

Deutscher Bundestag
19. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 19(9)876
19. November 2020



Verband der
Automobilindustrie

Stellungnahme zum Regierungs- entwurf einer Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe- schränkungen (GWB- Digitalisierungsgesetz) vom 09.09.2020

Berlin, November 2020

Ansprechpartner zum Thema

Geschäftsführung
Dr. Martin Koers

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

I. Vorbemerkung

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

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

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

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

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

befristet werden, denn diese betreten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Neuland, sind umstritten und stellen einen „deutschen Sonderweg“ dar, der einem einheitlichen digitalen Binnenmarkt mit einheitlichen wettbewerbsrechtlichen Regeln entgegensteht.

II. Im Einzelnen:

1. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. § 20 Abs. 1a GWB-E

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

Entgegen den einschränkenden Überlegungen, die ursprünglich noch in der Gesetzesbegründung zum Referentenentwurf enthalten waren und den Datenzugangsanspruch primär auf

bestehende Vertragsbeziehungen innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken beschränken wollten, stellt die Regelung ihrem Wortlaut nach lediglich auf die Angewiesenheit auf den Zugang zu Daten für die eigene Geschäftstätigkeit ab, aus der eine Abhängigkeit folgen soll. In der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf wird zudem als weitere Kategorie ausdrücklich auf Dritte Bezug genommen, die Dienste auf einem vor- oder nachgelagerten Markt anbieten möchten, ohne bisher in Geschäfts- oder Vertragsverbindung mit dem Daten haltenden Unternehmen gestanden zu haben. Zwar mahnt die Gesetzesbegründung für die letztgenannte Fallgruppe zur „Zurückhaltung“, was in der Praxis aber zu erheblicher Rechtsunsicherheit und langwierigen Streitigkeiten über die Auslegung der Vorschrift führen wird, die primär vor den Zivilgerichten ausgetragen werden. Die Neuregelung führt somit zu einem Anspruch auf Datenzugang für sämtliche Dritten, die Datenbestände eines beliebigen, nicht notwendiger Weise marktstarken Unternehmens für ihre eigene Geschäftstätigkeit auf einem vor- oder nachgelagerten Markt nutzen können wollen, wenn „ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen“ (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB-E). Abhängig kann dabei auch ein Unternehmen sein, das seine Tätigkeit erst aufnehmen will, d.h. es findet keine Beschränkung auf Beziehungen innerhalb bestehender Wertschöpfungsketten statt.

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

Ein Recht auf Datenzugang sollte stets sektorspezifisch sein und nur dann gewährt werden, wenn in diesem Sektor ein Marktversagen festgestellt wird bzw. vorherzusehen ist und durch das Wettbewerbsrecht allein nicht behoben werden kann. Der Umfang eines Datenzugangsrechts sollte den berechtigten Interessen des Dateninhabers Rechnung tragen und muss mit dem Rechtsrahmen im Einklang stehen.

Der o.g. Hinweis auf das Wettbewerbsrecht ist naturgemäß auf das bestehende europäische Wettbewerbsrecht bezogen, das ein Konzept der datenbedingten Abhängigkeit gerade nicht beinhaltet. Ein Marktversagen ist bei einer sektorübergreifenden Regelung, wie sie der Regierungsentwurf vorsieht, jedoch gerade nicht Voraussetzung für eine Anwendung von § 20 Abs. 1a GWB-E und im Übrigen vom BMWi auch nicht dargetan.

Eine Kontrolle über Billigkeitserwägungen allein genügt nicht, um mögliche innovationshindernde Wirkungen eines allgemeinen Datenzugangsanspruchs zu vermeiden. Vielmehr muss der Datenzugang aus kartellrechtlichen Erwägungen auf einen engen Ausnahmebereich i.S.d.

„Essential Facilities Doktrin“ beschränkt bleiben. Die vorgeschlagene Neuregelung von § 20 Abs. 1a GWB-E hätte zudem Standortnachteile für deutsche Unternehmen zur Folge, da sie ihre national gehosteten Datenbestände gegenüber Dritten unter festgelegten Voraussetzungen zugänglich machen müssten, während vergleichbare Zugangsansprüche in anderen Ländern nicht bestehen.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich zum Thema Datenzugang Folgendes festhalten:

- Eine Neugestaltung der Missbrauchsaufsicht sollte nicht im Wege eines nationalen deutschen Alleingangs erfolgen, sondern es muss eine europäische Lösung gefunden werden.
- In der Praxis wird sich die zivilrechtliche Durchsetzung der Missbrauchstatbestände allein gegen deutsche (und mit Abstrichen europäische) Unternehmen richten. Ansprüche gegen nicht EU-Unternehmen, insb. aus China und den USA, sind nur schwer durchsetzbar (z. B. Auslandszustellung der Klage etc.) und deutsche Urteile faktisch nicht vollstreckbar.
- Die vorgeschlagenen Änderungen der Missbrauchsaufsicht können negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit deutscher (und in begrenztem Maße auch europäischer) Unternehmen haben und für diese zu einem Standortnachteil führen.
- Die vorgeschlagenen Änderungen, wonach Unternehmen verpflichtet sein können, ihre eigenen Datenbestände Dritten zugänglich zu machen, begründen eine dem Kartellrecht fremde „Innovationsförderungspflicht“. Dies könnte sich auf längere Sicht als innovationshemmend auswirken und Trittbrettfahrer begünstigen.
- Ein Recht auf Datenzugang sollte stets sektorspezifisch geregelt werden und nur dann gewährt werden, wenn in diesem Sektor ein Marktversagen festgestellt wird bzw. vorherzusehen ist und durch das (bestehende) Wettbewerbsrecht allein nicht behoben werden kann.
- Etwaige nationale Sonderregelungen zur Missbrauchskontrolle sollten zumindest zeitlich befristet werden, denn diese betreten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Neuland, sind umstritten und stellen einen „deutschen Sonderweg“ dar, der einem einheitlichen digitalen Binnenmarkt mit einheitlichen wettbewerbsrechtlichen Regeln entgegensteht. Eine Befristung würde ein „Phasing Out“ begünstigen und es ermöglichen, die entsprechenden Regelungen im Interesse eines einheitlichen digitalen Binnenmarktes und einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts innerhalb der EU noch einmal auf den Prüfstand zu stellen.

III. Sonstiges

1. § 18 Abs. 3 GWB-E

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

2. § 19 Abs. 1 GWB-E

Die vorgeschlagene Änderung der bisherigen Formulierung „Die missbräuchliche Ausnutzung“ zu „Der Missbrauch“ führt nach unserer Einschätzung eher zu Unklarheiten und ist deshalb abzulehnen. Auch die entsprechende Regelung auf europäischer Ebene (Art. 102 AEUV) spricht von der „missbräuchliche[n] Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“. Im Interesse eines Gleichlaufs von nationaler und europäischer Missbrauchsaufsicht und damit der Rechtssicherheit für international tätige Unternehmen, sollten hier keine weitergehenden, einseitigen nationalen Festlegungen durch den deutschen Gesetzgeber getroffen werden.

3. § 19a GWB-E

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

Herausgeber Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA)
Behrenstrasse 35, 10117 Berlin
www.vda.de

Copyright Verband der Automobilindustrie e.V. (VDA)

Stand 04. November 2020