Missbrauchsaufsicht nachfolgend im Einzelnen Stellung.

C. Bestimmung des Anwendungsbereichs der Vorschriften

- (6) Bereits die 9. GWB-Novelle hatte zum Ziel, auf *„im digitale[n] Zeitalter][...] mit seinen rasanten technologischen Entwicklungen“* den Schutz vor Marktmissbrauch auf den *„sich dynamisch entwickelnden [digitalen] Märkten“* sicherzustellen (BR-Drs. 606/16, S. 36). Zur Anpassung des GWB an die *„zunehmende Digitalisierung der Märkte“* wurde in § 18 Abs. 3a GWB ein Kriterienkatalog aufgenommen, der bei der Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen auf mehrseitigen Märkten zu berücksichtigen ist (BR-Drs. 606/16, S. 37). Während der allgemeine Teil der Gesetzesbegründung somit auf die digitale Wirtschaft fokussierte, war die Begründung zu § 18 Abs. 3a GWB viel allgemeiner gehalten. So wurden für mehrseitige Märkte beispielhaft auch Einkaufszentren und werbefinanzierte Medien, technische Standards und Kreditkartensysteme genannt (BR-Drs. 606/16, S. 49). Im weiteren Verlauf wurde ausgeführt, dass die *„neuen Merkmale [...] die Analyse der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse“* verbessern sollen und dies *„**auch** dazu [diene], den Herausforderungen für die Anwendung des Wettbewerbsrechts im digitalen Zeitalter besser gerecht zu werden“* (a.a.O.; Hervorhebung nicht im Original). Aufgrund der Verwendung des Wortes *„auch“* schwindet der Fokus auf die digitale Wirtschaft und erscheint fast nur noch als (willkommener) Nebeneffekt.

- (7) Dieses Muster zeigt sich auch beim RefE: Im allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung steht die digitale Wirtschaft im Fokus, wenn es heißt, dass die Novelle eine „maßvolle Modernisierung der Missbrauchsaufsicht [enthält], um den Missbrauch von Marktmacht insbesondere durch digitale Plattformen besser erfassen und effektiv beenden zu können“ (Entwurfsbegründung, S. 1). In der Begründung zu § 18 Abs. 3b RefE heißt es dann ausweitend, Intermediäre seien „**typischerweise** mehrseitige digitale Plattformen“ (Entwurfsbegründung, S. 71; Hervorhebung nicht im Original).
- (8) Die vorstehenden Zitate verdeutlichen, dass dem Gesetzgeber und der Bundesregierung bewusst war und ist, dass mehrseitige Märkte und Netzwerke kein Spezifikum der Digitalwirtschaft sind, sondern bereits in der „vor-digitalen“ Wirtschaft existierten. Die potentiellen wettbewerblichen Probleme bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken mögen im Digitalbereich klarer und/oder schneller zum Vorschein treten. Auch mag der Betreiber des mehrseitigen digitalen Marktes bzw. Netzwerks mehr, effektivere und weitergehende Möglichkeiten haben, das Marktgeschehen zu beeinflussen als der Betreiber eines „vor-digitalen“ mehrseitigen Marktes oder Netzwerks. Hierzu gibt es unterschiedliche Standpunkte.
- (9) Die Entwurfsbegründung und die öffentliche Diskussion fokussieren sich auf die „Unternehmen, die digitale Plattformen und Netzwerke betreiben“ (S. 75f. RefE) und rechtfertigen die Neuerungen mit der Bedeutung von hohen Skalenerträgen, Netzwerkeffekten und der besonderen Rolle von Daten in der Digitalwirtschaft sowie die damit einhergehenden möglichen Risiken für den Wettbewerb.¹ Dennoch (oder gerade deswegen) wäre es zu begrüßen, wenn zumindest aus der Gesetzesbegründung, vorzugsweise jedoch aus dem Wortlaut der Norm selbst, klarer erkennbar wäre, ob **nur** digitale oder aber **alle** Arten mehrseitiger Märkte und Netzwerke in den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 3a GWB bzw. des § 18 Abs. 3b RefE fallen sollen.
- (10) Für eine (nachträgliche) Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 18 Abs. 3a bzw. des geplanten § 18 Abs. 3b auf digitale Märkte und Netzwerke spräche die Be-

¹ Zur Bedeutung von Netzwerkeffekten und Größen- bzw. Skalenvorteilen für digitale Märkte siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Tz. 45 f., sowie Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 19ff.

obachtung, dass bei diesen ein größerer Anreiz für die Markt- bzw. Netzbetreiber (Intermediäre) bestehen könnte, in die Wettbewerbsprozesse bspw. dadurch einzugreifen, dass Marktteilnehmern der Wechsel zu anderen Plattformen oder Netzwerken künstlich erschwert wird (vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 6 ff.). Eine solche Beschränkung gäbe mehr Klarheit und somit Rechtssicherheit für mehrseitige Märkte bzw. Netzwerke, die (noch) nicht digitalisiert sind.

- (11) Gegen eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 18 Abs. 3a bzw. des geplanten § 18 Abs. 3b auf digitale Märkte und Netzwerke spricht, dass auch auf letzteren die gleichen missbräuchlichen Verhaltensweisen auftreten können wie auf ihren digitalen Pendanten. Auch kann eine klare Trennung von digitalen und nicht-digitalen Märkten u.U. Schwierigkeiten bereiten. Sofern ein Unternehmen ein bislang nicht-digitales Netzwerk oder mehrseitigen Markt betreibt und dieses um eine digitale Variante ergänzt, könnte sich bei einer Beschränkung des Anwendungsbereichs der fraglichen Regelungen auf digitale Formen zudem das Problem stellen, dass die Geschäftspraktiken des Unternehmens an zwei unterschiedlichen Maßstäben gemessen werden müssten.
- (12) Es stellt sich insofern die Frage, ob es sachgerecht ist, ein Sonderkartellrecht für digitale Plattformen zu schaffen. Der Verweis auf die „großen Digitalkonzerne“ (RefE S. 75) ist insoweit irreführend. Entscheidend sollte nicht die strategische Ausrichtung einzelner „Digitalkonzerne“, sondern die Charakterisierung konkreter Tätigkeiten und Geschäftsmodelle sein, die auch von anderen Unternehmen entwickelt werden können, z.B. im Bereich des autonomen Fahrens und der damit einhergehenden Datensammlung. Es könnte also zu – nicht zielführenden – Auslegungsfragen kommen, sofern die Anwendung der neuen Regeln explizit auf digitale Plattformen beschränkt wäre. In der Tat findet sich der Begriff der digitalen Plattform auch an keiner Stelle in den neuen Missbrauchstatbeständen, sondern nur in der Entwurfsbegründung, allerdings offen formuliert (siehe etwa der Hinweis, Intermediäre seien „typischerweise“ mehrseitige digitale Plattformen (siehe oben)).
- (13) Bei § 18 Abs. 3a GWB und § 18 Abs. 3b RefE stellt sich gleichwohl die Frage, ob die einfache Bezugnahme auf „*mehrseitige Märkte und Netzwerke*“ bzw. die Formulierung „*Unternehmen, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist*“ hinreichend klar bezeichnen, welcher Marktteilnehmer dadurch erfasst werden soll.

- (14) Beispielhaft sei die Tätigkeit eines Immobilienmaklers betrachtet: Der Makler ist auf einem klassischen zweiseitigen Markt tätig, da er zwischen Anbietern von und Nachfragern nach Immobilien (zum Kauf oder zur Miete) vermittelt. Es erscheint zweifelhaft, ob die Kriterien des § 18 Abs. 3a wirklich erforderlich sind, um zu bewerten, ob der Makler über eine marktbeherrschende Stellung verfügt; die Kriterien in § 18 Abs. 1 und § 18 Abs. 3 GWB erscheinen hierfür sowohl angemessen als auch ausreichend. Die Bedeutung der Vermittlungsleistung des Maklers für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten dürfte durch diese „Standardkriterien“ ebenfalls schon abgedeckt sein, so dass der Mehrwert von § 18 Abs. 3b RefE beim Beispiel des „analogen“ Immobilienmaklers schwer zu erkennen ist.
- (15) Die Kriterien in § 18 Abs. 3a und § 18 Abs. 3b erscheinen beim Beispiel der Immobilienvermittlung dagegen sinnvoll, wenn die Marktmacht einer (digitalen) Immobilienplattform untersucht wird. Im Fokus steht dabei jedoch der Betrieb der Plattform, d.h. ob und wie durch diese Betreibertätigkeit das Marktgeschehen beeinflusst werden kann. Die Relevanz dieser Einflussnahmemöglichkeit ergibt sich aus der Erwähnung von „mehrseitige Märkte und Netzwerke“ bzw. der Formulierung „Unternehmen, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist“ allerdings gerade nicht eindeutig. **Zur Klarstellung schlägt die Studienvereinigung vor, die Regelung in § 18 Abs. 3a wie folgt umzuformulieren und hierbei zugleich auch die für § 18 Abs. 3b geplante Regelung zu integrieren:**

„(3a) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das auf einem mehrseitigen Markt zwischen den Marktseiten **durch den Betrieb einer Plattform, eines Netzwerks oder in sonstiger Weise vermittelt (Intermediär)**, sind auch zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck,

6. die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsleistungen für den Zugang der Marktseiten zu Beschaffungs- und Absatzmärkten.“

- (16) Die Streichung des § 18 Abs. 3b und die Integration dessen Regelungsgehalts in § 18 Abs. 3a RefE wäre auch gesetzestechisch folgenlos, weil die neuen Missbrauchstatbestände nicht auf § 18 Abs. 3b verweisen, sondern nur auf § 18 Abs. 3a RefE. (Sofern der § 18 Abs. 3b RefE demgegenüber beibehalten werden soll, wäre es aus Sicht der Studienvereinigung empfehlenswert, die Anknüpfung des § 18 Abs. 3b RefE wie folgt klarzustellen: "Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf (mehrseitigen) Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB tätig ist ...").
- (17) Anknüpfend hieran wären bei der hier vorgeschlagenen Integration von § 18 Abs. 3b RefE in § 18 Abs. 3a RefE die an § 18 Abs. 3a bzw. § 18 Abs. 3b anknüpfenden **Regelungen in §§ 19a Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3a RefE entsprechend anzupassen:**

„§ 19a

- (1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass ein Unternehmen, das in erheblichem Umfang als Intermediär im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. [...]

§ 20

- (1) [Satz 1]. § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Intermediäre im Sinne des § 18 Absatz 3a, soweit andere Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von ihrer Vermittlungsleistung in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen. [...]
- (3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Intermediär mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die eigenständige Erzielung von

positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.“

- (18) Vor einer Anpassung des § 19a Abs. 1 Satz 1 RefE gemäß dem Vorstehenden steht aber zunächst die Frage, ob es der Neuregelung des § 19a RefE überhaupt bedarf. Die Monopolkommission äußert sich hierzu kritisch (Policy Brief, Ausgabe 4, Januar 2020). Die Auffassung der Studienvereinigung wird ausführlich in Abschnitt F dargestellt.
- (19) Der Anwendungsbereich der neuen Vorschriften hängt von der Abgrenzung mehrseitiger Märkte und der Bestimmung von Marktmacht ab. Dies ist eine komplexe Aufgabe, die Kartellbehörden bereits in der Vergangenheit vor Herausforderungen gestellt hat, was zu längeren Verfahren geführt hat. Aus Sicht der Studienvereinigung reicht es nicht aus, die Eingriffsbefugnisse auszuweiten. Wenn die Eingriffsschwellen abgesenkt werden und wenn jedenfalls für einen Teil der Neuregelungen die Möglichkeit geschaffen wird, weitreichende Ansprüche unmittelbar vor dem Zivilgericht geltend zu machen, ist eine belastbare wettbewerbsökonomische Fundierung erforderlich, um eine rechtssichere Anwendung der Kriterien zu ermöglichen.
- (20) Auch der RefE selbst verweist im Bereich der Missbrauchsaufsicht in wesentlichem Umfang auf Erkenntnisse aus deutschen und internationalen Studien und Berichte, die unter Mitwirkung von Wettbewerbsökonomen erstellt worden sind. Der RefE hält das Kriterium der Netzwerkeffekte in der Anwendungspraxis und der wissenschaftlichen Literatur für hinreichend konturiert, um eine rechtssichere Anwendung der Vorschriften zu gewährleisten (siehe etwa Entwurfsbegründung, S. 86 zu § 20 Abs. 3a RefE).
- (21) Mehrseitige Märkte und Netzwerkeffekte sind in der Tat Gegenstand vielfältiger ökonomischer Untersuchungen und Veröffentlichungen geworden. Es ist aus Sicht der Studienvereinigung in diesem Zusammenhang jedoch unerlässlich, dass ökonomischen Untersuchungen auch im Verfahren vor den Kartellbehörden und Gerichten bei der Bestimmung der Normadressateneigenschaft ausreichend Raum gegeben wird. Zu der im RefE vorgeschlagenen Erleichterung von Eilverfahren vgl. die Stellungnahme der Studienvereinigung zu den geplanten Neuregelungen des RefE zum Verwaltungsverfahren, Rn. 3 ff..

D. Daten- und Datenzugangsansprüche als Gegenstand des Kartellrechts

I. Zur Verwendung des Datenbegriffs

- (22) Der RefE nimmt an mehreren Stellen Bezug auf „Daten“. Dies betrifft die neuen Zugangsansprüche nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1a, das Kriterium zur Bestimmung der Marktposition eines Unternehmens (§ 19a Abs. 1, bisher schon in § 18 Abs. 3a), sowie den Behinderungstatbestand des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3. Der Datenbegriff wird nach wie vor nicht weiter definiert oder konkretisiert. Im Zuge der vorgeschlagenen Neuregelungen erlangt der Datenbegriff eine zentrale Rolle. Die Unklarheit, wie der Datenbegriff auszulegen ist, führt damit zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Dies betrifft die Frage, ob mit Daten nur Zahlenwerte und andere messbare Größen gemeint sind oder ob auch Daten erfasst werden, die Gegebenheiten, Tatsachen und Ereignisse bezeichnen. Weiterhin stellt sich die Frage, ob Daten unabhängig von ihrer Strukturierung, Aktualität oder Aggregation betroffen sind. Vor allem aber ist unklar, ob nur Rohdaten oder auch verarbeitete Daten und Analyseergebnisse erfasst sind. Jeder Anspruch auf Zugang zu Daten birgt die Gefahr, dass neuartige Geschäftsmodelle unattraktiv werden können. Denkbar ist sogar, dass etablierte Marktteilnehmer Datenzugangsansprüche nutzen, um potentiell disruptive Geschäftsmodelle eines Newcomers auf vermeintlich benachbarten Märkten zu behindern, auf denen der Zugangspetent noch nicht tätig ist.
- (23) Zu berücksichtigen ist dabei, dass jedenfalls die Zugangsansprüche nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1a RefE von jedem Marktteilnehmer vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden könnte. Deshalb sollte die Klärung grundlegender Auslegungsfragen nicht der Praxis aufgebürdet werden. Dies würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, was negative Auswirkungen auf Innovationen und Investitionen im Anwendungsbereich des Gesetzes haben könnte. Wettbewerbsdämpfende Effekte können sich insbesondere dann ergeben, wenn ein Unternehmen befürchten muss, nicht nur Rohdaten herausgeben zu müssen, sondern auch eigene Auswertungen und Analyse-Ergebnisse. **Jedenfalls in der Entwurfsbegründung sollten deshalb Hinweise aufgenommen werden, welche Daten der Gesetzgeber konkret im Blick hat. Dies betrifft vor allem die Klarstellung, dass sich der Zugangsanspruch auf Daten bezieht und nicht weitergehende Analysen umfasst.**

II. Zu Nummer 2, Buchstabe a (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 RefE)

- (24) Der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ war bereits bislang als ein „insbesondere bei mehrseitigen Märkten“ zu berücksichtigendes Kriterium für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens in § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB genannt. Der Referentenentwurf schlägt vor, den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten auch in § 18 Abs. 3 GWB als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auf beliebigen Märkten hinzuzufügen. Zur Begründung führt die Entwurfsbegründung aus, auf diese Weise solle klargestellt werden soll, dass der Zugang zu Daten in allen Wirtschaftsbereichen und nicht nur für mehrseitige Märkte relevant sein könne. Durch die explizite Aufnahme solle der steigenden Bedeutung von Daten in allen Wirtschaftsbereichen Rechnung getragen werden. Es solle die besondere Rolle der Daten betont werden, um zusammen mit den übrigen Änderungen bezüglich des Zugangs zu Daten ein konsistentes Konzept des Datenzugangs in der Missbrauchsaufsicht sicherzustellen (S. 70 f.).
- (25) Die Studienvereinigung stimmt zu, dass der Zugang zu Daten für die gesamte „digitalisierte“ Wirtschaft große Bedeutung haben kann. Auch aus Sicht der Studienvereinigung ist daher die intendierte Klarstellung sinnvoll. Zudem begrüßt die Studienvereinigung ausdrücklich das Ziel, über die verschiedenen Vorschläge im Referentenentwurf hinweg ein konsistentes Konzept des Datenzugangs zu entwickeln.
- (26) Aus Sicht der Studienvereinigung ist jedoch die Erwähnung des Datenzugangs in § 18 Abs. 3 Nr. 2 RefE neben dem Kriterium der „Finanzkraft“ missverständlich. Der Zugang zu Finanzmitteln ist praktisch jeder Wertschöpfung allgemein vorgeschaltet. Er ist als Wettbewerbsfaktor in den meisten Situationen relevant und daher beinahe kontextunabhängig bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens berücksichtigungsfähig. Nach Ansicht der Studienvereinigung teilen Daten diese Eigenschaften nicht. Daten sind ein Element der Wertschöpfung selbst, entweder als notwendige Voraussetzung oder Ergebnis. Sie sind daher nicht kontextunabhängig relevant. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* führen in ihrer Studie (im Kontext der Bedeutung von Datenzugangsrechten) hierzu aus:

„Versuche, die Frage des Datenzugangs losgelöst von den sehr unterschiedlichen Fallkonstellationen zu diskutieren, in denen sie praktisch werden können, erweisen sich aber schnell als fehlgeleitet. Welchen Einfluss Datenzugangsrechte auf die Wettbewerbs-

und Innovationsfähigkeit von Unternehmen haben, hängt zunächst davon ab, ob diese Unternehmen zur Realisierung der konkret verfolgten unternehmerischen Pläne tatsächlich auf Datenzugangsrechte angewiesen sind. Bestimmte Datensets können parallel in vielfältiger Weise generiert werden – so etwa Standortdaten von Nutzern. Andere Datensets sind über den Markt erhältlich.“ (Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, S. 129).

- (27) Die Zusammenfassung von „Finanzkraft“ und „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ in einer einzigen Ziffer suggeriert eine Vergleichbarkeit beider Kriterien, die nach Ansicht der Studienvereinigung nicht besteht. Sie begründet das Risiko eines ökonomischen Fehlschlusses, demgemäß ein Zugang zu einer großen Anzahl Daten *per se* ein Indikator für eine starke Marktstellung ist, ohne dass für diesen Schluss die Relevanz der Daten für die Wettbewerbstätigkeit auf einem konkreten Markt oder die Qualität oder Reproduzierbarkeit der Daten analysiert werden müsste.
- (28) Aus diesem Grund schlägt die Studienvereinigung vor, **die Kriterien „Finanzkraft“ und „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ in § 18 Abs. 3 GWB jeweils in einer eigenen Ziffer aufzulisten.**

III. Zu Nummer 3 Buchstabe b des Entwurfs (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE)

- (29) § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE soll insbesondere klarstellen, dass auch die Verweigerung des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen kann. Unabhängig von der Weiterentwicklung von anderen allgemeinen oder sektorspezifischen Datenzugangsregeln sei ein kartellrechtlicher Zugang für Fälle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die zu einer Behinderung des Wettbewerbs führen, bereits heute sinnvoll. Soweit der Zugang personenbezogene Daten umfasse, müssten allerdings die datenschutzrechtlichen Anforderungen für einen solchen Zugang erfüllt sein. Insbesondere bedürfe es einer Rechtsgrundlage für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung (Entwurf, S. 75).
- (30) Die Studienvereinigung hält es grundsätzlich für richtig, dass der Entwurf ausdrücklich auf das Datenschutzrecht als notwendige Rahmenbedingung für den im Entwurf vorgeschlagenen Anspruch auf Zugang zu Daten hinweist. Das Datenschutzrecht ist eine eigenständige Regelungsmaterie, die unionsprimärrechtlich (Art. 8 GR-Charta

und Art. 16 AEUV) verankert und -sekundärrechtlich (Datenschutzgrundverordnung) vollharmonisierend ausgeformt ist. Eine mitgliedstaatliche Regelung wie das GWB muss den Vorrang des Unionsrechts beachten.

- (31) Dasselbe muss für den Schutz der Geschäftsgeheimnisse des Dateninhabers gelten, die daher von einem Datenzugangsauspruch ausgenommen werden müssen (Vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, S. 129). Die Studienvereinigung begrüßt die Klarstellung im Entwurf zum Datenzugangsanspruch aus § 20 Abs. 1a RefE, wonach die vom Zugangsanspruch erfassten Daten „erst zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder von personenbezogenen Daten bereinigt werden müssen“ (Entwurf, S. 83). Eine vergleichbare Klarstellung wäre auch für den Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE zu erwägen.
- (32) Weiterhin begrüßt die Studienvereinigung den Hinweis in der Entwurfsbegründung, dass neben der Regelung eines kartellrechtlichen Zugangs zu den Daten marktbeherrschender Unternehmen auch die Entwicklung anderer, insbesondere sektorspezifischer, Datenzugangsregeln vorangetrieben wird. Ein Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE ist an enge Voraussetzungen geknüpft und wird stets eine komplexe Einzelfallprüfung erfordern. Auch die Frage, wie der Datenzugang in den verschiedenen denkbaren Konstellationen genau ausgestaltet sein muss, bedarf der Klärung. Diese Unsicherheiten gehen sowohl zu Lasten der Dateninhaber, die mit einer Vielzahl von Zugangsfragen konfrontiert sein werden, als auch zu Lasten der Zugangspetenten, für die die Durchsetzung ihres Zugangsrechts oftmals mit einem aufwändigen und langwierigen Verfahren verbunden sein wird. Sektorspezifische Datenzugangsregeln, die für bestimmte Fallgruppen die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Datenzugangsansprüchen im Einzelnen festlegen, können daher praktikablere Lösungen bieten.
- (33) Die Regelung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE führt zu folgender Auslegungsfrage, die aus Sicht der Studienvereinigung geklärt werden sollte. Der Wortlaut des Entwurfs verlangt zwar auch zukünftig die objektive Notwendigkeit des Zugangs bzw. der Belieferung für die Tätigkeit auf einem vor- oder nachgelagerten Markt. Unklar ist aber, ob der Zugang für das Angebot eines neuen bzw. verbesserten Produkts notwendig ist, so wie es die europäische Rechtsprechung für den Zugang zu geschütztem geistigem Eigentum verlangt (EuGH, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P – *Magill*; EuGH,

Rs. C-418/01 – *IMS Health* und Rs. T-201/04 – *Microsoft*). Bei wettbewerbsrelevanten Daten handelt es sich grundsätzlich um duplizierbare Datenpunkte. Deshalb erscheint es bedenklich, Unternehmen, die keinen eigenen Aufwand für die Generierung der Daten getätigt haben, den Zugang zu erlauben, obwohl sie keinen wettbewerblichen Mehrwert im Sinne eines neuen oder verbesserten Produkts erbringen. Dies könnte auch falsche Anreize im Hinblick auf Innovationen und Investitionen setzen. Dieser Aspekt sollte jedenfalls in der Gesetzesbegründung klargestellt werden. Zwar macht die Begründung bereits deutlich, dass der Zugangsanspruch an die europäische Entscheidungspraxis angeglichen werden soll (Entwurfsbegründung, S. 74). Dies könnte dafür sprechen, dass für den Zugang das von der europäischen Rechtsprechung entwickelte Kriterium des neuen bzw. verbesserten Produkts anwendbar ist. Eindeutig ist dies aber nicht. **Deshalb sollte dieser praktisch wichtige Punkt jedenfalls in der Begründung klargestellt werden.**

- (34) **Der Klarstellung bedarf außerdem**, ob es sich bei der Streichung des bisherigen Kriteriums aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, wonach der Zugang zu Infrastruktureinrichtungen zu gewähren ist, wenn es dem Zugangspetenten sonst nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt „**als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens“ tätig zu werden, um eine lediglich redaktionelle Änderung handelt** – oder ob nunmehr z.B. Datenzugang von einem Unternehmen verlangt werden kann, das zwar auf einem vorgelagerten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, jedoch auf dem nachgelagerten Markt überhaupt nicht tätig ist.
- (35) Die Mitteilung der Europäischen Kommission zu ihren Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags geht von der Annahme einer Tätigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt aus (Rn. 76, 84 der Mitteilung). Da der „essential facilities“-Doktrin die wettbewerbsrechtliche Schadenstheorie eines Behinderungsmissbrauches in Form einer Ausübung von Marktmacht in einem vorgelagerten Markt mit Hebelwirkung auf einen nachgelagerten Markt zugrunde liegt, erscheint zweifelhaft, ob die Verweigerung des Datenzugangs gegenüber einem Nicht-Wettbewerber als Missbrauch von Marktmacht anzusehen ist.

E. Spezielle Regelungen für (digitale) Plattformen

- (36) Der folgende Abschnitt behandelt die speziellen Regelungen, die laut der Entwurfsbegründung im Hinblick auf digitale Plattformen in den RefE aufgenommen wurden, mit Ausnahme von Datenzugangsansprüchen und den Sonder-Eingriffstatbeständen in § 19a Abs. 2 RefE. Nachfolgend geht es um die Verankerung des Konzepts der Intermediationsmacht in verschiedenen Vorschriften sowie den neuen Behinderungstatbestand in § 20 Abs. 3a RefE.

I. Die Verankerung des Konzepts der Intermediationsmacht

1. § 18 Abs. 3b RefE

- (37) Nach der Entwurfsbegründung sollen die Änderungen zu § 18 GWB die Missbrauchsaufsicht modernisieren, um eine sachgerechte Anwendung des Kartellrechts auf digitale Märkte und insbesondere in Bezug auf digitale Plattformen sicherzustellen (S. 70). Die konkrete Neuerung in Absatz 3b soll das Konzept der Intermediationsmacht in die Marktbeherrschungsprüfung integrieren und vor allem eine klarstellende Funktion ausüben, da auch schon nach dem bisherigen Recht eine Erfassung der Marktmacht von Vermittlern auf mehrseitigen Märkten möglich sei (S. 71). Die Studienvereinigung teilt die Auffassung, dass auch schon nach geltendem Recht grundsätzlich die Intermediationsmacht nach § 18 GWB erfassbar ist, sieht aber auch einen Mehrwert in einer gesetzgeberischen Klarstellung, um diese Frage nicht erst im Rechtsweg klären zu müssen.
- (38) Allerdings bleibt der Wortlaut des neuen § 18 Abs. 3b RefE sehr allgemein, obwohl laut Entwurfsbegründung das Konzept der Intermediationsmacht „*typischerweise mehrseitige digitale Plattformen*“ (S. 71) betrifft. Es wäre daher aus Gründen der Normenklarheit sinnvoll, klarzustellen, ob das Konzept der Intermediationsmacht auf digitale Plattformmärkte beschränkt sein soll oder nicht (vgl. dazu oben unter B, Rn. (8)ff.). Es gibt dazu unterschiedliche Standpunkte. Die Studienvereinigung schlägt vor, jedenfalls den Verweis auf Plattformen zusätzlich in den Wortlaut der Vorschrift aufzunehmen, wobei dies auch in § 19 Abs. 3a GWB erfolgen könnte, vgl. den konkreten Vorschlag oben unter B, Rn. (15).

- (39) Es stellt sich beim im RefE vorgeschlagenen Wortlaut zudem die Frage, ob das Abstellen auf die Bedeutung der erbrachten „Vermittlungsdienstleistungen“ suggeriert, dass dies nur plattformseitenübergreifende Vermittlungsleistungen (etwa i.S. einer „Matching“-Leistung) sind, oder auch (sonstige) Leistungen des Vermittlers auf nur einer Plattformseite betreffen. Dies sollte in den Erläuterungen klargestellt werden. Soweit auch Leistungen auf einer Plattformseite erfasst sein sollen, wovon die Studienvereinigung ausgeht, wäre es hilfreich, im Wortlaut stattdessen auf „**insbesondere die von ihm erbrachten Leistungen**“ abzustellen.

2. § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RefE

- (40) Das Intermediationsmacht-konzept findet sich auch in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RefE, nämlich als ein mögliches Kriterium bei der Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung („**ümaB**“) für den Wettbewerb. Diese Regelung erwähnt nicht explizit die Stellung als Vermittler oder Intermediär, soll aber laut Entwurfsbegründung wie § 18 Abs. 3b RefE die Intermediationsmacht von digitalen Plattformen erfassen (S. 77). Es wäre sinnvoll, das Konzept der Intermediationsmacht redaktionell einheitlich zu erfassen. Das würde allerdings schon durch die in der vorstehenden Rn. (38) vorgeschlagene Änderung zu § 18 Abs. 3a RefE erfolgen, weil § 19a Abs. 1 S. 1 RefE darauf verweist. (Sollte der Gesetzgeber an einem eigenständigen § 18 Abs. 3b RefE festhalten, wäre es sinnvoll, in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RefE darauf zu verweisen.)

3. § 20 Abs. 1 S. 2 RefE

- (41) Durch die Neuregelung in § 20 Abs. 1 S. 2 wird auch für die relative Marktmacht i.S. einer Abhängigkeit das Konzept der Intermediationsmacht ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen. Die Entwurfsbegründung fällt sehr knapp aus (S. 82). Auch hier dürfte die Änderung vor allem klarstellende Funktion haben. Dies sollte in die Entwurfsbegründung aus Sicht der Studienvereinigung explizit aufgenommen werden. Denn es wäre nicht nachvollziehbar, warum das Konzept der Intermediationsmacht bei der Feststellung von Marktbeherrschung schon im aktuellen Gesetz erfasst ist, bei der Feststellung von relativer Marktmacht aber nicht. Dieses Verständnis stünde auch redaktionell im Einklang mit der Entwurfsbegründung zu § 18

Abs. 3b RefE. Zudem hat das Bundeskartellamt bereits § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB auf digitale Plattformen angewandt.²

- (42) Zur redaktionellen Vereinheitlichung wäre es auch hier sinnvoll, den Vorschlag zu § 18 Abs. 3a GWB entsprechend in den Wortlaut von § 20 Abs. 1 S. 2 RefE aufzunehmen:

„[...] gilt auch für Unternehmen, die auf mehrseitigen Märkten zwischen den Marktseiten durch den Betrieb einer Plattform, eines Netzwerks oder in sonstiger Weise vermitteln (Intermediäre), soweit andere Unternehmen [...].“

II. Neuer Behinderungstatbestand bei überlegener Marktmacht, § 20 Abs. 3a RefE

1. Tipping als Problem, für das es bislang nur begrenzte Erfahrungssätze gibt

- (43) Der neue Behinderungstatbestand des § 20 Abs. 3a RefE soll laut Entwurfsbegründung die Empfehlung der Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen zur Einführung eines neuen Eingriffstatbestands zur Verringerung der wettbewerblichen Probleme durch das sog. „Tipping“ von Märkten umsetzen, und zwar in Bezug auf Märkte, die durch starke positive Netzwerkeffekte geprägt sind (S. 85). Die Studienvereinigung erkennt an, dass der RefE damit das Problem des Tipping angehen will, was verbreitet als mögliches Problem in der Digitalwirtschaft diskutiert wird. Mit der Regelung wird Neuland betreten, denn eine ähnliche Norm ist in anderen Jurisdiktionen bislang nicht zu finden.
- (44) Die Studienvereinigung weist allerdings darauf hin, dass Erfahrungswerte zur effektiven Verhinderung eines drohenden Tipping und zur Festlegung der Eingriffsschwelle und des Zeitpunktes derzeit – auch aus ökonomischer Sicht – sehr begrenzt sind.³ Echte Erfahrungssätze scheint es (noch) nicht zu geben (vgl. dazu auch oben

² BKartA v. 20.12.2013 – B9-66/10 – *HRS*, S. 91 ff.; BKartA v. 22.12.2015 – B9-121/13 – *Booking*, S. 118 ff, auch wenn der Schwerpunkt jeweils auf der Prüfung von Art. 101 AEUV lag. Vgl. zur Anwendung und Anwendbarkeit des § 20 GWB auf digitale Plattformen auch Schweizer/Haucap/Kerber/Welker, 2018, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 21 und 48ff.

³ Die Entwurfsbegründung verweist zwar auf zwei Entscheidungen des Bundeskartellamts (S. 85), die eine Prüfung von Tipping beinhalteten, etwa 25.06.2015, B6 – 39/15 – *Immowelt/Immonet* und 04.12.2017, B6

unter B Rn. (19)-(21)). Es gibt in der Diskussion zur Anpassung der Kartellrechtsregeln an die Herausforderungen der Digitalwirtschaft dazu auch keinen breiten Konsens. So lehnt der Expertenbericht für die Europäische Kommission die Regelung von Verbotsnormen für nicht-marktbeherrschende Plattformen ab, weil bestimmte Praktiken unterhalb dieser Schwelle auch effizient und wünschenswert sein können.⁴

- (45) Wenn man vor diesem Hintergrund dennoch bereits jetzt eine gesetzliche Regelung zum „Tipping“ einführen will, wäre es auch Sicht der Studienvereinigung jedenfalls umso wichtiger, klare Tatbestandsregeln zu schaffen – sowohl für das Bundeskartellamt als auch für mögliche Normadressaten und von einer unbilligen Behinderung betroffene Wettbewerber. Die Norm wirft aber diverse Fragen auf und arbeitet mit unklaren und unbestimmten Rechtsbegriffen. Dies wiegt umso schwerer, als die Durchsetzung der Norm nicht nur dem Bundeskartellamt obliegt, sondern es sich um einen Verbotstatbestand handelt, der auch zivilrechtlich durchgesetzt werden kann. Die Unbestimmtheit der Norm sieht die Studienvereinigung daher skeptisch.

2. Bestimmtheit und Normenklarheit

a) Normadressaten und geschützte Wettbewerber

- (46) Die Empfehlung der Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen stellt in ihrer Empfehlung explizit auf „Plattformanbieter“ mit überlegener Marktmacht ab⁵, was im gesamten Zusammenhang nur als digitale Plattformanbieter zu verstehen sein kann. § 20 Abs. 3a RefE dagegen stellt auf eine überlegene Marktmacht „auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a“ ab. Es bleibt also vom Wortlaut auch hier offen, ob die Norm auf digitale Plattformmärkte beschränkt sein soll oder nicht. Es gilt hier das Gleiche wie vorstehend unter Rn. (38) ausgeführt. Die Vorschrift sollte zumindest auch auf Plattformen abstellen. Das

-132/14-2 - CTS/Eventim, aber diese erfolgten im Rahmen eines Fusionskontrollvorhabens bzw. einer Marktbeherrschungsprüfung und haben damit nur begrenzte Aussagekraft für die Gestaltung einer Eingriffsnorm unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle.

⁴ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 69.

⁵ Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, 2018, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 157/158, Rn. 5.

würde erreicht, wenn der Vorschlag der Studienvereinigung zu § 18 Abs. 3a GWB oben unter B. Rn. (15) aufgenommen würde, da § 20 Abs. 3a RefE auf diese Norm verweist.

- (47) Laut Entwurfsbegründung soll der in § 20 Abs. 3a RefE geregelte Behinderungstatbestand (anders als § 20 Abs. 3 GWB) nicht nur kleine und mittlere Wettbewerber schützen, sondern alle und damit auch große Wettbewerber (S. 86). Dies entspricht zwar der geplanten Ausweitung des Schutzbereichs des § 20 Abs. 1 S. 1 RefE, ist allerdings sehr weitgehend. Denn die überlegene Marktmacht im Sinne von § 20 Abs. 3 GWB kann bereits unterhalb der Schwelle relativer Marktmacht nach § 20 Abs. 1 GWB bestehen und wurde bisher gerade zum Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen entwickelt. Der derzeitige Schutzbereich des § 20 Abs. 3 GWB soll insoweit durch den RefE auch unverändert bleiben. Wenn der Gesetzgeber einen derart weitgehenden Schutzbereich des neuen Behinderungstatbestandes tatsächlich plant, sollte sich dies aus dem Wortlaut der Norm auch klar ergeben. Dies gilt für den derzeitigen Entwurf mit dem darin enthaltenen Verweis auf eine unbillige Behinderung nach § 20 Abs. 3 S. 1 allerdings nicht. Vielmehr sollte erwogen werden, auf den Verweis auf § 20 Abs. 3 S. 1 zu verzichten, da die Voraussetzungen der beiden Absätze sich auch im Hinblick auf das Erfordernis mehrseitiger bzw. Plattformmärkte ohnehin unterscheiden. Die Studienvereinigung schlägt daher vor, den Verweis auf Abs. 3 zu streichen und den Wortlaut wie folgt zu fassen:

„Eine verbotene unbillige Behinderung liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht gegenüber Wettbewerbern [...].“

b) Verbotene Verhaltensweisen

- (48) Der Wortlaut des § 20 Abs. 3a RefE nennt als verbotene Verhaltensweise die Behinderung der eigenständigen Erzielung positiver Netzwerkeffekte. Die Entwurfsbegründung spricht dagegen von „starken“ oder „ausgeprägten“ positiven Netzwerkeffekten. Die Gesetzesintention sollte aus dem Wortlaut heraus klar werden – daher sollte der Wortlaut entsprechend mit einer der beiden Alternativen ergänzt werden.

- (49) Auch die Definition von positiven Netzwerkeffekten wird aus dem Wortlaut des neuen Tatbestands und der Entwurfsbegründung nicht klar: Sollen insoweit nur formal definierte positive Netzwerkeffekte (also Effekte, bei dem der Nutzen eines Gutes mit steigender Nutzerzahl (i.d.R.) zunimmt) im Gegensatz zu negativen Netzwerkeffekten (bei denen der Nutzen mit Anzahl der Nutzer abnimmt)⁶ erfasst werden, oder wird der Begriff der positiven Netzwerkeffekte synonym mit direkten Netzwerkeffekten verstanden? § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB nennt direkte und indirekte Netzwerkeffekte, was dafür zu sprechen scheint, dass unter positiven Netzwerkeffekten in § 20 Abs. 3a RefE etwas anderes gemeint ist. Hier wäre eine Klarstellung im Wortlaut oder zumindest in der Entwurfsbegründung sinnvoll.
- (50) Die Behinderung der eigenständigen Erzielung von positiven Netzwerkeffekten kann durch viele Verhaltensweisen erfolgen. Der Wortlaut des geplanten § 20 Abs. 3a RefE und der Verzicht auf jegliche Beispiele im Gesetzeswortlaut führen dazu, dass der Anwendungsbereich theoretisch äußerst weit gefasst ist. Hier wäre es aus Sicht der Studienvereinigung sinnvoll, die in der Entwurfsbegründung genannten Beispiele (S. 86) in den Wortlaut der Norm mit dem Zusatz aufzunehmen,

„[...] , insbesondere durch die Behinderung von Multi-Homing oder der Erschwerung von Plattformwechseln, [...] .“

- (51) Um zudem nicht die indirekten Folgen von legitimem, erfolgreichen Qualitäts- und Innovationswettbewerb zu erfassen, sollte zudem eine Unbilligkeitsprüfung aufgenommen werden, dazu noch weiter unten.

⁶ Klassisches Beispiel für positive Netzwerkeffekte sind Telefonnetze oder Auktionsplattformen, für negative Netzwerkeffekte etwa die abnehmende Attraktivität von Lesermärkten/Plattformen bei zu vielen Werbeschaltungen, vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/netzwerkeffekte-51385>.

- (52) Die Entwurfsbegründung erläutert nicht weiter, wie Multi-Homing behindert werden kann. Der zitierte Bericht für die Europäische Kommission führt insoweit Bündelangebote und Treuerabatte an.⁷ Die Studie zur Modernisierung der Missbrauchsaufsicht nennt Ausschließlichkeitsbindungen und Tarifstrukturen.⁸ Damit werden also Praktiken verboten, die bislang nur für marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen als Behinderungsmisbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB verboten waren. Da § 20 Abs. 3a RefE bereits für Unternehmen mit überlegener Marktmacht gelten soll, handelt es sich um eine sehr weitgehende Neuerung, zumal § 20 Abs. 3 GWB bislang außer in Bezug auf die Regelbeispiele praktisch keine Rolle gespielt hat.⁹
- (53) Die Studienvereinigung weist zudem darauf hin, dass soweit Vereinbarungen im Vertikalverhältnis als Behinderung von Multi-Homing erfasst werden sollen (wie Ausschließlichkeitsbindungen), sich hier ein Spannungsverhältnis zur Vertikal-GVO ergeben kann, wenn die konkreten Vereinbarungen danach freigestellt sind (vgl. dazu zu ausführlicher zu § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE).
- c) Gefährdung der Einschränkung des Leistungswettbewerbs in nicht unerheblichem Maße
- (54) Bei den weitreichenden Rechtsfolgen der geplanten neuen Norm wäre es umso wichtiger, dass die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen bestimmt sind, was aus Sicht der Studienvereinigung bisher nicht hinreichend der Fall ist. Die Behinderung muss laut der Vorschrift die ernstliche Gefahr begründen, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.
- (55) Der Begriff des Leistungswettbewerbs wird in der Literatur als zu unbestimmt für ein gesetzliches Kriterium angesehen und spielt in der Rechtsprechung zur Missbrauchsaufsicht kaum eine Rolle.¹⁰ Insofern ist der Begriff für die Erfüllung des be-

⁷ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 57/58.

⁸ Sowie gezielte Behinderung des Wechsels von Nutzern bei Single-Homing, vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, 2018, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 60/61.

⁹ Vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, 2018, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 54/55.

¹⁰ Vgl. dazu etwa Markert in Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, 5. Auflage 2014, § 19 Rn. 133 f.

sonderen Gefährdungstatbestands in § 20 Abs. 3a RefE aus Sicht der Studienvereinigung nicht aussagekräftig. Es wäre zielführender, eine umfassende Unbilligkeitsprüfung in den Tatbestand aufzunehmen, in welcher der Gesichtspunkt des Leistungswettbewerbs neben anderen Aspekten berücksichtigt werden kann

- (56) Die Entwurfsbegründung verweist zudem darauf, dass das UWG einen ähnlichen Gefährdungstatbestand mit dem Konzept der Marktstörung enthält (S. 86), sodass sich die Frage stellt, ob die dazu entwickelten lauterkeitsrechtlichen Grundsätze hier auch angewendet werden sollen. Konkret äußert sich die Entwurfsbegründung dazu allerdings nicht.
- (57) Die Studienvereinigung schlägt daher vor, auf den Begriff des Leistungswettbewerb zu verzichten und stattdessen im Einklang mit anderen Vorschriften im GWB den Begriff „**Wettbewerb**“ zu verwenden und eine echte Unbilligkeitsprüfung aufzunehmen. Das ließe sich z.B. folgendermaßen erreichen:

„Es ist einem Unternehmen mit überlegener Marktmacht gegenüber Wettbewerbern auf einem Markt im Sinne des § 18 Abs. 3a verboten, die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber, insbesondere durch die Behinderung von Multi-Homing oder der Erschwerung von Plattformwechseln, unbillig zu behindern, [...].“

- (58) Die Aufnahme eines Gefährdungstatbestands rechtfertigt die Entwurfsbegründung u.a. damit, dass die Behörde frühzeitig eingreifen können müsse. Zudem habe der Bericht für die Europäische Kommission die grundsätzliche wettbewerbliche Bedenklichkeit der Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten dargelegt (S. 86). Der zitierte Bericht stellt insoweit allerdings ausdrücklich auf die Behinderung von Multi-Homing seitens marktbeherrschender Unternehmen/Plattformen ab, nicht unterhalb dieser Schwelle.¹¹
- (59) Beim im RefE gewählten Maßstab der Einschränkung des Leistungswettbewerbs „in nicht unerheblichem Maße“ stellt sich ebenfalls die Bestimmtheitsfrage. Führt die

¹¹ Crémer/de Montjoye/Schweitzer, Competition Policy for the digital era, 2019, S. 57.

Gefahr einer nicht unerheblichen Einschränkung des (Leistungs-)Wettbewerbs auf (digitalen) Plattformmärkten tatsächlich automatisch zur Gefahr einer Monopolisierung des betroffenen Marktes („Tipping“)? Ohne existierende ökonomische Erfahrungssätze ist unklar, ab wann in einem Markt ein Tipping droht und zu welchem Zeitpunkt oder ab welcher Schwelle eine Intervention erforderlich und gerechtfertigt wäre. Eventuell wäre es sinnvoll, hier stattdessen auf das zumindest aus der Fusionskontrolle bekannte Konzept der **erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs** abzustellen, wenn erforderlich als Gefährdungstatbestand.

- (60) Dieses Konzept läge näher bei, aber wohl dennoch unterhalb der von der Rechtsprechung zu § 20 Abs. 3 S. 1 GWB aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen zur Qualifizierung von Praktiken als missbräuchlich, die nicht unter die Regelbeispiele der Norm fallen, nämlich der Hitlisten-Rechtsprechung des BGH.¹² Danach ist erforderlich, dass der Normadressat mit Verdrängungsabsicht handelt oder die Maßnahmen geeignet sind, die strukturellen Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen.¹³ Aufgrund des in § 20 Abs. 3a RefE enthaltenen Verweises auf § 20 Abs. 3 S. 1 GWB stellt sich derzeit auch die Frage, wie das Verhältnis zu der Hitlisten-Rechtsprechung des BGH sein soll¹⁴, auch da die Entwurfsbegründung betont, keine Regelbeispiele in § 20 Abs. 3a aufnehmen zu wollen. Soweit der Verweis auf § 20 Abs. 3 S. 1 GWB beibehalten werden soll, wäre diese Frage in der Entwurfsbegründung explizit zu klären.

F. Zur relativen Marktmacht

I. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB

- (61) Die Vereinheitlichung des Anwendungsbereichs von § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB ist zu begrüßen. Das Fehlen einer Definition kleiner und mittlerer Unternehmen im

¹² Vgl. BGH, 04.04.1995, WuW/E BGH 2977, 2981 – Hitlisten-Platten.

¹³ Vgl. dazu Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, 2018, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, S. 54/55. Die Studie schlägt eine Lockerung dieser Kriterien in der Rechtsprechung vor.

¹⁴ Die Frage des Verhältnisses zu dieser Rechtsprechung werfen auch Höppner/Weber auf, Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle nach dem Referententwurf für eine 10. GWB-Novelle, K&R 2020, 24, 37.

GWB als auch einer Regelung, ob es ggf. zusätzlich eines Größenvergleich mit Wettbewerbern bedarf, führte zu einer umfangreichen Entscheidungs- und Rechtsprechungspraxis, die aber auch bislang noch nicht unbedingt für alle Fälle eine abschließende Antwort geben konnten.

- (62) So war und ist das Abstellen auf absolute Größenkriterien wie die weltweiten Umsatzerlöse nur auf den ersten Blick einfach. Die absolute Größe des abhängigen Unternehmens ist nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – dazu geeignet, zu beurteilen, ob dem betreffenden Unternehmen ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen.
- (63) Die Aufgabe der Beschränkung auf „kleine und mittlere“ Unternehmen wird die Anwendung der Regelung insoweit vereinfachen. Die Prüfung und Gewichtung der gegenseitigen Abhängigkeiten dürfte jedoch zu einigen Herausforderungen in der Praxis führen:
- (64) Zum Einen führt die Erweiterung des Schutzbereichs auf große Unternehmen zu einer erheblichen allgemeinen Ausweitung des Tatbestandes. Dies entspricht der klaren Intention des Gesetzgebers, den Schutzbereich des § 20 Abs. 1 GWB deshalb auch auf große Unternehmen zu erstrecken, "weil auch solche Unternehmen von digitalen Plattformen abhängig sind" (S. 59 der Entwurfsbegründung) und "Behinderungsstrategien digitaler Plattformen mit Torwächter-Position" entgegengewirkt werden soll, von denen gleichfalls auch große Unternehmen betroffen sein können (S. 81 der Entwurfsbegründung).
- (65) Zugleich wird die mit der Erweiterung des Schutzbereichs bewirkte Ausweitung des Anwendungsbereichs durch die Einführung eines Gegenmalkriteriums zumindest teilweise wieder zurückgenommen, allerdings um den Preis einer größeren Rechtsunsicherheit. Weder dem Gesetzeswortlaut noch der Entwurfsbegründung lässt sich entnehmen, was genau mit dem Gegenmalkriterium gemeint ist und an welchen Kriterien eine ausreichende Gegenmacht festzumachen ist. Bei kleinen und mittleren Unternehmen ist zwar auch nicht stets eindeutig festzustellen, welche Unternehmen vom Schutzbereich der Norm erfasst wurden. Es war jedoch klar, welche Unternehmen nicht dazu zählen sollten.

- (66) Im Interesse der Klarheit, der praktischen Anwendbarkeit und zur Vermeidung entsprechender Rechtsunsicherheit sollte der Gesetzgeber folgende Anregung in Erwägung ziehen:

Es sollten Kriterien in die Vorschrift oder jedenfalls in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden, die bei der Prüfung des Bestehens von Gegenmacht und damit für die Feststellung einer Abhängigkeit wesentlich sind (z.B. ob das potentiell abhängige Unternehmen seinerseits Leistungen oder Produkte anbietet, die für den potentiellen Normadressaten unverzichtbar sind). Insoweit erschließt sich der Studienvereinigung der Fokus in der Entwurfsbegründung auf Unternehmen der IT- bzw. Automobilbranche nicht. Fälle in diesen Branchen konnten mit den vorhandenen Kriterien für unternehmensbedingte Abhängigkeit (z.B. Investitionen in die Beziehung zu einem bestimmten Hersteller) gelöst werden (z.B. im Fall Porsche Tuning¹⁵). Mithin wären für den überarbeiteten Tatbestand des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB weitergehende Kriterien hilfreich, um eine Abhängigkeit unter Berücksichtigung der Gegenmacht potentiell abhängiger Unternehmen festzustellen.

- (67) Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Klarstellung im Wortlaut des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB sollten jedenfalls in der Gesetzesbegründung weitergehende Klarstellungen erfolgen.

- (68) Schließlich erscheint im Rahmen der Ergänzung des § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB die Einfügung „wegen eines deutlichen Ungleichgewichts“ nicht erforderlich, weil die Bestimmung des Maßes der Symmetrie (bzw. Asymmetrie) der gegenseitigen Abhängigkeit bereits durch die Formulierung „durch eine entsprechende Gegenmacht [...] aufgewogen“ abgedeckt sein dürfte. Um die „deutliche Asymmetrie“ der gegenseitigen Abhängigkeit hervorzuheben, könnte stattdessen folgende Formulierung erwogen werden:

„§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen ~~kleine und mittlere~~ Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig

¹⁵ BGH, Urteil vom 06. Oktober 2015 – KZR 87/13 – Porsche-Tuning.

*sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, **nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens gegeben ist** (relative Marktmacht).“*

II. § 20 Abs. 1a RefE

- (69) Mit dem Vorschlag für § 20 Abs. 1a RefE soll eine Empfehlung aus der Studie „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ (Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker) Gesetz werden. Der Gesetzesvorschlag geht jedoch über die tatsächlichen Empfehlungen der Studie hinaus, etwa hinsichtlich der Verallgemeinerung der ursprünglich fachspezifischen Fallkonstellation "für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen" oder hinsichtlich eines etwaigen Datenzugangsrechts im Zusammenhang mit „machine learning“.
- (70) Auch für die Fallgruppe des Datenzugangs in „Lock-in“-Konstellationen kam die Studie zu dem Ergebnis, dass die Fragen des Datenzugangs vorrangig im Rahmen des Vertrags- und des AGB-Rechts gewürdigt und bewältigt werden sollten und auch könnten. Eine ausdrückliche Empfehlung für eine entsprechende Ergänzung der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften wurde nicht ausgesprochen.
- (71) Allerdings wird deutlich, dass es eine datenbezogene Abhängigkeit geben kann, die sich von den bisher bekannten Fallgruppen relativer Marktmacht unterscheidet. Prägendes Merkmal für die datenbezogene Abhängigkeit scheint – ebenso wie bei der unternehmensbezogenen Abhängigkeit – eine transaktionsspezifische Investition in die Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmen zu sein, das den Zugang zu den Daten kontrolliert.
- (72) Eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut oder zumindest der Gesetzesbegründung erscheint vor diesem Hintergrund erforderlich, damit die Bestimmung der Reichweite des § 20 Abs. 1a RefE nicht allein der Praxis, d.h. den Gerichten und Kartellbehörden, überlassen werden muss. Es sollte insofern im Rahmen des Gesetzeswortlauts ausdrücklich klargestellt werden, ob der Datenzugangsanspruch (vorerst) nur für die Fallkonstellationen einer bereits bestehenden Verbindung zwischen Zugangspoint und Datenkontrolleur in Form eines „Wertschöpfungsnetzwerks“ oder einer laufenden Geschäftsbeziehung geschaffen werden oder auch unabhängig von derartigen Verbindungen bestehen soll.

- (73) Die Schaffung eines auf Daten-Abhängigkeit basierenden Zugangsanspruchs erscheint primär im Hinblick auf B2C-Plattformen geboten. In B2B-Konstellationen erscheint die Schaffung eines solchen Anspruchs aufgrund eines insgesamt geringeren Machtgefälles zwischen den Marktteilnehmern und geringerer Informationsasymmetrien hingegen weniger geboten. Wenn der Gesetzgeber gleichwohl Regelungsbedarf sieht, sollte er die praktische Anwendbarkeit der Norm erleichtern, indem er klarstellt, dass (i) transaktionsspezifische Investitionen des Zugangspetenten notwendig sind und (ii) wann diese typischerweise vorliegen. So kann nicht bereits jeder noch so unbedeutende Beitrag für die Begründung des Zugangsanspruchs ausreichen. Vielmehr muss der Beitrag angemessen sein, was sich insbesondere aus dem Verhältnis des Werts des Mitwirkungsbeitrags einerseits und des Werts der Daten bzw. dem Beitrag des die Daten kontrollierenden Unternehmens andererseits ergeben sollte. Insbesondere wären Investitionen in die Erstellung der Daten oder ein Investment im Rahmen eines Wertschöpfungsnetzwerkes (etwa in Form von sogenannten "sunk costs") zu berücksichtigen.
- (74) Die Studienvereinigung regt an, dass der Gesetzgeber entsprechend eindeutig klarstellt, dass transaktionsspezifische Investitionen notwendig sind und wie diese ausgestaltet sein müssen, um in Hinblick auf den Datenzugangsanspruch hinreichend zu sein. Dies erscheint auch zur Erleichterung der Abgrenzung eines etwaigen Datenzugangsanspruchs Dritter geboten.

G. Sonderregel für (digitale) Plattformen mit überragender marktübergreifender Bedeutung

I. Erforderlichkeit des § 19a RefE

- (75) Die bestehende Missbrauchsaufsicht hat sich grundsätzlich als effizient, schlagkräftig und flexibel erwiesen. Sie erlaubt es den Kartellbehörden insbesondere schon heute, Sachverhalte aus der Plattformökonomie und Besonderheiten digitaler Geschäftsmodelle zu erfassen. Es gab zudem jüngst im deutschen Recht bereits Anpassungen im Rahmen der 9. GWB-Novelle u.a. an die Besonderheiten datenintensiver Geschäftsmodelle (§ 18 Abs. 3a GWB).
- (76) Die Studienvereinigung erkennt an, dass der Gesetzgeber mit der neuen Regelung anstrebt, mögliche wettbewerbsschädliche Wirkungen und offenbar auch schon

Gefährdungen des Wettbewerbs im Bereich bzw. seitens digitaler Ökosysteme, in denen einzelne Unternehmen eine Gatekeeper-Funktion einnehmen, besser erfassen zu können. Diese Themen, und wie sie gelöst werden können, werden in der Tat weltweit diskutiert. Es stellt sich allerdings die Frage, ob es der angestrebten effektiven Kartellrechtsdurchsetzung nicht dienlicher wäre, zunächst in der Anwendungspraxis die Möglichkeiten des geltenden Rechts weiter auszuschöpfen und innerhalb bestehender Vorschriften die Kartellrechtsdurchsetzung fortzuentwickeln – einschließlich einer Fokussierung von Ressourcen auf den Erlass konkreter Abhilfemaßnahmen anstelle allgemeiner Abstellungsverfügungen, wenn ein Verstoß festgestellt wird. Letzteres kann äußerst komplex und schwierig, aber letztlich für den tatsächlichen „Erfolg“ behördlicher Intervention in der Praxis ausschlaggebend sein. Dieses Problem wird durch die Schaffung der neuen Tatbestände in § 19a RefE nicht gelöst.

- (77) Die neue Vorschrift wirft vielmehr diverse neue Fragen auf. Es handelt sich um eine Pionierregulierung mit weitreichenden Verhaltenseinschränkungen. Sie würde weitgehende Eingriffe in die Grundrechte der Normadressaten erlauben. Dazu verwendet sie eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe; sie setzt nicht notwendig eine Marktbeherrschung des Normadressaten voraus, und dieser – nicht das Bundeskartella – soll die Darlegungs- und Beweislast für die wettbewerbliche „Billigkeit“ seines Verhaltens tragen. Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass sich damit verfassungsrechtliche Fragen hinsichtlich der Rechtfertigung der Eingriffe und des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots stellen. Der Inhalt und die Schranken der unbestimmten Begriffe dürften vermutlich erst in langwierigen Rechtsstreitigkeiten geklärt werden.
- (78) Die Monopolkommission warnt vor einer übereilten Einführung eines neuen Missbrauchsrechts. Sie weist darauf hin, dass bisher keine fundierte Analyse und Diskussion dazu stattgefunden hat, anhand welcher Kriterien ein in sich stimmiger Wettbewerbsschutz bei „Plattform-Ökosystemen“ erreicht werden kann¹⁶ (vgl. dazu auch oben unter B Rn. (19)-(21)). Die Studienvereinigung kann diese Bedenken grundsätzlich nachvollziehen und stellt fest, dass insbesondere im Hinblick auf die geplante Regelung in § 19a RefE eine längere Vorlaufzeit hilfreich sein könnte, um neue Vorschriften auf Basis von Erfahrungssätzen und Rechtsprechung zu schaffen.

¹⁶ Monopolkommission, Policy Brief, Januar 2020, S. 3.

- (79) Aus europäischer Sicht besteht die Gefahr, dass sich Deutschland mit § 19a RefE auf einen rechtspolitischen Alleingang begibt, der der Verwirklichung des Binnenmarktes (und insbesondere dem Ziel eines digitalen Binnenmarkts) zuwiderläuft. Das europäische Kartellrecht würde weiter fragmentiert. Gerade mit Blick auf die deutsche Ratspräsidentschaft im 2. Halbjahr 2020 böte es sich aus Sicht der Studienvereinigung an, auf eine gemeinsame europäische Lösung hinzuarbeiten. Mit der Wettbewerbskommission 4.0 hat das BMWi dazu einen ersten Anstoß gegeben.
- (80) Schließlich soll das Kartellrecht einen allgemeinen Ordnungsrahmen setzen. § 19a Abs. 2 strebt dagegen eine staatliche Einzelfallregulierung bestimmter Unternehmen und Verhaltensweisen an. Wenn man die Einführung dieser Sondertatbestände zusätzlich zu den existierenden allgemeinen Missbrauchsvorschriften für erforderlich hält, stellt sich aus Sicht der Studienvereinigung die Frage, ob dies wie bei anderen regulierten Industrien auch (und eventuell besser) durch ein Spezialgesetz und gegebenenfalls eine Regulierungsbehörde geschehen sollte.

II. Adressatenstellung nach § 19a Abs. 1 RefE

1. § 19a Abs. 1 S. 1 RefE

- (81) Nach § 19a Abs. 1 S. 1 RefE kann das Bundeskartellamt durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung („ümaB“) für den Wettbewerb zukommt.

a) Märkte im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB

- (82) Hier stellt sich wieder die Frage, ob die in Bezug genommenen Märkte nach § 18 Abs. 3a GWB, also mehrseitige Märkte und Netzwerk-Märkte, auf digitale Plattformmärkte beschränkt sein sollen oder nicht, insbesondere angesichts der sehr weitreichenden Eingriffstatbestände in § 19a RefE. Es wird verwiesen auf vergleichbare Ausführungen dazu oben unter B. Rn. (8)ff., einschließlich auf den Vorschlag in Rn. (15).

(83) Zudem weist die Entwurfsbegründung darauf hin, es sei *„unerheblich, ob die überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb gerade auf solche Produkte [Anmerkung: wohl i.S. von § 18 Abs. 3a GWB] zurückzuführen ist oder sie auch aufgrund anderer Aktivitäten ermöglicht worden ist. Insbesondere sind von der Norm auch solche Unternehmen erfasst, die in erheblichem Umfang auf Märkten i.S.d. § 18 Absatz 3a tätig sind, deren überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb sich aber zu wesentlichen Teilen auch aus anderen Aktivitäten auf digitalen Märkten speist.“*

(84) Dieser Hinweis macht den Tatbestand noch unbestimmter – hier wären aus Sicht der Studienvereinigung weitere Erläuterungen erforderlich. Zumal im Wortlaut nicht einmal auf digitale Märkte abgestellt wird.

b) Tätigkeit in erheblichem Umfang

(85) Weitere Voraussetzung ist nach § 19a Abs. 1 S. 1 RefE, dass das Unternehmen „in erheblichem Umfang“ auf Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a tätig ist. Hierzu führt die Entwurfsbegründung auf S. 76 f. aus:

„Das Kriterium der Erheblichkeit stellt sicher, dass nur Unternehmen mit Schwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle der Norm unterfallen. Nicht erfasst sind damit Unternehmen, bei denen die Tätigkeit als Plattform oder Netzwerk entweder für das Unternehmen selbst – im Vergleich zu seiner sonstigen Tätigkeit – nur eine vollkommen untergeordnete Rolle spielt oder die auf den betreffenden Märkten im Vergleich zu ihren Wettbewerbern nur eine untergeordnete Rolle spielen.“

(86) Diesen Erwägungen ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als dass der erhebliche Umfang der Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auf den relevanten Märkten in Relation zu den Marktpositionen der Wettbewerber auf diesen Märkten zu bestimmen ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die weitere Voraussetzung, dass die Tätigkeit auch für das betreffende Unternehmen selbst eine nicht nur „vollkommen untergeordnete Rolle“ spielen darf, mit Blick auf den Schutzzweck der Norm zielführend ist. So ist es denkbar, dass eine große, diversifizierte Unternehmensgruppe in einem digitalen mehrseitigen oder Netzwerk-Markt eine marktbeherrschende Position innehat, die aber im Verhältnis zu ihren sonstigen Tätigkeiten vollkommen

unbedeutend ist. Nähme man solche Unternehmensgruppen von der Adressateneigenschaft aus, würde dies gerade Konzerne bevorzugen, die besonders stark und auf besonders vielen unterschiedlichen Märkten tätig sind. Vermutlich kann aber auch solchen Unternehmen eine ümaB für den Wettbewerb zukommen.

2. Zu berücksichtigende Kriterien nach § 19a Abs. 1 S. 2 RefE

(87) Die Studienvereinigung schlägt vor, § 19a Abs. 1 S. 2 RefE wie folgt umzuformulieren:

„Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind **zusätzlich zum Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung auf mindestens einem Markt i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB** insbesondere zu berücksichtigen:

1. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,
2. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
3. **direkte und indirekte Netzwerkeffekte,**
4. **die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,**
5. **seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,**
6. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
7. **innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck,**
8. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.“

a) Marktbeherrschung als Voraussetzung

(88) § 19a Abs. 1 S. 2 RefE nennt in Ziff. 1-5 verschiedene Faktoren, die bei der Feststellung einer ümaB für den Wettbewerb berücksichtigt werden können. Sie sind nicht kumulativ, sondern lediglich alternativ aufgezählt. Sie sind auch nicht abschließend, sondern es soll eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände erfolgen (vgl. Entwurfsbegründung, S. 77).

- (89) Es gibt dabei eine Divergenz zwischen der Entwurfsbegründung und dem Wortlaut der Norm im Hinblick darauf, ob das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (auf einem digitalen Plattformmarkt) eine Voraussetzung ist. Dies entspräche wohl der Gesetzesintention, vgl. Entwurfsbegründung S. 75 zur ümab für den Wettbewerb:

„Dies zielt auf Unternehmen, die häufig nicht nur eine beherrschende Stellung auf einzelnen Plattform- oder Netzwerkmärkten im Sinne des § 18 Absatz 3a innehaben, sondern darüber hinaus...“

- (90) Der derzeitige Wortlaut erfasst dieses Ziel aber nicht. Danach wäre der Anwendungsbereich auch für Adressaten eröffnet, die auf keinem einzigen Markt marktbeherrschend sind. Diese Divergenz führt zu Ungenauigkeit und Rechtsunsicherheit.
- (91) Für das Vorliegen von Marktbeherrschung (jedenfalls auf einem Markt) als Mindestvoraussetzung sprechen neben der Gesetzesintention auch systematische und inhaltliche Gründe: Es handelt sich um eine spezielle Eingriffsermächtigung in der Missbrauchsaufsicht in unmittelbarer Nähe zum § 19 GWB, und es gibt mit § 20 GWB bereits andere, spezielle Regelungen für marktmächtige Unternehmen unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle. Zudem ist fraglich, ob sich die sehr weitreichenden Eingriffsbefugnisse der neuen Vorschrift ohne das Vorliegen jeglicher Marktbeherrschung rechtfertigen ließen. Dafür wäre jedenfalls eine explizite Begründung erforderlich, die in der Entwurfsbegründung derzeit fehlt.

b) Weitere Kriterien

- (92) Zu Recht weist die Entwurfsbegründung darauf hin, dass Konzentrationstendenzen sowie Verfestigungen starker Marktstellungen in digitalen mehrseitigen und Netzwerk-Märkten insbesondere durch drei Marktcharakteristika begünstigt werden können: Netzwerkeffekte, Datenvorteile sowie Größen- und Ressourcenvorteile (Entwurfsbegründung, S. 75). Von diesen drei kritischen Marktcharakteristika wird jedoch nur der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RefE genannt. Zusätzlich müsste das Bundeskartellamt aus Sicht der Studienvereinigung jedoch auch die direkten und indirekten Netzwerkeffekte sowie hiermit im

Zusammenhang stehende Größenvorteile in die Prüfung einbeziehen, ob einem Unternehmen aufgrund der besonderen Gefährdungspotenziale digitaler Märkte eine ümaB für den Wettbewerb zukommt.¹⁷

- (93) Darüber hinaus nennt § 19a Abs. 1 S. 2 RefE nur für besondere Marktmacht sprechende Kriterien, nicht jedoch solche, die für ausreichenden Wettbewerbsdruck auf die Unternehmen sprechen. Dies ist zum einen das Multihoming, also die Möglichkeit der Nutzer, parallel mehrere Dienste zu nutzen oder aber ohne größeren Aufwand die Dienste zu wechseln. Des Weiteren ist gerade im Bereich der dynamischen digitalen Märkte der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck zu berücksichtigen. In digitalen Märkten ist es nicht unüblich, dass bestimmte Dienste bzw. Anbieter für einen beschränkten Zeitraum hohe Markt- bzw. Nutzeranteile auf sich vereinen, so dann aber durch andere Anbieter abgelöst werden. Dieser Wettbewerbsdruck in Form einer drohenden „schöpferischen Zerstörung“ kann einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb entgegenstehen.¹⁸
- (94) Zu Recht hat daher der Gesetzgeber der 9. GWB-Novelle in § 18 Abs. 3a GWB Netzwerkeffekte (Nr. 1), Multihoming (Nr. 2), Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten (Nr. 3) und innovationsgetriebenen Wettbewerbsdruck (Nr. 5) als zu berücksichtigende Kriterien bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens insbesondere auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken aufgeführt. Parallel dazu sollten diese Merkmale auch in § 19a Abs. 1 S. 2 RefE ausdrücklich ergänzt werden.

III. „Missbräuchliche“ Verhaltensweisen nach § 19a Abs. 2 S. 1 RefE

- (95) § 19a Abs. 2 S. 1 RefE zählt abschließend bestimmte Verhaltensweisen auf, die das Bundeskartellamt einem Unternehmen untersagen kann, dessen ümaB für den Wettbewerb es festgestellt hat.

¹⁷ Zur Bedeutung von Netzwerkeffekten und Größen- bzw. Skalenvorteilen für digitale Märkte siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Tz. 45 f.

¹⁸ Zur Bedeutung von Multihoming und innovationsgetriebenem Wettbewerbsdruck bzw. schöpferischer Zerstörung für digitale Märkte siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Tz. 49-52.

(96) Es ist zu begrüßen, dass die untersagungsfähigen Verhaltensweisen benannt und abschließend aufgezählt werden. Dies führt zu einem „Mehr“ an Rechtssicherheit. Im Hinblick auf die einzelnen genannten Verhaltensweisen möchte die Studienvereinigung jedoch Folgendes anmerken:

1. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 RefE

a) Ungenauer Wortlaut

(97) Durch diese Regelung soll laut Entwurfsbegründung eine Selbstbevorzugung vertikal integrierter Unternehmen im Vergleich zu Wettbewerbern als diskriminierendes Verhalten verboten werden können (Entwurfsbegründung, S. 78). Der Wortlaut stellt aber nicht auf Selbstbevorzugung ab, sondern ist breiter: Als Vermittler zu Beschaffungs- und Absatzmärkten Angebote von Wettbewerbern „anders zu behandeln als die eigenen“. Soweit es bei der Reform tatsächlich lediglich um Selbstbevorzugung gehen soll, wäre es aus Gründen der Gesetzesklarheit vorzugswürdig, dies explizit in den Wortlaut aufzunehmen. Eine mögliche Formulierung wäre:

„[...] die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln.“

b) Mögliches Spannungsverhältnis zu einem Grundsatz der Rechtsprechung

(98) Inhaltlich dürfte es ein Spannungsverhältnis zwischen der laut Entwurfsbegründung angestrebten Verbotsfähigkeit einer Selbstbevorzugung und einem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz geben. Die im Wortlaut des Regelbeispiels genannte Ungleichbehandlung (oder „Andersbehandlung“) kann sachlich gerechtfertigt sein, vgl. § 19a Abs. 2 S.2 RefE. In der sachlichen Rechtfertigung erfolgt dann eine Interessensabwägung, die derjenigen in § 19 GWB nachempfunden ist (vgl. Entwurfsbegründung, S. 78). Nach der Rechtsprechung zu § 19 GWB gibt es bei Fragen der Diskriminierung/Interessensabwägung allerdings einen Grundsatz, wonach

kein Unternehmen – auch wenn es marktbeherrschend ist – verpflichtet ist, Wettbewerber zum eigenen Schaden zu fördern,¹⁹ auch wenn die Reichweite und Relevanz des Grundsatzes diskutiert wird und in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt wurde.²⁰

- (99) Dass der genannte Grundsatz beim Sondertatbestand des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE nicht gelten soll, ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch explizit aus der Entwurfsbegründung, die sich mit der Fragestellung gar nicht beschäftigt. Das Problem besteht schon bei § 19 GWB und könnte bei der neuen Vorschrift relevant werden: Insbesondere weil das Verbot einer Selbstbevorzugung auf digitalen Plattformmärkten in der Praxis zumeist über einen allgemeinen Kontrahierungszwang hinausgehen dürfte und möglicherweise die konkrete Ausgestaltung von Geschäftsmodellen betreffen kann, sodass für die Grenzen des Verbots der genannte Grundsatz neue Bedeutung erlangen könnte (zumal es für diese Regelung keine weiteren Voraussetzungen im Sinne einer Tatbestandbegrenzung gibt, s.u.). Es wäre hilfreich, dieses Spannungsverhältnis in der Entwurfsbegründung zu erwähnen und entweder abstrakt zu lösen (indem etwa ausdrücklich erwähnt wird, dass der Grundsatz bei der Anwendung des § 19a Abs. 2 Nr. 1 RefE nicht gelten soll) oder zu konzedieren, dass dieses Problem von der Rechtsprechung gelöst werden soll.
- c) Kein Element der Behinderung von Wettbewerbern/Wettbewerb im Tatbestand
- (100) Dieses Regelbeispiel erfordert anders als die in Nr. 2-5 genannten kein zusätzliches Element der Behinderung oder Beeinträchtigung von Wettbewerbern oder des Wettbewerbs.
- (101) Eine Begründung für den Verzicht auf jegliches, auch nur ansatzweise wirkungsba- sierte Element und dem damit einhergehenden Unterschied zu den Regelbeispielen der Nr. 2-5 findet sich in der Entwurfsbegründung nicht. Dort wird hinsichtlich der

¹⁹ Vgl. BGH, 12.11.1991, WuW/E BGH 2755, 2759 – *Aktionsbeiträge*; 15.11.1994, WuW/E BGH 2953, 2964 – *Gasdurchleitung*; 11.11.2008, WuW/E DE-R 2514, 2518 – *Bau und Hobby*.

²⁰ Vgl. z.B. *Markert* in Immenga/Mestmäcker, GWB 5. Auflage 2014, § 19 Rn. 136. Vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen diesem Grundsatz und dem vorgeschlagenen § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 RefE auch Höppner/Weber, Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle nach dem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle, K&R 2020, 24, 34.

möglichen wettbewerblichen Problematik der Selbstbevorzugung auf die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 27.06.2017, Fall AT.39740 – Google Shopping verwiesen (Entwurfsbegründung, S. 78). Dieser Fall wurde aber gerade als Form des Behinderungsmissbrauchs geprüft und eingestuft. So auch die Wettbewerbskommission 4.0, auf die in der Entwurfsbegründung hingewiesen wird: *„Die Feststellung des Missbrauchs erfolgte auf der Grundlage einer ausführlichen Prüfung der Verdrängungswirkung des missbilligten Verhaltens.“*²¹ Warum der Selbstbevorzugung so viel mehr Gefährdungspotenzial als den anderen Regelbeispielen innewohnen soll, wird nicht dargelegt.

(102) In der jetzigen Form besteht daher ein Risiko, dass die unterschiedliche Normgestaltung nicht nachvollziehbar ist. Dieses Problem ließe sich lösen, indem man auch hier ein weiteres Behinderungselement in den Tatbestand mitaufnimmt, z.B. „Wettbewerber zu behindern, indem ...“, oder die Entwurfsbegründung um eine nachvollziehbare Erklärung ergänzt.

2. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE

a) „Wirksamer Wettbewerb“ anstelle von „Wettbewerbsprozess“ sowie Markteintritt

(103) In § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE sollte „den Wettbewerbsprozess“ durch „wirksamen Wettbewerb“ ersetzt werden.

(104) Mit dem Begriff „Wettbewerbsprozess“ wird ohne Not ein neuer Rechtsbegriff eingeführt, dessen Bedeutung und insbesondere dessen Abgrenzung zum hergebrachten Begriff des „Wettbewerbs“ unklar ist. Der Wortlaut des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE „den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen“ scheint sich an den sog. SIEC-Test der Fusionskontrolle in § 36 Abs. 1 GWB anzulehnen, also an den Maßstab der erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs. Dies wäre nachvollziehbar, da § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE Verschlechterungen der Marktstruktur durch missbräuchliches Verhalten zum Gegenstand hat. Vor diesem Hintergrund hält es die Studienvereinigung für sachgerecht, den Maßstab der Fusionskontrolle

²¹ Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Bericht der Wettbewerbskommission 4.0, September 2019, S. 55.

als Marktstrukturkontrolle in § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 zu übernehmen. Aus redaktionell-sprachlichen Gründen sollte aber der Ausdruck „beeinträchtigen“ anstelle von „behindern“ beibehalten werden, um die marktstrukturelle Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs von dem marktverhaltensbezogenen „behindern“ und der „Behinderung“ in § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB abzugrenzen.

- (105) Soweit es um die Eröffnung gänzlich neuer Märkte oder die Expansion in Märkte geht, in denen überhaupt noch kein wirksamer Wettbewerb besteht (z.B. Monopolmärkte), führt der unklare „Markt“-Begriff ebenfalls zu Problemen. Dort hätte ein Markteintritt des betreffenden Unternehmens nämlich positive Wettbewerbseffekte. Auch deshalb wäre zu erwägen, im Wortlaut statt auf eine Beeinträchtigung „des Wettbewerbsprozesses“ auf „**wirksamen Wettbewerb**“ abzustellen. Außerdem könnte der Wortlaut klarstellen, dass nur ein Verhalten tatbestandsmäßig sein kann, bei dem das Unternehmen „**in einen bestehenden Wettbewerbsmarkt neu eintritt**“.

b) Nicht-leistungswettbewerbliche Mittel

- (106) Die Regelung des §19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE soll laut Entwurfsbegründung „*ein Aufrollen noch nicht beherrschter Märkte mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln wie z.B. Kampfpreisstrategien, Exklusivitätsvereinbarungen oder Bündelangeboten*“ verhindern (Entwurfsbegründung, S. 78). Diese Verhaltensweisen sind – anders als die knappe Entwurfsbegründung suggerieren könnte – auf Wettbewerbsmärkten aber nicht per se als nicht-leistungswettbewerbliche Mittel anzusehen. Sowohl Bündelangebote (wenn keine Kopplung mit einem beherrschten Produkt/Dienst vorliegt) als auch Exklusivitätsvereinbarungen können zulässig und wettbewerbsfördernd sein und Effizienzen generieren. Im deutschen Recht sind „Kampfpreise“ auf Wettbewerbsmärkten nicht per se missbräuchlich. (Schließlich dürfte das Konzept gezielter Kampfpreise bei digitalen Plattformmärkten problematisch sein, wenn es um Plattformseiten geht, die von sog. Nullpreisen geprägt sind.) Insofern ist ein Abstellen auf nicht leistungsgerechte Mittel hier nicht zielführend. Es dürfte eher um die Frage der Unbilligkeit im konkreten Einzelfall gehen (vgl. dazu auch schon die Ausführungen unter D. zu § 20 Abs. 3a RefE).

- (107) Die Studienvereinigung regt daher an, dass in der Entwurfsbegründung die Worte „nicht leistungsgerechten“ gestrichen und ersetzt werden, z.B. durch „mit Mitteln, die im konkreten Einzelfall wegen der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb ausnahmsweise als unbillig gelten können, weil ihnen ein erhebliches Behinderungspotenzial für die nicht beherrschten Märkte innewohnt“.
- (108) Es stellt sich zudem die Frage, ob diese Verhaltensweisen auf Wettbewerbsmärkten zumindest die Gefahr einer Hebelwirkung vom beherrschten Markt beinhalten müssen, um als ausnahmsweise nicht leistungsgerecht bzw. unbillig und damit verbotsfähig gelten zu können. Ansonsten könnte das Bundeskartellamt etwa das Bündeln von zwei Produkten/Diensten auf einem Wettbewerbsmarkt seitens eines Unternehmens mit festgestellter ümaB für den Wettbewerb auf einem anderen Markt untersagen, obwohl dies gemeinhin als legitimes Wettbewerbsverhalten gilt. Hier könnte man z.B. einen Satz in die Entwurfsbegründung einfügen: „Dies dürfte insbesondere der Fall sein, wenn damit die Gefahr einer Hebelwirkung von einem beherrschten Markt besteht“.
- c)** Vertiefung der ümaB für den Wettbewerb – Maßstab und Grenze unbestimmt
- (109) Laut Entwurfsbegründung geht es um nicht beherrschte Märkte, auf denen ein Normadressat schnell wachsen kann. Das Potenzial dafür soll vor allem bei Konstellationen vorliegen, bei denen sich Normadressaten wegen bestimmter Ressourcen einen deutlichen Vorsprung gegenüber Wettbewerbern verschaffen können. Es soll eine Vertiefung der marktübergreifenden Bedeutung verhindert werden (Entwurfsbegründung, S. 78). Was mit letzterem genau gemeint ist, bleibt unklar. Oder mit anderen Worten: Wie weit darf ein Normadressat auf einem Wettbewerbsmarkt wachsen? Ab wann darf das Bundeskartellamt eingreifen? Die Grenze bleibt unbestimmt – Entstehung von Marktbeherrschung ist es offenbar nicht. Und selbst eine solche Grenze dürfte außerhalb der Fusionskontrolle kontrovers sein.
- (110) Hier scheint eine interne Wachstumskontrolle auf Wettbewerbsmärkten für Normadressaten eingeführt zu werden, was ein radikaler Schritt ist. Umso wichtiger wäre es, diesen Schritt ausführlich zu begründen und die Grenzen klar zu benennen. Stattdessen ist der Wortlaut unbestimmt, und die Erläuterungen in der Entwurfsbe-

gründung sind sehr knapp und pauschal. Die Studienvereinigung steht diesem Vorgehen skeptisch gegenüber und weist darauf hin, dass sich die Frage stellt, ob die Norm dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot gerecht wird. Wenn eine solche Norm aufgenommen wird, regt die Studienvereinigung an, dass die Begründung zumindest nachgebessert und eine Richtschnur gegeben wird.

d) Verhältnis zu freigestellten Verhaltensweisen nach der Vertikal-GVO

(111) Die Studienvereinigung weist darauf hin, dass die Anwendung von § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE eingeschränkt sein könnte, soweit es um Verhaltensweisen von Normadressaten geht, die eine vertikale Vereinbarung darstellen, welche nach den Maßstäben des Art. 101 Abs. 3 AEUV und insbesondere der Vertikal-GVO der Europäischen Kommission freigestellt sind, weil die Marktanteilsschwellen von 30% nicht überschritten werden. Insbesondere dürfte sich die Frage bei Exklusivitätsvereinbarungen (aber etwa auch bei Bestpreisklauseln) stellen. Es gibt dieses Problem auch schon heute im Anwendungsbereich des § 20 GWB.²² Es gibt hier ein Spannungsverhältnis, da nach dem vorrangigen Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 die Anwendung nationalen Kartellrechts nicht zum Verbot von Vereinbarungen führen darf, die in den Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV fallen (was bei einer festgestellten ümaB für den Wettbewerb regelmäßig der Fall sein dürfte), aber zulässig oder freigestellt sind. Dieser Punkt sollte in den Erläuterungen zur Klarstellung aufgenommen werden, etwa, dass die Ausübung der Eingriffsnorm durch das Bundeskartellamt – wie bei allen nationalen Missbrauchstatbeständen – nur im Rahmen der Schranken von Art. 3 Abs. 2 S.1 VO 1/2003 erfolgen kann.

3. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE

(112) Die Studienvereinigung regt an, § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE wie folgt umzuformulieren:

„Durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite **missbräuchlich** gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten,

²² Zum Überblick über die Problematik, den Diskussions- und Rechtsprechungsstand vgl. Schultze/Pautke/Wagener, Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, 4. Auflage 2019, S. 44 ff.

auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus **anderen** Quellen ~~außerhalb des beherrschenden Marktes~~, auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen.“

- (113) Nach der derzeitigen Fassung von § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE ist es nicht erforderlich, dass die Sammlung von Daten auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite missbräuchlich erfolgt. Die mangelnde sachliche Rechtfertigung nach § 19a Abs. 2 S. 2 RefE könnte sich nämlich auch auf die in § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE genannte Errichtung oder Erhöhung von Marktzutrittsschranken oder auf die Behinderung anderer Unternehmen in sonstiger Weise als Anknüpfungspunkte des Missbrauchsvorwurfs beziehen. Mit anderen Worten: Nach dem derzeitigen Wortlaut könnte auch die Nutzung legal und ohne Ausnutzung einer besonderen Marktstellung gesammelter Daten für eine Errichtung oder Erhöhung von Marktzutrittsschranken oder eine Behinderung anderer Unternehmen in sonstiger Weise untersagt werden, sofern der Normadressat nicht die sachliche Rechtfertigung der Errichtung / Erhöhung der Marktzutrittsschranken oder der Behinderung darlegt und beweist. Wie sich auch aus der Entwurfsbegründung (S. 78 f.) ergibt, besteht jedoch die wettbewerbliche Problematik in der Sammlung von Daten der Marktgegenseite in Form eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, um diese Daten – ggf. in Kombination mit weiteren Daten – zu nutzen, die eigene Marktposition auf anderen Märkten zu verbessern. Zweck des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE ist also die Verhinderung von Wachstum durch missbräuchliche Mittel. Dies könnte durch Einfügung des Wortes „missbräuchlich“ vor den „gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten“ klargestellt werden.
- (114) Die Entwurfsbegründung weist darauf hin, dass der Zusammenführung von wettbewerbsrelevanten Daten aus verschiedenen Quellen ein besonderes Schädlichkeitspotenzial innewohnt (Entwurfsbegründung, S. 79). Es wäre in Erwägung zu ziehen, die Beschränkung auf Quellen „außerhalb des beherrschten Marktes“ zu streichen. Ein entsprechendes Schädlichkeitspotential kann nämlich auch, abhängig von der jeweiligen Marktabgrenzung, einer Kombination wettbewerbsrelevanter Daten aus verschiedenen Quellen im beherrschten Markt innewohnen.

4. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 RefE

(115) Mit Blick auf § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 stellt sich die Frage, ob die Vorschrift auch die Schaffung und den Betrieb geschlossener Systeme verbieten soll, wenn jedes Erschweren von Interoperabilität zunächst tatbestandsmäßig wäre. Der Wortlaut ließe dies in seiner jetzigen Form wohl zu. Eine etwaige Notwendigkeit eines geschlossenen Systems, etwa aus technischen oder Sicherheitsgründen, könnte danach erst auf der Rechtfertigungsebene geprüft werden und wäre vom Normadressaten zu beweisen. Das erschiene sehr weitgehend, weil nicht jedes geschlossene System als solches nachteilig für den Wettbewerb ist und zudem ein legitimes Interesse der betroffenen Unternehmen besteht, ihre oftmals erheblichen Investitionen in die Entwicklung solcher Systeme durch eine entsprechend exklusive Nutzung zu amortisieren. Die Studienvereinigung regt deshalb an, dies jedenfalls in der Entwurfsbegründung entsprechend klarzustellen.

5. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 RefE

(116) Die Studienvereinigung stellt fest, dass § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 RefE mit dem Abstellen auf mangelnde Leistungstransparenz eine Verhaltensweise in die Missbrauchsaufsicht aufnimmt, die primär der Regelungsmaterie des allgemeinen Zivilrechts unterfällt. Der Grad von Leistungstransparenz in bilateralen Vertragsbeziehungen betrifft nach der bisherigen kartellrechtlichen Praxis jedenfalls nicht unmittelbar die Aufrechterhaltung wettbewerblicher Marktstrukturen. Zumal dem Wortlaut der vorgeschlagenen Vorschrift nach mangelnde Leistungstransparenz offenbar auch auf einem nicht beherrschten Markt verboten werden kann. (Insoweit ist das Schutzbedürfnis aus kartellrechtlicher Sicht zumindest fraglich.) Zum hohen Gefährdungspotenzial solcher Praktiken als Rechtfertigung für die Regelung gibt es auch noch keine allgemeinen Erfahrungssätze.

(117) Soweit die Entwurfsbegründung auf Daten abstellt, die bei der Erbringung digitaler Leistungen anfallen, stellt sich zudem die Frage, ob dafür nicht die ebenfalls neu geschaffenen Datenzugangsansprüche einschlägig wären. Die Studienvereinigung stellt daher fest, dass sich auf Basis der derzeitigen Entwurfsbegründung nicht ergibt oder deutlich nachvollziehen lässt, warum die Einführung dieser Vorschrift in dieser Breite tatsächlich erforderlich ist bzw. welche Fälle davon erfasst sein sollen.

IV. Gesetzliche Vermutung und Umkehr der Darlegungs- und Beweislast für eine sachliche Rechtfertigung nach § 19a Abs. 2 S. 2, 3 RefE

- (118) Gemäß § 19a Abs. 2 Satz 2 RefE kann das Bundeskartellamt eine Verhaltensweise im Einzelfall nicht untersagen, soweit sie „sachlich gerechtfertigt ist“. Die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung soll dem betreffenden Unternehmen obliegen, § 19a Abs. 2 Satz 3 RefE.
- (119) Die Beweislastumkehr soll in ihrer Wirkung jedoch weit über die sachliche Rechtfertigung hinausgehen. Nach der Entwurfsbegründung (S. 80) sollen *„die einzelnen Missbrauchstatbestände vergleichbar einer widerleglichen Vermutung“* ausgestaltet sein. In diesem Zusammenhang weist die Begründung außerdem darauf hin, dass das Bundeskartellamt bei der Anwendung der §§ 19 und 20 GWB *„keine Beweislastumkehr zugrunde legen [kann], sondern [...] beispielsweise die Unbilligkeit einer Verhaltensweise positiv ermitteln und darlegen“* muss. Eben diese Unbilligkeit der jeweiligen Behinderung fehlt nun auf Tatbestandsebene bei § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 RefE (wo die entsprechende Billigkeitsprüfung erst im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung erfolgen soll²³) – im Gegensatz zum bisherigen Fall des Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.
- (120) Die vorgeschlagene Beweislastumkehr ist daher zwingend im Zusammenhang mit dem fehlenden Unbilligkeitskriterium in den einzelnen Missbrauchstatbeständen des § 19a Abs. 2 S. 1 RefE zu betrachten. Bei der Anwendung der §§ 19 und 20 GWB hat das Bundeskartellamt die Unbilligkeit einer Verhaltensweise im Einzelfall positiv festzustellen. Ob bestimmte Verhaltensweisen von Normadressaten mit §§ 19 oder 20 GWB vereinbar sind, entscheidet deshalb erst ihre normative Bewertung im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „unbillig“.
- (121) Weil der Begriff der Behinderung in der bisherigen Anwendungspraxis weit ausgelegt wird, kommt der Frage des anzulegenden Bewertungsmaßstabs eine Schlüssel-

²³ Lediglich bei § 19a Abs. 2 Nr.2 RefE könnte das in der Entwurfsbegründung avisierte Abstellen auf nicht leistungsgerechte Mittel faktisch dazu führen, dass bei dieser Norm die Unbilligkeitsprüfung in den Tatbestand gezogen wird, denn letztlich müsste das BKartA darlegen und beweisen, dass eine Verhaltensweise auf einem nicht beherrschten Markt im konkreten Fall nicht leistungsgerecht ist. Das ist aber sinnvollerweise nur über eine Billigkeitsprüfung zu erreichen, s.o.)

rolle für die Bestimmung der Reichweite der Verbote in §§ 19 und 20 GWB zu. Erforderlich ist ein qualitatives Unwerturteil aufgrund einer Interessenabwägung. Dabei muss das Bundeskartellamt die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB gewichten und gegeneinander abwägen.²⁴

- (122) Bei § 19a RefE soll dagegen das Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsmerkmale der Behinderungstatbestände in § 19a Abs. 2 S. 1 RefE die Unbilligkeit der konkreten Verhaltensweise indizieren. Im Zusammenspiel mit der Beweislastumkehr hat nun also das betroffene Unternehmen die Billigkeit seines Verhaltens darzulegen und zu beweisen. Das bedeutet, dass das Verhalten im Zweifel missbräuchlich ist. Ein non liquet soll, so die Entwurfsbegründung ausdrücklich (S. 80), zulasten des Unternehmens gehen.
- (123) Der RefE erhofft sich von dieser widerleglichen Vermutung einen „*erheblichen Effektivitätsgewinn*“ bei der Anwendung von § 19a RefE gegenüber §§ 19 und 20 GWB (S. 80). Die Entwurfsbegründung nimmt zudem eine Vorprägung der Rechtfertigungsprüfung vor. Die Verhaltensweisen von Unternehmen mit ümaB seien „*typischerweise von einer hohen Schädlichkeit für den Wettbewerb*“. Allerdings sind die in § 19a Abs. 2 S. 1 RefE genannten Verhaltensweisen – im Gegensatz zu den Regelbeispielen des § 19 Abs. 2 GWB – wie gesehen für sich genommen wettbewerbsneutral und auf nicht beherrschten Märkten grundsätzlich zulässig. Sie können, je nach Einzelfall, auch innovationsfördernde und wettbewerbsbelebende Wirkung haben. Anders als bei § 19 Abs. 2 GWB müssen die Adressaten einer Untersagungsverfügung nach § 19a Abs. 2 S. 1 RefE jedenfalls dem derzeitigen Wortlaut nach (s.o.) auch nicht marktbeherrschend sein. Und die verbotsfähigen Verhaltensweisen müssen nicht auf beherrschten Märkten erfolgen oder die Gefahr der Hebelwirkung einer marktbeherrschenden Stellung begründen (s.o.).
- (124) Diese Ausgestaltung als Vermutungsregel in Kombination mit der Beweislastumkehr mag zwar zu einer Erleichterung der Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes führen. Ob dies als tragende Begründung für einen derart weitreichenden Eingriff ausreicht, ist fraglich. Die Studienvereinigung steht dem vorgeschlagenen Konstrukt

²⁴ Ständige Rechtsprechung seit BHGZ 38, 90 (102) – *Treuhandbüro*.

in seiner jetzigen Form skeptisch gegenüber: es wirft ernstliche Fragen auf, ob es mit dem Rechtsstaats- und Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie den Grundrechten der Normadressaten vereinbar ist. Als staatliche Behörde, die in die grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheit – hier: in die Berufs- und Eigentumsfreiheit – eines Unternehmens eingreifen will, muss das Bundeskartellamt die Voraussetzungen dafür darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass das Handeln des Unternehmens den Tatbestand erfüllt.²⁵ Die Umkehr der Beweislast könnte damit auch verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 57 GWB), widersprechen.

- (125) Vor diesem Hintergrund steht die Studienvereinigung dem Verzicht des Tatbestandsmerkmals „unbillig“ und der Umkehr der Beweislast in seiner jetzigen Form mit weitgehend unbestimmten Tatbestandsmerkmalen, die jedenfalls im Bereich nicht beherrschter Märkte auch nicht auf allgemein anerkannten Erfahrungssätzen beruhen, skeptisch gegenüber. **Die Studienvereinigung spricht sich daher für die Ergänzung des Kriteriums der Unbilligkeit in allen Tatbestandsvarianten des § 19a RefE aus und schlägt vor, die Regelung zur Beweislast zu streichen.**

V. Zweistufiges Verfahren

- (126) §19a RefE sieht ein zweistufiges Verfahren vor. Nach §19a Abs. 1 RefE hat das Bundeskartellamt zunächst festzustellen, dass ein Unternehmen eine ümaB für den Wettbewerb hat. Auf dieser Grundlage kann es dem Unternehmen Verhaltensweisen im Sinne des § 19a Abs. 2 S. 1 RefE untersagen bzw. diesbezüglich die sonstigen in §19a Abs. 2 S. 4 RefE genannten Maßnahmen ergreifen. Gemäß §19a Abs. 2 S. 5 RefE kann eine Untersagung (oder sonstige Verfügung) mit der Feststellung der Adressateneigenschaft verbunden werden.
- (127) Im Prinzip begrüßt die Studienvereinigung die Zweistufigkeit des Verfahrens, da sie für betroffene Unternehmen Rechtssicherheit in das Verfahren im Hinblick auf die (auch international) völlig neuartige Norm des § 19a RefE einbaut.

²⁵ Ständige Rechtsprechung des BVerwG, Urteil vom 21. Mai 2008, 6 C 13/07, Rn. 41 m.w.N.

- (128) Allerdings ist die Feststellungsverfügung nach Abs. 1 ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, die dem Bundeskartellamt offenbar auch für mehrere Untersagungen nach Abs. 2 als Ermächtigungsgrundlage dienen kann. Gerade digitale Märkte können sich aber besonders schnell entwickeln. Insofern wäre die Feststellungsverfügung in jedem Fall zu befristen. Die Entwurfsbegründung stellt nur darauf ab, dass eine Feststellung „zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit regelmäßig“ zu befristen sei (S. 77). Das reicht aus Sicht der Studienvereinigung nicht aus. **Vielermehr sollte aus Gründen der Normenklarheit die Befristung für jeden Fall in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden.**
- (129) Zudem sollte die Geltungsdauer der Feststellungsverfügung nach Abs. 1 im Gesetz klar begrenzt werden. Ein Zeitraum von 5-10 Jahren, den die Entwurfsbegründung nennt (S. 77), erscheint dafür zu lang, wiederum angesichts der Dynamik digitaler Märkte.
- (130) Es böte es sich aus Sicht der Studienvereinigung an, hier eine Befristung ähnlich wie in § 14 Abs. 2 TKG vorzunehmen, der die Gültigkeitsdauer einer Verfügung der Bundesnetzagentur regelt, einen bestimmten Telekommunikationsmarkt als regulierungsbedürftig zu erklären – also einer durchaus vergleichbaren Regulationssituation. Die dortige Frist beträgt maximal 3 Jahre und die Bundesnetzagentur ist überdies gehalten, etwaige Änderungen der Marktverhältnisse dahingehend zu berücksichtigen, ihre Feststellungsentscheidung gegebenenfalls auch vor Fristablauf zu korrigieren. **Diese Regelung wäre entsprechend in §19a Abs. 1 RefE aufzunehmen.**

H. Ausbeutungsmisbrauch/Kausalität

- (131) Der nachfolgende Abschnitt befasst sich mit der im Referentenentwurf vorgesehenen Neufassung der Anforderungen an das Kausalverhältnis zwischen der Marktstellung des Normadressaten und dessen potentiell missbräuchlicher Verhaltensweise in § 19 Abs. 1 RefE.

I. § 19 Abs. 1 RefE

- (132) Der Referentenentwurf sieht vor, dass durch die Streichung der Formulierung „Die missbräuchliche Ausnutzung“ und das Einfügen der Worte „Der Missbrauch“ für alle

von § 19 Abs. 1 GWB erfassten Missbrauchskonstellationen eine „Ergebniskausalität“ eingeführt wird. Hierdurch würden die Anforderungen an die Kausalität insbesondere in Fällen des Ausbeutungsmisbrauchs (nach der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB sowie den Regelbeispielen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB) erheblich abgesenkt.

- (133) Mit dem neuen § 19 Abs. 1 RefE soll der Nachweis einer Kausalität im Sinne einer „Verhaltenskausalität“ in diesen Fällen entbehrlich werden. Wie beim Behinderungsmissbrauch (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und 4 GWB) und dem „Anzapfverbot“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) soll es auch in Fällen des Ausbeutungsmisbrauchs genügen, dass sich das potentiell missbräuchliche Verhalten des Normadressaten aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung im Ergebnis schädlich auf den Wettbewerb auswirkt („Ergebniskausalität“). Eines Nachweises, dass gewisse Konditionen (z.B. Datenverarbeitungsbedingungen) gerade und allein wegen der Marktmacht des Normadressaten durchgesetzt werden können, bedarf es damit nicht (mehr). Unberührt bleibt die Tatbestandsvoraussetzung, dass das beanstandete Verhalten wettbewerbschädlich sein muss.
- (134) Innerhalb der Studienvereinigung wird die Absenkung der Kausalitätsanforderungen in § 19 Abs. 1 RefE kontrovers diskutiert. Die Studienvereinigung ist jedoch geschlossen der Ansicht, dass die geplante Neuregelung in der Rechtspraxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen wird, weshalb sie weitere Anpassungen anregt.

II. Klarstellung des Marktbezugs

- (135) Die Studienvereinigung **schlägt insoweit vor**, am Ende des ersten Satzes § 19 Abs. 1 RefE **wie folgt zu ergänzen**:

„[...] , soweit dies dazu führen kann, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.“

- (136) Ohne einen klaren Marktbezug des Verbots droht der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 RefE auszuufern, und jede Art rechtswidrigen Verhaltens der Normadressaten zu erfassen. Die Studienvereinigung weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein bedingungsloses Eingreifen der Missbrauchskontrolle bei Rechtsverstößen marktbeherrschender Unternehmen keine Stütze in der auf die Freiheit des Wett-

bewerbs gerichtete Zielsetzung des Kartellrechts findet. Mit dem Ergänzungsvorschlag soll daher ausdrücklich klargestellt werden, dass dem potentiell missbräuchlichen Verhalten eine Marktwirkung zukommen muss.

- (137) Ungeachtet der Frage, ob § 19 GWB eine Ergebnis- oder Verhaltenskausalität vorsieht, sind wettbewerbsschädliche Wirkungen des potentiell missbräuchlichen Verhaltens zwingend erforderlich, um an einen *objektiven* kartellrechtlichen Missbrauchsvorwurf anknüpfen zu können.²⁶ Ein beliebiger Bezug zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und der marktbeherrschenden Stellung (wie er von einer Ergebniskausalität vermittelt würde), ist hierfür allein nicht ausreichend.
- (138) Das gilt in besonderem Maße bei der Berücksichtigung *außerkartellrechtlicher* Wertungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht, bei denen ein Marktbezug im Einzelfall fraglich sein kann. Auch insoweit können Rechtsverstöße nur dann nach § 19 Abs. 1 GWB aufgegriffen werden, wenn sie zu einem Missbrauch von Marktmacht im Markt, d.h. einer feststellbaren „*beanstandungswürdigen Marktwirkung*“, führen.²⁷
- (139) Es erscheint zudem nicht gerechtfertigt, Rechtsverstöße marktbeherrschender Unternehmen ohne Rücksicht auf eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs dem – bußgeldbewehrten – Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB zu unterwerfen. Zwar tragen marktbeherrschende Unternehmen eine „besondere Verantwortung“, dass der Wettbewerb durch ihr Verhalten nicht über das bestehende strukturelle Ungleichgewicht hinaus beeinträchtigt wird. Diese aus der Marktstellung folgende Verantwortung bezieht sich indes auf den Schutz der wettbewerblichen Möglichkeiten anderer Marktteilnehmer und nicht auf den Schutz der Rechtsordnung an sich.
- (140) Überdies würde der in Rn. (135) unterbreitete Vorschlag § 19 Abs. 1 RefE an das europäische Recht anpassen, was ausdrücklich der Zielsetzung des Gesetzgebers entspricht (Entwurfsbegründung S. 72, zweiter Absatz).

²⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. August 2019 – VI-Kart 1/19 (V) – Facebook I, Rn. 38ff.

²⁷ *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, 13. Auflage 2018, § 19 GWB, Rn. 188.

III. Umfang der Berücksichtigung außerkartellrechtlicher Wertungen

- (141) Klarstellungsbedarf sieht die Studienvereinigung auch hinsichtlich der Frage, welche außerkartellrechtlichen Wertungen nach Auffassung des Gesetzgebers künftig von § 19 Abs. 1 GWB erfasst werden sollen.
- (142) Nach der Entwurfsbegründung sollen grundsätzlich alle Verstöße gegen Regelungen des Gesetzes- oder Verfassungsrechts, die zumindest auch den Schutz des Vertragspartners in Marktbeziehungen zum Gegenstand haben, berücksichtigungsfähig sein (Entwurfsbegründung, S. 72). Verstöße gegen bestimmte andere Gesetze – genannt sind das Steuer-, Arbeits- und Umweltrecht – sollen dagegen auch zukünftig nicht Gegenstand der Missbrauchsaufsicht sein. Eine Differenzierung nach Rechtsgütern erscheint jedoch willkürlich. Auch dürfte in der Praxis die genaue Abgrenzung zwischen solchen Gesetzen, die Marktbeziehungen zum Gegenstand haben und solche, bei denen das nicht der Fall ist, schwer zu handhaben und mit Rechtsunsicherheiten verbunden sein. Zudem bleibt unklar, wie der Hinweis der Entwurfsbegründung auf den Schutz des Vertragspartners zu verstehen ist (wer, gegenüber wem und warum).
- (143) Weitergehende Fragen wirft nach Ansicht der Studienvereinigung insbesondere das intendierte Eingreifen der Missbrauchskontrolle im Bereich des Datenschutzrechts auf. Insoweit führt die Entwurfsbegründung aus, dass eine Ausbeutung der Marktgegenseite auch in der „ungerechtfertigten Hingabe personenbezogener Daten [...], die unter dem besonderen Schutz der Rechtsordnung stehen“, bestehen könne, obwohl für diese Fallkonstellation geradezu typisch sei, dass eine Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts nicht sinnvoll möglich ist (Entwurfsbegründung, S. 73). Durch den Verzicht auf ein Kriterium der strikten Kausalität tritt das Element der Macht- ausübung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen jedenfalls teilweise in den Hintergrund. Das intendierte Eingreifen der Missbrauchskontrolle ist damit aber im Hinblick auf Grund (ungerechtfertigte Hingabe geschützter Daten) und Ziel (Schutz vor Fremdbestimmung) tatsächlich weitgehend deckungsgleich mit dem durch das Datenschutzrecht intendierten Eingreifen der Datenschutzbehörden.
- (144) Dies wirft nach Ansicht der Studienvereinigung auch unionsrechtliche Fragen auf. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der vollharmonisierten unionsrechtlichen Regelung des Datenschutzrechts, die auch ein ausdifferenziertes System der

privaten und behördlichen Durchsetzung umfasst (Kapitel VI, VII und VIII der Datenschutzgrundverordnung). Nach Ansicht der Studienvereinigung wäre jedenfalls klärungsbedürftig, ob und wie sich das Eingreifen der Missbrauchskontrolle für (reine) Datenschutzverstöße (ohne originär kartellrechtliche Legitimation in Form von Machtausübung oder Wettbewerbswirkungen) in das Durchsetzungssystem der DSGVO eingliedern lässt, und welche weiteren Voraussetzungen gegebenenfalls daran zu knüpfen wären.

- (145) Die Studienvereinigung verweist daher auf den Vorschlag, in den Gesetzes text einen klaren Marktbezug aufzunehmen (vgl. oben Rn. (135))
- (146) Jedenfalls vor diesem Hintergrund erscheint die in Rn. (135) vorgeschlagene Klarstellung notwendig, damit auch Verstöße gegen außerkartellrechtliche Wertungen nur dann im Rahmen der Missbrauchskontrolle aufgegriffen werden können, wenn ein klarer Marktbezug vorliegt.

IV. Einführung einer Ergebniskausalität

- (147) Ungeachtet der Forderung nach einem marktbezogenen Korrektiv wird die Absenkung der Kausalitätsanforderungen im Rahmen des in § 19 Abs. 1 RefE in der Studienvereinigung kontrovers diskutiert.
- (148) Dabei sprechen sich Stimmen für die Einführung einer Ergebniskausalität in allen Missbrauchskonstellationen aus:
- (149) Die bisherige Differenzierung nach Art der Kausalität (Verhaltens- bzw. Ergebniskausalität) beim Ausbeutungs- bzw. Behinderungsmissbrauch erscheint *willkürlich*. Eine trennscharfe Abgrenzung nach Missbrauchsarten ist nicht immer sicher möglich.²⁸ Insbesondere innerhalb eines Bezugsverhältnisses – z.B. im Vertikalverhältnis – kann die Anwendung der Ergebniskausalität nicht davon abhängig gemacht werden, ob es sich um eine Ausübung von *Nachfragemacht* oder eine Ausübung von *Angebotsmacht* handelt.

²⁸ In diesem Sinne *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 1, 13. Auflage 2018, § 19 GWB, Rn. 120.

- (150) Überdies erscheint das Postulieren von unterschiedlichen Kausalitätsanforderungen innerhalb *derselben* Eingriffsnorm jedenfalls ohne gesetzliche Präzisierung unter dem Gebot der Normenklarheit problematisch. Das gilt insbesondere, weil die Anforderungen aus praktischer Sicht weder ausreichend klar noch nachvollziehbar oder widerspruchsfrei erscheinen und somit für den Normadressaten auch nicht aus sich heraus verständlich sein könnten.
- (151) Es entspricht zudem dem Ziel der Einheitlichkeit des Wettbewerbsrechts und der Einheit der Rechtsordnung, § 19 GWB im Lichte des Art. 102 AEUV auszulegen. Art. 102 AEUV erfordert (von Ausnahmen abgesehen) keine Kausalität zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und dem beanstandeten Verhalten.²⁹
- (152) Dagegen beurteilen andere Stimmen in der Studienvereinigung die Absenkung der Kausalitätsanforderungen in § 19 Abs. 1 RefE kritisch:
- (153) Die zwei maßgeblichen Formen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die unter die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB gefasst werden – der Ausbeutungsmissbrauch und der Behinderungsmissbrauch – weisen einen unterschiedlichen Gehalt und eine unterschiedliche Stoßrichtung auf. Dies hat sich (auch) in unterschiedlichen Anforderungen an die Kausalität widerzuspiegeln.
- (154) Der Behinderungsmissbrauch zielt auf Verhaltensweisen ab, die jedem Unternehmen prinzipiell möglich (bspw. Exklusivitätsvereinbarungen, Kopplungen oder Treuerabatte), aber dem Marktbeherrscher verboten sind. Eine Verhaltenskausalität – d.h. dass das unzulässige Verhalten allein dem Marktbeherrscher wegen seiner besonderen Marktmacht möglich ist – ist hierfür kein relevantes Unterscheidungskriterium.
- (155) Demgegenüber zielt der Ausbeutungsmissbrauch hauptsächlich auf Verhaltensweisen ab, die gerade deswegen missbräuchlich sind, weil sie von einem übermächtigen Verhandlungspartner einseitig und unter Ausnutzung der Marktgegenseite durchgesetzt werden (bspw. Preisausbeutung oder Knebelkonditionen). Dem Ausnutzen der Marktstellung kommt insofern eine eigenständige Bedeutung zu. Die Missbräuchlichkeit der Verhaltensweise kann in diesen Konstellationen somit nur

²⁹ Siehe insofern EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, Rs. 6/72 – *Continental Can*, Rn. 27; bestätigt im Urteil vom 13. Februar 1979, Rs. C-85/76 – *Hoffmann-La Roche*, Rn. 91.

anhand der Verhaltenskausalität – d.h. dass das unzulässige Verhalten allein dem Marktbeherrscher wegen seiner besonderen Marktmacht möglich ist – sicher bestimmt werden.³⁰

- (156) Die Aufgabe der Verhaltenskausalität würde damit eine grundlegende Änderung des Charakters dieses Missbrauchstatbestandes bewirken, die in der hierzu ergangenen Rechtsprechung keine Grundlage findet. Der BGH stellt in den Entscheidungen in Sachen VBL Gegenwert I und II darauf ab, ob die Vereinbarung einer unzulässigen AGB „Ausfluss der Marktmacht oder großen Machtüberlegenheit des Verwendenden ist“.³¹ Die Auslegung dieser Entscheidungen ist umstritten, nach einem Teil der Stimmen in der Studienvereinigung aber als Verhaltenskausalität zu verstehen. Auch in der Hochzeitsrabatte-Entscheidung des BGH ist keine allgemeine Abkehr von einem Kausalitätserfordernis zu sehen. Vielmehr ging der BGH für den spezifischen Kontext des Anzapfverbotes (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) von einer Kausalitätsvermutung aus. Die eigentliche Kausalitätsprüfung ist damit nicht aufgehoben, sondern lediglich vorverlagert in das Tatbestandsmerkmal der sachlichen Rechtfertigung des Vorteils.³² Die Verweise auf die angeblich abweichende Kausalität in der europäischen Rechtsprechung betreffen durchweg den Fall des Behinderungsmisbrauchs³³ und sind auf den Ausbeutungsmisbrauch nicht übertragbar.
- (157) Dessen ungeachtet kann die Neuregelung in der Praxis zu einer weitgehenden Verlagerung des Prüfschwerpunktes auf die sachliche Rechtfertigung der beanstandeten Verhaltensweise führen. Die Absenkung der Kausalitätsanforderungen erweitert den Anwendungsbereich des Ausbeutungsmisbrauchs, da die Voraussetzungen der Ergebniskausalität regelmäßig vorliegen werden. Aufgrund der Weite und Unbestimmtheit der verbleibenden Tatbestandsmerkmale liegt es daher nahe, dass sich die Abgrenzung zwischen verbotenen und erlaubten Verhalten zukünftig – wie beim Anzapfverbot bereits nach geltendem Recht – hauptsächlich im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung der beanstandeten Verhaltensweise vollzieht.

* * *

³⁰ Franck, in: ZWeR 2016, 137 (151 ff.); Körber, in: NZKart 2019, 187 (193).

³¹ BGH, Urteil vom 06. November 2013 – KZR 58/11 – VBL-Gegenwert I, Rn. 65; BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 – KZR 47/14 – VBL-Gegenwert II, Rn. 35.

³² BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 – KVR 3/17 – Hochzeitsrabatte I, Rn. 85.

³³ EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, Rs. C-85/76 – Hoffmann-La Roche.

An der Erstellung dieser Stellungnahme waren die folgenden Mitglieder der Studienvereinigung beteiligt:

Silke Heinz (Koordinatorin)

Michael Dietrich (Koordinator)

Thorsten Mäger (Koordinator)

Jochen Baier

Reto Batzel

Stefanie Budde

Julia Cornelius

Sascha Dethof

Anne Filzmoser

Alexander Fritsche

Andreas Grünwald

Petra Linsmeier

Stephan Nagel

Katrin Meschede

Tobias Pesch

Andrea Pomana

Christian Schwedler

Peter Stauber

Maximilian Graf Zedtwitz von Arnim

Kathrin Westermann (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung Kartellrecht)

Inhaltsverzeichnis

A.	VORBEMERKUNG	1
B.	ALLGEMEINE ERWÄGUNGEN	2
C.	BESTIMMUNG DES ANWENDUNGSBEREICHS DER VORSCHRIFTEN	4
D.	DATEN- UND DATENZUGANGSANSPRÜCHE ALS GEGENSTAND DES KARTELLRECHTS .	10
I.	Zur Verwendung des Datenbegriffs	10
II.	Zu Nummer 2, Buchstabe a (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 RefE)	11
III.	Zu Nummer 3 Buchstabe b des Entwurfs (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 RefE)	12
E.	SPEZIELLE REGELUNGEN FÜR (DIGITALE) PLATTFORMEN.....	15
I.	Die Verankerung des Konzepts der Intermediationsmacht	15
1.	§ 18 Abs. 3b RefE.....	15
2.	§ 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 RefE	16
3.	§ 20 Abs. 1 S. 2 RefE	16
II.	Neuer Behinderungstatbestand bei überlegener Marktmacht, § 20 Abs. 3a RefE	17
1.	Tipping als Problem, für das es bislang nur begrenzte Erfahrungssätze gibt	17
2.	Bestimmtheit und Normenklarheit	18
F.	ZUR RELATIVEN MARKTMACHT	23
I.	§ 20 Abs. 1 Satz 1 GWB	23
II.	§ 20 Abs. 1a RefE	26
G.	SONDERREGEL FÜR (DIGITALE) PLATTFORMEN MIT ÜBERRAGENDER MARKTÜBERGREIFENDER BEDEUTUNG	27
I.	Erforderlichkeit des § 19a RefE	27
II.	Adressatenstellung nach § 19a Abs. 1 RefE	29
1.	§ 19a Abs. 1 S. 1 RefE	29
2.	Zu berücksichtigende Kriterien nach § 19a Abs. 1 S. 2 RefE	31

III.	„Missbräuchliche“ Verhaltensweisen nach § 19a Abs. 2 S. 1 RefE	33
1.	§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 RefE	34
2.	§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 RefE	36
3.	§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 RefE	39
4.	§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 RefE	41
5.	§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 RefE	41
IV.	Gesetzliche Vermutung und Umkehr der Darlegungs- und Beweislast für eine sachliche Rechtfertigung nach § 19a Abs. 2 S. 2, 3 RefE	42
V.	Zweistufiges Verfahren	44
H.	AUSBEUTUNGSMISSBRAUCH/KAUSALITÄT	45
I.	§ 19 Abs. 1 RefE.....	45
II.	Klarstellung des Marktbezugs	46
III.	Umfang der Berücksichtigung außerkartellrechtlicher Wertungen.....	48
IV.	Einführung einer Ergebniskausalität.....	49