

Deutscher Bundestag
19. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 19(9)875
19. November 2020

verbraucherzentrale
Bundesverband

FAIREN WETTBEWERB IN DIGITALEN MÄRKTN SICHERSTELLEN

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes (vzbv) zum Kabinettsentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

04. November 2020

[Impressum](#)

Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.

Team
Digitales und Medien

Rudi-Dutschke-Straße 17
10969 Berlin

digitales@vzbv.de

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

INHALT

I. ZUSAMMENFASSUNG	3
II. EINLEITUNG	4
III. POSITION IM EINZELNEN	6
1. Verhaltenskausalität bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	6
2. Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten	8
2.1 Datenschutz und Datenzugang.....	8
2.2 Die Bedeutung des Zugangs zu Daten für die Bewertung von Marktmacht.....	8
2.3 Daten als Essential-Facility: Die Bedeutung von Daten bei der Feststellung von Marktmachtmissbrauch	9
2.4 Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht	10
3. Intermediationsmacht.....	10
4. Unternehmen mit überragender, marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb	11
4.1 Feststellungsverfügung und Kriterien	12
4.2 Wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen, die untersagt werden können	12
4.3 Beweislastumkehr	14
4.4 Adressatenkreis: Plattformunternehmen	14
4.5 Balancierter Ansatz	15
4.6 Unbestimmte Rechtsbegriffe.....	15
5. Relative Marktmacht.....	16
6. Verhinderung von Tipping	16
7. Einstweilige Maßnahmen	16
8. Widerlegliche Vermutung eines Mindestschadens.....	17
9. Verwendung von Kartellbußen und abgeschöpften Vorteilen für die Finanzierung der Verbraucherarbeit und kollektiven Rechtsdurchsetzung	18
10. Eine effektive kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht im Fernwärmemarkt.....	19

I. ZUSAMMENFASSUNG

- Der vzbv begrüßt die Abschaffung der Verhaltenskausalität für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs, da dies zweckmäßig und geboten ist, um das BKartA in die Lage zu versetzen, gegen vielfältige Ausbeutungstatbestände in der Plattformökonomie einzuschreiten.
- Die praktische Umsetzung von Datenzugangsansprüchen muss stets im Einklang mit dem europäischen Datenschutzrecht stehen. Insbesondere muss klargestellt sein, dass das Kartellrecht keine neue Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines solchen Datenzugangsrechts schafft, sondern dass dafür stets eine eigene Rechtsgrundlage gemäß der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich ist.
- Die Erweiterung der Essential-Facility-Doktrin ist sachgerecht und zu begrüßen. Des Weiteren ist es wichtig, dass als ein „angemessenes Entgelt“ auch eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt.
- Die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht ist zu begrüßen. Ebenso die Aufnahme der Intermediationsmacht als Ausdruck der relativen Marktmacht.
- Die Ermächtigung des BKartA vorab (ex-ante) einzuschreiten, um „Tipping“ zu verhindern, stellt einen sinnvollen und positiven Paradigmenwechsel dar.
- Die Möglichkeit des BKartA zukünftig auch gegen Unternehmen vorgehen zu können, die eine überragende, marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb haben, ist aus Verbraucher- und Wettbewerbssicht zu begrüßen. Zudem sollte das BKartA auch explizit gegen Bündelungs- und Kopplungsstrategien vorgehen können, mit denen Unternehmen von marktübergreifender Bedeutung Daten- und Marktmacht in benachbarte Märkte hebeln. Der Gesetzgeber sollte zudem erwägen, ob es nicht angemessen wäre, § 19a GWB-E in eine Verbotsnorm umzuwandeln.
- Die Absenkung der Schwellen zum Erlass von einstweiligen Maßnahmen ist aus Verbrauchersicht zu begrüßen. Sie stellen die Weichen für ein schnelles, effektives Eingreifen in Fällen, in denen wettbewerbsschädigendes Verhalten zeitnah abgestellt werden muss, um kurz-, mittel- und langfristige Schäden von Verbrauchern und Wettbewerb abzuwenden. Zur Stärkung des Ansatzes sollte der Gesetzgeber ein Antragsrecht für einzelne betroffene Unternehmen einführen.
- Damit Verbraucher von der Schadensvermutung nur profitieren, sollte die Regelung durch die widerlegliche Vermutung eines Mindestschadens in Höhe von 10 Prozent ergänzt werden.
- Ein pauschalierter Anteil an den rechtskräftig vereinnahmten Kartellbußen sollte zweckgebunden für die finanzielle Unterstützung der Verbraucherarbeit in Deutschland verwendet werden, die ganz erheblich zu einer funktionierenden Wettbewerbsordnung beiträgt. Auch die von den Verbraucherverbänden abgeschöpften Vorteile sollten ähnlich verwendet werden.
- Die aktuelle GWB-Novelle muss dazu genutzt werden, den Fernwärmesektor in den Regelungsbereich des § 29 GWB aufzunehmen und damit den Energiesektoren Strom und Gas gleichzustellen. Zudem sollte die Gültigkeit von § 29 GWB entfristet werden.

II. EINLEITUNG

Um der zunehmend marktübergreifenden Bedeutung global operierender Digitalkonzerne über digitale Ökosysteme, den Marktkonzentrations- und Monopolisierungstendenzen in der Plattformökonomie und der Bedeutung von Daten als Wertschöpfungsfaktor Rechnung zu tragen, hat die Bundesregierung am 03.09.2020 den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)“ im Bundeskabinett verabschiedet.

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) begrüßt dieses Gesetzesvorhaben. Denn nur unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs, in dem die Stellungen marktstarker Akteure immer angreifbar sind, sorgen die Marktkräfte dafür, dass Verbraucherinnen und Verbraucher¹ eine große Auswahl innovativer Güter und Dienstleistungen zu günstigen Preisen angeboten bekommen. An dieser Stelle sei deshalb an Adam Smith erinnert, dessen Feststellung "Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to, only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer" uns daran erinnert, dass auch das eigentliche Ziel der Wettbewerbspolitik die Beförderung der Wohlfahrt der Menschen ist.

Der vzbv begrüßt daher das Vorhaben der Bundesregierung, das Wettbewerbsrecht an die Entwicklungen in der digitalen Ökonomie anzupassen. Der vzbv äußert sich nachfolgen nur zu einzelnen Aspekten des GWB-Digitalisierungsgesetzes, die aus Verbrauchersicht unmittelbar relevant sind.

Die im Mittelpunkt des GWB-Digitalisierungsgesetzesstehende Modernisierung der Missbrauchsaufsicht mit ihren angestrebten Verschärfungen ist notwendig und zu begrüßen; ebenso wie die damit einhergehenden Regelungen und Durchsetzungsbefugnisse des Bundeskartellamtes (BKartA).

Regeln für den Umgang mit marktmächtigen digitalen Plattformen werden von unterschiedlichsten Akteuren gefordert - auch von Unternehmen aus Industrie, dem Dienstleistungssektor und Handel. Diese betonen häufig und oft zurecht die wachsende Bedeutung von digitalen Plattformen und deren zunehmende Bedeutung und Gestaltungsspielräume auf unterschiedlichsten Märkten. In diesem Lichte scheint die mancherorten von Unternehmensvertretern geäußerte Kritik an vielen der vorgeschlagenen Neuerungen des GWB-Digitalisierungsgesetzes eher einer reflexartigen Abwehrhaltung geschuldet zu sein und ist daher *cum grano salis* zu verstehen.

Die Erkenntnis, dass in vielen digitalen Märkten der Wettbewerbsprozess Gefahr läuft unterhöhlt zu werden oder gar bereits verloren gegangen ist, und dies ein aktiveres Eingreifen der Wettbewerbsbehörden erfordert, spiegelt sich in der akademischen Debatte sowie in den wettbewerbsrelevanten Vorhaben der Europäischen Kommission:

¹ Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

etwa dem New Competition Tool², das einen ähnlichen Geist wie die 10. GWB-Novelle atmet. Das GWB-Digitalisierungsgesetz ist ein großer Wurf, der mutig, richtig, aber vor allem notwendig ist. Der Reformbedarf wurde nicht zuletzt durch die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Falle von Facebook³ plastisch vor Augen geführt, auch wenn der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) diese Entscheidung des OLG Düsseldorf wieder aufgehoben hat⁴. Erfreulich ist, dass der Ruf der Wissenschaft gehört und die entsprechend notwendigen Änderungen, die schon im Referentenentwurf angelegt waren, im Kabinettsentwurf in der Sache beibehalten wurden; trotz heftigen Widerstands von Seiten vieler großer Plattformanbieter und Unternehmensverbände⁵. Auch wenn der Gesetzgeber in manchen Details nachschärfen sollte – so muss festgehalten werden, dass ein deutlicher Regelungsbedarf angesichts der Digitalisierung gegeben ist und die Bundesregierung diesem richtigerweise nachkommt.

² European Commission, „Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement“ <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>> [zugegriffen 19 Oktober 2020].

³ OLG Düsseldorf, VI-Kart. I/19 (V).

⁴ BGH, KVR 69/19 - Beschluss vom 23. Juni 2020

⁵ BMWI - Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, „Stellungnahmen der Bundesländer, Fachkreise, Verbände und Unternehmen zum GWB-Digitalisierungsgesetz“, 2020 <https://www.bmwi.de/SiteGlobals/BMWI/Forms/Listen/Stellungnahmen-GWB-Digitalisierungsgesetz/Stellungnahmen-GWB-Digitalisierungsgesetz_Formular.html?resourceId=1673768&input_=1709136&pageLocale=de&templateQueryStringList=&titlePrefix=Alle&addSearchPathId> [zugegriffen 26 Oktober 2020].

III. POSITION IM EINZELNEN

1. VERHALTENSKAUSALITÄT BEI MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

Das Ersetzen von „die missbräuchliche Ausnutzung“ durch „der Missbrauch“ in § 19 Abs.1 GWB-Kabinettsentwurf (GWB-E) führt zu einer Abschaffung der Verhaltenskausalität für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs. Diese besagt, dass der Normadressat seine Verhaltensweise nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen und Verbrauchern beispielsweise Vertragsbedingungen abverlangen kann, die gegen geltendes Recht verstößen.

Die Erfahrung des Facebook-Verfahrens hat gezeigt, dass die Annahme der Verhaltenskausalität zur Feststellung eines Ausbeutungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB als obsolet angesehen werden muss. Im Sinne der Verhaltenskausalität muss Unternehmen nachgewiesen werden, dass missbräuchliches Verhalten nur aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung möglich war. Dies ist aufgrund des Aufkommens von digitalen Plattformmärkten schon allein deshalb nicht mehr adäquat, da das Prinzip der Verhaltenskausalität auf „klassische“ Marktmachtmissbrüche in traditionellen Märkten zugeschnitten ist, wie etwa der Preishöhenmissbrauch, der nur effektiv möglich ist, wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat. Striktes Festhalten an der Verhaltenskausalität untergräbt jedoch in digitalen Märkten die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden gegen wettbewerbsschädigende Praktiken erheblich: So etwa, wenn Dienstleistungen Verbrauchern unentgeltlich und nur im Austausch gegen Nutzerdaten angeboten werden. Es wäre unter Beibehaltung einer strikten Verhaltenskausalität schwierig gegen ein marktbeherrschendes Unternehmen vorzugehen, das seinen Endnutzern unfaire Bedingungen abverlangt, etwa hinsichtlich der Datenerhebung und -verarbeitung, wenn dies auch bei kleineren Unternehmen der Fall wäre. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Falle von Facebook⁶ hat den Reformbedarf des Kartellrechts in diesem Aspekt deutlich vor Augen geführt. Der Kartellsenat des BGH hat diese Entscheidung zwar wieder aufgehoben und einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1 GWB angenommen.⁷ Gleichwohl begründet dies einen Handlungsbedarf für den Gesetzgeber für eine Neuregelung und Klarstellung der Gesetzeslage.

Der Wettbewerb in digitalen Plattformmärkten ist oft durch (direkte/indirekte) Netzwerkeffekte geprägt. Diese sind ein Grund für Marktkonzentrationstendenzen und die häufige Herausbildung globaler Märkte und Plattformen. Hierdurch können oft schlicht keine sinnvollen Vergleiche des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens in einem Markt zum Verhalten von Unternehmen in anderen, geringer konzentrierten, wettbewerbsintensiveren Märkten gezogen werden. Wie die Gesetzesbegründung darlegt, ergibt sich - äquivalent zum Behinderungsmissbrauch - auch für den Ausbeutungsmissbrauch „die normative Kausalität aus dem Gesetzeszweck des Schutzes der Marktgegenseite einschließlich der Verbraucher vor

⁶ OLG Düsseldorf, VI-Kart. I/19 (V).

⁷ BGH, KVR 69/19 - Beschluss vom 23. Juni 2020

Machtausübung und Übervorteilung [...] sowie des Schutzes vor machtbedingter Fremdbestimmung durch den Vertragspartner“.⁸

In der Digitalökonomie sind Marktbeziehungen zwischen Unternehmen und Nutzern oft geprägt von nicht bestehenden Ausweichmöglichkeiten der Verbraucher, rationaler Apathie der Nutzer, Informationsasymmetrien und ungleichen Verhandlungspositionen zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Dies gilt typischerweise, aber nicht nur, bezüglich der Sammlung und Verwertung von Nutzerdaten oder der Kriterien für die Erstellung von Empfehlungen oder Rankings. Die Ausnutzung dieser Asymmetrien ermöglicht Unternehmen, die durch Ausbeutung der Nutzer erlangten Vorteile zu nutzen, um dem Wettbewerb zu schaden beziehungsweise ihre Marktposition zu festigen oder auszubauen. Auch kleine Unternehmen können die rationale Apathie der Verbraucher nutzen, um übermäßig viele Nutzerdaten zu erheben und zu verwerten.⁹ Gleichwohl ist dieses Verhalten bei kleinen Unternehmen wettbewerbsökonomisch anders zu bewerten als bei großen Plattformen: dies begründet sich mit Verbundeffekten in konglomeraten Plattformunternehmen, die in einer Vielzahl von Märkten tätig sein können: So können konglomerate Plattformen durch die Kopplung und Bündelung von Produkten, Diensten und Nutzungsbedingungen ihre Marktmacht in einem Markt in benachbarte Märkte hebeln, in denen die Plattform tätig ist oder werden möchte: So ist denkbar, dass die durch Einwilligung der Nutzer ermöglichte, übermäßige Datensammlung und Verwertung in Markt A genutzt wird, um sich in Markt B einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Diese Möglichkeit des Hebelns von Datenmacht in andere Märkte haben kleinere Unternehmen, wenn überhaupt, in deutlich geringerem Maße. Aus diesem Grund ist die Abschaffung der Verhaltenskausalität überzeugend.

In Teilen der Fachliteratur führte die geplante Streichung der Verhaltenskausalität durch die Änderung von § 19 Abs. 1 GWB-E zu Bedenken, dass die Anpassung dazu führen könne, dass das Bundeskartellamt (BKartA) zu einer generellen „Aufsichtsbehörde über marktbeherrschende Unternehmen“ würde¹⁰. Der vzbv nimmt diese Bedenken ernst, neigt aber dazu, sich der Auslegung anderer Experten¹¹ und der Gesetzesbegründung des Referentenentwurfs anzuschließen: Dementsprechend muss bei der notwendigen Interessenabwägung im Rahmen der Missbrauchskontrolle die auf Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zielsetzung des GWB zwingend berücksichtigt werden. Verstöße gegen Rechtsnormen, die inhaltlich nicht direkt die Marktbeziehungen zum Gegenstand und Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, werden also auch in Zukunft nicht per se einen Kartellrechtsverstoß darstellen. Folglich ist die Verhaltenskausalität nicht notwendig, um die gebotene Trennung

⁸ Die Bundesregierung, „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)“ S. 80. <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-gwb-digitalisierungsgesetz.html>> [zugegriffen 19 Oktober 2020].

⁹ Forbrukerrådet, „Out Of Control“, 2020 <<https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2020/01/2020-01-14-out-of-control-final-version.pdf>> [zugegriffen 15 Oktober 2020]. vzbv - Verbraucherzentrale Bundesverband, „Check: Viele Apps wollen zu viel wissen“, 2014 <<https://www.vzbv.de/pressemitteilung/check-viele-apps-wollen-zu-viel-wissen>> [zugegriffen 15 Oktober 2020].

¹⁰ Koerber, Torsten: Die 10. GWB-Novelle als „GWB-Digitalisierungs-Regulierungs-Gesetz“ 7 (2019), in: NZKart, 12/2019, S. 633–635 [Zugriff: 17.01.2020] S. 634-635

¹¹ Beispielsweise: Künstner, Kim Manuel: Facebook und die kartellrechtliche Regulierung der Datennutzungen (2019), in: Kommunikation und Recht, H. 10, S. 605–610 [Zugriff: 04.02.2020].

kartellrechtlicher Missbrauchskontrolle und wettbewerbsfremder Aspekte aufrecht zu erhalten.

In diesem Sinne begrüßt der vzbv die Abschaffung der Verhaltenskausalität für die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs, da dies zweckmäßig und geboten ist, um das BKartA in die Lage zu versetzen, gegen vielfältige Ausbeutungstatbestände in der digitalen Plattformökonomie einzuschreiten. Der Handlungsbedarf wurde durch die Facebook-Entscheidung des OLG Düsseldorf und die darauffolgende BGH-Entscheidung verdeutlicht und folgerichtig vom Gesetzgeber im Kabinettsentwurf adressiert.

2. ZUGANG ZU WETTBEWERBSRELEVANTEN DATEN

Daten sind eine der entscheidenden Ressourcen der digitalen Wirtschaft und der Zugang zu Daten kann für Unternehmen deshalb einen entscheidenden Wettbewerbsfaktor darstellen. Die Bedeutung dieses Wettbewerbsfaktors wird mit dem Fortschreiten der Digitalisierung in immer weiteren Lebensbereichen steigen. Der vzbv begrüßt, dass der Gesetzgeber diesem Umstand Rechnung trägt, indem Datenzugangsansprüche für Wettbewerber im GWB-Digitalisierungsgesetz an verschiedenen Stellen explizit eingeführt werden.

2.1 Datenschutz und Datenzugang

Datenzugangsansprüche dürfen nicht zur Aushöhlung etablierter Datenschutzstandards wie der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) führen. Die praktische Umsetzung solcher Datenzugangsansprüche muss stets im Einklang mit dem europäischen Datenschutzrecht stehen. Insbesondere muss klargestellt sein, dass das Kartellrecht keine neue Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines solchen Datenzugangsrechts schafft, sondern dass dafür stets eine eigene Rechtsgrundlage gemäß der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich ist.

Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass auch bei einem Zugang zu vermeintlich anonymisierten Daten weiterhin Risiken für die betroffenen Personen bestehen können, beispielsweise indem durch Neukombination mit anderen Datensätzen ein Personenbezug wiederhergestellt wird. Notwendig wären daher gesetzgeberische Vorgaben und die Entwicklung von Standards, die konkrete Anforderungen an die Anonymisierung sowie an die Verwendung anonymisierter Daten definieren. Dies sollte um strafbewehrte Verbote der De-Anonymisierung ergänzt werden.

2.2 Die Bedeutung des Zugangs zu Daten für die Bewertung von Marktmacht

In dem Katalog des § 18 Abs. 3 GWB-E wird ergänzend eine Klarstellung vorgenommen, die die Bedeutung von Daten für die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen in *allen Wirtschaftsbereichen* unterstreicht. Dies erfolgt quasi ergänzend zu § 18 Abs. 3a GWB, der bereits die Bedeutung von Daten für die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen in *insbesondere mehrseitigen Märkten* betont. Bei den durch die Ergänzung des § 18 Abs. 3 GWB-E adressierten Unternehmen, die Datenzugang gewähren müssten, dürfte es sich in der Regel zwar um mehrseitige

Plattformen und Netzwerke im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB handeln. Allerdings sind nach Lesart des vzbv durchaus Fälle von Bedeutung, bei denen Unternehmen keine mehrseitige Plattform beziehungsweise ein Netzwerk im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB sind, aber Daten (beispielsweise über Kunden und ihre Präferenzen) bedeutend für die Marktstellung eines Unternehmens sein können.

Die Ergänzung der Bedeutung von Daten für die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen *in allen Wirtschaftsbereichen* ist angebracht.

2.3 Daten als Essential-Facility: Die Bedeutung von Daten bei der Feststellung von Marktmachtmisbrauch

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E stellt klar, dass ein Marktmachtmisbrauch in der Weigerung liegen kann, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu Daten zu gewährleisten, soweit „die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn, die Weigerung ist sachlich gerechtfertigt“. Bisher war nur die Verweigerung des Zugangs zu eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen erfasst. Auch das Abstellen auf einen „wirksamen“ Wettbewerb ist zu begrüßen. Nach Auffassung des vzbv unterstreicht dies das wettbewerbsökonomische Ziel, dass Wettbewerbsdruck den Handlungsspielraum eines marktstarken Unternehmens effektiv einschränkt.

Die Klarstellung, dass die über § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB kodifizierte Essential-Facility-Doktrin im digitalen Zeitalter nicht nur den Zugang zu Netzen oder physischer Infrastruktur, sondern auch den Zugang zu Daten umfassen muss, ist sachgerecht, wenn diese Daten notwendig sind, um auf den betreffenden Märkten in den Wettbewerb zu treten. Es ist davon auszugehen, dass in der datenbasierten Ökonomie die Integration von Daten aus verschiedenen Bereichen in einem Produkt/Dienst zunimmt und gleichzeitig Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit des Produktes/Dienstes sein wird. So könnten Produkte oder Dienstleistungen ohne entsprechend integrierte Daten verschiedener Provenienz nur einen relativ geringen Mehrwert bieten und somit der Nicht-Zugang zu den entsprechenden Daten einen gravierenden Wettbewerbsnachteil darstellen.

Dass der Kabinettsentwurf betont, dass als ein „angemessenes Entgelt“ auch eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt, ist zu begrüßen¹². Wobei einer der Grundsätze der Informationsökonomie, dass die Grenzkosten der Verarbeitung digitaler Informationen gegen Null tendieren, die dieser Überlegung auch zugrunde zu liegen scheint, nicht das Erheben einer moderaten Verwaltungsgebühr zur Deckung der Fixkosten ausschließt.

Die Erweiterung der Essential-Facility-Doktrin um den Zugang zu Daten ist sachgerecht und zu begrüßen. Des Weiteren ist es wichtig, dass als ein „angemessenes Entgelt“ auch eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt.

¹² Die Bundesregierung, S. 82

2.4 Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht

§ 20 Abs. 1a GWB-E führt ein Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht ein. Unternehmen sollen Zugang zu Daten erhalten, die von einem anderen Unternehmen mit relativer Marktmacht kontrolliert werden, wenn sie auf diese Daten für ihre eigene Tätigkeit angewiesen sind. Dass es sich bei den angängigen Unternehmen nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB-E nun nicht mehr um kleine oder mittlere Unternehmen handeln muss, ist sachgerecht (siehe dazu die Ausführungen zu „relative Marktmacht“).

Die Einführung eines Datenzugangsrechts bei relativer Marktmacht ist in der digitalen Wirtschaft folgerichtig, denn hier können (große als auch kleine) Unternehmen von Plattformen mit relativer Marktmacht abhängig sein,¹³ insbesondere bezüglich des Zuganges zu Daten (siehe hierzu die Ausführungen unten zu „Intermediationsmacht“).

3. INTERMEDIATIONSMACHT

Die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3a GWB-E ist zu begrüßen, ebenso wie die Aufnahme der Intermediationsmacht in § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB-E als Ausdruck der relativen Marktmacht. So wird eine Abhängigkeit angenommen, wenn „Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von [der] Vermittlungsleistung [anderer Unternehmen] in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen“.

Plattformen, die zwischen verschiedenen Nutzergruppen vermitteln, können wettbewerbliche Verhaltensspielräume gewinnen und ausnutzen. Dies illustriert etwa der Fall von Buchungs- und Vermittlungsplattformen für Hotelunterkünfte¹⁴. An zentraler Stelle, in der strategischen Position, die den Zugang zu Verbrauchern kontrolliert, sitzen etwa auch Betreiber von App Stores, wie das Beispiel des Apple App Stores zeigt. Apple kontrolliert als „Torwächter“ den Zugang von App-Anbietern zu Endnutzern und Kunden in seinem digitalen Ökosystem. Der Marktanteil von iOS-Geräten liegt in Deutschland bei ca. 20 Prozent¹⁵, von einer marktbeherrschenden Stellung ist also nicht zwingend auszugehen. Dennoch liegt auf der Hand, dass Apple, indem es über den App Store den Zugang zu Appnutzern – und damit zu einer gegebenenfalls wichtigen Kundengruppe – kontrolliert, eine für den Wettbewerb überragende Bedeutung in verschiedenen Märkten zukommt, weil der Nutzung von Apps große Bedeutung zukommt. Es ist davon auszugehen, dass digitale Assistenzsysteme (beispielsweise Alexa, Siri, etc.) künftig eine ebenso zentrale strategische Schnittstelle

¹³ Schweitzer, Heike u. a.: Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen (2018), URL: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html> [Zugriff: 03.02.2020]. S. 48 ff.

¹⁴ Beispielsweise durch die Nutzung von „weiten Bestpreisklauseln“, vgl. OLG Düsseldorf: HRS-Hotelbuchungsportal: „Bestpreisklauseln“ kartellrechtswidrig und damit unzulässig (2015), URL: https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/Pressemitteilungen_aus_2015/20150109_PM_HRS_Entscheidung/index.php [Zugriff: 10.02.2020].

¹⁵ Statista: Vergleich der Marktanteile von Android und iOS am Absatz von Smartphones in Deutschland von Januar 2012 bis Dezember 2019 (2020), URL: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/256790/umfrage/marktanteile-von-android-und-ios-am-smartphone-absatz-in-deutschland/> [Zugriff: 10.02.2020].

zwischen Verbrauchern und Anbietern von Gütern und Dienstleistungen einnehmen werden, die den Zugang zu Verbrauchern kontrolliert.

Die Einführung des Konzepts der Intermediationsmacht in § 18 Abs. 3a GWB-E ist zu begrüßen, ebenso wie die Aufnahme der Intermediationsmacht in § 20 Abs. 1 Satz 2 GWB-E als Ausdruck der relativen Marktmacht.

4. UNTERNEHMEN MIT ÜBERRAGENDER, MARKTÜBERGREIFENDER BEDEUTUNG FÜR DEN WETTBEWERB

Das größte Novum des GWB-Digitalisierungsgesetzes ist, dass der Gesetzgeber zusätzlich zur Marktbeherrschung (§§ 18 und 19 GWB) und relativen/überlegenen Marktmacht (§ 20 GWB) durch den neunen § 19a GWB-E das Kriterium der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ einführt. § 19a GWB-E soll dem BKartA ermöglichen, wettbewerbsschädliches Verhalten von Plattformunternehmen an zentralen strategischen Positionen, in mehrseitigen Märkten oder Netzwerken in den Blick zu nehmen und abzustellen.

Der Bedarf zur Etablierung eines solchen Ansatzes für die Praxis des BKartA, wird durch die Pläne der Europäischen Kommission zur Einführung eines „Neuen Wettbewerbsinstruments“ untermauert. Dieses zielt inhaltlich in die gleiche Richtung.¹⁶ Auch in den USA wurde der Handlungsbedarf dafür erkannt, in der Plattformökonomie effektive Wettbewerbsprozesse sicherzustellen: Seit Oktober 2020 geht das US Department of Justice (DOJ), mit der Eröffnung eines Verfahrens gegen Google,¹⁷ zum ersten mal seit den Microsoft-Verfahren vor 20 Jahren mit einem „federal antitrust lawsuit“ gegen ein „Big Tech“ Unternehmen vor¹⁸.

Der vzbv möchte betonen, dass er diesen proaktiven Ansatz begrüßt, da er eines der Kernprobleme im Wettbewerb digitaler Plattformen und Ökosysteme adressiert.

Es ist im Sinne der Verbraucher, wenn das BKartA proaktiv dagegen vorgehen kann, wenn zentrale Plattformplayer, die Schlüsselpositionen besetzen, die für verschiedene Märkte von zentraler Bedeutung sind, die Vorteile konglomerater, marktübergreifender Strukturen ausnutzen und diese gleichsam in neue Märkte „hebeln“, um dort dem Wettbewerb zu schaden, „ohne notwendigerweise in allen diesen Märkten die Schwelle zur Marktbeherrschung bereits überschritten zu haben.“¹⁹

¹⁶ European Commission, „Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement“.

¹⁷ Department of Justice, „Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws“, 2020 <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws>> [zugegriffen 2 November 2020].

¹⁸ Das Verfahren des DOJ fokussiert eng auf den Markt für (mobile) Text-Onlinesuche und berücksichtigt weitere wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen nicht, die die Europäische Kommission in Ihren Verfahren adressiert hat, etwa hinsichtlich der Behinderung von Wettbewerbern spezialisierten Suchen. Vgl. The Economist, „American trustbusters take on Google“, 2020 <<https://www.economist.com/business/2020/10/21/american-trustbusters-take-on-google>> [zugegriffen 29 Oktober 2020].

¹⁹ Die Bundesregierung, S. 76

4.1 Feststellungsverfügung und Kriterien

So muss das BKartA gemäß § 19a Abs. 1 GWB-E in einem ersten Schritt feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a GWB-E tätig ist (also Charakteristika einer mehrseitigen Plattform oder eines Netzwerks aufweist), eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.

Die Kriterien für die Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung umfassen dabei Kriterien, die auch für die Feststellung der Marktbeherrschung zum Tragen kommen. So zielen neben den Kriterien der marktbeherrschenden Stellung und der Finanzkraft oder des Zugangs zu sonstigen Ressourcen, die Kriterien der Intermediationsmacht, des Zugangs zu wettbewerbsrelevanten Daten und die vertikale Integration und Tätigkeit auf in miteinander verbundenen Märkten explizit auf konglomerate, marktübergreifende Plattformen ab.

4.2 Wettbewerbsschädigende Verhaltensweisen, die untersagt werden können

In einem zweiten Schritt kann das BKartA Verhaltensweisen, die geeignet sind, dem Wettbewerb zu schaden und in § 19a Abs. 2 GWB-E aufgeführt werden, ex nunc untersagen, falls diese nicht sachlich gerechtfertigt sind²⁰. Zu den Verhaltensweisen, die das BKartA untersagen kann, gehört unter anderem die **Selbstbevorzugung** eigener Angebote, die Wettbewerbern und Verbrauchern direkt und in großem Ausmaß wirtschaftlich schaden können.²¹ Es ist davon auszugehen, dass die bereits hohe Bedeutung und der Einsatz von personalisierten Empfehlungssystemen, die in verschiedenen Märkten das Matching zwischen Angeboten und Verbraucherpräferenzen optimieren sollen, künftig weiter steigen. Dabei liegt nahe, dass bei dem Matching digitale Assistenten (etwa Siri, Alexa, etc.) künftig eine noch bedeutendere marktübergreifende Bedeutung zukommt, gerade weil die dahinterstehenden Plattformen aus verschiedenen Märkten Daten über Verbraucher und ihre Präferenzen sammeln und auswerten. In der strategisch zentralen Position als Kontrolleur des Zugangs von Anbietern zu Verbrauchern befinden sich diese Plattformen in einer Position, die ein besonders hohes Missbrauchspotenzial durch Selbstbevorzugung birgt.

Ein weiterer Missbrauchstatbestand in § 19a Abs. 2 GWB-E ist das Erschweren oder Behindern von „**Interoperabilität** von Produkten oder Leistungen oder die **Portabilität von Daten**“, wenn dies den Wettbewerb behindert. Das gezielte Erschweren von Interoperabilität und Datenportabilität kann Plattformakteuren dazu dienen, die Wechselkosten von Nutzern zu erhöhen und damit Lock-ins zu verstärken beziehungsweise Multi-Homing zu erschweren. Dies kann gezielt eingesetzt werden, um Markteintrittsschranken zu erhöhen, innovative Wettbewerber zu behindern und die eigene Marktstellung abzusichern beziehungsweise auszubauen. Gegen diese Praktiken eine effektive Handhabe zu entwickeln, ist eine seit Langem von Ökonomen

²⁰ Die Verhaltensweisen unter § 19 Abs. 2 Nr. 1, 3 bis 5 können hierbei sachlich gerechtfertigt sein: Selbstbevorzugung, Wettbewerbsschranken durch Datennutzung/Kombination, **Interoperabilität/Datenportabilität, unzureichende Informationen**. Eine sachliche Rechtfertigung für die Behinderung von Wettbewerbern um Märkte „Aufzurollen“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 2) ist zurecht nicht vorgesehen.

²¹ Vgl. etwa Europäische Kommission: Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbuße in Höhe von 2,42 Mrd. EUR gegen Google wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung als Suchmaschine durch unzulässige Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienst (2017), URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) [Zugriff: 10.02.2020].

und Verbraucherschützern vorgetragene Forderung, die der Gesetzgeber nun im im GWB-Digitalisierungsgesetz kodifiziert hat. Der vzbv begrüßt dies ausdrücklich.

Für die Handhabung der potenziell effektiven Mittel der Interoperabilität und Datenportabilität in der Praxis, ist in jedem Einzelfall sicherzustellen, nicht-intendierte negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsposition kleinerer Unternehmen und Anbieter zu vermeiden. Diese betrifft etwa Situationen, in denen das Alleinstellungsmerkmal und der Wettbewerbsvorteil von kleinen Anbietern (etwa im Falle von datenschutzfreundlichen Messenger-Diensten) durch die Interoperabilität und den Datenaustausch mit großen Anbietern und Netzwerken (mit einem fragwürdigen Umgang mit Nutzdaten) unterlaufen würde.

Ebenso soll das BKartA gegen **Behinderungsmissbrauch** zum „**Aufrollen**“ von **Märkten** vorgehen können. Es soll Unternehmen untersagen können, Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar zu behindern, wenn die Behinderung geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Dabei soll die Behinderung auf einem Markt erfolgen, auf dem der Normadressat noch keine marktbeherrschende Stellung innehat, aber seine Marktstellung „schnell ausbauen kann“. Eine solche Befugnis des BKartA ist geeignet, um aktuelle Wettbewerbsprobleme zu adressieren. Diese resultieren häufig daraus, dass mehrseitige Plattformen ihre Marktstellung in benachbarte Märkte „hebeln“, um dort ihre Marktposition auszubauen und ein „Tipping“ dieser Märkte herbeizuführen.²²

Ein Treiber von Marktkonzentration in digitalen Märkten sind **Bündelungs- und Kopplungsstrategien** von Plattformen. Wenn Unternehmen die Nutzung eines Dienstes/produktes an die Nutzung eines anderen Dienstes/produktes koppeln beziehungsweise diese nur im Bündel verkaufen, kann ein „klassischer“ Fall von Kopplung und Bündelung vorliegen. Damit wird Marktmacht von einem Markt in den anderen „gehebelt“. Dieser Fall könnte durch § 19a GWB-E Abs. 2 Nr. 2 erfasst sein. Somit könnte das BKartA Bündelungs- und Kopplungsstrategien proaktiv unter §19a GWB-E untersagen.

In datengetriebenen Märkten kann auch ein subtileres Hebeln von „Datenmacht“ über Nutzungsbedingungen erfolgen: Konglomerate Plattformen können die Nutzung von Diensten daran koppeln, dass Nutzer darin einwilligen, dass die hier gesammelten Daten konzernweit, also auch in anderen Märkten/Diensten, genutzt werden dürfen. Selbst wenn diese Praktiken mit der DSGVO im Einklang stünden, können sie den Wettbewerb in benachbarten Märkten erheblich verzerren. Über das Hebeln von Daten in benachbarte Märkte können sich Plattformen, bei der Entwicklung neuer Produkte in benachbarten Märkten einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Etwa, wenn Daten aus der Websuche, Cloudspeicherdielen oder sozialen Medien genutzt werden, um in anderen Märkten Markteintrittshürden zu erhöhen oder eigenen Produkten (wie etwa KI-Systemen) Wettbewerbsvorteile zu verschaffen.²³

²² Der „Google Shopping Case“ illustriert diese Strategie: European Commission, „Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service“ <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784> [zugegriffen 21 Oktober 2020].

²³ Vgl. The Economist, „Is tech getting more competitive?“, 2020 <<https://www.economist.com/leaders/2020/10/22/is-tech-getting-more-competitive>> [zugegriffen 26 Oktober 2020].; The Economist, „How Satya Nadella turned Microsoft around“, 2020 <<https://www.economist.com/briefing/2020/10/22/how-satya-nadella-turned-microsoft-around>> [zugegriffen 28 Oktober 2020].

§ 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB-E erlaubt zwar dem BKartA einzuschreiten, wenn ein Unternehmen „durch die Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten, die es [...] auf einem beherrschten Markt gesammelt hat, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus anderen Quellen“ in anderen Märkten Marktzutrittsschranken errichtet oder erhöhet. Es ist jedoch unklar, ob das Kriterium der Errichtung von Marktzutrittsschranken ein Vorgehen des BKartA gegen die oben beschriebenen Kopplungstrategien erschwert. Um ein proaktives Vorgehen des BKartA zu erleichtern, sollte daher Bündelung und Kopplung explizit als Missbrauchstatbestand in § 19a Abs. 2 GWB-E aufgenommen werden.

In die Liste von Verhaltensweisen in § 19a Abs. 2 GWB-E, die geeignet sind, dem Wettbewerb zu schaden und vom Bundeskartellamt ex nunc untersagt werden können, sollten explizit Bündelungs- und Kopplungsstrategien aufgenommen werden, mit denen Unternehmen Daten- und Marktmacht in benachbarte Märkte hebeln.

4.3 Beweislastumkehr

Der vzbv begrüßt die in § 19a GWB-E vorgesehene Beweislastumkehr. Diese ist aufgrund der Intransparenz, Komplexität und Datenintensität der betroffenen Produkte/Dienste erforderlich, um dem Bundeskartellamt ein effektives Eingreifen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu ermöglichen. So verweist auch der Bitkom (im Namen eines Teils seiner Mitglieder) darauf, dass die „Einführung einer entsprechenden Regelung zur Beweislastumkehr im Rahmen der Missbrauchsvorschriften in der Energiewirtschaft in § 29 GWB im Jahr 2007 zu einer deutlich verschärften Preismissbrauchsaufsicht gegenüber den Energieversorgungsunternehmen geführt“ hat.²⁴ Da die von § 19a GWB-E anvisierten Plattformdienste und -produkte deutlich komplexer und intransparenter sein dürfen, als der mittlere Energieversorger, ist hier die Beweislastumkehr umso adäquater.

4.4 Adressatenkreis: Plattformunternehmen

Mit § 19a GWB-E zielt der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung explizit auf große Digitalkonzerne, die über große Ressourcen verfügen und „mit ihren Angeboten zentrale strategische Positionen einnehmen, die zu vielfältigen Abhängigkeiten anderer Marktteilnehmer führen und es [ihnen] erlaubt, den Wettbewerbsprozess zum eigenen Vorteil zu verfälschen und ihre Marktmacht auf andere Märkte zu übertragen.“²⁵

Durch den Verweis auf § 18 Abs. 3a GWB (mehrseitige Märkte und Netzwerke) wird der Normadressatenkreis auf große und relevante Fälle beschränkt, also auf zentrale Akteure, die in der Regel digitale Ökosysteme beziehungsweise die Schnittstellen zwischen Verbrauchern und Anbietern aus mehreren Märkten kontrollieren und damit eine hohe Bedeutung für den Wettbewerb haben. Aus diesem Grund sieht der vzbv hier nicht die Gefahr der Ausweitung des Normadressatenkreises auf viele kleine und mittlere Unternehmen. Auch wenn der Gesetzgeber als Normadressat primär die großen Plattformen der digitalen Plattformökonomie wie Alibaba, Amazon, Apple, Baidu, Google/Alphabet und Tencent im Blick haben mag, sieht es der vzbv als

²⁴ Bitkom, „Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle“, 2020 <<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Bitkom-Stellungnahme-zur-10-GWB-Novelle>> [zugegriffen 19 Oktober 2020], S. 11.

²⁵ Die Bundesregierung, S. 82-83

unproblematisch an, wenn sich der Normadressatenkreis nicht nur auf diese beschränkt, sondern auch andere große, konglomerate Unternehmen umfasst, soweit diese die Voraussetzungen von § 19a GWB-E und § 18 Abs. 3a GWB erfüllen. Dafür, den Normadressatenkreis des § 19a GWB-E breit zu fassen, spricht zudem, dass „analoge“ und „digitale“ Märkte zunehmend verschwimmen beziehungsweise sich quasi „plattformiesieren“. Dies erschwert die Differenzierung zwischen „analogen“ und „digitalen“ Unternehmen, Diensten, Produkten und Plattformen zunehmend.

4.5 Balancierter Ansatz

§ 19a GWB-E ist keine Verbotsnorm. Seine Anwendung bedarf in einem ersten Schritt einer Verfügung des BKartA zur Feststellung der marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb. Erst in Verbindung mit einem zweiten Schritt – der Untersagung durch das BKartA - entfalten die in § 19a Abs. 2 GWB-E aufgeführten Verhaltensweisen ihre Geltung. Hierbei wird das BKartA prüfen, inwieweit mögliche sachliche Rechtfertigungen für die in § 19a Abs. 2 Nr. 1, 3 bis 5 GWB-E²⁶ aufgeführten Verhaltensweisen vorliegen – und diese also nicht untersagt werden müssen. Da dabei auch eine „Interessenabwägung im Lichte der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes“²⁷ vorgenommen wird, ist aus Sicht des vzvb einer Überregulierung angemessen und ausreichend vorgebeugt. Die neue Norm scheint wirksam zu sein, aber vorsichtig austariert.

Vielmehr sollte der Gesetzgeber erwägen, § 19a GWB-E in eine Verbotsnorm umzuwandeln (wie § 19 GWB), so wie von einem Bündnis zivilgesellschaftlicher Organisationen gefordert wird²⁸. Somit wäre eine Verfügung durch das BKartA nicht mehr notwendig und die Norm würde unmittelbar zu Anwendung kommen. Hierfür spricht, dass das zweistufige Vorgehen nach § 19a GWB-E ein zeitnahe Eingreifen des BKartA erschweren könnte. Ein rasches Einschreiten des BKartA wird aber regelmäßig erforderlich sein, damit § 19a GWB-E seinen Normzweck erfüllt: dem BKartA durch frühes Eingreifen ein Offenhalten von Märkten zu ermöglichen, etwa um wettbewerbsschädigende Strategien zum Aufrollen von Märkten zu unterbinden.

Der Gesetzgeber sollte erwägen, ob es nicht angemessen wäre, § 19a GWB-E in eine Verbotsnorm umzuwandeln.

4.6 Unbestimmte Rechtsbegriffe

Von verschiedenen Seiten wurde die Kritik vorgebracht, § 19a GWB-E führe unbestimmte Rechtsbegriffe in das GWB ein, die zu Rechtsunsicherheit führen.²⁹ Der

²⁶ § 19a Abs. 2 Nr. 1, 3 bis 5 GWB-E beinhalten: Selbstbevorzugung, Behinderungsmissbrauch/Wettbewerbsschranken durch Datennutzung/Kombination von Daten, Interoperabilität/Datenportabilität, unzureichende Informationen.

²⁷ Ebd. S. 88

²⁸ DigitalCourage u. a.: Ungezähmte Internetgiganten, URL: <https://www.oxfam.de/ueber-uns/publikationen/ungezaehmte-internetgiganten-gwb-digitalisierungsgesetz-tippelschritte> [Zugriff: 04.02.2020] S. 2

²⁹ Vgl. etwa Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., „Stellungnahme Zum Referentenentwurf des BMWi zum Zehnten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)“, 2020
<https://www.bmwii.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-GWB-Digitalisierungsgesetz/Verbaende-und-Unternehmen/bdi.pdf?__blob=publicationFile&v=6> [zugegriffen 22 Oktober 2020]. sowie Monopolkommission, „10. GWB-Novelle - Herausforderungen auf digitalen und regionalen Märkten

vzvb kann diese Bedenken nur bedingt nachvollziehen, denn gesetzgeberische Vorhaben führen regelmäßig neue Rechtsbegriffe ein. Im Zuge der darauffolgenden Rechtsanwendung und Rechtsprechung werden Verständnis und Auslegung der neuen Rechtsbegriffe geschärft und etabliert. Sollte sich hieraus der Bedarf für eine gesetzgeberische Nachjustierung von § 19a GWB-E ergeben, kann dieser im Zuge einer Gesetzesnovellierung adressiert werden. Grundsätzlich gilt: ein Wettbewerbsrecht, dessen rechtsbegriffliche Grundlage sich nicht weiterentwickelt und gesellschaftliche Entwicklungen – auch begrifflich - internalisiert, droht zu einem weltfremden Kanon zu verknöchern.

5. RELATIVE MARKTMACHT

Die Änderungen in § 20 Abs. 1 Satz 1 GWB-E stellen klar, dass auch größere Unternehmen von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht abhängig sein können. Dies ist in der digitalen Wirtschaft folgerichtig, denn hier können relativ kleine Unternehmen und Plattformen zentrale Schlüsselpositionen in Märkten einnehmen, die sie in die Lage versetzen, effektiv den Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten beziehungsweise Anbietern oder Nachfragern zu kontrollieren. Hierdurch können sie eine relative Marktmacht erlangen, von der große Unternehmen abhängig sein können, wenn sie auf diesen Märkten effektiv in Wettbewerb treten wollen³⁰ (siehe hierzu ergänzend die Ausführungen oben zu „Intermediationsmacht“ und „Datenzugangsrecht bei relativer Marktmacht“).

6. VERHINDERUNG VON TIPPING

Aus Sicht der Verbraucher und der Wettbewerber von Plattformen mit relativer oder überlegener Marktmacht ist positiv zu bewerten, dass § 20 Abs. 3a GWB-E vorsieht, dass das BKartA mit einstweiligen Maßnahmen effektiv ex-ante gegen „Tipping“ vorgehen kann: Wenn Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht Wettbewerber daran hindern, selbst Größenvorteile zu erzielen (Wettbewerbsverzerrungen), kann der Wettbewerb (kurz- beziehungsweise mittelfristig) ausgeschaltet werden und damit für Wettbewerb und Innovation – mithin für Verbraucher - ein Schaden entstehen, der sich ex-post nicht ohne Weiteres rückgängig machen beziehungsweise kompensieren lässt. Dies gilt insbesondere für gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsverluste durch nicht erfolgte Marktdurchdringung mit innovativen verbraucherfreundlicheren alternativen Gütern, Dienstleistungen und Geschäftsmodellen als mittel- und langfristige Folge einer Wettbewerbsverzerrung.

Vor diesem Hintergrund ist die Ergänzung von § 20 Abs. 3a GWB-E ein angemessener „Paradigmenwechsel“, mit dem das BKartA ermächtigt wird, vorab einzuschreiten, um „Tipping“ zu verhindern und um Schäden für Verbraucher, den Wettbewerb und die Gesamtwohlfahrt zu verhindern.

7. EINSTWEILIGE MAßNAHMEN

begegnen!“, *POLICY BRIEF* | Ausgabe 4 | Januar 2020, 2020

<https://monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_4.pdf> [zugegriffen 28 Oktober 2020].

³⁰ Schweitzer, Heike, et al. (2018) (wie Anm. 6). S. 48 ff.

Mit der Neugestaltung unter anderem des § 32a Abs. 1 GWB-E strebt der Gesetzgeber an, das GWB proaktiver zu gestalten. Wenn wettbewerbsschädigendes Verhalten ein Einschreiten der Behörden erforderlich macht, muss in der schnelllebigen digitalen Ökonomie ein rasches effektives Eingreifen zum Schutz von Verbrauchern und Wettbewerb erfolgen, das umgehend Wirkung zeigt. Bei verzögerter Abstellung von missbräuchlichem Verhalten besteht das Risiko, dass das Unternehmen über fortgeführtes wettbewerbsschädigendes Verhalten seine Marktstellung weiter verfestigt, etwa über die Ausnutzung von Netzwerk- und Verbundeffekten – und damit der Schaden für Verbraucher und Wettbewerb steigt.

Bisher musste das BKartA hierfür nachweisen, dass „die Gefahr eines ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb“ besteht (was aufgrund des abstrakten Charakters schwer zu erbringen ist). Nach dem neuen Entwurf kann das BKartA einstweilige Maßnahmen anordnen, „wenn eine Zu widerhandlung im Sinne von § 32 Abs. 1 überwiegend wahrscheinlich erscheint und die Anordnung zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist“. Durch die Herabsetzung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs und den hinzugekommenen Bezug auf die Schädigung eines einzelnen Unternehmens (statt auf den abstrakten Wettbewerb), ist zu hoffen, dass einstweilige Maßnahmen in der künftigen Praxis eine größere Rolle spielen werden.

Zur Stärkung des Ansatzes sollte der Gesetzgeber ein Antragsrecht für einzelne betroffene Unternehmen einführen.

Die in § 32a Abs. 1 GWB-E vorgenommene Absenkung der Schwellen für das BKartA zum Erlass von einstweiligen Maßnahmen sind aus Verbrauchersicht zu begrüßen. Sie stellen die Weichen für ein schnelles, effektives Eingreifen des BKartA in Fällen, in denen wettbewerbsschädigendes Verhalten zeitnah abgestellt werden muss, um kurz-, mittel- und langfristige Schäden von Verbrauchern und Wettbewerb abzuwenden. Zur Stärkung des Ansatzes sollte der Gesetzgeber ein Antragsrecht für einzelne betroffene Unternehmen einführen.

8. WIDERLEGLICHE VERMUTUNG EINES MINDESTSCHADENS

Zu Artikel 1 Nr. 9. und Nr. 10 (§ 33a Absatz 5 GWB-E § 33c Absatz 3 Satz 2 GWB-E):

Der vzvb begrüßt die Einführung einer widerleglichen Vermutung zugunsten unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer, dass Rechtsgeschäfte eines kartellbeteiligten Unternehmens von dem jeweiligen Kartell erfasst waren. Der Änderungsvorschlag und das zugrunde liegende Urteil des Bundesgerichtshofs zum Schienenkartell (BGH, Urteil vom 11.12.2018, KZR 26/17), in dem dieser die Grundsätze des Anscheinsbeweises zur Schadensverursachung und Kartellbetroffenheit für nicht anwendbar erklärt hat, zeigen, dass die deutsche Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie mit Blick auf die erforderlichen gesetzlichen Vermutungen zur schadensbegründenden Verantwortlichkeit und Schadenshöhe lückenhaft war.

Diesbezüglich ist die vorliegende Korrektur zu begrüßen, sie geht aber nicht weit genug. Erforderlich ist auch eine widerlegliche Vermutung zur Schadenshöhe.

Insoweit soll weiterhin die allgemeine Schadenschätzungsbefugnis gemäß § 287 ZPO zur Anwendung kommen. Die ergänzende Vermutungsregelung sagt nur, dass bei einem Kartell von einem Schaden größer Null auszugehen ist. Die Quantifizierung von Kartellschäden bleibt damit für die Geschädigten eine schwierige Hürde.

Verschiedene Untersuchungen belegen eine Kartellrendite von 10 bis 20 Prozent und unterstützen eine entsprechende Pauschalierung aus wissenschaftlicher Sicht.³¹ Da die Quantifizierung von Schäden im Einzelfall sehr aufwändig und teuer ist, behilft sich die Wirtschaft längst mit Pauschalvereinbarungen, die im Einzelfall widerlegt werden können. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden solche Pauschalierungen von 15 Prozent auch gerichtlich als realistisch anerkannt und von der Rechtsprechung neuerdings sogar ohne sonst übliche ökonometrische Begutachtungen als Pauschale zugrunde gelegt³².

Diese Rechtsprechung sollte - auch mit Blick auf geschädigte Verbraucher - gesetzlich abgesichert werden. Bislang müssen Verbraucher bei Kartellschadensersatzverfahren den Schaden selbst berechnen und gegebenenfalls die für eine gerichtliche Schätzung erforderlichen Angaben machen. Dies ist für sie noch schwieriger als für unmittelbar betroffene Unternehmen, weil ihnen als nachgelagerte Betroffene keine betriebsinternen Unterlagen und Daten zur Verfügung stehen.

Verbraucher können deshalb von der Schadensvermutung in § 33a Absatz 2 Satz 1 GWB-E nur profitieren, wenn sie sich auf eine (widerlegliche) Vermutung in Höhe eines prozentual zu errechnenden Schadens verlassen können. Auch die Monopolkommission hat sich in XXI. Hauptgutachten zugunsten eines Mindestschätzbetrags und einer hiermit verbundene Beweislastumkehr ausgesprochen.³³ Zudem gibt es bereits in mehreren EU-Mitgliedsstaaten widerlegliche gesetzliche Vermutungen zur Schadenshöhe. Die vermuteten Schadenshöhen betragen 10 Prozent (Ungarn, Lettland) beziehungsweise 20 Prozent (Rumänien), was angesichts der Sachlage keineswegs als zu hoch angesetzt erscheint.³⁴

Die Regelung sollte deshalb durch die widerlegliche Vermutung eines Schadens in Höhe von mindestens 10 Prozent ergänzt werden.

9. VERWENDUNG VON KARTELLBUßen UND ABGESCHÖPFTEN VORTEILEN FÜR DIE FINANZIERUNG DER VERBRAUCHERARBEIT UND KOLLEKTIVEN RECHTSDURCHSETZUNG

Unverändert sollen Kartellbußen ausschließlich der Bundeskasse zufließen. Der Referentenentwurf sieht keine Änderung des § 82a Abs. 2 GWB vor. Damit gelangen

³¹ Bundeskartellamt: Tätigkeitsbericht 2013/2014. BT-Drucks. 18/5210 (2015), S. 35; dass.: Erfolgreiche Kartellverfolgung (2011), S.12; Oxera et al.: Quantifying Antitrust Damages. Executive Summary (2009), S. ix; Lande, Robert H; Connor, John M.: Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines (2008), in: 3 Issues in Competition Law and Policy 2203 (ABA Section of Antitrust Law 2008); ebenso für die Kodifikation eines Mindestschadens: Kersting, Christian; Preuß, Nicola: Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften. Bd. 137: Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) 2015, Baden-Baden, Nomos, Rn. 58 ff; hierzu auch Sirakova: Impediments to the private enforcement of competition law in Europe (2015), in: NZKart, H. 11, Seite 466, 468.

³² Landgericht Dortmund, Urteil vom 30. September 2020, Az. 8 O 115/14 (Kart)

³³ Monopolkommission: Hauptgutachten XXI: Wettbewerb 2016 (2016), Teil I, Ziffer 150 (Seite 38), URL: <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/hauptgutachten/88-xxi-gesamt.html>.

³⁴ Gerhard Klumpe, „Vermutung von 20 % Kartellpreisaufschlag – Rumänien verleiht der Privaten Kartellrechtsdurchsetzung Biss!“, *D'kart*, 2020 <<https://www.d-kart.de/en/blog/2020/10/26/vermutung-von-20-kartellpreisaufschlag-rumaenien-verleiht-der-privaten-kartellrechtsdurchsetzung-biss/>> [zugegriffen 28 Oktober 2020].

auch solche Kartellbußen in den allgemeinen Haushalt, denen ein Kartellrechtsverstoß mit unmittelbarer Schädigung für Verbraucher zugrunde gelegen hat und wo kein individueller Schadensausgleich erfolgt ist. Auch die Vorteilsabschöpfung durch Verbraucherverbände werden ausschließlich der Bundeskasse zugewiesen (§ 34a Abs. 1 GWB). Die Verbraucherverbände können lediglich eine Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom beklagten Unternehmen keinen Ausgleich erlangen können.

Die 10. GWB-Novelle greift damit keinen der Vorschläge auf, die seit geraumer Zeit im politischen Raum diskutiert werden – etwa einen Teil der Kartellbußen und die abgeschöpften Vorteile zweckgebunden für die strukturell unterfinanzierte Verbraucherarbeit in Deutschland einzusetzen.

Zwischen dem sanktionierten Kartellrechtsverstoß und der Verbraucherarbeit gibt es einen unmittelbaren Zusammenhang – denn in jeder Kartellbuße steckt bereits notwendigerweise ein verbraucherbezogener Unrechtsanteil.³⁵ Beim so genannten Badezimmerkartell lag der Verbraucherschaden bei geschätzten 7 Milliarden Euro – Geldbuße 622 Millionen Euro. Beim so genannten Kaffeekartell lag der Verbraucherschaden bei 860 Millionen Euro – Geldbuße 160 Millionen Euro. Beim so genannten Mehlikartell lag der Verbraucherschaden bei 1,2 Milliarden Euro – Geldbuße 82 Millionen Euro. Die Liste der Kartellrechtsfälle mit unmittelbarem Verbraucherbezug ließe sich ohne Weiteres fortführen.

Die Forderung nach Verwendung eines Teils der Kartellbußen steht auch nicht im Widerspruch dazu, dass Verbrauchern der Schaden, den sie durch kartellrechtswidriges Verhalten von Unternehmen erleiden, möglichst unmittelbar auszugleichen ist. Nach aller bisherigen Erkenntnis machen Verbraucher ihren Schaden vielfach nicht geltend, wenn es sich um Streuschäden handelt. Der individuelle Schadensersatzanspruch ist damit alleine nicht zweckdienlich.

Ein pauschalierter Anteil an den rechtskräftig vereinnahmten Kartellbußen sollte zweckgebunden für die finanzielle Unterstützung der Verbraucherarbeit in Deutschland verwendet werden, die ganz erheblich zu einer funktionierenden Wettbewerbsordnung beiträgt. Auch die von den Verbraucherverbänden abgeschöpften Vorteile sollten ähnlich verwendet werden.

10. EINE EFFEKTIVE KARTELLRECHTLICHE MISSBRAUCHSAUFSICHT IM FERNWÄRMEMARKT

§ 29 GWB regelt eine erleichterte Preismissbrauchsaufsicht im Strom- und Gassektor. Sie erleichtert die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht durch eine Beweislastumkehr missbräuchlicher Entgelte und eine Kostenreflektion. Die Norm ist jedoch nach § 186 Abs. 1 GWB bis zum 31. Dezember 2022 befristet.

Der vzbv fordert eine Entfristung der Gültigkeit von § 29 GWB.

³⁵ Fezer: Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit. Juristische Expertise von Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer im Auftrag des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen (2012), Düsseldorf, S. 29/30.

Der vzbv setzt sich, ebenso wie die Ausschüsse des Bundesrats, nachdrücklich für die Integration des Fernwärmesektors in den § 29 GWB ein³⁶. Anders als auf dem Strom- und Gasmarkt fehlt im Fernwärmesektor nicht nur ein strukturell gesicherter Wettbewerb. Es besteht vielmehr eine Monopolstruktur in jedem Fernwärmennetz. Das Bundeskartellamt spricht im Fernwärmesektor von „gefangenen Kunden“. Die Verbraucher sind den Tarifen und Preiserhöhungen der Versorger ohnmächtig ausgeliefert. Die kartellrechtliche Kontrolle ist das einzige Regulierungsinstrument des Fernwärmesektors. Daher ist der Fernwärmesektor erst recht in den § 29 GWB aufzunehmen.

Weder kann der Verbraucher sich gegen eine Preiserhöhung zur Wehr setzen, noch kann er ihr ausweichen. Verbraucher haben bei einer einseitigen Preiserhöhung des Fernwärmeverversorgers während der Vertragslaufzeit keine Möglichkeit den Vertrag zu kündigen oder den Anbieter zu wechseln. Auch bei einer einseitigen Veränderung der Kostenindizes in der vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel bleiben die Kunden in ihren Verträgen „gefangen“. Ihr Vertrauen in die Funktion einer vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel wird enttäuscht, Leistung und Gegenleistung über die Vertragsdauer hinweg in einem angemessenen Gleichgewicht zu halten.

Der Wechsel des Heizsystems kommt zwar theoretisch zum Ende unüblich langer Vertragslaufzeiten, die selbst nach Abschreibung der Investitionen gelten, in Betracht. Der Wechsel scheitert aber regelmäßig an den damit verbundenen hohen Kosten oder an baulichen Gegebenheiten. Bei einem Anschluss- und Benutzungszwang oder einer im Grundbuch eingetragenen Anschlusspflicht an das Fernwärmennetz ist ein Wechsel des Heizsystems vielfach nicht einmal theoretisch möglich. Es gibt Unmut bei den Verbrauchern im Fernwärmesektor. Während eines dreieinhalfmonatigen Aufrufs erfasste die Marktbeobachtung 132 auffällige Fallbeschreibungen³⁷. An dem Verbraucheraufruf nahmen über 200 betroffene Verbraucher teil. Vielerorts haben die Betroffenen sich zu Interessengemeinschaften zusammengeschlossen, wie beispielsweise in Offenbach oder Böblingen.

Grundsätzliche Änderungen im Fernwärmesektor sind daher dringend geboten. Solange abweichend vom Strom- und Gasmarkt keine wettbewerblichen Strukturen geschaffen werden und keine präventive behördliche Preisaufsicht über Monopolstrukturen ausgeübt wird, muss für den Fernwärmemarkt zumindest eine effektive kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht eingeführt werden.

In Folge der Sektoruntersuchung 2012 hat das Bundeskartellamt 2013 zwar gegen sieben Fernwärmeverversorger Missbrauchsverfahren eingeleitet³⁸. Die Verfahren nach geltendem Recht scheinen aber aufwendig und schwierig. Das Bundeskartellamt plant offenbar keinen erneuten Anlauf für eine Missbrauchskontrolle, obwohl die Fernwärmepreise sich vielerorts stark entwickelt haben. Auch die Landeskartellbehörden scheinen im Fernwärmesektor an ihre Grenzen zu stoßen.

³⁶ Bundesrat Drucksache 606/16 (Beschluss), S. 3 f. Bundesrat Drucksache 568/1/20 S.3 ff

³⁷ Marktwächter: Fernwärme: Preisanpassungen in bestehenden Kundenverhältnissen (2019), URL: <https://www.marktaechter.de/fernwaerme-preisanpassungen-bestehenden-kundenverhaeltnissen> [Zugriff: 12.02.2020].

³⁸ Bundeskartellamt: Bundeskartellamt prüft überhöhte Fernwärmepreise (2013), URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2013/07_03_2013_Fernwaermepreise.html?nn=3591568 [Zugriff: 12.02.2020].

Teilweise scheinen sie keine Sektoruntersuchungen durchgeführt zu haben oder diese zumindest nicht zu veröffentlichen. Eine Erleichterung der Missbrauchsverfahren scheint nützlich zu sein, denn das Kartellrecht ist gegenwärtig das einzige Instrument zur Kontrolle der Monopolpreise. Der vzbv fordert, dass der Fernwärmesektor genau zu diesem Zweck in § 29 GWB aufgenommen werden muss.

Eine spezifische Sektorregelung zur Preiskontrolle, die während der GWB-Novelle 2017 als Gegenargument angeführt und für ein besseres Instrument gehalten wurde, wurde bis heute nicht geschaffen und ist auch nicht absehbar. Daher hält der vzbv eine Regelung der Fernwärme in § 29 GWB für dringend erforderlich. Angesichts der prekären Situation für Verbraucher im Monopolmarkt kann ein entsprechender Bedarf nicht ernsthaft bestritten werden.

Die aktuelle GWB-Novelle muss dazu genutzt werden, den Fernwärmesektor in den Regelungsbereich des § 29 GWB aufzunehmen und damit den Energiesektoren Strom und Gas gleichzustellen.