

Die Digitalisierung der Missbrauchsaufsicht durch das „GWB-Digitalisierungsgesetz“ im Spannungsfeld von moderater Anpassung und Überregulierung

Der nachfolgende Beitrag nimmt eine kritische Analyse der im Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle vom 24. Januar 2020 vorgeschlagenen Änderungen der Missbrauchsaufsicht durch die neuen §§ 19 Abs. 4 Nr. 2, 20 Abs. 1a und Abs. 3a sowie 19a GWB-E vor. Er basiert auf einem im Januar/Februar 2020 für Facebook erstellten Gutachten.

A. Hintergrund und Aufgabenstellung

I. Ausgangspunkt

Am 9. Juni 2017 trat die 9. GWB-Novelle in Kraft.¹ Diese Novelle diente, wie die Regierungsbegründung gleich zu Beginn hervorhebt, auch und insbesondere dem Ziel, das GWB fit für die Digitalisierung zu machen.

„Das digitale Zeitalter stellt mit seinen rasanten technologischen Entwicklungen neue Herausforderungen auch an die Wettbewerbspolitik. Auf den sich dynamisch entwickelnden Märkten müssen eine wirksame Fusionskontrolle und der Schutz vor Missbrauch von Marktmacht sichergestellt sein. Der Entwurf sieht eine entsprechende Anpassung des GWB an die zunehmende Digitalisierung der Märkte vor. Er stellt klar, dass auch im Fall einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung ein Markt vorliegen kann. Darüber hinaus enthält der Entwurf einen Katalog an Kriterien, der bei der Beurteilung der Marktstellung von Unternehmen auf mehrseitigen Märkten künftig zu berücksichtigen ist. Die ökonomischen Besonderheiten, die sowohl die Ausgestaltung der Geschäftsmodelle als auch das Nutzerverhalten prägen, gehören damit fortan ausdrücklich zum Prüfprogramm der Wettbewerbsbehörden.

Beispiele aus der digitalen Ökonomie zeigen, dass in manchen Fallkonstellationen junge innovative Unternehmen, so genannte Startups, durch große, etablierte Unternehmen übernommen werden können, ohne dass eine Kontrolle durch die Kartellbehörden stattfindet. [...] Deshalb soll die Fusionskontrolle auf Fälle ausgeweitet werden, bei denen der Wert der Gegenleistung (in der Regel der Kaufpreis) mit über 400 Millionen Euro besonders hoch ist, obwohl das erworbene Unternehmen keine oder nur geringe Umsätze generiert“.²

Während die neue Transaktionskostenschwelle in der Fusionskontrolle in § 35 Abs. 1a GWB eine echte Änderung darstellte, handelte es sich bei den anderen neuen Normen (§ 18 Abs. 2a (Märkte ohne Entgelt) und Abs. 3a (weitere Marktmachtkriterien) letztlich nur um deklaratorische Klarstellungen, denn das Bundeskartellamt (BKartA) hatte ebenso wie die EU-Kommission auf der Basis des EU-Kartellrechts schon vor der Novelle mehrfach unter Beweis gestellt, dass das geltende deutsche und europäische Kartellrecht durch seine Generalklauseln durchaus in der Lage war und ist, der Herausforderungen durch die Digitalisierung wettbewerbsrechtlich

* Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft, Universität zu Köln.

¹ Zum Gesetzgebungsverfahren: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/772/77250.html>.

² BT-Drucks 18/10207, S. 39.

Herr zu werden.³ Obwohl die 9. GWB-Novelle auch auf die Ertüchtigung des GWB für die Digitalisierung gerichtet war, verzichtete sie vernünftigerweise auf sektorspezifische Regelungen, die nur für die digitale Ökonomie gelten. Dies entspricht dem kartellrechtlichen Ansatz, gleichartigen Wettbewerbsproblemen ohne Ansehung des Sektors, in dem sie auftreten oder vermutet werden, durch gleichartige Regelungen entgegen zu treten und damit zugleich den verfassungsrechtlichen Geboten der Diskriminierungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffsverwaltung. Ein solcher allgemeiner Ansatz erscheint darüber auch deshalb vernünftig, weil er die Kartellbehörden in die Lage versetzt, nicht nur die bei Erlass der Norm von der Politik für besonders wichtig erachteten Wettbewerbsprobleme zu adressieren, sondern flexibel auf neue Herausforderungen zu reagieren.

II. Grundlagen

Trotzdem – und obwohl die Kartellbehörden und -gerichte bisher kaum Zeit hatten, die neuen Regelungen mit Leben zu füllen – glaubte der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom 12. März 2018, weiteren Handlungsbedarf zu sehen. Darin heißt es:

„Wir brauchen eine Modernisierung des Kartellrechts in Bezug auf die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaftswelt. Wir wollen das Wettbewerbsrecht für digitale Geschäftsmodelle ergänzen. Wir wollen die Verfahren im allgemeinen Wettbewerbsrecht spürbar beschleunigen, ohne dabei rechtsstaatliche Garantien einzuschränken. Ein wichtiger Schritt sollte dabei die Stärkung des Instrumentariums der einstweiligen Maßnahmen sein. Für die Wettbewerbsbehörde soll ein vorläufiges Einschreiten schon vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens erleichtert werden, damit irreparable Schäden für den Wettbewerb wirksam verhindert werden. Wir benötigen neben dem allgemeinen Wettbewerbsrecht eine kompetentere und aktivere systematische Marktbeobachtung. Die Wettbewerbsbehörde muss Missbrauch von Marktmacht vor allem auf sich schnell verändernden Märkten zügig und effektiv abstellen können. Dazu werden wir die wettbewerbsbehördliche Aufsicht weiterentwickeln, insbesondere im Hinblick auf Missbräuche von Plattformunternehmen.

Gleichzeitig wollen wir im Wettbewerbsrecht alle Voraussetzungen dafür schaffen, in Deutschland und Europa die Entstehung von Digitalkonzernen zu ermöglichen, die international eine wettbewerbsfähige Größe erreichen. Um Eckpunkte für entsprechende Reformen zu entwickeln, setzen wir eine Kommission „Wettbewerbsrecht 4.0 ein. Wir streben die Harmonisierung und Zusammenführung der rechtlichen Grundlagen im Digitalbereich an“.⁴

Auf dieser Grundlage wurden zwei umfangreiche Gutachten erstellt, um Bedarf und sinnvolle Ausgestaltung einer weiteren Reform des deutschen Kartellrechts zu ergründen und zugleich Anstöße für die Entwicklung des EU-Kartellrechts zu geben:

- Das für das BMWi erstellte Gutachten „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* vom 29. August 2018 (im Folgenden: „BMWi-Studie“)⁵ und

³ Zum Stand vor der 9. GWB-Novelle etwa *Körber*, WuW 2015, 120 ff.

⁴ Koalitionsvertrag, Zeilen 2755 ff. (abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>).

⁵ https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15.

- der Bericht „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“ der Wettbewerbskommission 4.0 vom 9. September 2019 (im Folgenden: „Bericht Wettbewerbskommission 4.0“).⁶

Auf europäischer Ebene fanden diese Gutachten ihr Gegenstück im Bericht „Competition Policy for the Digital Era“ vom 4. April 2019 der Sonderberater *Crémer/de Montjoye/Schweitzer* von Wettbewerbskommissarin *Vestager* (im Folgenden: „Sonderberater-Bericht“).⁷

In ihrer Quintessenz treten alle drei Gutachten für eine moderate Weiterentwicklung des digitalen Ordnungsrahmens ein,

- die *erstens* einen besonderen Fokus auf große, potentiell marktbeherrschende digitale Plattformunternehmen, auf die Verhinderung eines Kippens von digitalen Märkten in ein unangreifbares Monopol (Tipping), auf die wettbewerbliche Relevanz von Daten sowie auf eventuelle Datenzugangsrechte legt,
- die sich *zweitens* dort, wo noch keine hinreichenden Erkenntnisse vorliegen, auf eine weitere Beobachtung der digitalen Märkte beschränkt, um nicht durch ein zu frühes Eingreifen Innovation zu behindern,
- die sich *drittens* behutsam in den Rahmen des bestehenden Kartellrechts einfügt und
- die *viertens* dort, wo eine rein kartellrechtliche und/oder rein nationale Regelung angesichts der über das Kartellrecht und über die deutschen Grenzen hinausreichenden Problematiken nicht sinnvoll erscheint, zugunsten einer Regelung auf EU-Ebene zurücktritt, die auch andere Rechtsgebiete einbezieht.

Der RefE hat den ersten Rat aufgenommen und „übererfüllt“, während die anderen drei Ratschläge leider nicht bzw. nicht im gleichen Maße Beachtung gefunden haben.

III. Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 24. Januar 2020 den Referentenentwurf für die 10. GWB-Novelle (RefE) vorgelegt. Notwendiger Grund für die 10. GWB-Novelle war die Verpflichtung Deutschlands zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1/EU („ECN+“) bis zum 4. Februar 2021. Das BMWi nahm dies zum Anlass, weitere Änderungen des Kartell- und Fusionskontrollverfahrens vorzunehmen. Den Schwerpunkt sieht das Ministerium allerdings im Bereich der Digitalisierung, wie auch der Name der Novelle („GWB-Digitalisierungsgesetz“) deutlich macht. Im Kern werden nicht nur teils grundlegende Änderungen der etablierten Missbrauchsregelungen in §§ 18, 19 und 20 GWB vorgeschlagen. Mit dem neuen § 19a GWB soll auch ein gänzlich neuer, an ein eigenständiges Kriterium („überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“) knüpfender, präventiver Missbrauchstatbestand geschaffen werden.

Die Begründung zum RefE betont in der Einleitung gleich auf S. 1:

„Gleichzeitig hat sich die Bundesregierung zum Ziel gesetzt, einen Ordnungsrahmen zu gestalten, der den Anforderungen an die Digitalisierung und Globalisierung der Wirtschaft gerecht wird. Die Erfahrungen in Verfahren insbesondere mit Bezug zu großen digitalen Plattformen haben außerdem die Notwendigkeit einer zusätzlichen Beschleunigung von Kartellverwaltungsverfahren aufgezeigt. [...] Zugleich trägt der vorliegende Entwurf dazu bei, entsprechend den Vorgaben der Umsetzungsstrategie der Bundesregierung zur Gestaltung des digitalen Wandels, einen auf die Anforderungen der Digitalisierung der Wirtschaft abgestimmten Ordnungsrahmen zu schaffen.“

⁶ https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=10.

⁷ <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

Zwischenzeitlich gewonnene Erkenntnisse der Kartellbehörden und der Wissenschaft ermöglichen eine weitere Modernisierung der Missbrauchsvorschriften. Die Novelle enthält daher eine maßvolle Modernisierung der Missbrauchsaufsicht, um den Missbrauch von Marktmacht insbesondere durch digitale Plattformen besser erfassen und effektiv beenden zu können“.

Auf S. 59 führt die Begründung zum RefE weiter aus:

„2. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht

Die vom BMWi in Auftrag gegebene Studie zur „Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“ hat verschiedene Handlungsoptionen diskutiert, um die Missbrauchsaufsicht insbesondere im Bereich der digitalen Wirtschaft zu stärken. Im Ergebnis hat die Studie vier Handlungsempfehlungen zu den Vorschriften der Missbrauchsaufsicht und eine weitere im Bereich der Fusionskontrolle ausgesprochen. Der Entwurf greift diese und weitere Empfehlungen aus anderen Studien im Bereich der Missbrauchsaufsicht auf und sieht insbesondere die folgenden Änderungen vor: Erstens wird in § 18 Absatz 3b das Konzept der sog. „Intermediationsmacht“ etabliert, um der Vermittler- und Steuerungsfunktion von Plattformen Rechnung tragen zu können. Zweitens wird die sog. „essential facilities doctrine“ in § 19 Absatz 2 Nummer 4 neu gefasst, um der Entwicklung in der europäischen Anwendungspraxis und Rechtsprechung Rechnung zu tragen. Drittens wird ein neuer § 19a eingeführt, der dem Bundeskartellamt eine effektivere Kontrolle derjenigen großen Digitalkonzerne ermöglichen soll, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Viertens wird der Schutzbereich von § 20 Absatz 1 auf große Unternehmen ausgeweitet, weil auch solche Unternehmen von digitalen Plattformen abhängig sein können. Fünftens wird in § 20 Absatz 1a ein kartellrechtlicher Anspruch auf Datenzugang in bestimmten Konstellationen geregelt, in denen dem Zugang zu Daten aus wettbewerblicher Sicht eine besondere Bedeutung zukommt. Sechstens wird in § 20 Absatz 3a ein neuer Eingriffstatbestand zur Verringerung der wettbewerblichen Probleme durch das sog. „Tipping“ von Märkten eingeführt“.

Im Einzelnen schlägt der RefE auf diesem Gebiet folgende Änderungen vor (S. 5 ff.):

„1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

a) Hinter § 19 wird folgender § 19a eingefügt:

„§ 19a Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ [...]

2. § 18 wird wie folgt geändert:

In Absatz 3 werden nach den Wörtern „seine Finanzkraft“ die Wörter „und sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ eingefügt.

Nach § 18 Absatz 3a wird folgender Absatz 3b eingefügt:

„(3b) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, ist insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen“.

3. In § 19 Absatz 1 werden die Wörter „Die missbräuchliche Ausnutzung“ durch die Wörter „Der Missbrauch“ ersetzt.

4. In § 19 Absatz 2 wird Nummer 4 wie folgt gefasst:

„4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit dieser Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und 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“.

5. Nach § 19 wird folgender § 19a eingefügt:

„§ 19a Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

(1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,
3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote;
2. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung auch ohne marktbeherrschend zu sein schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, sofern die Behinderung geeignet wäre, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen;
3. durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes, auf einem anderen Markt Marktzutrittschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen;
4. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;
5. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren.

Dies gilt nicht, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt insoweit dem betreffenden Unternehmen. § 32 Absatz 2 und 3, § 32a und § 32b gelten entsprechend. Die Verfügung nach Absatz 2 kann mit der Feststellung nach Absatz 1 verbunden werden.

(3) §§ 19 und 20 bleiben unberührt“.

6. § 20 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden die Wörter „kleine oder mittlere“ gestrichen und es werden nach den Wörtern „nicht bestehen“ die Wörter „und die Abhängigkeit wegen eines deutlichen Ungleichgewichts nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird“ eingefügt.

bb) Nach Satz 1 wird folgender Satz 2 eingefügt:

„§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig sind, soweit 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“.

cc) Der bisherige Satz 2 wird zu Satz 3.

b) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

„(1a) Eine Abhängigkeit im Sinne des Absatzes 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist“.

c) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:

„(3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen 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“.

B. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E – Datenbestände als Essential Facility

I. Ausgangspunkt

Die Essential-Facilities-Regelung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB wurde im Rahmen der 6. Novelle 1998 in das GWB eingeführt (damals § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB). Die Regierungsbegründung zur 6. GWB-Novelle betonte, insbesondere mit Blick auf die einschlägige EU-Praxis zu wesentlichen Einrichtungen,

„daß der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen ein allgemeines Problem darstellt, das entsprechend dem generellen Ansatz des Artikels 86 EG-Vertrag auch im deutschen Kartellrecht einer möglichst einheitlichen Lösung zugeführt werden sollte [...] Mit der generellen Regelung in § 19 Abs. 4 Nr. 4 wird einer weiteren Sektoralisierung des Kartellrechts entgegengewirkt. Außerdem steht damit ein Auffangtatbestand zur Verfügung, der dann eingreift, wenn künftig - wie vorgesehen - die sektorspezifische Regulierung im Bereich der Telekommunikation vom Gesetzgeber wieder aufgehoben wird. Mit dem zusätzlichen Beispielstatbestand wird der wettbewerbspolitische Grundsatz, Pioniergewinne als Innovationsanreiz zu akzeptieren, nicht in Frage gestellt. Dies gilt insbesondere für geistiges Eigentum“.⁸

Der aktuelle Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist stark auf Netze (z.B. Bahn, Energie, Telekommunikation) und andere physische Infrastruktureinrichtungen ausgerichtet:

„4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist;“

Trotzdem wurde die Norm schon in der bisherigen Praxis auch darüberhinausgehend auf Plattformen, z.B. Fahrplanauskunftssysteme⁹ und Kartenvorverkaufsnetze¹⁰ angewendet.¹¹

Dass auch Daten bzw. genauer: Datenbestände eine wesentliche Einrichtung (*essential facility*) sein können, ist bereits auf der Basis des geltenden Rechts im Grundsatz anerkannt; allerdings wurde ganz überwiegend betont, dass gerade die umfassenden Bestände an weder exklusiven noch rivalen Nutzerdaten großer Internetunternehmen wie Google oder Facebook regelmäßig keine „wesentlichen Einrichtungen“ seien.¹² In ihren Entscheidungen zum Zusammenschluss *Google/DoubleClick* haben sowohl EU-Kommission als auch US-FTC zu Recht hervorgehoben, dass in dem großen Datenbestand der neuen Einheit keine „essential facility“ zu sehen sei, weil die für einen wirksamen Wettbewerb notwendigen Daten den Wettbewerbern aus verschiedenen Quellen (sei es durch eigene Erhebung, sei es durch Zukauf) ebenfalls zur Verfügung stünden.¹³ Im jüngeren Beschluss *Facebook/WhatsApp* unterstrich die Kommission ebenfalls, dass es zahlreiche andere Datenquellen und datenreiche Unternehmen gebe.¹⁴ Zu Recht,

⁸ BT-Drucks. 13/9720, S. 36 f.

⁹ KG, 26. 6. 2003, Az. 2 U 20/02 Kart, WuW/E DE-R 1321 – *Gera-Rostock*.

¹⁰ OLG Hamburg, 19. 6. 2002, Az. 5 U 28/02, WuW/E DE-R 1076 – *Online-Ticketshop*.

¹¹ S. ausführlich und m.w.N. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 296 ff.

¹² Vgl. z. B. *Körber*, NZKart 2016, 303, 308 f. m.w.N.

¹³ KOMM., 11.3.2008, M.4731 – *Google/DoubleClick*, Tz. 364 ff.; FTC, 11. 12. 2007, File No. 071-0170 – *Google/DoubleClick*, S. 12.

¹⁴ KOMM. 3. 10. 2014, M.7217 Tz. 184 – *Facebook/WhatsApp*.

denn gerade in Bezug auf die für die Internetökonomie relevanten Nutzer- und Nutzungsdaten handelt es sich in der Tat in aller Regel weder um exklusive noch um rivale Daten. Solche Daten werden auch nicht etwa allein dadurch zu einer wesentlichen Einrichtung, dass ein Unternehmen über besonders viele Daten verfügt. Die pauschale Annahme „Mehr Daten = mehr Macht“ ist eine Milchmädchenrechnung, die aus der Laienperspektive auf den ersten Blick eingängig ist, aber einer genaueren Analyse nicht standhält.¹⁵ Entscheidend ist insoweit vielmehr umgekehrt, dass es den Wettbewerbern nicht möglich ist, diese Daten in einem für den wirksamen Wettbewerb objektiv notwendigen Umfang (d.h. die mindestoptimale Datenmenge) selbst zu erheben oder zu erwerben. Dies kann z. B. bei exklusiven Maschinendaten im Internet of Things-Kontext (IoT) oder für Patientendaten im Gesundheitsbereich problematisch sein, während Nutzer- und Nutzungsdaten, die der Dienst- und Werbeoptimierung von Publikumsdiensten im Internet dienen, nach wie vor nicht knapp sind, sondern aus zahlreichen Quellen gewonnen oder erworben werden können, ganz abgesehen davon, dass es für die Wettbewerbsfähigkeit letztlich weniger um die Daten als solche als um die daraus erlangten wettbewerbsrelevanten Informationen geht, die möglicherweise in vergleichbarer Qualität aus unterschiedlichen Datensätzen erlangt werden können.

II. Kritische Analyse des Referentenentwurfs

1. Die Begründung des RefE zur Änderung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB betont, der bisherige Tatbestand von Nr. 4 sei „geprägt vom engen Verständnis einer missbräuchlichen Zugangsverweigerung insbesondere bei physischer Infrastruktur“.¹⁶ Das ist bezogen auf den Wortlaut korrekt, obgleich schon die Begründung der 6. GWB-Novelle unterstrichen hatte, dass die Norm einen breiten, sektorübergreifenden Anwendungsbereich haben sollte und die Norm, wie oben gezeigt wurde, auch außerhalb physischer Netze angewendet wurde. Eine Klarstellung erscheint insoweit auch deshalb sinnvoll, weil die wesentlichen physischen Netze in Deutschland sondergesetzlich in ERegG (früher: AEG), EnWG und TKG reguliert sind.

Der RefE schlägt vor, § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB wie folgt neu zu fassen:

„4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit dieser Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihm Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und 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“.

Die Begründung zum RefE betont, diese Neufassung solle

„mit ihrer offeneren Formulierung klarstellen, dass auch eine **Verweigerung des Zugangs zu Plattformen oder Schnittstellen** missbräuchlich sein kann, ebenso die Verweigerung der Lizenzierung von **Immateriälgüterrechten** [...] Die Neufassung soll darüber hinaus klarstellen, dass insbesondere auch die Verweigerung des Zugangs zu **Daten** den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen kann“.¹⁷

Ferner und vor allem soll die Neufassung „der Weiterentwicklung der Praxis der Europäischen Kommission [...] Rechnung tragen und den **Tatbestand der europäischen Rechtsentwicklung angleichen**“¹⁸ und es seien entsprechend der europäischen Praxis „auch bei der sachlichen

¹⁵ Dazu ausführlich *Körber*, NZKart 2016, 303 ff. und 348 ff. sowie aktualisiert in englischer Sprache <http://ssrn.com/abstract=3112232> (29. 1. 2018).

¹⁶ BegrRefE, S. 74.

¹⁷ BegrRefE, S. 74. (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹⁸ BegrRefE, S. 74. (Hervorhebung durch den Verfasser).

Rechtfertigung umfassend die Interessen des Inhabers und des Zugangspetenten sowie die Anreizwirkungen gegeneinander abzuwägen“.¹⁹

Die europäische Rechtsprechung zur Essential Facilities-Doktrin (EFD) betraf bisher eher immaterielle „Einrichtungen“, namentlich Urheberrechte (*Magill*,²⁰ *IMS Health*²¹), Schnittstellenprotokolle (*Microsoft*²²) und Vertriebssysteme (*Bronner*²³).

Die europäische Praxis zeigt allerdings zugleich die engen Grenzen auf, in welchen die EFD auch und gerade in Bezug auf immaterielle wesentliche Einrichtungen ausnahmsweise Zugangsrechte einräumt. Der Europäische Gerichtshof hat insoweit stets unterstrichen, dass Wettbewerbern im Grundsatz kein Zugang zu eigenen Einrichtungen gewährt werden muss und dass ein solcher Zugang nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ in Betracht kommt.²⁴ Diese Zurückhaltung hat ihren Grund darin, dass die EFD einen Eingriff in die Eigentums- und Vertragsfreiheit des Inhabers der Einrichtung darstellt und dem kartellrechtlichen Grundsatz widerspricht, dass niemand gezwungen werden sollte, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern.²⁵ Vor diesem Hintergrund hat der Gerichtshof in einer Zugangsverweigerung nur dann einen Missbrauch i.S.d. Art. 102 AEUV gesehen, wenn diese Weigerung *erstens* geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen, weil der Zugang für den Marktzutritt unverzichtbar ist, wenn die Zugangsverweigerung *zweitens* nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist und (soweit es sich um den Zugang zu einem Immaterialgüterrecht handelt) wenn die Weigerung *drittens* das Auftreten eines neuen Produkts verhindert.²⁶ Diese Kriterien müssen nach der europäischen Praxis kumulativ vorliegen.

Der neue Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E folgt ausweislich der Begründung zum RefE den Kriterien, welche die EU-Kommission in ihrer Prioritätenmitteilung (2009)²⁷ und in der Entscheidung *ARA Foreclosure* (2016)²⁸ aufgestellt hat.

In Tz. 81 der Prioritätenmitteilung der EU-Kommission (2009) heißt es dazu:

„Die Kommission wird diese Praktiken vorrangig prüfen, wenn alle folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- die Lieferverweigerung betrifft ein Produkt bzw. eine Dienstleistung, das bzw. die objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können,
- die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den wirksamen Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschalten, und
- die Lieferverweigerung wird wahrscheinlich den Verbrauchern schaden“.

¹⁹ BegrRefE, S. 74.

²⁰ EuGH, 6. 4. 1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 – *RTE und ITP* (auch: *Magill*).

²¹ EuGH, 29. 4. 2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – *IMS Health*.

²² EuG, 17. 9. 2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 – *Microsoft*.

²³ EuGH, 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 – *Bronner*.

²⁴ Z. B. EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 Rn. 34 ff. – *IMS Health*.

²⁵ Z. B. BGH, 11. 11. 2008, Az. KVR 17/08, NJW 2009, 1753, Rn. 24 – *Bau und Hobby*: „Niemand ist verpflichtet, zu seinen Lasten fremden Wettbewerb zu fördern“; BGH, 12. 11. 1991, Az. KZR 2/90, NJW 1992, 1827, 1828 – *Aktionsbeträge*.

²⁶ EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 Rn.36 ff. – *IMS Health*.

²⁷ Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009, C 45/7 (im Folgenden: Prioritätenmitteilung).

²⁸ KOMM. 20.9.2016, Fall AT.39759 – *ARA Foreclosure*.

Im Beschluss *ARA Foreclosure* (2016) formuliert die Kommission in Tz. 76 unter Verweis auf Rn. 41 der *Bronner*-Entscheidung des EuGH:

“According to settled case law, in order for refusal to grant access to an infrastructure which is indispensable for market entry to be considered to be abusive, it is sufficient if the following conditions are met:

- (1) the refusal relates to a product or service which is indispensable in order to enter into effective competition in a market;
- (2) the refusal is likely to lead to the elimination of competition in the affected market; and
- (3) the refusal cannot be objectively justified and is not counterbalanced by efficiency gains“.

2. Gegen die Ziele einer inhaltlichen Klarstellung und einer Harmonisierung mit dem EU-Recht ist nichts einzuwenden. Hinsichtlich der Umsetzung dieser Ziele durch den RefE besteht allerdings noch ein gewisses Optimierungspotential.

a) Dass § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E auch Immaterialgüterrechte erfassen soll, folgt nur aus der Begründung des RefE. Hier wäre eine Klarstellung im Gesetzestext sinnvoll, weil der Zugang zu Immaterialgüterrechten nach bisher vorherrschender Meinung nicht von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, sondern nur von der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB erfasst wird.²⁹

b) § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E spricht vor dem Hintergrund der Harmonisierung mit der EU-Praxis im Einklang mit der (älteren) Prioritätenmitteilung (2009) von der „objektiven Notwendigkeit“ des Zugangs bzw. der Belieferung für die Marktteilnahme. In ihrer neueren Entscheidung *ARA Foreclosure* (2016) spricht die Kommission von „Unverzichtbarkeit“. Der Begriff der Unverzichtbarkeit ist nicht nur neuer, sondern auch klarer und erscheint daher vorzugswürdig.

c) Im Vergleich zum europäischen EFD-Kriterienkatalog fällt ferner auf, dass § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E das Kriterium des „Verbraucherschadens“ bzw. der „efficiency gains“ ebenso wenig erwähnt wie das vom Gerichtshof in Bezug auf Zwangslizenzen zu Immaterialgüterrechten aufgestellte Kriterium eines „neuen Produkts“. Die Kommission hat das Kriterium des neuen Produkts in Tz. 87 ihrer Prioritätenmitteilung mit dem Aspekt der Verbraucherwohlfahrt verbunden. Dort heißt es:

„Die Kommission geht davon aus, dass dem Verbraucher unter anderem dann ein Schaden entstehen kann, wenn die Lieferverweigerung die Wettbewerber, die das marktbeherrschende Unternehmen von Markt auszuschließen versucht, daran hindert, innovative Produkte oder Dienstleistungen zu vermarkten, und/oder Anschlussinnovationen unterbinden könnte. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn sich das die Lieferung nachfragende Unternehmen nicht im Wesentlichen darauf beschränken will, Erzeugnisse oder Dienstleistungen zu duplizieren, die von dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt bereits angeboten werden, sondern **beabsichtigt, neue oder verbesserte Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, für die eine potenzielle Verbrauchernachfrage besteht, oder wahrscheinlich zur technischen Entwicklung beiträgt**“.³⁰

Dass der Zugangspetent ein vollkommen neues Produkt anbieten will, ist also nach Auffassung der Kommission nicht unbedingt erforderlich.³¹ Aber es muss – auch und gerade, wenn es um

²⁹ Vgl. z.B. auch *Wirtz* bei *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 608.

³⁰ Hervorhebungen durch den Verfasser.

³¹ So auch EuG, 17. 9. 2007, Rs. T-201/04.ECLI:EU:T:2007:289 Rn. 643 ff. – *Microsoft*.

Immaterialgüter geht, sichergestellt werden, dass kartellrechtliche Zugangsansprüche nicht zum Innovationshindernis werden, indem das Kartellrecht bloßen Plagiatoren Zugangsrechte eingeräumt und damit die Innovationsanreize sowohl der Inhaber der Immaterialgüterrechte als auch der Zugangspetenten abgesenkt werden. Dahinter steht – abgesehen von dem Umstand, dass Immaterialgüterrechte unter gewöhnlichen Umständen typischerweise gerade ein Ausschließlichkeitsrecht gewähren und Zugangsansprüche Dritter ausschließen – der Gedanke, dass auf Märkten, in denen der Innovationswettbewerb eine große Rolle spielt, nur dann kartellrechtliche Zwangslizenzen gewährt werden sollten, wenn dies ausnahmsweise der Innovation förderlicher ist als die Gestattung der Zugangsverweigerung.³²

Bereits die Regierungsbegründung der 6. GWB-Novelle zum ursprünglichen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB 1998 hat in diesem Kontext zu Recht unterstrichen, dass „der wettbewerbspolitische Grundsatz, Pioniergewinne als Innovationsanreiz zu akzeptieren, nicht in Frage gestellt [wird]. Dies gilt insbesondere für geistiges Eigentum“.³³ Dieser, den Innovationswettbewerb unterstreichende Gedanke ist auch auf den Zugang zu Daten übertragbar. Sofern diese Daten – was regelmäßig der Fall ist – in Bezug auf ihre Sammlung oder Erzeugung das Resultat unternehmerischer Investitionen und Innovationen sind, besteht kein Anlass, sie anders als andere immaterielle Güter zu behandeln, auch wenn ein formelles „Dateneigentumsrecht“ *de lege lata* nicht existiert.³⁴

Eine ausdrückliche Aufnahme dieser auf Verbraucherwohlfahrt und Innovation bezogenen Abwägungskriterien in den Gesetzestext erscheint allerdings gleichwohl nicht erforderlich, da sie hinreichend durch die Praxis entwickelt und allgemein anerkannt sind. Der Grundsatz, Pioniergewinne als Innovationsanreiz zu akzeptieren, gilt uneingeschränkt fort. Ihn in der Gesetzesbegründung zur 10. Novelle zu wiederholen und klarzustellen, dass er auch für Daten gilt, wäre allerdings sinnvoll, da dieser Aspekt heute bisweilen nicht hinreichend gewürdigt wird.

3. Die EFD ist ihrem Charakter nach nicht auf die Schaffung allgemeiner Teilhaberechte gerichtet. Sie zielt (nur) auf die Offenhaltung benachbarter Märkte für wirksamen Wettbewerb seitens der Zugangspetenten und räumt Zugangsrechte nur ausnahmsweise dann ein, wenn ein Zugang bzw. eine Zwangslizenz unverzichtbar sind, um wirksamen Wettbewerb auf einem benachbarten Markt zu ermöglichen und zu erhalten und eine Monopolisierung dieses Marktes durch den Inhaber der EFD zu verhindern. Diese wettbewerbliche Zielsetzung kommt auch im durch den RefE vorgeschlagenen Normwortlaut zum Ausdruck („die Belieferung objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten *Markt* tätig zu sein und die Lieferverweigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem *Markt* auszuschalten droht“). Die Aufnahme des Zugangs zu Daten in den Text des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E ändert an dieser Zielsetzung und an den anderen allgemeinen Voraussetzungen der EFD nichts.³⁵ Im Gegenteil ist es das ausdrückliche Ziel des RefE, die deutsche EFD-Norm noch stärker als bisher mit dem EU-Kartellrecht zu harmonisieren, das Teilhaberechte zu Recht nur höchst ausnahmsweise „unter außergewöhnlichen Umständen“ und gegen eine angemessene Vergütung anerkennt.

4. Wesentlich problematischer als der vorgeschlagene Normtext erscheint vor diesem Hintergrund die Begründung des RefE zum neuen § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E. Dort heißt es mit Blick auf potentiell relevante Konstellationen:

„So sind etwa Konstellationen denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zugang über die Nutzungsdaten einer bestimmten Person oder Maschine kontrolliert und ein anderes Unternehmen, das Zusatzdienste für den Betreiber der

³² Dazu schon *Körber*, RIW 2004, 881, 889 ff.

³³ BT-Drucks. 13/9720, S. 36 f. (Hervorhebung durch den Verfasser).

³⁴ Tendenziell enger *Schweitzer*, GRUR 2019, 569, 577.

³⁵ So auch explizit BMWi-Studie, S. 138.

Maschine oder für den Nutzer eines Dienstes anbieten will, Zugang zu den individualisierten Nutzungsdaten benötigt, um seinen Dienst (Wartung, Reparatur oder innovatives komplementäres Angebot) an die Bedürfnisse des Nutzers anpassen zu können. In dieser Konstellation muss der Zugang zu individualisierten, automatisiert erzeugten Nutzungsdaten aber die datenschutzrechtlichen Anforderungen für die mit dem Zugang verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten, erfüllen, insbesondere bedarf des [sic] einer Rechtsgrundlage für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung. In einer anderen denkbaren Konstellation könnte ein Unternehmen Zugang zu den aggregierten Nutzungsdaten einer Vielzahl von Nutzern oder Maschinen begehren, etwa zur besseren Vorhersage von Störungen einer Maschine oder der Nutzerbedürfnisse.

Durch die Beibehaltung der Formulierung „gegen angemessenes Entgelt“ wird nicht ausgeschlossen, dass es Fälle geben kann, in denen - insbesondere beim Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten – eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt“.³⁶

Die beiden Beispiele geben verkürzt die im Bericht der Wettbewerbskommission 4.0 und im Sonderberater-Bericht beschriebenen „Szenarien 1 und 2“ für Fälle potentieller Datenzugangsszenarien wieder.³⁷ Insoweit ist zwar richtig, dass ein Datenzugang in den beschriebenen Szenarien für die Zugangspetenten von besonderem Interesse sein kann. Doch ist die Erwähnung dieser Beispiele gerade im Kontext der EFD missverständlich, weil deren Voraussetzungen deutlich enger sind, als die Beispiele es nahelegen. Die vom RefE aufgeführten Beispiele beschreiben in ihrer Weite gerade keine EFD-Fälle:

a) Im *ersten Beispielfall* („Zugang über die Nutzungsdaten einer spezifischen Person oder Maschine kontrolliert und ein anderes Unternehmen, das Zusatzdienste für den Betreiber der Maschine oder für den Nutzer eines Dienstes anbieten will“) geht es dem Wortlaut nach gerade nicht um den Zugang zu einem Markt als solchem, sondern um den Zugang zu individuellen Daten. Sofern man nicht die These vertritt, dass jeder einzelne Abnehmer sein eigener Markt ist (und daher alle Unternehmen Monopolisten sind, sobald sie auch nur einen einzigen Kunden gewinnen), handelt es sich also um ein Beispiel für eine Situation, welche die EFD gerade *nicht* erfasst. Wie bereits ausgeführt, begründet die EFD keine allgemeinen Teilhaberechte, sondern sichert den Zugang zu Märkten, deren Monopolisierung durch den EFD-Inhaber droht. Darauf, dass die bloße Aufnahme von „Daten“ in den Text der EFD-Regelung insoweit zu keiner Ausweitung des Anwendungsbereichs der EFD führen kann, weist auch die BMWi-Studie zu Recht hin.³⁸

Die Frage, wem die Daten einer individuellen Person oder über eine bestimmte Maschine zustehen, wird im Kontext der Debatte über die Zuordnung kommerzieller Datennutzungsrechte („Dateneigentum“) und über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutz) geführt. Die Verweigerung der Preisgabe der Daten einzelner Kunden oder in Bezug auf einzelne Maschinen würde die für die Anwendung der EFD zu Recht hohen Anforderungen erst dann erfüllen, wenn ein einzelnes datenreiches Unternehmen die Daten *so vieler* Personen oder Maschinen kontrolliert, dass die Zugangsverweigerung es in der Summe für Newcomer, die komplementäre Dienste oder Produkte auf einem abgeleiteten Markt anbieten wollen, unmöglich macht, auf einem solchen Markt Fuß zu fassen oder im Wettbewerb zu bestehen. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn ein Unternehmen die Daten *einer* bestimmten Maschine oder Person in irgendeiner Weise „kontrolliert“, sondern allenfalls dann, wenn es sich *erstens* um eine *exklusive* Kontrolle handelt, es also für die Wettbewerber keinen anderen Weg gibt, an diese Daten zu kommen, und *zweitens* und vor allem nur dann, wenn dieser exklusive Zugriff auf Maschinen- oder

³⁶ BegrRefE, S. 75.

³⁷ S. dazu Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 37.; Sonderberater-Bericht, S. 75 f.

³⁸ BMWi-Studie, S. 139 ff.

Personendaten *so viele* Maschinen oder Personen betrifft, dass daraus ein *Marktzutritts*hindernis erwächst, das wirksamen Wettbewerb auf einem benachbarten Markt ausschließt, weil die Zugangsverweigerung es dem Zugangspetenten in Ermangelung von Alternativen unmöglich macht, die dafür erforderliche mindestoptimale Datenmenge bzw. die darin enthaltenen wettbewerbsrelevanten Informationen zu erlangen. Das wiederum setzt – wie auch der Sonderberater-Bericht unterstreicht – mindestens voraus, dass der Datenbesitzer auch auf dem vor- oder nachgelagerten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt,³⁹ während es in einem normalen EFD-Fall ausreichen kann, dass der Inhaber der Einrichtung diese kontrolliert (und damit den Zugangsmarkt beherrscht).⁴⁰ Solange es hinreichend viele andere Menschen oder Maschinen gibt, deren Daten für Wettbewerber verfügbar sind, wenn also die Wettbewerber durchaus auf einem nachgelagerten Markt (z.B. für Wartungsdienste) Fuß fassen können, liegt kein Fall der EFD vor, weil der Marktzugang möglich bleibt.

b) Der *zweite Beispielfall* („begehrt ein Unternehmen Zugang zu den aggregierten Nutzungsdaten einer Vielzahl von Nutzern oder Maschinen, etwa zur besseren Vorhersage von Störungen einer Maschine oder der Nutzerbedürfnisse“) ist ebenfalls nicht ohne weiteres ein Anwendungsfall der EFD. Der Gerichtshof hat in seiner *Bronner*-Rechtsprechung ausdrücklich betont, dass die EFD nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ zum Zuge kommen darf, wenn für den Zugang zu dem vor- oder nachgelagerten Markt keine – *auch keine weniger günstigen* – Alternativen bestehen, durch welche der Zugangspetent sich allein oder in Kooperation mit anderen einem Zutritt zu dem vor- oder nachgelagerten Markt eröffnen kann.⁴¹ Mit anderen Worten: Dass ein Wettbewerber anstrebt, durch den Zugang zu den „aggregierten Nutzungsdaten einer Vielzahl von Nutzern oder Maschinen“ seine eigenen Leistungen lediglich „zu verbessern“, dass sie also für den Zugangspetenten nützlich wären, reicht für sich genommen für die Begründung eines Zugangsanspruchs nicht aus.

Der Zugang zu den aggregierten Nutzerdaten muss vielmehr *erstens* unverzichtbar für wirksamen Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt sein. Das ist nur dann der Fall, wenn Daten von dafür hinreichender Qualität nicht auch auf anderen Wegen, z.B. durch Kooperation mit anderen „datenarmen“ Wettbewerbern oder Dritten generiert oder beschafft werden können. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, ist der Zugang zu den aggregierten Daten möglicherweise nützlich, aber nicht im Sinne des neuen Gesetzeswortlauts „objektiv notwendig [...], um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein“ und die Lieferverweigerung droht auch nicht „den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten“. Dementsprechend betont die Wettbewerbskommission, in Szenario 2 komme eine Verpflichtung zum Datenzugang nur in Betracht, wenn Wettbewerb auf dem Primär- oder Sekundärmarkt „nur noch“ gewährleistet werden könne, indem die Kunden eine Möglichkeit zur Portierung ihrer Daten erhielten.⁴² Die Kommission hat in ihrer Fusionskontrollpraxis bisher aber stets betont, dass gerade in Bezug auf Nutzer- und Nutzungsdaten von Internetplattformen keine solche Knappheitssituation bestehe.⁴³

Zweitens müssen die anderen Datenquellen nach *Bronner* zwar vergleichbar nützlich in dem Sinne sein, dass sie wirksamen Wettbewerb erlauben, aber sie müssen nicht notwendig genauso gut sein, wie die Daten, zu denen Zugang begehrt wird.

³⁹ Sonderberater-Bericht, S. 102.

⁴⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 28.6.2005, Az. KVR 27/04 – *Arealnetz* („Im Rahmen des § 19 IV Nr. 4 GWB ist es zumindest ausreichend, wenn nicht erforderlich, dass die beherrschende Stellung auf dem Markt für die Mitbenutzung der Infrastruktureinrichtung besteht“).

⁴¹ EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 LS 2 und Tz. 43 f. – *Bronner*; ebenso OLG Hamburg, 19. 6. 2002, Az. 5 U 28/02, WuW/E DE-R 1076 – *Online-Ticketshop*.

⁴² Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 38.

⁴³ S. z. B. KOMM., 11. 3. 2008, M.4731 Tz. 364 ff. – *Google/DoubleClick*; KOMM., 3. 10. 2014, M.7217 Tz. 187 f. – *Facebook/WhatsApp*; KOMM., 6. 9. 2018, M.8788 Tz. 317 ff. – *Apple/Shazam*.

Drittens ist auch hier relevant, dass die EFD nur wirksamen Wettbewerb mit dem Datenbesitzer ermöglichen will, falls die Daten eine EFD sind. Dass die Daten ganz allgemein „nützlich“ sein könnten, um die Produkte des Zugangspetenten auf irgendeinem beliebigen Markt zu verbessern, reicht gerade nicht aus.

c) Missverständlich ist schließlich auch der letzte Satz der Begründung des RefE zur Entgeltlichkeit des Zugangs. Dort heißt es:

„Durch die Beibehaltung der Formulierung „gegen angemessenes Entgelt“ wird nicht ausgeschlossen, dass es Fälle geben kann, in denen - insbesondere beim Zugang zu Daten – eine unentgeltliche Zugangsgewährung in Betracht kommt“.⁴⁴

- Falls damit gemeint sein sollte, dass die Normadressaten in den gesetzlichen Grenzen (etwa des Diskriminierungsverbots) unentgeltlich Zugang zu ihren Daten gewähren *dürfen* (ohne jede Gegenleistung oder auch durch reziproke Nutzung der jeweiligen Datenbestände oder kostenfreie Kreuzlizenzen) drückt die Begründung nur eine Selbstverständlichkeit aus und ist überflüssig.
- Falls damit aber gemeint sein sollte, dass es auch Fälle geben könnte, in denen Zugang zu Daten gegen den Willen ihres Inhabers unentgeltlich gewährt werden *muss*,⁴⁵ steht dies nicht nur im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut, sondern auch in potentiellem Konflikt zu den Grundrechten der betroffenen Datenbesitzer aus Art. 2, 12 und ggf. 14 GG, da ein Zugangszwang ohne angemessenen Ausgleich letztlich auf einen entschädigungslosen Eingriff in diese Rechte hinausliefe. Dies gilt nicht nur für den Zugang zu Netzen und Immaterialgüterrechten, sondern auch für den Zugang zu Daten. Der Umstand, dass es *de lege lata* kein „Dateneigentumsrecht“ gibt, bedeutet nicht, dass Daten, die auf der Basis unternehmerischer Investitionen im Rahmen des geltenden Rechts erhoben und verarbeitet wurden, verfassungsrechtlich schutzlos wären.⁴⁶ Im Gegenteil ist ein solcher Schutz auch hier erforderlich, um Investitionen in datenbezogene Innovationen anzureizen und abzusichern. Anders als bei einem Eingriff in Immaterialgüterrechte durch die EFD reduziert die Rechtsordnung zudem nicht nur eine Rechtsposition, die sie dem Datenbesitzer zuvor *selbst* eingeräumt hat, sondern greift durch Anwendung der EFD in eine faktisch vom Datenbesitzer geschaffene Exklusivität ein. Dass die Begründung zum RefE noch nicht einmal ein Beispiel für einen Fall gibt, in dem eine unentgeltliche Zugangsgewährung „insbesondere bei Daten“ in Betracht kommt, erscheint insoweit besonders unbefriedigend und ist der Rechtssicherheit abträglich.

Insoweit ist in Erinnerung zu rufen, dass Ausgangspunkt der EFD der Befund ist, dass der EFD-Inhaber die Früchte seiner unternehmerischen Leistungen grundsätzlich *nicht* teilen muss. Wird er aber zum Schutz des Wettbewerbs „unter außergewöhnlichen Umständen“ dazu gezwungen, muss auch hier der Grundsatz aus der Begründung der 6. GWB-Novelle zur EFD gelten, dass „der wettbewerbspolitische Grundsatz, Pioniergewinne als Innovationsanreiz zu akzeptieren, nicht in Frage gestellt [wird].⁴⁷ Wird der (verdiente) Wettbewerbsvorteil aus der vormals alleinigen Nutzung der EFD reduziert, muss dies jedenfalls finanziell kompensiert werden. Dies

⁴⁴ BegrRefE, S. 75.

⁴⁵ In diese Richtung (wenn auch unsicher) *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 607: „Ein angemessenes Entgelt kann dabei wohl auch „Null“ sein“.

⁴⁶ Dies gilt nicht nur für aus den Rohdaten erhobene Erkenntnisse (*inferred data*), in Bezug auf welche ein Zugangsanspruch ganz überwiegend zu Recht abgelehnt wird, sondern auch für freiwillig zur Verfügung gestellte (*volunteered data*) und beobachtete Daten (*observed data*), die ebenfalls regelmäßig als Früchte unternehmerischer Investitionen erlangt werden. In Bezug auf letztere (zu Unrecht) zweifelnd *BMW-Studie*, S. 139; *Schweitzer*, GRUR 2019, 569, 577.

⁴⁷ BT-Drucks. 13/9720, S. 36 f. (Hervorhebung durch den Verfasser).

entspricht auch der Praxis zur EFD, in der soweit ersichtlich noch nie ein Zugang oder eine Zwangslizenz ohne angemessene Entschädigung angeordnet wurde.

III. Abschließende Bewertung und Empfehlungen

1. Die Klarstellung des Wortlauts des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E dahingehend, dass auch Plattformen, Immaterialgüterrechte oder Daten im Grundsatz „wesentliche Einrichtungen“ sein können, ist als solche nicht zu beanstanden. Eine Ergänzung des Wortlauts ist insoweit zwar nicht zwingend erforderlich,⁴⁸ aber im Grundsatz unbedenklich. Gleiches gilt für die zu begrüßende Harmonisierung mit dem EU-Recht.

2. Es wäre insoweit allerdings klarer, mit Blick auf die Angewiesenheit auf den Zugang mit der jüngeren Praxis der EU-Kommission von „unverzichtbar“ statt von „objektiv notwendig“ zu sprechen.

3. Im Vergleich zum derzeitigen Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB fällt ferner auf, dass der neue Text es nicht mehr (wie der derzeitige) als Ziel des Zugangspetenten normiert, „auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden“, sondern nur noch „auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein“. Dadurch wird der Wortlaut der deutschen Norm der insoweit knapperen Formulierung der EU-Praxis angepasst. Da die EFD (auch nach der EU-Praxis) im Kern danach strebt, Wettbewerb mit dem Inhaber der wesentlichen Einrichtung auf solchen benachbarten Märkten zu ermöglichen und die Monopolisierung benachbarter Märkte durch Zugangsverweigerung zu vermeiden, ist mit der Verkürzung des Normwortlauts keine Änderung in der Sache verbunden.

Gleichwohl wäre es sinnvoll, den klarstellenden Zusatz „als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens“ in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E beizubehalten, gerade weil nunmehr explizit auch Daten als Zugangsobjekte in den Wortlaut der deutschen Regelung aufgenommen werden sollen.

Bei traditionellen wesentlichen Einrichtungen, von welchen auch die EU-Praxis handelt (etwa einem Netz oder einem essentiellen Immaterialgüterrecht), ergibt sich nämlich bereits aus der Natur der Einrichtung, um welche vor- oder nachgelagerten Märkte es geht (z.B. um den Markt für Eisenbahndienste, welche das Schienennetz nutzen oder um den Markt für Geräte, in welchen die patentierte technische Lehre verkörpert ist). Bei Daten ist dieser Bezug zwischen EFD und abgeleitetem Markt weniger klar, weil Daten eine Relevanz in Bezug auf eine potentiell unbegrenzte Vielzahl von Nutzungsszenarien und abgeleiteten Märkten haben können.⁴⁹ Die neue, verkürzte Formulierung könnte daher dahingehend missverstanden werden, dass es ausreiche, dass ein Zugangspetent die Daten des „Datenbesitzers“ benötigt, um auf (irgend)einem anderen Markt (auf dem der Datenbesitzer selbst gar nicht tätig ist) aktiv zu werden. Das würde dem bewusst engen Grundansatz der EFD widersprechen.⁵⁰

Daher erscheint es vorzugswürdig, das Merkmal „als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens“ aus der derzeitigen Gesetzesfassung gerade deshalb beizubehalten, weil der Wortlaut der deutschen EFD-Norm auch hinsichtlich der Reichweite (durch die explizite Erwähnung von Daten) weiter ist als die Formulierung des EU-Tests. Mindestens aber sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass Zugangsansprüche zu Daten, die Zwecken

⁴⁸ So auch BMWi-Studie, S. 138.

⁴⁹ So auch *Schweitzer* GRUR 2019, 569, 577.

⁵⁰ Anders als bei anderen Einrichtung ließe sich bei Daten auch kaum kontrollieren, ob diese tatsächlich nur für den Wettbewerb auf dem benachbarten Markt genutzt werden, was weitere Probleme aufwirft.

dienen, die mit dem Produkt oder Dienst des Datenbesitzers nicht unmittelbar zusammenhängen, wie bisher, nicht aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB abgeleitet werden können.⁵¹

4. Im Einklang mit § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E erscheint es ferner sinnvoll, auch bei § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E von „wettbewerbsrelevanten Daten“ zu sprechen.

5. Angesichts der großen Vielfalt unterschiedlicher Arten und Verwendungszwecke von Daten sind Daten – wie gerade ausgeführt wurde – ein im Kontext der EFD eher atypisches Zugangsobjekt. Aus Gründen systematischer Stringenz erscheint es daher vorzugswürdig, zunächst die typischen EFD-Zugangsobjekte (Netze und Infrastruktureinrichtungen) und erst dann Daten als eher atypisches Zugangsobjekt zu nennen.

6. Der vorgeschlagene Gesetzestext des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E bringt die angestrebten Klarstellungen mithin zwar im Grundsatz zum Ausdruck, könnte aber noch optimiert werden. Aus Gründen der Klarheit erscheint folgende Formulierung vorzugswürdig:

„4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit dieser Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihnen Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen, Immaterialgüterrechten oder wettbewerbsrelevanten Daten zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs unverzichtbar ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn die Lieferverweigerung ist sachlich gerechtfertigt“.

7. Besonders wichtig erscheint, dass die Begründung zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E überprüft und korrigiert wird, da sie in ihrer derzeitigen Fassung eher geeignet ist, Missverständnisse über die Reichweite des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E zu erzeugen als dessen Anwendungsbereich zu verdeutlichen. Die beschriebenen Beispiele passen nicht zur EFD und der Hinweis „insbesondere bei Daten“ komme ein unentgeltlicher Zugang in Betracht, stiftet ebenfalls Verwirrung, da kein solcher Fall beschrieben wird, Ansprüche auf der Basis der EFD bisher stets gegen ein angemessenes Entgelt angeordnet wurden und auch kein Szenario ersichtlich ist, in dem ein unvergüteter Datenzugang in Zukunft rechtmäßig auf der Basis der EFD angeordnet werden könnte.

⁵¹ Auch der Sonderberater-Bericht betont, dass Zugangsansprüche zu Daten, die Zwecken dienen, die mit dem Produkt oder Dienst des Datenbesitzers nicht unmittelbar zusammenhängen (Szenario 3) problematisch seien und daher allenfalls aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage etabliert werden sollten (S. 98); ebenso *Schweitzer*, GRUR 2019, 569, 579.

C. § 20 Abs. 1a GWB-E – Datenzugang bei relativer Marktmacht

I. Ausgangspunkt

Während die Aufnahme von „Daten“ in den EFD-Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E letztlich nur eine Klarstellung beabsichtigt, handelt es sich bei dem in § 20 Abs. 1a GWB-E normierten Datenzugangsrecht um eine echte Neuerung im nationalen Alleingang, da eine vergleichbare Regelung auf EU-Ebene nicht existiert.

Nationale Vorschriften der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht dürfen nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 strenger sein als die EU-Vorschriften, so dass eine Absenkung der Eingriffsschwelle unter das Erfordernis der Marktbeherrschung i.S.d. Art. 102 AEUV grundsätzlich zulässig ist.

Allerdings darf das deutsche Recht nicht dem europäischen Ordnungsrahmen zuwiderlaufen. Grenzen können insoweit sowohl durch EU-Primärrecht (etwa durch Art. 101 AEUV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003, sofern § 20 GWB im vertraglichen Kontext angewendet werden soll) als auch durch EU-Sekundärrecht (etwa durch die DSGVO) gesetzt sein.

§ 20 Abs. 1a GWB-E steht im Zusammenhang mit dem Verbot des Missbrauchs relativer Marktmacht, das in Deutschland eine vergleichsweise lange Tradition hat und für welches die Praxis eine Reihe von Fallgruppen entwickelt hat, in denen die Abhängigkeit eines Unternehmens von einem anderen anzunehmen ist. Ist dies der Fall, kommt das – im Verhältnis zum abhängigen Unternehmen – *relativ* marktstarke Unternehmen als Verbotsadressat des § 20 Abs. 1 GWB in Betracht, auch wenn es über keine marktbeherrschende Stellung i.S.d. §§ 18, 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV verfügt.⁵²

Die Einfügung des neuen Abs. 1a in § 20 GWB ist im Zusammenhang mit weiteren durch die 10. GWB-Novelle beabsichtigten Änderungen des § 20 Abs. 1 zu lesen:

- Durch Streichung des KMU-Bezugs (also des Schutzes nur kleiner und mittlerer Unternehmen) in § 20 Abs. 1 S. 1 GWB-E soll *einerseits* in Zukunft (wieder⁵³) auch die Annahme einer Abhängigkeit großer von kleinen Unternehmen möglich sein. Dies gilt allerdings nur, wenn „die Abhängigkeit wegen eines deutlichen Ungleichgewichts nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird“. Diese Änderung gilt explizit für alle Wirtschaftsbereiche und nicht nur für die digitale Wirtschaft, wie die Begründung zum RefE betont.⁵⁴
- *Andererseits* soll ein neuer § 20 Abs. 1 S. 2 GWB-E unterstreichen, dass sich eine Abhängigkeit i.S.d. S. 1 auch aus der „Intermediationsmacht“ von Unternehmen ergeben kann, d.h. aus der Macht, den Zugang dritter Unternehmen zu Absatz und Beschaffungsmärkten zu beeinflussen (vgl. auch § 18 Abs. 3b GWB-E).

⁵² Dazu im Detail *Markert* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, § 20 Rn. 28 ff.; BMWi-Studie, S. 51 ff.

⁵³ Die Beschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen wurde erst mit der 5. GWB-Novelle 1990 in den damaligen § 26 Abs. 2 GWB (heute § 20 Abs. 1 GWB) eingefügt, s. dazu *Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 20 GWB Rn. 4; BegrRefE, S. 78.

⁵⁴ BegrRefE, S. 81.

II. Kritische Analyse des Referentenentwurfs

1. Der RefE schlägt für die neue Regelung folgenden Wortlaut vor:

„(1a) Eine Abhängigkeit im Sinne des Absatzes 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist“.

§ 20 Abs. 1a GWB-E fügt dem § 20 Abs. 1 GWB damit *erstens* in S. 1 die Angewiesenheit auf den Zugang zu Daten als weiteres „neues“ Abhängigkeitskriterium hinzu und normiert *zweitens* in seinem S. 2 auch einen neuen Missbrauchstatbestand der Datenzugangsverweigerung, der insoweit eine Besonderheit darstellt, als er auch die Verweigerung der erstmaligen Eröffnung des Geschäftsverkehrs für diese Daten umfassen soll, also einen Tatbestand, der bisher aus guten Gründen nur unter den engen Voraussetzungen der EFD als möglicher Missbrauchsfall anerkannt ist. In Bezug auf Datenzugangsrechte unterhalb der Schwelle der EFD fehlt bisher eine entsprechende Fallpraxis.

2. Vor diesem Hintergrund und angesichts des sehr vagen Wortlauts der Norm, gewinnt die Gesetzesbegründung besondere faktische Relevanz. Die durch § 20 Abs. 1a GWB-E eröffneten Datenzugangsrechte könnten ausweislich der Begründung des RefE (nicht nur hinsichtlich der potentiellen Adressaten) deutlich über Datenzugangsansprüche nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E hinausreichen.

3. Die Begründung reklamiert zunächst in allgemeiner Weise, dass § 20 Abs. 1a GWB-E der Umsetzung einer Empfehlung der BMWi-Studie diene. Nach deren Feststellungen könne der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten in der digitalen Ökonomie über Innovations- und Wettbewerbschancen entscheiden.⁵⁵ Die BMWi-Studie betont insoweit:

„Konstellationen, in denen ein Drittanbieter Zugang zu auf spezifische Produkte oder Dienste bezogene Daten benötigt, um Mehrwertdienste anzubieten, können auf der Grundlage von Art. 102 AEUV/§§ 18, 19 GWB oder von § 20 Abs. 1 GWB bewältigt werden, wobei die Rechtsprechung des BGH zu derartigen Zugangsansprüchen tendenziell großzügig erscheint“.⁵⁶

Im Grundsatz erklärt die Studie damit das bestehende Recht für ausreichend.

Im Ausschluss daran, werden dann allerdings besondere Konstellationen vorgestellt, in denen möglicherweise Lücken bestehen könnten. Dies erfolgt freilich nicht auf der Basis empirisch belegter Erkenntnisse, sondern nur auf der Basis theoretischer Überlegungen. Dabei differenziert die BMWi-Studie (wie auch der Bericht der Wettbewerbskommission 4.0 und der Sonderberater-Bericht) zwischen unterschiedlichen Szenarien.

- Die BMWi-Studie weist zunächst zu Recht darauf hin, dass die Zeit angesichts der potentiellen Vielfalt von relevanten Verwendungszwecken von Daten und betroffenen Märkten noch nicht reif für die Gewährleistung breiter Datenzugangsansprüche zu großen Datensets, etwa für Zwecke des KI-Trainings sei (d.h. in Bezug auf Daten, welche nicht der Schaffung oder Verbesserung von Diensten dienen, die auf einem

⁵⁵ BegrRefE, S. 83.

⁵⁶ BMWi-Studie, S. 151.

abgeleiteten Markt mit den Diensten des Datenbesitzers konkurrieren oder komplementär zu diesen sind). Die Studie empfiehlt insoweit lediglich ein weiteres Nachdenken.⁵⁷

- Dann wendet sich die BMWi-Studie der Gewährleistung des Zugangs zu Daten in „Lock-In-Konstellationen“ zu und betont, dass insbesondere in Fällen unternehmensbedingter Abhängigkeit schon nach geltendem Recht Zugangsrechte in Betracht kämen. Die Studie versäumt es auch nicht, darauf hinzuweisen, dass hierbei eine Begrenzung des Kreises der unmittelbar Zugriffsberechtigten auf die an der Datengenerierung Beteiligten sinnvoll sei, weil auf diese Weise zugleich größere Anreize zur Investition in die Datensammlung bestehen blieben.⁵⁸ Hier ist z. B. an die Angewiesenheit auf bestimmte Daten zwecks Reparatur bestimmter Maschinen auf dem nachgelagerten Markt für Reparaturdienstleistungen gedacht. Typisch für solche „Aftermarket-Fälle“ ist, dass zwischen Datenbesitzer und Zugangspetent bereits eine Vertragsbeziehung besteht, aufgrund derer der Zugangspetent (ähnlich einer unternehmensbedingten Abhängigkeit) gerade von den Daten des Datenbesitzer relativ abhängig (und insoweit „locked-in“) ist, selbst wenn der Datenbesitzer über keine absolut marktbeherrschende Stellung verfügt und daher die Voraussetzungen der EFD nicht vorliegen.⁵⁹
- Schließlich richtet die BMWi-Studie ihren Blick auf den „Datenzugang eines Drittanbieters, für dessen substantielle Wertschöpfung der Zugang zu Nutzungsdaten bezogene auf bestimmte Produkte oder Dienste unerlässlich ist“. In diesem Kontext nimmt die Studie explizit Bezug auf die grundsätzliche Rechtsprechung des BGH zu der schon im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB großzügig anerkannten Fallgruppe der „unternehmensbedingten Abhängigkeit“. Diese Rechtsprechung – so die Studie – sei bisher anhand von Fallkonstellationen entwickelt worden, in denen es um den Zugang zu einem „üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr“ gegangen sei. Es seien aber auch Konstellationen denkbar, in denen noch kein „üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr“ für einen Datenzugang bestehe, weil die Daten noch nie geteilt wurden. Insoweit identifiziert die Studie eine mögliche Lücke für Fälle, in denen ein Geschäftsverkehr für die unverzichtbaren Daten bislang nicht eröffnet ist und schlägt vor, klarzustellen, dass eine Datenzugangsverweigerung in einem solchen Fall nach § 20 Abs. 1 GWB (wie in EFD-Fällen) auch gegenüber dem ersten Zugangspetenten missbräuchlich sein könne.⁶⁰

Die Frage, ob diese (lediglich vermuteten, aber nicht empirisch belegten) „Lücken“ nicht ebenso für andere Ressourcen bestehen und ob bzw. warum eine Sonderregelung gerade für Daten getroffen werden soll, wird von der BMWi-Studie weder untersucht noch beantwortet, da der Studie zugrunde liegende Forschungsauftrag des BMWi auf die digitale Datenwirtschaft beschränkt war.

In der Summe hat die Studie damit aufgrund theoretischer Erwägungen zwei potentielle Problemfälle identifiziert:

- *erstens* Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken, bei denen ein Vertragspartner von dem Zugang zu den Daten des anderen abhängig und regelmäßig auch an deren Erzeugung beteiligt ist (lock-in), diesen Zugang aber gerade aufgrund seiner Abhängigkeit nicht aus eigener Kraft vertraglich durchsetzen kann; **diese**

⁵⁷ BMWi-Studie, S. 151 f.

⁵⁸ BMWi-Studie, S. 153 f.

⁵⁹ BMWi-Studie, S. 141 ff.

⁶⁰ BMWi-Studie, S. 155 f.

Fallgruppe sieht die BMWi-Studie als bereits durch § 20 Abs. 1 GWB erfasst an (Unterfall unternehmensbedingter Abhängigkeit);

- *zweitens* Drittkonstellationen, in denen eine vergleichbare Abhängigkeitssituation besteht, weil der Zugangspetent ein mit den Diensten des Datenbesitzers konkurrierendes oder dazu komplementäres Produkt herstellen möchte, in denen aber noch keine Vertragsbeziehungen zwischen Datenbesitzer und Zugangspetent besteht; hierzu folgt die Studie vorsichtig: „Dies könnte für eine Klarstellung des § 20 Abs. 1 GWB sprechen“, durch welche klargestellt werde, dass eine missbräuchliche Zugangsverweigerung (wie im Anwendungsbereich der EFD) keinen bereits vorher bestehenden Geschäftsverkehr hinsichtlich der Daten voraussetzt.⁶¹

Die zu Recht große Vorsicht und Zurückhaltung der BMWi-Studie in diesem Kontext hat ihren Grund *einerseits* in den potentiell innovationshemmenden Wirkungen zu weitreichender Datenzugangsrechte,⁶² *andererseits* sicher aber auch darin, dass es bisher, soweit ersichtlich, in der ökonomischen Realität keine „gap cases“ gibt, in denen Datenzugangsansprüche in einer solchen Situation relevant geworden wären oder in denen sich gesetzliche Schutzlücken gezeigt hätten. Es handelt sich bisher also um eine rein hypothetische Betrachtung.

Auch hat die Studie keine Gesetzeslücke identifiziert, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung über die Frage des Datenzugangs bei Fehlen eines insoweit bestehenden Geschäftsverkehrs *noch* nicht entschieden hat. Dieser Befund deutet darauf hin, dass diese Frage bisher schlicht keine praktische Relevanz hatte. Hier erscheint es sinnvoller, einfach die Rechtsprechung entscheiden zu lassen, falls dieser Fall in Zukunft doch einmal relevant werden sollte. Es gibt keinen Grund dafür, an einer sachgerechten Lösung durch die Rechtsprechung zu zweifeln. Ihr dies nicht zuzutrauen und deshalb vorgreifend durch eine Gesetzesänderung zu entscheiden, erscheint insbesondere dann nicht als sinnvoll, wenn – wie im Falle des § 20 Abs. 1a GWB-E – durch die getroffene Regelung zwar eine punktuelle, bisher rein hypothetische Rechtsfrage geklärt, dadurch aber an anderen Stellen neue Rechtsunsicherheit geschaffen wird, weil die Regelung (jedenfalls in der durch die Begründung vorgeschlagenen Auslegung) große Interpretationsspielräume lässt.

4. Mit § 20 Abs. 1a GWB-E nach der Begründung des RefE

„dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Recht auf Zugang zu Daten zumindest in spezifischen Konstellationen sinnvoll sein kann, sofern und soweit die Vorteile einer mehrfachen Nutzung der betreffenden Daten die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung über diese Daten überwiegen“.⁶³

Diese Feststellung ist nicht grundsätzlich falsch, aber gleichwohl im kartellrechtlichen Kontext missverständlich und bedarf dringend der Klarstellung. *Erstens* gewährt § 20 GWB (wie auch § 19 GWB) kein allgemeines Teilhaberecht an Daten aufgrund bloßer Nützlichkeitsabwägungen, sondern verfolgt das Ziel, wirksamen Wettbewerb auf abgeleiteten Märkten zu ermöglichen oder zu erhalten. *Zweitens* sollte klargestellt werden, dass bei der anzustellenden Abwägung nicht nur die kurzfristigen *individuellen* Vor- und Nachteile von Datenbesitzer und Zugangspetent relevant sind, sondern auch und vor allem die gesamtwirtschaftlichen Vor- und Nachteile mit Blick auf Wettbewerb, Innovation und Verbraucherwohlfahrt. Sind personenbezogene Daten oder Geschäftsgeheimnisse involviert, müssen zudem natürlich auch die Interessen der insoweit Betroffenen einbezogen werden.

⁶¹ BMWi-Studie, S. 156.

⁶² Vgl. etwa BMWi-Studie, S. 139, 154.

⁶³ BEgrRefE, S. 80.

5. Zudem stellt sich die Frage, welche „spezifischen Konstellationen“ insoweit relevant sein sollen. Die Begründung zum RefE hebt als solche Konstellationen unter Berufung auf die BMWi-Studie insbesondere „Vertragsverhältnisse innerhalb von Wertschöpfungsnetzwerken“ hervor, unter denen die Studie auf S. 156 „*die oft komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen in Aftermarkt- und IoT-Kontexten [...], in denen oft vielfältige Leistungen von unterschiedlichen Service-Anbietern angeboten werden*“ verstehe. Die Studie verweise zwar darauf, dass diese Verhältnisse grundsätzlich vertraglich geregelt würden und daher eher Gegenstand des Vertrags- und AGB-Recht seien. Allerdings, so die Begründung weiter, könne sich die Situation anders darstellen,

„wenn **zwischen den Vertragspartnern ein relevantes Ungleichgewicht** der Markt- bzw. Verhandlungsmacht besteht. Unter diesen Umständen ist es denkbar, dass das marktmächtigere Unternehmen die unter seiner Kontrolle entstehenden Daten nur für sich nutzt und dem Vertragspartner kein (vertragliches) Zugangsrecht einräumt. Auf solche Konstellationen einer ungleichen Verteilung von Markt- bzw. Verhandlungsmacht zielt die neue Regelung des Datenzugangs ab“.⁶⁴

Die neue Regelung knüpfe dabei an § 20 Abs. 1 GWB an, weil dort bereits eine Regelung zur Erfassung von Ungleichgewichtslagen innerhalb einer Anbieter-Nachfrager-Beziehung getroffen und in der Anwendungspraxis etabliert worden sei. Damit sei insbesondere ein Rückgriff auf die bisherige Rechtsprechung zu § 20 Absatz 1 möglich.⁶⁵

Bis zu diesem Punkt erscheint die Begründung des RefE grundsätzlich einleuchtend. Es kann durchaus vorkommen, dass Unternehmen bei der Generierung von Daten (in aller Regel auf vertraglicher Basis) zusammenwirken, dass die Regelungen zur Datennutzung aber einseitig zulasten des schwächeren Vertragspartners ausgestaltet werden und dass sich dies im konkreten Fall als unbillig erweist. Diese Konstellation wird allerdings bereits durch das geltende Recht erfasst (und zwar sowohl durch Vertrags- und AGB-Recht und § 1 GWB als auch durch §§ 19 bzw. 20 GWB), worauf auch die BMWi-Studie hinweist.

6. Eine maßvolle und vorsichtige Klarstellung wäre gleichwohl denkbar. Eine solche Begrenzung kommt jedoch im Wortlaut des § 20 Abs. 1 a S. 2 GWB-E nicht zum Ausdruck und ist nach der Begründung zu dieser Norm auch explizit nicht intendiert. Dort heißt es im Gegenteil:

„Im Übrigen ist die **Regelung bewusst offen gehalten**, um auch neuartige, aber von der Interessenlage und der ökonomischen Bewertung vergleichbare Konstellationen zu erfassen“.⁶⁶

Die möglicherweise investitions- und innovationshemmenden Wirkungen zu weit reichender Datenzugangsrechte werden seitens der Begründung ebenso wenig thematisiert wie die Überlegung der BMWi-Studie, diese negativen Effekte durch eine Begrenzung des Kreises der Zugangsberechtigten auf die an der Datengenerierung Beteiligten abzumildern. Die *bewusst* vage Formulierung des § 20 Abs. 1a GWB-E schafft vielmehr ein großes Maß an Rechtsunsicherheit, ohne dass dem Vorschlag des RefE ein auch nur im Ansatz durch empirische Nachweise unterlegtes Marktversagen oder die Feststellung konkreter kartellrechtlicher „*gap cases*“ zugrunde liegen würden. Diese intendierte Weite und Unbestimmtheit ist auch deshalb problematisch, weil § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E unmittelbar anwendbar wäre und damit Grundlage privater Rechtsdurchsetzung sein könnte. Dies dürfte für den Bereich der Datenwirtschaft, der von großen Unsicherheiten und einem fortbestehendem Forschungsbedarf gekennzeichnet ist, der Innovation abträglich sein, wie auch die BMWi-Studie zu Recht befürchtet hat.

⁶⁴ BegrRefE, S. 83 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁶⁵ BegrRefE, S. 83.

⁶⁶ BegrRefE, S. 83 (Hervorhebung durch den Verfasser).

7. Die Unternehmen scheuen in der Praxis vor Kooperationen in Bezug auf Daten primär deshalb zurück, weil rechtliche Unsicherheiten, etwa hinsichtlich Datenschutz, Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder kartellrechtliche Grenzen des Informationsaustausches bestehen und weil es an technischen Standards für den Datenaustausch mangelt. Eine Verletzung der vielfältigen Normen, die bei einem Datenaustausch zu beachten sind, könnte zu einer Haftung, aber auch zur Unwirksamkeit vertraglicher Bindungen (z. B. nach § 134 oder § 307 BGB) führen. Verlässliche vertragliche Bindungen sind aber angesichts des Fehlens eines Dateneigentumsrechts gerade in Bezug auf Datennutzungsrechte unverzichtbar, um wirtschaftliche Interessen der Datenbesitzer in Bezug auf die freiwillig preisgegebenen Daten rechtssicher zu schützen.

Mit anderen Worten: Der wichtigste Grund für ein mögliches Marktversagen ist in der ökonomischen Realität nicht der Mangel an gesetzlichen Datenzugangsrechten, sondern gerade die bestehende Rechtsunsicherheit, zu der auch die derzeitige, teils unkoordinierte Regulierungsflut auf allen erdenklichen Rechtsgebieten, einschließlich weiter und unklarer Kartellrechtsregelungen, beiträgt. Neue, möglichst weit formulierte Datenzugangsregelungen zu schaffen und dadurch diese Rechtssicherheit noch zu verstärken, bedeutet vor diesem Hintergrund Öl ins Feuer zu gießen statt es zu löschen.⁶⁷ Solche Regelungen sind daher insbesondere auch kein taugliches Feld für kartellrechtliche „Experimentierklauseln“.

8. Dass die Begründung zum RefE beschwichtigend betont, der Datenbesitzer müsse grundsätzlich nur Zugriff auf bereits vorliegende Daten gewähren und nicht auch noch (auf einen entsprechenden Wunsch des Zugangspetenten hin) weitere Daten für diesen erheben,⁶⁸ drückt nur eine Selbstverständlichkeit aus und mindert das Problem der Rechtsunsicherheit nicht ab. Dies gilt umso mehr als der Zugangsanspruch umgekehrt auch solche Daten umfassen soll, die erst zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder von personenbezogenen Daten bereinigt werden müssen.

9. Die Begründung zum RefE betont weiter, es sei Zurückhaltung (gegenüber der Annahme der Unbilligkeit einer Datenzugangsverweigerung)

„auch in Konstellationen geboten, in denen **unabhängig von einem geleisteten Wertschöpfungsbeitrag und ohne ein bestehendes Vertragsverhältnis** der Zugang zu Daten begehrt wird; in diesen Konstellationen kann sich ggf. die Frage eines Zugangs nach § 19 Absatz 2 Nummer 4 stellen. Im Übrigen wird die weitere Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs indes bewusst der Anwendungspraxis und Rechtsprechung überlassen“.⁶⁹

a) Diese Formulierung lässt Raum für Interpretationen. Für eine enge Interpretation in dem Sinne, dass damit gemeint ist, dass diese Konstellationen *nicht* von § 20 Abs. 1a GWB-E erfasst werden sollen, spricht eine Stellungnahme von *Steinberg* (BMWi) und *Wirtz*:

„§ 20 Abs. 1a RefE führt einen spezifischen Datenzugangsanspruch (im Einklang mit Datenschutzrecht) **innerhalb bestehender Vertragsbeziehungen** bei Vorliegen von relativer Marktmacht (Abhängigkeit aufgrund einer deutlichen Asymmetrie der Machtverhältnisse zwischen Anbieter und Nachfrager) ein“.⁷⁰

⁶⁷ Das gilt natürlich erst recht für weit formulierte Rechtsgrundlagen für die Einschränkung legaler Datennutzungsrechte wie § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-E.

⁶⁸ BegrRefE, S. 83.

⁶⁹ BegrRefE, S. 83 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁷⁰ *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 607 (Hervorhebung durch den Verfasser).

Dieser engen Sichtweite ist zuzustimmen. Man könnte die gegenwärtige Formulierung der Begründung des RefE an dieser Stelle aber auch weit als bloße Aufforderung an Behörden, Gerichte und Privatkläger verstehen, die Norm auf solche Konstellationen zurückhaltend anzuwenden. Ein solches Petitum dürfte allenfalls bei den Kartellbehörden Gehör finden, aber kaum private Kläger zur Mäßigung anhalten, zumal sowohl der Kreis der potentiell Zugangsberechtigten („auf Daten angewiesenes Unternehmen“) als auch der Gegenstand des Zugangsbegehrens („Daten“) ausgesprochen weit und vage bleibt.

Daher sollte unbedingt klargestellt werden, dass in Bezug auf Konstellationen, in denen unabhängig von einem geleisteten Wertschöpfungsbeitrag und ohne ein bestehendes Vertragsverhältnis der Zugang zu Daten begehrt wird, nicht nur (irgendwie) Zurückhaltung geboten ist, sondern dass § 20 Abs. 1a GWB-E auf solche Konstellationen nicht anwendbar ist.

b) Eine solche Begrenzung ist auch in der Sache geboten. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Kontext, dass die BMWi-Studie insbesondere in Bezug auf Drittkonstellationen ganz bewusst differenziert hat:

- Während sie für bestimmte „komplexe Multi-Stakeholder-Konstellationen in Aftermarkt- und IoT-Kontexten“ in der Tat Drittzugangsrechte in Erwägung gezogen hatte,
- hatte die Studie eine Schaffung solcher Zugangsrechte für andere Drittkonstellationen jedenfalls für den gegenwärtigen Zeitpunkt abgelehnt.

Die BMWi-Studie weist in diesem Kontext zu Recht darauf hin, dass die Zeit angesichts der potentiellen Vielfalt von relevanten Verwendungszwecken und Märkten noch nicht reif für die Gewährleistung breiter Datenzugangsansprüche zu großen Datensets, z. B. für Zweck des KI-Trainings sei, und empfiehlt insoweit lediglich ein weiteres Nachdenken.⁷¹

Eine Erweiterung schlägt die BMWi-Studie lediglich sehr begrenzt für die im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB anerkannte Fallgruppe der unternehmensbedingten Abhängigkeit vor. Sie bezieht sich insoweit auf die BGH-Entscheidung „Porsche-Tuning“.⁷² In dieser Entscheidung hatte der BGH entschieden, dass eine unternehmensbedingte Abhängigkeit auch in Betracht kommt, wenn ein Unternehmen seinen Geschäftsbetrieb freiwillig in eine solche Abhängigkeit geführt habe (hier: Abhängigkeit von der Belieferung mit Original-Ersatzteilen durch die exklusive Ausrichtung des Betriebs auf das Tuning von Porsche-Pkw). Eine solche selbstgewählte Abhängigkeit sei aber, so der BGH, *einerseits* im Rahmen der Billigkeitsprüfung zugunsten des Verbotsadressaten zu berücksichtigen.⁷³ *Andererseits* behandelte dieser Fall weder die Abhängigkeit von Daten, noch ging es um eine erstmalige Belieferung, sondern vielmehr um den Abbruch bisheriger Lieferbeziehungen. Die BMWi-Studie erkennt diese Abweichungen an, zieht es aber in Erwägung, unter bestimmten engen Voraussetzungen originäre Datenzugangsansprüche zu gewähren:

„Dies könnte für eine Klarstellung in § 20 Abs. 1 GWB sprechen, dass eine Abhängigkeit sich auch daraus ergeben kann, dass ein Unternehmen für eine substanzielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk auf den Zugriff zu automatisiert erzeugten Maschinen- bzw. Dienstenutzungsdaten angewiesen ist, die exklusiv von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden, und dass eine Datenzugangsverweigerung eine unbillige Behinderung darstellen kann, auch wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet war.

⁷¹ BMWi-Studie, S. 151 f.

⁷² BMWi-Studie, S. 144 ff., 155 f.

⁷³ BGH, 6.10.2015, Az. KZR 87/13, NZKart 2015, 535 Rn. 54. – *Porsche Tuning*.

Mit dem Begriff des Wertschöpfungsnetzwerks sollen die oft komplexen Multi-Stakeholder-Konstellationen in Aftermarkt- und IoT-Kontexten erfasst werden, in denen oft vielfältige Leistungen von unterschiedlichen Service-Anbietern angeboten werden. Zu den ökonomischen Kriterien, die im Rahmen der für die Feststellung einer unbilligen Behinderung notwendigen Interessenabwägung herangezogen werden können, zählen die Frage, ob im konkreten Kontext Anreize für die Generierung oder auch die Speicherung und Pflege von Daten notwendig sind, ob andere Stakeholder an der Generierung der Daten beteiligt waren, für welche Zwecke die Anspruchsteller die Daten nutzen wollen und ob alternative Möglichkeiten des Datenzugangs oder der Leistungserbringung ohne unmittelbaren Datenzugang bestehen“.⁷⁴

Schon diese Passage der BMWi-Studie ist in Voraussetzungen und Konsequenzen reichlich unklar und macht einen unsicheren Eindruck. *Schweitzer*, eine maßgebliche Autorin der Studie, hat insoweit später deutlich gemacht, dass jedenfalls der Zugang zu Daten, mit deren Hilfe der Zugangspetent keinen Komplementärdienst zu den Produkten des Datenbesitzers (also etwa Wartungsleistungen an dessen Geräten) anbieten möchte, nicht erfasst sein sollte.⁷⁵

c) Die Begründung zum RefE lehnt demgegenüber das Erfordernis einer „substantiellen Wertschöpfung“ durch den Zugangspetenten ab:

„Die Ermöglichung einer substantiellen Wertschöpfung durch das abhängige Unternehmen sollte hingegen nicht in jedem Fall notwendigerweise erforderlich sein, damit die Geltendmachung des Zugangsanspruchs nicht eine (zu weitgehende) Offenlegung eines neuartigen Geschäftsmodells erforderlich macht. Zur Ermöglichung neuer Geschäftsmodelle ist auch unerheblich, ob der Normadressat selbst die von ihm kontrollierten Daten bereits nutzt“.⁷⁶

Der Sonderberater-Bericht hatte zu Recht betont, dass Zugangsansprüche zu Daten, die Zwecken dienen, die mit dem Produkt oder Dienst des Datenbesitzers nicht unmittelbar zusammenhängen (dort: Szenario 3) problematisch seien und daher allenfalls aufgrund einer anderen (außerkartellrechtlichen) Rechtsgrundlage etabliert werden sollten.⁷⁷ *Schweitzer* weist zu Recht darauf hin, dass in diesem Szenario selbst dann *kein* Zugangsanspruch aus einem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot folge, wenn es dem Zugangspetenten unmöglich sei, die Daten anderweitig zu beschaffen, weil selbst ein Marktbeherrscher nur eine besondere Verantwortung für den Restwettbewerb auf den beherrschten Märkten habe, ihn aber keine Pflicht treffe, jedwede fremde Geschäftsidee zu ermöglichen oder auch nur zu prüfen, ob die eigenen Daten für diese Tätigkeit wirklich unverzichtbar sind.⁷⁸ Das muss natürlich erst recht für ein Unternehmen mit nur relativer Marktmacht gelten. Ganz abgesehen davon, dass ein Zugangsanspruch hier dazu führen würde, dass der marktbeherrschende Datenbesitzer mit dem Zugangsbegehren quasi vorab über die Geschäftsabsichten und Innovationen anderer Unternehmen informiert würde, was auch mit Blick auf § 1 GWB und Art. 101 AEUV (Informationsaustausch) problematisch sein könnte.

Genau das letztgenannte Problem möchte der RefE augenscheinlich dadurch umschiffen, dass auf die Ermöglichung einer substantiellen Wertschöpfung und auf die (zur Prüfung dieses Kriteriums erforderliche) Offenlegung des angestrebten Geschäftsmodells verzichtet werden soll. Die Formulierung „nicht in jedem Fall notwendigerweise erforderlich“ bringt dabei eine gewisse Unsicherheit zum Ausdruck. Zu Recht, denn Wertschöpfung und Geschäftsmodell sind

⁷⁴ BMWi-Studie, S. 156.

⁷⁵ *Schweitzer*, GRUR 2019, 569, 579.

⁷⁶ BegrRefE, S. 81.

⁷⁷ Sonderberater-Bericht, S. 98.

⁷⁸ *Schweitzer*, GRUR 2019, 569, 579.

von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Billigkeit oder Unbilligkeit und damit letztlich für das Bestehen eines Datenzugangsrechts sind. Durch das neue Datenzugangsrecht nach § 20 Abs 1a S. 2 GWB-E soll ausweislich der Begründung zum RefE,

„dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Recht auf Zugang zu Daten zumindest in spezifischen Konstellationen sinnvoll sein kann, sofern und soweit die Vorteile einer mehrfachen Nutzung der betreffenden Daten die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung über diese Daten überwiegen“.⁷⁹

Das reicht über die EFD hinaus und würde, wenn man diesen Aspekt für die Auslegung des § 20 Abs. 1a S. 2 GWB heranzieht, relativ marktstarke Unternehmen möglicherweise strengeren Bindungen unterwerfen als EFD-Inhaber, weil ein Zugangsanspruch nach der EFD nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E nur in Betracht kommt, wenn er „objektiv notwendig“ (d.h. unverzichtbar) ist, während die Begründung des RefE nur von „sinnvoll“ spricht und eine bloße Nützlichkeitsabwägung anstellt. Dass ein Datenzugang „sinnvoll“ oder „nützlich“ ist, kann Ausgangspunkt für staatliche Anstrengungen sein, zum Teilen der Daten anzuregen oder andere Fördermaßnahmen zu initiieren, reicht aber *einerseits* grds. nicht aus, um einem Eingriff in die Rechte der Datenbesitzer zu legitimieren. Andererseits bleibt schleierhaft, wie das Überwiegen der Vorteile einer mehrfachen Nutzung von Daten beurteilt werden soll, ohne Kenntnis vom beabsichtigten Geschäftsmodell und von der angestrebten Wertschöpfung zu haben. Eine solche Abwägung erscheint schlicht nicht praktikabel. Mehr noch: Es ist auch im Ergebnis kaum denkbar, dass ein Datenzugang *keine* substantielle Wertschöpfung ermöglicht, aber trotzdem Vorteile erzeugt, welche die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung über diese Daten *überwiegen*.

Die Entscheidung über die Billigkeit oder Unbilligkeit der Datenzugangsverweigerung muss zudem nicht erst die Kartellbehörde treffen, deren Situation die Begründung des RefE offensichtlich primär im Auge hat. Sie muss auch (schon) durch jeden Datenbesitzer getroffen werden, der sich einem Zugangsbegehren ausgesetzt sieht, wenn er nicht Gefahr laufen will, aufgrund einer falschen Einschätzung erfolgreich auf Zugang und ggf. auf Schadensersatz verklagt zu werden. Ohne Informationen über den Verwendungszweck der Daten kann der Datenbesitzer die Entscheidung über die Legitimation des Zugangsbegehrens aber nicht sachgerecht treffen. Rechtssicherheit und Innovation könnten durch eine derart weite Regelung Schaden nehmen.

d) Hinzu kommt, dass der Datenbegriff überaus vielschichtig ist und dass es bei Daten häufig keinen Marktwert gibt. Es gibt sehr viele Arten und Qualitäten von Daten. Zudem sind Daten nicht als solche werthaltig. Entscheidend ist der *relative* Wert der in ihnen enthaltenen Informationen bzw. der aus ihnen extrahierbaren Erkenntnisse für das konkrete Geschäftsvorgaben. Z.B. sind Bonitätsdaten der Nutzer des Dienstes A für Zugangspetent B, der seine Dienste über Werbung finanzieren will, weitgehend irrelevant, für Zugangspetent C, der ein Kreditdienstleister ist, dagegen überaus wertvoll. Welche (Menge, Art und Qualität von) Daten ein anderes Unternehmen benötigt, welchen Wert die in ihnen enthaltenen Informationen im Verhältnis zwischen Datenbesitzer und Zugangspetent haben und welches Entgelt daher für den Datenzugang angemessen ist, hängt (anders als bei anderen Gütern) weniger von ihrer Menge als von den konkreten Parteien und der von ihnen mittels der Daten angestrebten Wertschöpfung ab. Nicht nur mindestoptimale Datenmenge, sondern auch welche Daten notwendig sind, ist je nach Anwendungsszenario auf dem nachgelagerten Markt unterschiedlich. Informationen über die angestrebte Wertschöpfung sind daher nicht nur für das „Ob“ des Datenzugangs, sondern auch für die Zugangsbedingungen („Wie“) unverzichtbar.

10. Ebenfalls missverständlich ist in diesem Kontext auch eine Aussage der Begründung zum RefE, nach welcher es für eine Unbilligkeit der Zugangsverweigerung sprechen kann, dass

⁷⁹ BegrRefE, S. 83.

dieser verweigert wird, obwohl „der Zugangspetent anbietet, für die dem marktmächtigen Unternehmen entstehenden Kosten (teilweise) aufzukommen“.⁸⁰

Insoweit sollte klargestellt werden, dass der Zugangspetent jedenfalls die Kosten der Zurverfügungstellung (einschließlich der Kosten für die Bereinigung der Daten um Geheimnisse und einer eventuellen Anonymisierung personenbezogener Daten) vollständig tragen muss. Dass der Zugangspetent die Tragung dieser Kosten anbietet, ist (wie im Rahmen der EFD) eine Selbstverständlichkeit, die nicht zu seinen Gunsten in die Waagschale fällt. Vielmehr rechtfertigt umgekehrt die Weigerung, diese Kosten zu tragen, grundsätzlich eine Zugangsverweigerung.

Eine bloße Kostenbeteiligung reicht allenfalls in Bezug auf die Kosten der vorausgehenden Erzeugung und Verarbeitung der Daten aus. Insoweit kann im Rahmen des § 20 Abs. 1a GWB-E nichts anderes gelten als bei § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB: Ein Zugang muss grundsätzlich nur gegen eine angemessene Entschädigung gewährt werden. Anderes kann in Bezug auf diese Kosten aber gelten, soweit der Zugangspetent selbst zur Erzeugung oder Verarbeitung der Daten beigetragen hat.

11. Schließlich darf (gerade auch im Kontext der mit dem Zugang verbundenen Kosten) nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Verpflichtung nach § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E nicht nur große Unternehmen, sondern potentiell jedes – große wie kleine – Unternehmen treffen kann, in Bezug auf welches ein anderes Unternehmen eine „Datenabhängigkeit“ behauptet, weil der Datenbesitzer in Bezug auf bestimmte Daten (z.B. als First Mover) die Fähigkeit hat, andere am wirksamen Wettbewerb zu hindern.

Den Problemen, die sich möglicherweise aus der vorgesehenen Streichung des KMU-Bezugs aus § 20 Abs. 1 GWB-E ergeben könnten, versucht der RefE im Rahmen des Abs. 1 die Spitze zu nehmen, indem ein Missbrauch i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB-E in Zukunft nur noch in Betracht kommen soll, wenn „die Abhängigkeit wegen eines deutlichen Ungleichgewichts nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird“. Eine solche Einschränkung zum Schutz schwächerer Datenbesitzer fehlt aber bei § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E, der seinem Wortlaut nach lediglich den Abhängigkeitsbegriff erweitert („Eine Abhängigkeit im Sinne von Absatz 1 kann sich auch daraus ergeben“), aber keine Rückausnahme zugunsten kleinerer Datenbesitzer enthält.

§ 20 Abs. 1a GWB-E ist insoweit für kleinere, datenreiche Unternehmen aufgrund seiner Unbestimmtheit noch gefährlicher als für große Unternehmen, weil kleinere Unternehmen oftmals weder über eigene rechtliche Expertise noch über die Mittel verfügen dürften, fachkundigen rechtlichen Rat in Bezug auf die vielfältigen relevanten Fragen des Kartellrechts, Datenschutzrechts usw. einzuholen. Diese Rechtsunsicherheit dürfte (wie auch bei anderen Datenzugangsrechten) bereits auf der Ebene der Finanzierungsentscheidung in Bezug auf Start Ups zu Abschreckungseffekten und damit zu Innovationshemmnissen führen, welche die deutsche Datenwirtschaft letztlich eher beschädigen als fördern. Die Begründung zum RefE beschränkt den Anspruch auf Datenzugang zwar grundsätzlich auf Daten, die beim Datenbesitzer selbst vorhanden sind und dem Zugangspetenten ohne unzumutbaren Aufwand zugänglich gemacht werden können.⁸¹ Aber auch insoweit dürfte die Unsicherheit über den Zumutbarkeitsmaßstab wiederum gerade kleinere Unternehmen belasten.

⁸⁰ BegrRefE, S. 84.

⁸¹ BegrRefE, S. 81.

III. Abschließende Bewertung und Empfehlungen

1. Der Missbrauchstatbestand in § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E schießt in seiner nach der Begründung zum RefE intendierten Weite über das Ziel hinaus. Eine sachgerechte Begrenzung dieses Datenzugangsanspruchs, insbesondere auch durch Klarstellung der teils zu weit gehenden oder missverständlichen Begründung, ist aus Gründen der Rechtssicherheit dringend erforderlich.

2. In diesem Kontext stellt sich (die die gesamte 10. GWB-Novelle) die grundsätzliche Frage, ob die Schaffung von Datenzugangsrechten, die über § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1 GWB hinausreichen, überhaupt sinnvoll ist.

a) Während § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1 GWB durch eine umfangreiche Praxis präzisiert wurden, bewegen sich darüber hinausgehende Datenzugangsrechte weitgehend in einer „terra incognita“, in Bezug auf welche ein Marktversagen bisher kaum erforscht, geschweige denn durch empirische Untersuchungen verifiziert worden ist. Die weitergehenden Vorschläge basieren bestenfalls auf theoretischen Überlegungen (Studien) und schlimmstenfalls auf einem diffusen Unbehagen gegenüber „den großen Datenunternehmen“.

Verfolgt man die aktuelle politische und teils auch wissenschaftliche Debatte, so gewinnt man den Eindruck, ein Mangel an Daten sei ein zentrales Hindernis für den Marktzutritt von kleineren Wettbewerbern und Start Up-Unternehmen. Das ist allerdings bisher reine Theorie.

- *Erstens* sind Daten zwar ein unbestreitbar wichtiger Faktor für viele Geschäftsmodelle. Doch basiert der Erfolg großer Datenunternehmen weder allein noch in erster Linie auf dem großen Datenpool, über den sie verfügen. Relevant für die Wettbewerbschancen sind auch eine Fülle anderer Faktoren, wie Rechnerkapazitäten, qualifiziertes Personal, die Adressierbarkeit einer breiten Nutzerbasis als solche und vor allem die Qualität der Geschäftsmodelle und der angebotenen Produkte bzw. Dienste. Der letzte Aspekt ist dabei entscheidend, denn ein gutes Produkt kann *einerseits* auch ohne einen großen Anfangsbestand an Daten zu einem Markterfolg führen, wie zahllose Beispiele aus der Praxis (z.B. WhatsApp, Snapchat und viele andere Dienste) zeigen. Genau deshalb konnte sich Facebook auch gegen MySpace und StudiVZ durchsetzen, obwohl es anfangs über deutlich weniger Daten verfügte (und auch keinen Zugang zu den Daten der damaligen Platzhirsche hatte). *Andererseits* blieb der Dienst Google+ im Wettbewerb mit Facebook erfolglos, obwohl Google über viel mehr Daten verfügt als Facebook.⁸²
- *Zweitens* ist die faktische Grundlage für die Vermutung, Datenmangel stelle ein wesentliches Hindernis oder sogar das wichtigste Hindernis für den Marktzutritt dar, ausgesprochen dünn. Empirisch belastbare Studien oder repräsentative Umfragen fehlen. Informelle Umfragen deuten darauf hin, dass in der ökonomischen Realität in Deutschland eher ein Mangel an qualifizierten IT-Fachkräften oder anderen Ressourcen (namentlich an Risikokapital) und – wie bereits oben ausgeführt wurde – rechtliche Unsicherheit über die Kooperation in Bezug auf Daten die wesentlichen Marktzutritts Hindernisse bilden. Statt eine Flut von neuen, möglichst weit formulierten Datenzugangsregelungen (oder sogar Datennutzungsverböten) zu schaffen und dadurch diese Rechtssicherheit noch zu verstärken, sollte der Gesetzgeber daher dazu beitragen, dass ein rechtssicherer Rahmen für die Kooperation in Bezug auf Daten geschaffen wird. Auf dieser Basis sollte dann zunächst beobachtet und wissenschaftlich untersucht

⁸² Nach Analyse der Kommission im Verfahren *Facebook/WhatsApp* hatte Google einen Anteil von 33 % an der Datensammlung im Internet, während Facebook nur auf 6,39 % kam. Über 60 % der Datensammlung entfiel auf weitere, kleinere Unternehmen, s. KOMM. Beschl. v. 3. 10. 2014, M.7217 Rn.188 – *Facebook/WhatsApp*.

werden, ob wirklich noch Bedarf für neue Datenzugangsrechte oder gar Datennutzungseinschränkungen jenseits der EFD besteht.

b) Der EuGH hat in seiner *Bronner*-Entscheidung ausdrücklich hervorgehoben, dass eine Zugangserzwingung auf der Basis des Art. 102 AEUV erst im Betracht komme, wenn es für die Zugangspetenten unmöglich sei, einen Marktzugang auf andere Weise allein *oder durch Kooperation mit Dritten* zu erlangen.⁸³ Der Gerichtshof hat damit den Vorrang der „Hilfe zur Selbsthilfe“ durch Kooperation betont. Solange eine solche möglich ist, ist eine kartellrechtliche Zugangserzwingung unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.

Dass Kooperationen auch in Bezug auf Daten möglich sind und erfolgreich sein können, wenn ein rechtsicherer Rahmen dafür besteht, zeigt die seit Jahrzehnten auf der Basis einer gesonderten Gruppenfreistellungsverordnung⁸⁴ (und heute weiter nach allgemeinen Regeln) praktizierte gemeinsame Statistikerarbeit der Versicherungsunternehmen, die insoweit als Vorbild dienen könnte.

Kooperationen können auch in anderen Bereichen sinnvoll sein. Die 10. GWB-Novelle strebt daher in § 32c GWB-E explizit die Erleichterung solcher Kooperationen an, wobei zu Recht keine sektorspezifische, sondern eine allgemeine Regelung getroffen werden soll. Die Novelle weist damit aber auch in Bezug auf die Datenwirtschaft den Weg für eine Lösung, die nicht nur verhältnismäßiger und innovationsfreundlicher ist als Datenzugangsrechte, sondern auch unionsfreundlicher. Auch die EU setzt nicht auf die Etablierung von Datenzugangsrechten oder gar Datennutzungsverboten, sondern im Gegenteil auf Deregulierung staatlicher Hindernisse, die einem grenzüberschreitenden Datenverkehr im Wege stehen und auf eine Erleichterung und Förderung freiwilliger Kooperation der Unternehmen:

- Die EU-Kommission hat 2018 in ihrer Mitteilung zum „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“ in Bezug auf Märkte für IoT-Objekte sowie für Produkte und Dienstleistungen, die auf von solchen Objekten erzeugten nicht personenbezogenen maschinengenerierten Daten beruhen, nicht auf erzwungene Zugangsrechte, sondern auf Transparenz und Kooperation gesetzt.⁸⁵
- In die gleiche Richtung weist die VO 2018/1807 über einen Rahmen für den freien Datenverkehr nicht-personenbezogener Daten, die auf den Abbau staatlicher Hindernisse und die Förderung freiwilliger Kooperation der Unternehmen zielt.⁸⁶
- Auch die P2B-VO 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten setzt auf „Hilfe zur Selbsthilfe“ durch Transparenz und verfolgt einen im Kern AGB-rechtlichen Ansatz.⁸⁷
- Bei personenbezogenen Daten ist eine gewisse (wenn auch unvollkommene) Abhilfe zudem bereits in Gestalt der Datenportabilität nach Art. 20 DSGVO geschaffen worden.

⁸³ EuGH, 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569 Rn. 44 ff. Dort führte der EuGH aus, dass ein Zugangsanspruch nach der EFD ausscheide, solange es möglich sei, allein oder in Kooperation mit anderen eine vergleichbare Einrichtung (hier also einen Datenpool) zu schaffen.

⁸⁴ Vgl. etwa *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2012. Einl VersVO Rn. 21 sowie Art. 3 VersVO 267/2010.

⁸⁵ COM(2018) 232 endg., S. 11.

⁸⁶ VO 2018/1807, ABl. 2018 L 303/59, insbes. Art. 6.

⁸⁷ VO 2019/1150, ABl. 2019 L 186/57.

c) Die Wettbewerbskommission 4.0 rät vor diesem Hintergrund von einer Ausweitung der nationalen Datenzugangsrechte im Kartellrecht als Instrument für die Ausgestaltung eventueller Datenzugangsrechte explizit ab.

- Sie empfiehlt stattdessen *erstens* zunächst eine sektorale Regelung des Datenzugangs, *wenn und soweit* dieser zwingend erforderlich ist; solche Regeln, so die Wettbewerbskommission 4.0, könnten dann zugleich als Experimentierfeld für verallgemeinerungsfähige Regeln gelten.⁸⁸ Bevor eine breitere allgemeine Regelung angestrebt werde, solle ein genaueres Verständnis verschiedener Interessenlagen und Sachverhalte gewonnen werden.⁸⁹ Im Einklang damit schlägt auch die BMWi-Studie jedenfalls in Bezug auf Szenario 2 eine regulatorische Lösung vor.⁹⁰
- Falls und soweit allgemeine (kartellrechtliche) Regeln sich nach dem Sammeln entsprechender Erfahrungen als erforderlich erweisen sollten, rät die Wettbewerbskommission 4.0 *zweitens* gleichwohl weiterhin von nationalen Alleingängen ab und empfiehlt stattdessen eine EU-weite Regelung im Rahmen einer „Plattform-Verordnung“.⁹¹ Beide Vorschläge leuchten unmittelbar ein.

d) Bei Einführung der EFD-Regelung mit der 6. GWB-Novelle hatte der Gesetzgeber noch betont, durch eine allgemeine Regelung (im Einklang mit der weitgehenden Abschaffung kartellrechtlicher Sonderbereiche) einer als falsch erkannten Sektoralisierung des Kartellrechts entgegenwirken zu wollen.⁹² Im Rahmen der 9. GWB-Novelle hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, Sonderregelungen für die digitale Wirtschaft einzuführen und stattdessen Formulierungen gewählt, die zwar für die Digitalwirtschaft von besonderer Bedeutung waren, aber eine allgemeine, darüber hinausreichende Geltung beanspruchten.⁹³ Die 10. GWB-Novelle geht nunmehr (leider) einen anderen Weg zurück zu einer seit über 20 Jahren als überwunden angesehenen Sektoralisierung des Kartellrechts.

3. In der Summe erscheint es vor diesem Hintergrund als sinnvollste Lösung, § 20 Abs. 1a GWB-E zu streichen. Für eine vage und potentiell sehr weitreichende, weitere Generalklausel besteht derzeit nicht nur kein Bedarf, weil alle denkbaren Probleme bereits durch Vertrags- und AGB-Recht sowie § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1 GWB bzw. durch § 1 GWB und Art. 101 AEUV erfasst werden. Eine solche Regelung wäre mit Blick auf die dadurch ausgelöste Rechtsunsicherheit sogar kontraproduktiv. Dies gilt umso mehr als *einerseits* keineswegs feststeht, dass die in Studien und Gesetzesbegründung beschriebenen *theoretischen* Probleme nur in Bezug auf Daten auftreten können und *andererseits* gerade die (sich noch in der Entwicklung befindliche) Datenwirtschaft ein besonders dynamischer und sensibler Bereich ist, in den nicht aufgrund bloßer Befürchtungen vonseiten des Staates eingegriffen werden sollte.

4. Die lediglich deklaratorische Regelung des § 20 Abs. 1a S. 1 GWB-E, welche betont, dass eine Abhängigkeit auch in Bezug auf Daten bestehen kann, ist letztlich überflüssig, da die wettbewerbliche Relevanz von Daten bereits in § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E klargestellt wird. Ein Hinweis darauf, dass eine Abhängigkeit im Sinne des Abs. 1 auch in Bezug auf Daten bestehen kann, in der Gesetzesbegründung würde für die angestrebte Klarstellung völlig ausreichen.

⁸⁸ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 25 f.; s. auch *Schweitzer*, GRUR 2019, 569, 571 f.

⁸⁹ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 37.

⁹⁰ BMWi-Studie, S. 136.

⁹¹ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 55.

⁹² S. RegBegr BT-Drucks. 13/9720, S. 36 f.

⁹³ Um dies klarzustellen wurde der Text des § 18 Abs. 3a GWB gegenüber dem RefE vom 1.7.2016 korrigiert (RefE: „Bei Vorliegen von mehrseitigen Märkten und von Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens zudem in besonderer Weise zu berücksichtigen“, final: „Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen“).

5. Falls der Gesetzgeber gleichwohl daran festhält, in Parallele zu § 20 Abs. 1 S. 2 GWB-E (Intermediationsmacht) eine datenbezogene Definitionsnorm einzufügen, sollte er jedenfalls eine Formulierung wählen, die in sich eindeutig ist, keine neuen Rechtsfragen aufwirft und insbesondere kleinere, datenreiche Unternehmen nicht übermäßig belastet. Daher sollte die Formulierung *erstens* um eine § 20 Abs. 1 GWB-E entsprechende Ergänzung zum Schutz kleinerer und mittlerer Datenbesitzer erweitert werden und *zweitens* im Einklang mit § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E von „wettbewerbsrelevanten Daten“ gesprochen werden. § 20 Abs. 1a S. 1 GWB-E könnte dann lauten:

„(1a) Eine Abhängigkeit im Sinne von Absatz 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden und die Abhängigkeit wegen eines deutlichen Ungleichgewichts nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird“.

6. Falls der Gesetzgeber trotz der beschriebenen Bedenken an dem Ziel festhält, mit § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E einen kartellrechtlichen Datenzugangsanspruch auf der Basis eines nationalen Alleingangs unterhalb der Schwelle der EFD zu etablieren, sollte angesichts der beschriebenen Unsicherheiten eine klarere Formulierung gewählt werden, die *einerseits* den Umstand berücksichtigt, dass bisher weder ein Marktversagen noch „gap cases“ existieren, es sich also nur um „mutmaßliche Lücken“ handelt und die *andererseits* der gerade in einem hochsensiblen und innovativen Feld wie der Datenwirtschaft erforderlichen Rechtssicherheit Rechnung trägt.

Dabei sollte die Erweiterung der Datenzugangsrechte sich jedenfalls in den durch die BMWi-Studie vorgeschlagenen Grenzen halten. Dieses Ziel ließe sich durch folgende Formulierung erreichen:

„(1a) [...] Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann in diesem Fall auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist und wenn das abhängige Unternehmen auf diese Daten für eine substantielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk angewiesen ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu sein“.

Dass dieser Regelungsvorschlag erst recht Fälle erfasst, in denen der Zugangspetent maßgeblich zur Generierung der Daten beigetragen hat, versteht sich von selbst, so dass es insoweit ausreicht, in der Gesetzesbegründung darauf hinzuweisen, dass der Beitrag des Zugangspetenten zur Generierung der Daten einen wichtigen Abwägungsposten im Rahmen der Bewertung der Billigkeit oder Unbilligkeit der Zugangsverweigerung darstellen kann.

Ein Verzicht auf eine solche Zugangsregelung und ein Vorgehen nach Maßgabe des Ratschlags der Wettbewerbskommission 4.0 wäre gleichwohl die bessere Lösung, da *einerseits* auch die vorgeschlagene Formulierung neue unbestimmte Rechtsbegriffe enthält und damit Rechtsunsicherheit erzeugt, während eine empirisch verifizierte Schutzlücke nicht existiert und da es sich *andererseits* auch nicht um ein rein deutsches Problem handelt.

7. Darüber hinaus bedarf auch die Gesetzesbegründung, die bisher deutlich über das Ziel hinausschießt bzw. jedenfalls in mehreren Punkten missverständlich ist, unbedingt einer Überarbeitung und Konkretisierung.

Dies gilt insbesondere, falls der Gesetzgeber an der derzeitigen knappen Formulierung des § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E festhält. Es muss in diesem Fall zumindest in der Begründung deutlich werden, dass durch die Formulierung „Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann

auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist“ lediglich auf das Kriterium eines bereits bestehenden Datengeschäftsverkehrs verzichtet wird, ohne die Reichweite des § 20 Abs. 1a GWB-E gegenüber § 20 Abs. 1 GWB im Übrigen auszudehnen.

In der Begründung sollte insoweit vor allem eindeutig betont werden, dass § 20 Abs. 1a GWB-E *nicht* auf Konstellationen anwendbar ist, in denen unabhängig von einem geleisteten Wertschöpfungsbeitrag und ohne ein bestehendes Vertragsverhältnis der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten begehrt wird (und das insoweit nicht nur „Zurückhaltung“ geboten ist). Eine solche Klarstellung ist gerade in Bezug auf Daten wichtig, weil diese (anders als andere Ressourcen) für eine potentiell unbegrenzte Zahl von Nutzungsszenarien und Märkten nützlich sein können, während § 20 GWB (wie § 19 GWB) gerade kein allgemeines Teilhaberecht an Daten auf der Basis bloßer Nützlichkeitsabwägungen gewährt, sondern nur das Ziel verfolgt, wirksamen Wettbewerb auf abgeleiteten Märkten zu ermöglichen oder zu erhalten.

Ferner muss insbesondere auch deutlicher werden, dass § 20 Abs. 1a GWB-E keinen Datenzugangsanspruch auch in Fällen gewährleistet, in denen der Zugangspetent weder mit dem Datenbesitzer konkurrierende noch zu diesem im Sinne der Aftermarket-Doktrin komplementäre Dienste anbieten möchte, sondern ganz einfach zum eigenen Vorteil die Ressourcen des Datenbesitzers „anzapfen“ möchte. Darüber, dass jedenfalls im letztgenannten Fall keine kartellrechtlichen Datenzugangsrechte etabliert werden sollten, sind sich zu Recht alle zitierten Studien einig, während aus der derzeitigen Begründung des RefE auch das Gegenteil herausgelesen werden könnte.

Bei der Frage, ob die Vorteile einer mehrfachen Nutzung der betreffenden Daten die Nachteile eines Verlustes der exklusiven Verfügung über diese Daten auch in Drittkonstellationen überwiegen, geht es nicht um den Schutz des Wettbewerbs. Dabei geht es vielmehr um die politische Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Datenteilungspflichten i.S.d. „Daten für alle“-Ansatzes auch *außerhalb des Kartellrechts* etabliert werden sollten. Über diese Frage sollte sinnvollerweise sektoral nach Feststellung eines Marktversagens entschieden werden, und diese Entscheidung sollte auf europäischer Ebene, am besten im Zusammenhang mit anderen datenrechtlichen Aspekten, und nicht im Wege eines nationalen, kartellrechtlichen Alleingangs getroffen werden. Einen Vorschlag zu einem solchen „ganzheitlichen“ Ansatz hat die Wettbewerbskommission 4.0 in Gestalt einer EU-Plattformverordnung gemacht.

D. § 20 Abs. 3a GWB-E – Behinderung durch Förderung eines Tipping

I. Ausgangspunkt

Durch § 20 Abs. 3 GWB werden Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht bestimmte Praktiken verboten. Wie § 20 Abs. 1 GWB erweitert auch Abs. 3 den Anwendungsbereich der Missbrauchsverbote über die in §§ 18, 19 GWB und Art. 102 AEUV geregelten Fälle des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung hinaus. § 20 Abs. 3 GWB löst sich also vom Erfordernis der Marktbeherrschung und setzt „eine Stufe vorher“ bei (nur) gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) überlegener Marktmacht an. Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 erlaubt im Grundsatz eine solche Absenkung der Eingriffsschwelle des nationalen Rechts unter die Schwelle der Marktbeherrschung i.S.d. Art. 102 AEUV.

Anders als § 20 Abs. 1 setzt Abs. 3 keine (relative) Abhängigkeit des konkreten von einem potentiellen Missbrauch betroffenen Schutzadressaten vom Normadressaten voraus, sondern dient dem Schutz kleinerer und mittlerer Wettbewerber und damit letztlich dem Schutz des Wettbewerbs auf einem noch nicht i.S.e. Marktbeherrschung vermachteten Markt. Der KMU-Bezug ist dem Abs. 3 daher wesensimmanent und soll zu Recht (anders als bei Abs. 1) auch nach der 10. GWB-Novelle beibehalten werden.⁹⁴

Rechtspolitisch ist § 20 Abs. 3 GWB, der die Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den Schutz des „Restwettbewerbs“ auf Situationen vorverlagert, in denen ein Markt noch gar nicht vermachtet ist, seit jeher umstritten. Insbesondere erscheint mit Blick auf die bisherigen Regelbeispiele des § 20 Abs. 3 S. 2 GWB zweifelhaft, ob diese wirklich dem Schutz *des* Wettbewerbs oder nicht doch eher dem Schutz der KMU und damit einer bestimmten Marktstruktur *vor* dem Wettbewerb dienen.

II. Kritische Analyse des Referentenentwurfs

1. Der RefE schlägt vor, das in § 20 Abs. 3 GWB normierte Missbrauchsverbot in einem neuen Abs. 3a um einen weiteren Tatbestand zu erweitern, der dem sog. „Tipping“ (Kippen) von Märkten in ein Monopol vorbeugen soll:

„(3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen 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“.

a) Ausweislich der Begründung zum RefE dient die Einfügung des § 20 Abs. 3a der Umsetzung einer Empfehlung der BMWi-Studie.⁹⁵ Diese Studie hatte die Gefahr eines Tipping von Märkten beschrieben, das insbesondere auf von starken positiven Netzwerkeffekten geprägten Plattformmärkten der digitalen Ökonomie drohe. Sie hat das Tipping als „eine Transformation von einem Markt mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt“ definiert,⁹⁶ aber auch darauf hingewiesen, dass ein solches Tipping auch auf Plattformmärkten keineswegs zwangsläufig sei und dass einem Tipping insbesondere durch die Ermöglichung eines Multi-Homing und/oder eines leichten Plattformwechsels entgegen gewirkt werden könne.⁹⁷

⁹⁴ S. auch BMWi-Studie, S. 58.

⁹⁵ BegrRefE, S. 85.

⁹⁶ BMWi-Studie, S. 12, 62.

⁹⁷ BMWi-Studie, S. 60 ff.

All diese Aspekte waren bereits Gegenstand der 9. GWB-Novelle. Die Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle hat bereits die Bedeutung selbstverstärkender Netzwerkeffekte (Feedback Loops) für ein Tipping im Kontext des § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB („direkte und indirekte Netzwerkeffekte“) und die Relevanz von Multi-Homing und Wechselmöglichkeiten für die Verhinderung eines Tipping im Kontext des § 18 Abs. 3a Nr. 2 GWB („die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand der Nutzer“) unterstrichen.⁹⁸

Die BMWi-Studie führt allerdings aus, auf einem zum „Tipping geneigten Markt“ komme ein Einschreiten auf der Basis des § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV „womöglich zu spät“, weil der Marktzutritt neuer Wettbewerber schwierig sei, wenn ein Markt erst einmal gekippt sei.⁹⁹ Daher regt die Studie an, einen Sondertatbestand zu schaffen, der die missbräuchliche Behinderung von Wettbewerbern verbietet, soweit diese geeignet sei, ein Tipping zu begünstigen. Sie hat insoweit die sachlich nicht gerechtfertigte Behinderung des Multi-Homing oder des Plattformwechsels als neue Regelbeispiele des § 20 GWB vorgeschlagen.¹⁰⁰

b) Die Begründung zum RefE knüpft hieran an. Sie hebt zunächst zu Recht hervor, dass ein Tipping als solches *nicht* verboten oder wettbewerbswidrig sei:

„Dieses „Tipping“ von Märkten kann dabei auf einem Erfolg von Unternehmen im Leistungswettbewerb beruhen und ist in diesen Fällen wettbewerbspolitisch nicht zu beanstanden“.¹⁰¹

Das ist eine ebenso richtige wie wichtige Feststellung, da die Vergangenheit gezeigt hat, dass ein Wettbewerb auch und gerade in der digitalen Ökonomie häufig nicht nur *auf dem* Markt, sondern auch *um den* Markt geführt wird.

Auf digitalen Märkten hat es in der Vergangenheit oftmals eine Abfolge temporärer „Monopole“ gegeben, von denen man zu ihrer Zeit nicht selten vermutet hat, sie seien kaum angreifbar. Die Vorstellungskraft der Politiker, Gesetzgeber, Rechtsanwender und Journalisten reichte weniger weit als die Innovationskraft der digitalen Unternehmen und Märkte, weil man sich zu sehr auf den Status quo und die derzeit verfügbaren Dienste und Produkte fixierte. Diese Befürchtung hat sich oft als falsch erwiesen. So hat z. B. Google als führende Suchmaschine, Yahoo! abgelöst und Yahoo! zuvor AltaVista. Facebook war nicht immer das führende soziale Netzwerk, sondern hat seine Stellung trotz der damals gegen Facebook wirkenden Netzwerkeffekte im Wettbewerb mit den (scheinbaren) Monopolen MySpace bzw. StudiVZ errungen und wird derzeit von neuen Wettbewerbern wie Snapchat und TikTok herausgefordert, denen es gelungen ist, in kurzer Zeit eine sehr breite Nutzerbasis aufzubauen.

Von einem wettbewerbslich problematischen Tipping sollte man deshalb grundsätzlich nicht schon sprechen, wenn sich ein Sieg im Wettbewerb um einen bestimmten Markt abzeichnet, sondern erst und allenfalls dann, wenn außergewöhnliche Umstände nahelegen, dass ein unangreifbares Monopol droht. Dies lässt sich freilich *einerseits* schwer mit hinreichender Sicherheit prognostizieren,¹⁰² und *andererseits* ist die Monopolisierung an sich (wie auch die Begründung zum RefE betont) nach deutschem wie europäischem Kartellrecht erlaubt, solange sie mit wettbewerbskonformen Mitteln erfolgt. Deshalb erscheint es sinnvoll, kartellrechtlich nicht auf das Tipping an sich, sondern auf potentiell ein Tipping fördernde, wettbewerbswidrige Praktiken abzustellen. Der Grundansatz des RefE ist insoweit richtig. Allerdings darf dabei das Ziel der Verhinderung eines Tipping nicht aus den Augen geraten.

⁹⁸ BegrRefE, BT-Drucks. 18/10207, S. 49 ff.

⁹⁹ BMWi-Studie, S. 61.

¹⁰⁰ BMWi-Studie, S. 63.

¹⁰¹ BegrRefE, S. 85.

¹⁰² Insoweit zweifelnd auch BMWi-Studie, S. 63.

2. Die Begründung zum RefE führt vor diesem Hintergrund weiter aus, es seien Konstellationen denkbar, in denen ein Tipping durch gezielte Behinderungsstrategien herbeigeführt werde. Sie beruft sich mit Blick auf solche Behinderungsstrategien auf eine empirische Nachweisbarkeit (ohne diese genauer auszuführen) und skizziert konkrete Beispiele aus der Praxis der Kartellbehörden.¹⁰³ Einen gekippten Markt in den Wettbewerb zurückzuführen, hält die Begründung des RefE nicht nur (wie die BMWi-Studie) für „schwierig“, sondern betont dramatischer, ein schnelles Eingreifen der Wettbewerbsbehörden sei erforderlich, „da ein einmal erfolgreiches „Tipping“ praktisch nicht rückgängig zu machen ist“.¹⁰⁴

3. Der Anwendungsbereich des neuen Tatbestandes ist explizit auf einen „Markt im Sinne von § 18 Absatz 3a“ beschränkt. Gemeint ist damit eine Ausrichtung auf von starken und sich potentiell selbstverstärkenden positiven Netzwerkeffekten geprägte Märkte. Allerdings ist der Wortlaut des § 18 Abs. 3a GWB (der nur in seiner Nummer 1 von Netzwerkeffekten handelt) tendenziell weiter, weil er allgemeiner von „mehreseitigen Märkten und Netzwerken“ spricht.

Die Formulierung des § 20 Abs. 3a GWB-E könnte missverständlich sein bzw. wäre (wenn ein so weiter Anwendungsbereich tatsächlich intendiert sein sollte) problematisch, weil *weder* alle mehrseitigen Märkte *noch* alle Netzwerke typischerweise zu einem Tipping neigen. Es gibt zahlreiche mehrseitige Plattformmärkte (etwa für das Dating oder die Hotelsuche), auf denen lebendiger Wettbewerb herrscht und ein Tipping ins Monopol nicht in Sicht ist.

Die Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle führt dazu im Kontext des § 18 Abs. 3a Nr. 1 GWB aus:

„Bei zunehmender Größe eines Netzwerks oder eines mehrseitigen Dienstes wird der Netzwerkeffekt stärker und verstärkt sich gleichzeitig selbst (positives Feedback). In ihrer stärksten Form führen Netzwerkeffekte zu so genannten „Winner-takes-it-all-Märkten“, die zur Monopolbildung neigen. Die durch positive Effekte ausgelösten Monopolisierungstendenzen können so weit gehen, dass ein Netzwerk oder ein mehrseitiger Dienst, der eine bestimmte, kritische Anzahl an Nutzern gewinnt, immer weiter wächst, und anfangs noch konkurrierende Netzwerke massiv an Bedeutung verlieren. Der Markt kippt dann zugunsten eines Netzwerks oder Plattformanbieters (sog. Tipping).

Netzwerkeffekte führen aber nicht zwangsläufig zur Monopolbildung im Markt. Es gibt zahlreiche Beispiele von zweiseitigen Märkten, bei denen mehrere Plattformen langfristig nebeneinander existieren. Eine Vorhersage, wann und aus welchen Gründen ein Tipping einer Plattform stattfindet, ist schwierig. Der positive Selbstverstärkungsmechanismus etwa greift nicht, wenn die indirekten Netzwerkeffekte asymmetrisch oder nur einseitig ausgeprägt sind. Wenn auf einer Seite direkte Netzwerkeffekte hinzukommen, kann der Markt eher zu Monopolen tendieren“.¹⁰⁵

4. Auch das in § 20 Abs. 3a normierte weitere Erfordernis, dass die Behinderungspraxis die „ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird“, weist keinen klaren Tipping-Bezug auf. Die Formulierung „nicht unerhebliche Einschränkung des Leistungswettbewerbs“ klingt eher nach dem fusionskontrollrechtlichen Maßstab des SIEC-Tests („erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs) als nach einer Regelung, welche das Kippen des Marktes in ein (unangreifbares) Monopol verhindern soll. Der in der Fusionskontrolle geltende SIEC-Test wäre aber für einen Missbrauchstatbestand viel zu

¹⁰³ BegrRefE, S. 85.

¹⁰⁴ BegrRefE, S. 85.

¹⁰⁵ BegrRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 50 (Hervorhebung durch den Verfasser).

weit. Dessen unbeschadet ist das Kriterium des „Leistungswettbewerbs“ zwar theoretisch sinnvoll, in der Praxis aber schwer operationabel, so dass sich daraus regelmäßig kein wesentlicher Erkenntnisgewinn ergibt,¹⁰⁶ und erst recht kein rechtssicheres Abgrenzungskriterium.

5. Um nicht zu früh einzugreifen, knüpft die neue Regelung ausweislich der Begründung bewusst „an § 20 Absatz 3 an, wodurch Unternehmen mit überlegener Marktmacht zu Normadressaten werden“.¹⁰⁷ Das erscheint grundsätzlich richtig, da unterhalb dieser Schwelle möglicherweise mehrere Unternehmen im Wettbewerb *um* den Markt stehen und das Streben nach der Erzielung von positiven Netzwerkeffekten in dieser Situation prokompetitiv ist.

Der Teufel steckt freilich im Detail, denn an späterer Stelle betont die Begründung zum RefE, dass die Norm – im Gegensatz zu § 20 Abs. 3 GWB – nicht nur kleine und mittlere Wettbewerber, sondern alle (also auch große) Wettbewerber schützen solle.¹⁰⁸ Zwar spricht § 20 Abs. 3a GWB-E in der Tat (anders als § 20 Abs. 3) allgemein von „Wettbewerbern“. Angesichts der engen Verbindung mit § 20 Abs. 3 GWB läge es aber systematisch durchaus nahe, das KMU-Erfordernis auch in diesen Tatbestand hineinzulesen.¹⁰⁹ Wenn der Gesetzgeber bei § 20 Abs. 3a GWB-E auf das KMU-Kriterium verzichten möchte, sollte das auch im Normtext klarer gemacht werden.

Dessen unbeschadet ist die Frage aufgeworfen, ob bzw. wodurch ein solcher, im Vergleich zu § 20 Abs. 3 GWB weiterer Schutzadressatenkreis sachlich gerechtfertigt ist. Die Begründung zum RefE bejaht diese Frage, „weil in Netzwerkmärkten auch gegenüber großen Unternehmen eine überlegene Marktmacht bestehen kann“.¹¹⁰ Dabei handelt es sich freilich *einerseits* nur um eine nicht bewiesene und noch nicht einmal durch Beispiele illustrierte Behauptung. *Andererseits* fehlt bei Verzicht auf das KMU-Kriterium der Bezugspunkt für das Tatbestandsmerkmal der Überlegenheit der Marktmacht. In diesem Kontext hatte auch die BMWi-Studie zu Recht angeführt, dass ohne das KMU-Kriterium unklar sei, „ob der Normadressat gegenüber allen anderen Unternehmen auf demselben Markt über einen erheblichen Vorsprung an Marktmacht verfügen müsste, oder ob ein Vorsprung auch gegenüber einer nicht ganz unerheblichen Gruppe von Unternehmen beliebiger Größe genügen würde“.¹¹¹ Dass sogar schon eine bilaterale Überlegenheit gegenüber dem potentiellen Behinderungsoffer ausreicht (also relative Machtstellung i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB), dürfte zwar mit Blick darauf ausgeschlossen sein, dass jedenfalls eine überlegene *Marktmacht* verlangt wird. Eine Restunsicherheit (und damit Klarstellungsbedarf) bleibt aber auch insoweit. Die Begründung weist lediglich (in einem anderen Kontext) darauf hin, die Norm solle jedenfalls keine „Unternehmen erfassen, die aufgrund von Umständen wie beispielsweise der Größe oder den verfügbaren Ressourcen überhaupt nicht in der Lage wären, ein „Tipping“ des Marktes herbeizuführen“.¹¹² Das reicht für eine Klarstellung nicht aus.

6. Problematisch ist ferner auch die sehr weite Formulierung des Missbrauchstatbestandes des § 20 Abs. 3a GWB-E, der es als unbillige Behinderung bewertet, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht „die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird“.

Was mit der „eigenständigen Erzielung von positiven Netzwerkeffekten“ gemeint ist, erklärt die Begründung nicht, sondern weist lediglich ergänzend darauf hin, dass damit „starke positive

¹⁰⁶ So auch *Wirtz* bei *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 609.

¹⁰⁷ BegrRefE, S. 85.

¹⁰⁸ BegrRefE, S. 86.

¹⁰⁹ Insoweit kritisch auch *Wirtz* bei *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 609.

¹¹⁰ BegrRefE, S. 86.

¹¹¹ BMWi-Studie, S. 58 (zu § 20 Abs. 3).

¹¹² BegrRefE, S. 85.

Netzwerkeffekte“ gemeint seien.¹¹³ Letztlich geht es in erster Linie wohl darum, dass die Wettbewerber nicht mit wettbewerbswidrigen Mitteln daran gehindert werden dürfen, eine für die wirksame Teilnahme am Wettbewerb im (und ggf. auch um den) Markt hinreichende Zahl von Marktbeziehungen zu Austauschpartnern auf allen relevanten Marktseiten aufzubauen, also eine für die wirksame Teilnahme am Wettbewerb kritische Masse an Zulieferern und Kunden zu gewinnen. Das sollte zumindest in der Begründung deutlicher gemacht werden.

a) Damit ist allerdings zugleich ein Grundproblem von Tipping-Tatbeständen angesprochen, denn Kundengewinnung und Kundenbindung sind Kern jedweden legalen Wettbewerbsverhaltens und für sich genommen (ebenso wie die Erzielung von Netzwerkeffekten im Allgemeinen) Ausdruck von Wettbewerb. Was im Gegensatz dazu unter der „Behinderung der eigenständigen Erzielung von positiven Netzwerkeffekten“ zu verstehen ist, könnte am einfachsten und deutlichsten durch die Aufnahme entsprechender Regelbeispiele in den Gesetzestext deutlich gemacht werden, wie es auch die BMWi-Studie empfohlen hat. Die beiden – in allen Studien und auch in den zitierten Beschlüssen des BKartA immer wieder genannten – Fallgruppen sind die Behinderung des Multi-Homing bzw. die Erschwerung des Plattformwechsels mit wettbewerbswidrigen Mitteln.

Auch die Begründung zum RefE erwähnt diese beiden Praktiken explizit als „nach derzeitigem Erkenntnisstand“ relevante Fallgruppen, und weist als Negativbeispiel darauf hin, dass die bloße Verweigerung von Interoperabilität für einen Verstoß gegen § 20 Abs. 3a GWB-E nicht ausreicht, weil „nur die eigenständige Nutzung der Netzwerkeffekte“ geschützt sei.¹¹⁴ Das ist eine richtige und wichtige Klarstellung in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der „Eigenständigkeit“.

Dass sich der RefE allerdings dagegen sträubt, den Tatbestand des § 20 Abs. 3a GWB-E durch Aufnahme von (positiven) Regelbeispielen zu präzisieren, ist nicht nachvollziehbar. Zur Begründung wird lediglich angeführt:

„Die Norm ist bewusst offen formuliert und verzichtet auf die Nennung von Regelbeispielen, um auch neue, derzeit noch nicht bekannte Maßnahmen zur Behinderung bei der Erzielung von Netzwerkeffekten zu erfassen“.¹¹⁵

Dies ergibt freilich schon deshalb keinen Sinn, weil die Nennung von Regelbeispielen nach allgemeinen Regeln keine „Sperrwirkung“ gegenüber der Anwendung einer Generalklausel auf „neue, derzeit noch nicht ersichtliche Maßnahmen zur Behinderung bei der Erzielung von Netzwerkeffekten“ hat.

- Regelbeispiele würden *erstens* lediglich mehr Klarheit schaffen. Sie würden Kartellbehörden und private Kläger allenfalls faktisch in der Weise „einschränken“, dass die Gerichte daraus folgern könnten, dass andere Maßnahmen nur dann als unbillige Behinderung in Betracht kommen, wenn sie ein vergleichbares Gefährdungspotential aufweisen. Das erscheint aber nicht problematisch, sondern zur Fokussierung der Norm auf ihr Ziel (Verhinderung des Tipping) und zur Vermeidung einer ausufernden Anwendung der Norm auf andere, möglicherweise vom Wortlaut der Generalklausel, nicht aber vom Sinn und Zweck der Norm abgedeckte Fälle, sogar wünschenswert. Eine solche Orientierungshilfe wäre der Wirkung der Norm also gerade nicht abträglich, sondern würde lediglich Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit verbessern und Missbräuche (insbesondere im Wege überschießender privater Klagen) verhindern.

¹¹³ BegrRefE, S. 86.

¹¹⁴ BegrRefE, S. 86.

¹¹⁵ BegrRefE, S. 86.

- *Zweitens* ist mehr Klarheit dringend erforderlich. Dies gilt umso mehr, weil es sich bei § 20 Abs. 3a GWB-E um eine Norm handelt, die die Untersagungsverfügungen auf Basis bloßer Prognoseentscheidungen (also im Vorfeld tatsächlich eingetretener Marktschäden) ermöglichen soll. Gerade bei einer solchen Norm ist eine Klarstellung berücksichtigungsfähiger Konstellationen unverzichtbar, wenn man ein Minimum an Rechtssicherheit für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer garantieren möchte.

b) Wie wichtig eine solche Präzisierung gerade im Kontext des Tipping-Tatbestandes des § 20 Abs. 3a GWB ist, wird auch deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass *einerseits* jedweder Wettbewerb (auch) darauf gerichtet ist, Wettbewerber zu verdrängen und möglichst hohe Marktanteile zu gewinnen und dass *andererseits* gerade auf den dynamischen Märkten der digitalen Ökonomie ständig neue Dienste und Geschäftsmodelle entstehen, die nicht nur oftmals schnell hohe Marktanteile erringen (und wieder verlieren), sondern auch traditionelle Dienste und Geschäftsmodelle infrage stellen. Für die Anbieter solcher Dienste ist die Verlockung groß, sich auf das Kartellrecht zu berufen, um sich de facto vor dem Wettbewerb zu schützen.

- So wurde Google nach Einführung von Google Maps vorgeworfen, durch das „Verschenken“ seiner Kartendienste in unbilliger Weise Wettbewerber zu behindern, welche vergleichbare Kartendienste traditionell gegen eine Lizenzgebühr anboten. Die Kartellbehörden haben diesen Vorwurf zu Recht zurückgewiesen, weil das „Nullpreismodell“ von Google Maps kein Ausdruck eines „predatory pricing“, sondern eines funktionierenden Wettbewerbs der Geschäftsmodelle ist, bei dem die Einnahmen lediglich durch ein innovatives Geschäftsmodell auf eine andere Marktseite (Werbung) verlagert sind.¹¹⁶ Andere Dienste (wie die von Facebook oder WhatsApp) wurden bzw. werden zu Nullpreisen angeboten und erst später überhaupt mit einem Geschäftsmodell verbunden. Auch eine solche (zeitliche) Verschiebung der Einnahmen ist in der digitalen Ökonomie üblich und legitim. Die Unternehmen müssen erst einmal positive Netzwerkeffekte erzielen, um sich dann zu refinanzieren. Wenn sie damit erfolgreich sind und hinreichende Netzwerkeffekte erreicht haben, kann dies allein nicht ausreichen, um ihr erfolgreiches Geschäftsmodell plötzlich als unbillige Behinderung anderer Wettbewerber anzusehen und die Änderung des Nullpreismodells (auch zulasten der Verbraucher) zu fordern.
- Ebenso könnten bei einem weiten Verständnis des Behinderungstatbestands auch weitverbreitete Preismodelle marktstarker Unternehmen, die auf sog. „Flatrates“ basieren (z.B. im Mobilfunk, bei Versandkosten oder bei Streaming-Diensten), in den Verdacht einer unbilligen Tipping-Förderung geraten.¹¹⁷

In der Summe könnte der sichere Rechtsrahmen, in dem sich diese für die Verbraucher überaus vorteilhaften und legalen neuen Geschäftsmodelle bisher entwickeln konnten, durch eine zu vage und weit formulierte Generalklausel infrage gestellt und Innovation auf diese Weise zum Schaden der Konsumenten behindert werden.

c) Auch die BMWi-Studie erkennt insoweit an, dass Kundenbindungsstrategien (die letztlich auf die von § 20 Abs. 3a GWB geschützte Erzielung positiver Netzwerkeffekte gerichtet sind) nicht an sich problematisch seien. Ein Indiz für einen Missbrauch könne aber sein, dass sie kurz- und mittelfristig verlustbringend seien und wirtschaftlich nur vor dem Hintergrund der Erwartung einer längerfristigen Monopolisierung („predation“) sinnvoll seien.¹¹⁸ Das hilft allerdings kaum weiter, weil *einerseits* der kurz- und mittelfristige Verzicht auf Gewinne für Geschäftsmodelle der digitalen Ökonomie gerade typisch (und in aller Regel legal) ist. *Andererseits* steht

¹¹⁶ Vgl.dazu Körber, WRP 2012, WRP 2012, 761, 767.

¹¹⁷ Vgl. BMWi-Studie, S. 60 f., 113.

¹¹⁸ BMWi-Studie, S. 63.

am Anfang oft noch nicht einmal fest, welches Monetarisierungsmodell überhaupt verfolgt werden soll. Das war z. B. anfangs bei Facebook so und ist es immer noch bei WhatsApp. Dass ein Predation-Fall eintreten könnte, erscheint vor diesem Hintergrund im Kontext der digitalen Plattformmärkte, die § 20 Abs. 3a GWB-E im Auge hat, in der Praxis so gut wie ausgeschlossen.

d) Vor diesem Hintergrund stellt sich mit besonderem Nachdruck die Frage, ob es nicht besser wäre, *anstelle* einer sehr unbestimmten neuen Generalklausel nur einige neue Regelbeispiele zur Klarstellung der Reichweite der bereits existierenden Generalklausel des § 20 Abs. 3 GWB einzuführen und erst einmal weitere Erfahrungen auf der Basis dieser Norm zu sammeln, zumal bisher, soweit ersichtlich kein einziger „*gap case*“ aufgetreten ist, der sich nicht in Anwendung des existierenden Rechts, insbesondere nach dem GWB oder dem UWG, hätte lösen lassen. Diese Frage ist zu bejahen.

7. Der zweite Halbsatz des § 20 Abs. 3a GWB-E „und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird“ soll klarstellen, dass es sich bei § 20 Abs. 3a GWB-E um einen Gefährdungstatbestand handelt, der ein schnelles Eingreifen ermöglicht.¹¹⁹

a) Die Ausgestaltung als Gefährdungstatbestand entspricht dem mit der Norm verfolgten Ziel, ein Eingreifen zu ermöglichen, bevor der Markt tatsächlich gekippt ist. Die Begründung führt dazu aus, der Gefährdungstatbestand enthalte eine ähnliche Regelung wie das lauterkeitsrechtliche Konzept der „Marktstörung“ (auch: „allgemeine Marktbehinderung“), bei dem es häufig, um die Frage geht, ob das Verschicken bestimmter Dienste oder Produkte (z.B. Anzeigenblätter) die Wettbewerber unlauter behindert oder den Wettbewerb an sich gefährdet.

Die Begründung nimmt insoweit Bezug auf die BGH-Entscheidung „*20 Minuten Köln*“. Dabei handelt es sich um eine lauterkeitsrechtliche Entscheidung, in welcher der BGH festgestellt hatte, dass der unentgeltliche Vertrieb einer durch Anzeigen finanzierten Tageszeitung auch dann nicht unter dem Gesichtspunkt der „Marktstörung“ wettbewerbswidrig sei, wenn er zu Absatzeinbußen der bestehenden Kauf- oder Abonnementszeitungen führe.¹²⁰ In dieser Entscheidung hatte der BGH auch einen Bezug zum GWB hergestellt:

„Eine Marktverhaltenskontrolle läuft in diesem Fall - ähnlich wie bei den die Kontrolle von Marktmacht betreffenden Bestimmungen der §§ 19 und 20 GWB, die den Wettbewerb als Institution zu schützen bestimmt sind - gleichzeitig auf eine Marktstrukturkontrolle hinaus. Dieser Umstand und die damit verbundene parallele Anwendung der Bestimmungen des UWG und des GWB führen dazu, dass auch bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung stets die Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen berücksichtigt werden“.¹²¹

Ferner unterstreicht BGH in dieser Entscheidung seine ständige Rechtsprechung, die besagt,

„dass **im Geschäftsleben niemand Anspruch auf eine unveränderte Erhaltung seines Kundenkreises hat** und dass auch neuartige und vielleicht besonders wirksame Wettbewerbsmaßnahmen nicht schon deshalb als unlauter zu missbilligen sind, weil sie sich für Mitbewerber wegen ihres Erfolgs nachteilig auswirken [...] Es ist **nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts, den Bestand bestehender wettbewerblicher Strukturen zu bewahren und wirtschaftlichen Entwicklungen entgegenzusteuern**, in denen die bisherigen Marktteilnehmer mit Recht eine Bedrohung ihres Kundenstamms erblicken. Denn es ist gerade Sinn der Wettbewerbsrechtsordnung, dem freien

¹¹⁹ BegrRefE, S. 86.

¹²⁰ BGH 29. 11. 2003, Az. I ZR 151/01, WRP 2004, 896 = NJW 2004, 2083 – *20 Minuten Köln*.

¹²¹ BGH 29. 11. 2003, Az. I ZR 151/01, NJW 2004, 2083, 2084 – *20 Minuten Köln*.

Spiel der Kräfte des Marktes im Rahmen der gesetzten Rechtsordnung Raum zu gewähren“.¹²²

b) Der BGH hat eine lauterkeitsrechtlich verbotene „Marktstörung“ daher grundsätzlich nur angenommen, wenn der Bestand des Wettbewerbs durch unlautere Mittel infrage gestellt wurde. In der BGH-Entscheidung „*Bäckerfachzeitschrift*“ heißt es dazu:

„Für die Annahme einer die Allgemeinheit treffenden Bestandsgefährdung **genügt nicht eine abstrakte Gefährdung oder die Möglichkeit rechtspolitisch unerwünschter Entwicklungen**; es ist nicht Zweck von Wettbewerbsstreitigkeiten nach § 1 UWG, rechtspolitische Maßnahmen in die Wege zu leiten, abzuändern oder zu unterbinden; erforderlich ist vielmehr, daß aus der umstrittenen Werbemaßnahme eine konkrete ernste Gefahr für den Bestand des Wettbewerbs erwächst, durch die die Interessen der Allgemeinheit in einem nicht unerheblichen Umfang beeinträchtigt werden; die Gesamtwürdigung der die Werbemaßnahme begründenden und begleitenden Umstände ist maßgebend für die Beurteilung der Lauterkeit oder Unlauterkeit; es kommt auf die Auswirkungen an, insbesondere auch auf solche, die sich mittelbar bei einer Nachahmung durch die Mitbewerber ergeben werden“.¹²³

Die BGH-Fälle und die Zitate zur Fallgruppe der „Marktstörung“ unterstreichen die latente Gefahr, dass ein Tipping-Tatbestand angesichts der Unbestimmtheit sowohl bei der Ermittlung eines Tipping-geneigten Marktes als auch bei der Abgrenzung zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb, genutzt bzw. missbraucht werden könnte, um überholte Produkte, Dienste und Geschäftsmodelle vor aggressivem, aber legalem Leistungswettbewerb und letztlich vor der Innovation zu schützen.

c) Zugleich wird deutlich, dass eine abstrakte Gefährdung des Wettbewerbs (oder gar einzelner Wettbewerber) oder die Möglichkeit rechtspolitisch unerwünschter Entwicklungen nicht ausreicht. Erforderlich ist der Nachweis einer konkreten Eignung, den Bestand des Wettbewerbs auf einem Markt zu gefährden, mit anderen Worten: ein Tipping herbeizuführen. „Von einer solchen Gefahr ist nur dann auszugehen, wenn greifbare Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Entwicklung vorliegen“.¹²⁴

In diesem Kontext hat die BMWi-Studie die Gefahr eines Tipping z. B. insbesondere „bei Plattformanbietern in engen Oligopolen“ gesehen.¹²⁵

Auch die BGH-Rechtsprechung zur Marktstörung hat einige Kriterien bzw. Indizien entwickelt, die dafürsprechen können, dass der Bestand des Wettbewerbs gefährdet wird (also ein Tipping ins Monopol droht) oder die einer solchen Prognose entgegenstehen.¹²⁶

- Dagegen, dass eine Praxis ein Tipping fördert, kann sprechen, dass sie bisher nicht zu nennenswerten Einbußen in Bezug auf Einnahmen oder Kunden bei den

¹²² BGH 29. 11. 2003, Az. I ZR 151/01, NJW 2004, 2083, 2085 f. – *20 Minuten Köln* (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹²³ BGH 3. 7. 1981, Az. I ZR 84/79, GRUR 1982, 53, 55 – *Bäckerfachzeitschrift* (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹²⁴ BGH 29. 10. 2009, Az. I ZR 180/07 (KG), GRUR 2010, 455 Tz. 25 - *Stumme Verkäufer II*.

¹²⁵ BMWi-Studie, S. 170; ähnlich zur Marktstörung BGH 29.6.2000, Az. I ZR 128/98, GRUR 2001, 80, 82 – *Kostenlose Übermittlung von ad-hoc-Meldungen der Presse* (nur zwei Wettbewerber).

¹²⁶ S. hierzu auch *Omsels*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 257 ff.

Wettbewerbern geführt hat oder auf vergleichbaren Märkten praktiziert wird, ohne den Wettbewerb dort erheblich zu beeinträchtigen.¹²⁷

- Es muss zudem (für die Fallgruppe der Marktstörung wie auch für die Gefahr eines Tipping) die Gefahr einer dauerhaften Verschlechterung der Wettbewerbsstrukturen bestehen.¹²⁸

Letzteres spielt insbesondere im dynamischen digitalen Umfeld eine Rolle, in dem Monopole *einerseits* oft bestreitbar sind und *andererseits* oftmals nicht durch einen „im Markt heranwachsenden“ Nachahmer, sondern „von der Seite“ durch ein gänzlich neues Produkt zu Fall gebracht werden. So wird die herausrauende Stellung bestimmter TV-Unternehmen auf dem Markt für klassisches, lineares Fernsehen heute z. B. nicht durch neue Anbieter linearer Fernsehdienste infrage gestellt, sondern durch nicht-lineare Dienste wie YouTube oder Netflix. Eine zu statische, auf den Status quo und die derzeit angebotenen Produkte und Dienste fixierte Sichtweise bei der Kartellrechts(durch)setzung kann sich in einem solchen hochdynamischen Marktumfeld als Innovationshindernis erweisen. Eingriffe, die ein Tipping eines ganz bestimmten Marktes verhindern sollen, können hier möglicherweise genau das Gegenteil bewirken, weil sie den Anreiz potentieller Wettbewerber beseitigen, das dominante Unternehmen durch gänzlich neue Produkte und Dienste anzugreifen. Statt das „Monopol“ angreifbar zu halten, wird es durch regulierende Eingriffe stabilisiert. Man sollte daher *einerseits* nicht vorschnell von einer Tipping-Gefahr ausgehen. *Andererseits* unterstreicht dieser Befund die Notwendigkeit, § 20 Abs. 3a GWB-E und die diesbezügliche Begründung zu konkretisieren.

III. Abschließende Bewertung und Empfehlungen

1. Das Ziel des Gesetzgebers, frühzeitig einzugreifen, um das Kippen von Märkten in (nach derzeitigem Kenntnisstand unangreifbare) Monopole (Tipping) zu verhindern, erscheint im Grundsatz legitim.

2. Allerdings ist es in der Praxis überaus schwierig, Märkte zu identifizieren, die zu einem „Tipping“ neigen. Auf bestimmten Märkten findet ein Wettbewerb um den Markt statt, der immer wieder zu einem „Kippen“ in einander ablösende temporärer Monopole führt. In der Vergangenheit sind gerade in der überaus dynamischen digitalen Ökonomie schon viele *ex ante* für unangreifbar erachtete Monopole wieder gefallen.

3. Nicht nur die Identifizierung von „Märkten, die zu einem Tipping neigen“, erweist sich in der Praxis als komplex und fehleranfällig. Auch die Identifizierung von wettbewerbswidrigen Praktiken, die ein solches Tipping fördern können, ist schwierig. Maßnahmen zur Kundenbindung (etwa Nullpreisangebote mit verlagerter oder verzögerter Refinanzierung oder Flatrates) dienen regelmäßig der Erzielung positiver Netzwerkeffekte durch innovative Geschäftsmodelle und sind als solche wettbewerbslich nicht zu beanstanden. Im Gegenteil erlauben sie es häufig überhaupt erst, durch Aufbau einer hinreichenden Kundenbasis bestehende „Monopole“ „von der Seite“ anzugreifen. Wenn ein Unternehmen aber mit einem solchen Geschäftsmodell erfolgreich ist, kann ihm nicht nur deshalb verboten werden, es zum Wohle seiner Kunden fortzuführen, weil die positiven Netzwerkeffekte sich weiter verstärken, denn sonst würde am Ende Erfolg im Wettbewerb sanktioniert.

4. Vor dem Hintergrund der insoweit bestehenden Unsicherheiten erscheint eine weite, generalklauselartige Norm, wie sie der RefE mit § 20 Abs. 3a GWB-E vorschlägt, problematisch. Sie könnte zu Rechtsunsicherheit führen und – da ihr Anwendungsbereich im Gegensatz zu § 20

¹²⁷ Vgl. BGH 22. 11. 1984, Az. I ZR 98/82, GRUR 1985, 881, 882 – *Blietal-Spiegel* (kostenlose Verteilung eines Anzeigenblatts).

¹²⁸ Vgl. *Omsels*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 257.

Abs. 3 GWB nicht auf den Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen begrenzt ist – möglicherweise auch mittelständische Unternehmen und erfolgreiche Start Up-Unternehmen treffen, die auf noch sehr kleinen Märkten operieren und auf diesen über eine im Vergleich zu „Nachzügler“ überlegene Marktmacht verfügen.

5. Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass § 20 Abs. 3a GWB-E auch im Wege privater Klagen durchgesetzt werden kann. Die Rechtsprechung zur Marktstörung i.S.d. UWG zeigt (wie auch einige Fälle aus der Kartellrechtspraxis), dass etablierten Unternehmen, deren Erfolg durch innovative Dienste oder Geschäftsmodelle infrage gestellt wurden, nicht selten versucht haben, das Wettbewerbsrecht einzusetzen bzw. zu missbrauchen, um Innovationen zu verhindern und sich *vor dem Wettbewerb* zu schützen. UWG-Fälle, in denen eine „Marktstörung“ behauptet wurde, betrafen auffällig oft Nullpreisangebote (z. B. Anzeigenblätter), die im Internet besonders häufig anzutreffen sind.

6. Angesichts der durch den § 20 Abs. 3a GWB-E ausgelösten Rechtsunsicherheit, sollte überlegt werden, ob dem mit dieser Regelung verfolgten Ziel nicht bereits durch Einfügung weiterer Regelbeispiele zu § 20 Abs. 3 GWB in § 20 GWB (namentlich wettbewerbswidrige Behinderung des Multi-Homing oder Erschwerung des Plattformwechsels) hinreichend gedient ist. Diese Frage ist zu bejahen. Dieser moderate Ansatz würde *erstens* der Empfehlung der BMWi-Studie entsprechen, *zweitens* den in der Praxis als besonders gefährlich erkannten Praktiken entgegenzutreten und *drittens* die Rechtssicherheit erhöhen statt sie zu verringern, ohne dass *viertens* wesentliche Schutzlücken zurückblieben; gegen andere, vergleichbar gefährliche Praktiken könnte weiterhin die Generalklausel des § 20 Abs. 3 GWB angewendet werden. § 20 Abs. 3a GWB-E könnte einfach lauten:

„(3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Absatz 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn in wettbewerbswidriger Weise die parallele Nutzung mehrerer Dienste behindert oder der Wechsel zu einem anderen Dienst in wettbewerbswidriger Weise erschwert wird“.

7. Hält der Gesetzgeber an einer eigenständigen Regelung fest, so ist aus Gründen der Rechtssicherheit jedenfalls eine Klarstellung des Normtextes und der Begründung geboten:

a) Der Bezug des § 20 Abs. 3a GWB-E auf „einen Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a“ ist tendenziell zu weit, da nicht alle mehrseitigen Märkte oder Netzwerke zu einem Tipping neigen. Dies gilt allenfalls für solche mehrseitigen Märkte, auf denen starke, sich selbstverstärkende positive Netzwerkeffekte bestehen. Dies sollte klargestellt werden.

b) Klargestellt werden sollte unbedingt auch, dass es nicht das Ziel des § 20 Abs. 3a GWB-E ist, jedwede signifikante Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. SIEC-Tests zur unbilligen Behinderung zu erklären, sondern nur einer Monopolisierung des Marktes i.S.e. Tipping entgegenzutreten.

c) Es sollte überdacht werden, ob die Streichung des KMU-Bezugs wirklich sinnvoll ist. Wird sie beibehalten, sollte jedenfalls in der Gesetzesgebegründung der Bezugspunkt der „überlegenen Marktmacht“ klargestellt werden. Da die Norm darauf zielt, ein Kippen in ein Monopol zu verhindern, sollten nur solche Unternehmen Normadressaten sein, die gegenüber allen anderen Unternehmen auf demselben Markt über einen erheblichen Vorsprung an Marktmacht verfügen und damit in der Lage sind, ein Kippen zu ihren Gunsten zu bewirken.

d) Der sehr unbestimmte Tatbestand der „unbilligen Behinderung der eigenständigen Erzielung von positiven Netzwerkeffekten“ sollte – der Empfehlung der BMWi-Studie entsprechend – zumindest durch Regelbeispiele konkretisiert werden. Insoweit bieten sich die Fallgruppen der wettbewerbswidrigen Behinderung des Multi-Homing oder Erschwerung des Anbieterwechsels

an, die nicht nur theoretisch in den Studien erwogenen wurden, sondern auch in der bisherigen (eher schmalen) Praxis im Vordergrund standen.

8. Eine in ihrer potentiellen Reichweite nicht hinter dem RefE zurückbleibende, aber der Rechtssicherheit besser dienende Regelung ließe sich durch folgende Formulierung erreichen:

„(3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne von Absatz 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem von starken positiven Netzwerkeffekten geprägten Markt die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber, insbesondere durch eine Erschwerung der parallelen Nutzung mehrerer Dienste oder des Wechsels zu einem anderen Dienst, behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird“.

9. Die Begründung des RefE sollte, wie ausgeführt, weitere Klarstellungen enthalten, so etwa mit Blick auf den Bezugspunkt der Überlegenheit der Marktmacht oder zur Konkretisierung einer hinreichenden Gefährdung. Der wichtige und richtige Hinweis, dass § 20 Abs. 3a GWB-E nur die *eigenständige* Erzielung positiver Netzwerkeffekte schützt und dass aus der Regelung daher z. B. kein Anspruch auf Herstellung von Interoperabilität abgeleitet werden kann, könnte durch weitere Negativbeispiele ausgebaut werden. Der Rechtssicherheit dienlich wäre z. B. ein Hinweis dahingehend, dass das Angebot kostenfreier Dienste oder von Flatrates grundsätzlich keine Behinderungspraxis darstellt. Dies könnte insbesondere auch dazu beitragen, missbräuchliche Zivilklagen zu verhindern bzw. zu erschweren, die letztlich gegen Innovation und Wettbewerb gerichtet sind und auf den Schutz überholter Dienste und Geschäftsmodelle vor dem Innovationswettbewerb zielen.

E. § 19a GWB-E – Regulierung von ÜMB-Unternehmen

I. Ausgangspunkt

Das geltende deutsche Kartellrecht geht mit seinen nicht erst an eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. §§ 18, 19 GWB, sondern bereits an relative bzw. überlegene Marktmacht knüpfenden Regelungen in § 20 Abs. 1 und Abs. 3 GWB bereits deutlich über das EU-Kartellrecht hinaus, das mit seinem Art. 102 AEUV zwingend eine Marktbeherrschung als Eingriffsschwelle vorsieht.

Die von der BMWi-Studie empfohlenen Klarstellungen zu § 20 GWB wurden bereits durch die Änderungsvorschläge zu §§ 19 und 20 GWB (mehr als) umgesetzt. Die Änderungen an § 20 GWB gehen mit dem Vorschlag, zweier neuer „spezieller Generalklauseln“ § 20 Abs. 1a und Abs. 3a GWB-E stellenweise sogar deutlich über die Empfehlungen sowohl der BMWi-Studie als auch des Berichts der Wettbewerbskommission 4.0 hinaus.

Trotzdem schlägt der RefE mit § 19a GWB-E noch eine weitere, ausweislich der Begründung zum RefE auf die Digitalwirtschaft fokussierte Regelung vor. Damit verlässt die 10. GWB-Novelle noch deutlicher als im Bereich des § 20 GWB den bis zur 9. GWB-Novelle verfolgten Pfad, die Sektoralisierung des Kartellrechts abzubauen und sektorspezifische Sondergesetze dem Regulierungsrecht zu überlassen. § 19a GWB-E stellt weder auf Marktbeherrschung (§§ 18, 19) noch auf relative oder überlegene Marktmacht (§ 20) ab, sondern normiert das eigenständige und zudem ins Ermessen des BKartA gestellte Kriterium der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ (im Folgenden: ÜMB). Die Norm stellt damit im System des deutschen (wie europäischen) Kartellrechts ein Unikum dar. Sie zielt im Grunde auf eine sektorspezifische, potentiell *ex ante* eingreifende Regulierung der Digitalwirtschaft.¹²⁹

§ 19a GWB-E basiert nicht auf Empfehlungen der BMWi-Studie. Sie folgt als solche auch nicht, wie die Begründung zum RefE auf S. 76 etwas missverständlich andeutet, den Empfehlungen 9 bis 11 der Wettbewerbskommission 4.0.¹³⁰ Zwar trifft es zu, dass die Wettbewerbskommission 4.0 die Formulierung von klaren Verhaltensregeln für bestimmte *marktbeherrschende* Plattformunternehmen empfohlen hat.

- Aber *einerseits* hat die Wettbewerbskommission 4.0 es explizit abgelehnt, solche Maßnahmen an ein „eigenständiges regulatorisches Marktmachtkonzept“ zu knüpfen, wie es der britische *Furman*-Report vorgeschlagen hatte und es jetzt der RefE mit dem ÜMB-Konzept anstrebt. Die Wettbewerbskommission 4.0 hatte stattdessen mehrheitlich ein Festhalten am Konzept der Marktbeherrschung empfohlen, und zwar aus Gründen der Rechtssicherheit und der Selbsteinschätzung der Unternehmen über ihre Adressateneigenschaft.¹³¹

¹²⁹ Vgl. auch Steinberg (BWi) bei Steinberg/Wirtz, WuW 2019, 606, 611: „In Anbetracht des noch recht grobmaschigen Regulierungsrechts für Plattformunternehmen stellt die Norm aber in ihrem Anwendungsbereich, einschließlich der Aussagen zur Interoperabilität und zum Datenzugangsanspruch, eine Art spezielles Kartellregulierungsrecht dar“.

¹³⁰ Diese Empfehlungen lauten: „9. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt mehrheitlich, *marktbeherrschenden Online-Plattformen* mit bestimmten Mindestumsätzen oder -nutzerzahlen durch eine Plattform-Verordnung bestimmte *Verhaltensregeln* aufzuerlegen. 10. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, marktbeherrschenden Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung fallen, die *Begünstigung eigener Dienste im Verhältnis zu Drittanbietern zu untersagen*, soweit diese nicht sachlich gerechtfertigt ist. 11. Die Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 empfiehlt, marktbeherrschende Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung fallen, zu verpflichten, ihren Nutzern die *Portabilität der Nutzer- bzw. Nutzungsdaten in Echtzeit und in einem interoperablen Datenformat zu ermöglichen sowie die Interoperabilität mit Komplementärdiensten zu gewährleisten*“ (kursive Passagen im Original in Fettdruck).

¹³¹ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 52 f. Die Minderheit hatte sich für ein mehrstufiges Verfahren wie im TK-Recht bzw. (daran angelehnt) im *Furman*-Report ausgesprochen, a.a.O., S. 53.

- *Andererseits* hatte die Wettbewerbskommission 4.0 auch davon abgeraten eine allgemeine Regelung im deutschen Kartellrecht zu schaffen und stattdessen eine Regelung in Gestalt einer EU-Plattformverordnung empfohlen, und zwar in Gestalt eines nicht nur geographisch, sondern auch in der Sache umfassenden, nicht nur kartellrechtliche Fragen adressierenden Ansatzes.¹³² Das erscheint – sofern tatsächlich Wettbewerbsprobleme auftreten sollten – evident sinnvoll.

Die Vorlage für § 19a GWB-E dürfte also eher im britischen *Furman-Report*¹³³ zu finden sein, den die Begründung zum RefE *allerdings* einerseits nicht explizit erwähnt¹³⁴ und über dessen Empfehlungen der RefE *andererseits* sogar noch hinausgeht.

Der *Furman-Report* hatte der britischen Regierung in sehr vager Weise empfohlen, für Unternehmen mit einem „*strategic market status*“ einen besonderen, zusammen mit der Industrie erarbeiteten „*code of conduct*“ aufzustellen (Empfehlung 1)¹³⁵ sowie eine neue „*digital market unit*“ zu schaffen und diese zu ermächtigen, *ex ante* bestimmte Maßnahmen gegen solche Unternehmen zu ergreifen, wenn diese über dauerhafte Marktmacht in Bezug auf einen strategischen „*bottleneck market*“ verfügten (Empfehlung 5).

Die Beschreibung des „*strategic market status*“ im *Furman-Report* erinnert *einerseits* an das bereits in § 18 Abs. 3b GWB-E und § 20 Abs. 1 S. 2 GWB adressierte Konzept der „Intermediationsmacht“.¹³⁶ Sie lehnt sich *andererseits* an die EU-Telekommunikationsregulierung an, indem das TK-rechtliche Kriterium der „beträchtlichen Marktmacht“ dort als „guter Ausgangspunkt“ beschrieben wird.¹³⁷

„Beträchtliche Marktmacht“ ist freilich das TK-rechtliche Synonym für Marktbeherrschung. In § 11 Abs. 1 S. 2 und 3 TKG heißt es dazu in Umsetzung der Vorgaben des Art. 14 Abs. 2 der EU-Rahmenrichtlinie 2002/21/EG:

„Wirksamer Wettbewerb besteht nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten“.

Nach Art. 14 Abs. 2 UA 2 der EU-Rahmenrichtlinie handeln die nationalen Regulierungsbehörden bei der „Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen [...] insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht“. Mit dem „Gemeinschaftsrecht“ ist dabei vor allem das EU-Kartellrecht gemeint, so dass es nicht verwundert, dass Art. 14 der Rahmenrichtlinie und § 11 TKG für die

¹³² Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 55 ff. und Empfehlungen 9 bis 11.

¹³³ *Furman* u.a., Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, März 2019.

¹³⁴ *Steinberg* (BMWi) hat die Anlehnung an den *Furman-Report* allerdings an anderer Stelle explizit bestätigt, s. *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 611.

¹³⁵ Im Einzelnen *Furman-Report*, Tz. 2.25 ff. mit Hinweis auf die Prinzipien des Plattformzugangs und des Rankings nach FRAND-Bedingungen und Verzichts auf unfaire Restriktionen von Plattformwechseln (2.38).

¹³⁶ Ebenda, Tz. 1.117.

¹³⁷ Ebenda, Tz. 2.117.

Definition „beträchtlicher Marktmacht“ praktisch wörtlich die zu Art. 102 AEUV getroffene Marktbeherrschungsdefinition des EuGH¹³⁸ wiedergeben.¹³⁹

Im Rahmen der *ex ante*-Regulierung nach dem TKG findet insoweit eine dreistufige Prüfung statt:

- Zunächst entscheidet die Bundesnetzagentur auf Empfehlung der EU-Kommission darüber, ob ein TK-Markt überhaupt regulierungsbedürftig ist. Für eine solche Regulierung kommen nach § 10 Abs. 2 S. 1 TKG „Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“ (sog. „Drei-Kriterien-Test“).
- Dann bestimmt die BNetzA nach § 11 TKG, welche Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht (*single market power*, SMP) verfügen (§ 11). Bei dem SMP-Unternehmen, welches Regulierungsadressat ist, handelt es sich in aller Regel um den Ex-Monopolisten, z.B. in Deutschland die Deutsche Telekom AG.
- Auf dieser Basis kann die BNetzA schließlich nach § 13 TKG zeitlich begrenzte Regulierungsverfügungen (z.B. durch *ex ante*-Auferlegung von Zugangs- und Entgeltreglungen) gegen das SMP-Unternehmen erlassen. Die Regulierungsperioden betragen derzeit drei Jahre (§ 14 Abs. 2 S. 1 TKG). Mit Umsetzung der TK-Kodex-Richtlinie 2018/1972 (die bis zum 20. Dezember 2020 erfolgen muss) werden die Regulierungsperioden auf fünf Jahre verlängert. Die Verwaltungsakte nach § 10 und 11 TKG können nicht separat, sondern nur im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen die Verfügung nach § 13 TKG gerichtlich angegriffen werden.¹⁴⁰

II. Kritische Analyse des Referentenentwurfs

1. Grundsätzliche Einordnung des § 19a GWB-E

a) Dem RefE scheint eine dem TK-Recht ähnliche, im Grundansatz mehrstufige Prüfung vorzuschweben. § 19a GWB-E normiert im Gegensatz zu §§ 19, 20 GWB kein unmittelbar kraft Gesetzes geltendes Verbot, sondern stellt seine Anwendung hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ in das Ermessen des BKartA:

„§ 19a Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

(1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

¹³⁸ Vgl. etwa EuGH 13. 2. 1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 661 Rn. 38 – *Hoffmann-La Roche*: „Mit der beherrschenden Stellung in diesem Sinne ist die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“.

¹³⁹ *Kirchner/Mayen/Käseberg*, in: Scheurle/Mayer, TKG, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 8.

¹⁴⁰ Vgl. *Kirchner/Mayen/Käseberg*, in: Scheurle/Mayer, TKG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 57 und § 11 Rn. 36; *Mayen*, a.a.O., § 13 Rn. 43 ff.

1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,
3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote;
2. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung auch ohne marktbeherrschend zu sein schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, sofern die Behinderung geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen;
3. durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten Marktes, auf einem anderen Markt Marktzutrittschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen;
4. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;
5. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren.

Dies gilt nicht, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt insoweit dem betreffenden Unternehmen. § 32 Absatz 2 und 3, § 32a und § 32b gelten entsprechend. Die Verfügung nach Absatz 2 kann mit der Feststellung nach Absatz 1 verbunden werden.

(3) §§ 19 und 20 bleiben unberührt“.

b) Wie im Rahmen der Fusionskontrolle nach dem GWB soll für die Anwendung des § 19a GWB-E allein das BKartA zuständig sein. Die Landeskartellbehörden erhalten keine entsprechende Kompetenz. Auch eine unmittelbare private Durchsetzung der Norm scheidet aus.

c) Im Unterschied zur TK-Regulierung wird die Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit bestimmter Märkte bei § 19a GWB-E übersprungen und sogleich nach Abs. 1 der Normadressat bestimmt. Der RefE setzt also einfach stillschweigend voraus, dass die digitalen Plattformmärkte, auf die § 19a GWB-E ausweislich der Begründung zielt, regulierungsbedürftig sind. Das erscheint bedenklich, weil der Drei-Kriterien-Test des § 10 TKG als Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes letztlich ein auch für das Kartellrecht geltendes Prinzip beschreibt: Der Staat soll nur dort regulierend eingreifen, wo der Markt versagt, und er *darf* grundsätzlich auch nur in diesem Fall (oder zur Erreichung eines legitimen außerwettbewerblichen Ziels) eingreifen, weil jede Einschränkung der Grundrechte der Unternehmen aus Art. 2, 12 und 14 GG einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

Im TK- oder Energiebereich kann eine *ex ante*-Regulierung erforderlich sein, weil bzw. soweit dort staatliche oder unter dem Schutz des Staates gewachsene Monopole entstanden sind, deren

Rückführung in die wettbewerbliche Selbststeuerung eine wettbewerbsermöglichende Regulierung erfordert (hat). Dass ein ähnliches Marktversagen im Bereich der Digitalwirtschaft nachgewiesen wäre, ist nicht ersichtlich. Zudem wurden die in diesem Bereich bestehenden Marktstellungen im Wettbewerb durch überlegene Dienste und Geschäftsmodelle erobert. Es besteht insoweit lediglich die (empirisch nicht verifizierte) Besorgnis, bestimmte digitale Plattformunternehmen könnten zu mächtig werden oder zu mächtig sein. Ein bloßes Unbehagen ist aber nicht nur eine schlechte Grundlage für eine staatliche Regulierung, sondern rechtlich gesehen überhaupt keine tragfähige Grundlage für staatliche Eingriffe.

d) Problematisch ist ferner, dass die Feststellung der Normadressateneigenschaft nach § 19a Abs. 1 GWB-E und die Untersagungsverfügung nach Abs. 2 gemäß § 19a Abs. 2 S. 5 GWB-E mit einander verbunden werden können. Dadurch wird ermöglicht, dass ein Unternehmen praktisch zeitgleich erfährt, dass es der neuen Regulierungsnorm unterliegt und ihm bestimmte Verhaltensweisen für die Zukunft verboten sind. Ob ein Unternehmen unter Abs. 1 fällt, ist dabei schwerer vorherzusehen als im Bereich des TK- oder Energieregulierungsrechts, wo der Adressat praktisch immer der Ex-Monopolist ist und sich dementsprechend darauf einstellen kann.

Zwar können – wie die Begründung zum RefE betont – bestimmte Verhaltensweisen i.S.d. § 19a GWB-E auch § 19 Absatz 1 und 2 oder § 20 Absatz 1 bis 3a erfüllen.¹⁴¹ § 19a GWB-E erfasst aber potentiell auch bisher in gutem Glauben praktizierte und für alle anderen Unternehmen (mit Ausnahme der ÜMB-Unternehmen) auch weiterhin legale Verhaltensweisen. Die Regelung erlaubt dem BKartA auf diese Weise erhebliche Eingriffe in die Ausgestaltung digitaler Produkte und Geschäftsmodelle.

Dies wirft erhebliche Bedenken sowohl mit Blick auf die Rechtssicherheit als auch hinsichtlich der Praktikabilität auf, da eine Pflicht zur *ad hoc*-Umstellung bestenfalls erhebliche Probleme aufwerfen und schlimmstenfalls Geschäftsmodelle infrage stellen könnte. Dies gilt gerade in der digitalen Wirtschaft, deren Dienste und Märkte aufgrund des hohen Innovationstempos ständig im Fluss und oft auch vielfältig miteinander verwoben sind. Insoweit muss zumindest eine gesicherte Übergangsfrist zwischen der Feststellung nach Abs. 1 und der Pflicht zur Umsetzung der Verfügung nach Abs. 2 eingeräumt werden. Dass ein derartig unsicherer Rechtsrahmen der Innovation abträglich ist, dürfte ebenfalls auf der Hand liegen.

e) §§ 19 und 20 GWB sollen nach § 19a Abs. 3 GWB-E zudem unberührt bleiben. Ausweislich der Begründung zum RefE können diese Normen parallel zu § 19a GWB-E Anwendung finden und Verstöße gegen nach § 19a Abs. 2 GWB-E untersagte Verhaltensweisen, „je nach Einzelfall“ auch durch § 19, 20 GWB (kraft Gesetzes) verboten sein. Umgekehrt verbiete sich aber „jegliche Schlussfolgerung, wonach Verhaltensweisen, die unter [§ 19a] Absatz 2 nicht verboten sind, damit auch nach §§ 19, 20 GWB erlaubt wären“.¹⁴²

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht ausgeschlossen, dass Verfügungen nach § 19a Abs. 2 GWB-E (obwohl diese selbst nur für die Zukunft wirken) herangezogen werden, um (insbesondere in Privatklageverfahren) die Behauptung zu untermauern, die betreffende Verhaltensweise habe auch in der Vergangenheit §§ 19 oder 20 GWB verletzt, und daraus z.B. Schadensersatzansprüche abzuleiten.¹⁴³

¹⁴¹ BegrRefE, S. 78.

¹⁴² BegrRefE, S. 78.

¹⁴³ BegrRefE, S. 73 f. und 78.

2. § 19a Abs. 1 GWB-E – ÜMB-Unternehmen

a) Mit Blick auf die Feststellung der Normadressaten bestehen, wie bereits ausgeführt wurde, in Bezug auf § 19a GWB-E in mehrfacher Hinsicht erhebliche Unterschiede zu den TK-Märkten, die der *Furman*-Report und möglicherweise auch der RefE als Vergleichsmuster im Auge hat.

Einerseits resultiert die besondere Machtstellung der SMP-Unternehmen im TK-Bereich regelmäßig daraus, dass sie als ehemalige Staatsmonopole (geschützt vor dem Wettbewerb) aufgebaut wurden und überhaupt erst für den Wettbewerb geöffnet werden mussten, während die für eine Regulierung nach § 19a GWB-E in Betracht kommenden Digitalunternehmen ihre Marktstellung durch eigene Investitionen und Innovationen im Wettbewerb errungen haben.

Andererseits kommt als SMP-Unternehmen im TK-Bereich deshalb in aller Regel auch nur der Ex-Monopolist in Betracht, der sich dementsprechend auch darauf einstellen kann, asymmetrischen *ex ante*-Regulierungsmaßnahmen zu unterliegen. In der Digitalwirtschaft ist dies anders, so dass die Rechtssicherheit hier eine besondere Klarheit hinsichtlich der Definition von „Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ verlangt. Diesem Anspruch wird § 19a Abs. 1 GWB-E nicht gerecht.

b) Schon das Konzept des ÜMB-Unternehmens in der Digitalwirtschaft bleibt vielmehr (ebenso wie der „*strategic market status*“ im *Furman*-Report) nebulös und in vielen Aspekten unklar. Gleich zu Beginn betont die Begründung zum RefE, dass mit § 19a GWB-E eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen werde,

„die dem Bundeskartellamt eine effektivere Kontrolle derjenigen **großen Digitalkonzerne** ermöglichen soll, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt“.¹⁴⁴

Auf S. 75 ist in diesem Kontext von „Unternehmen, die digitale Plattformen und Netzwerke betreiben“ die Rede; ferner davon, es sei zu erwarten, dass davon „nur wenige Unternehmen getroffen“ würden, und auf S. 76 wird betont:

„Gemäß Satz 1 erfordert die Normadressateneigenschaft eine erhebliche Tätigkeit auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a, also eine Tätigkeit auf mehrseitigen Märkten oder bei Netzwerken. Das Kriterium der Erheblichkeit stellt sicher, dass nur Unternehmen mit Schwerpunkt im Bereich digitaler Geschäftsmodelle der Norm unterfallen“.

Dies macht *einerseits* deutlich, dass es sich bei § 19a GWB-E um eine für das Kartellrecht, das grundsätzlich alle Wirtschaftsbereiche erfasst, atypische, im Kern eher regulierungsrechtliche Norm für einen bestimmten Sektor (die Digitalwirtschaft) handelt. Solche Spezialregelungen, die einen Fremdkörper im GWB darstellen, zu schaffen, wurde noch im Rahmen der 9. GWB-Novelle aus guten Gründen vermieden, *erstens*, weil Probleme in Bezug auf mehrseitige Märkte und Netzwerke auch außerhalb der Digitalökonomie auftreten können, und *zweitens*, weil gerade digitale Märkte in aller Regel nicht national, sondern mindestens EWR-weit, wenn nicht global sind, so dass eine Regelung auf EU-Ebene erfolgen sollte.

Andererseits folgt schon der Grundsatz, dass § 19a GWB-E nur „digitale Unternehmen“ oder „große Digitalunternehmen“ als ÜMB-Unternehmen erfassen soll, allein aus der Begründung, nicht aber aus dem Normtext selbst. Ebenso bleibt unklar, wann ein Digitalunternehmen in diesem Sinne „groß“ ist und wie sich die „Größe“ zum ÜMB-Kriterium verhält.

¹⁴⁴ BegrRefE, S. 59 und S. 75 (Hervorhebung durch den Verfasser).

§ 19a Abs. 1 S. 1 GWB-E spricht zwar von einem „Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist“. Doch ist der Bezug zwischen einem Markt i.S.d. § 18 Abs. 3a und Digitalunternehmen nicht so zwingend, wie die Begründung zum RefE offenbar voraussetzt. § 18 Abs. 3a GWB wurde zwar mit besonderem Fokus auf die Digitalwirtschaft geschaffen, sollte aber explizit auch für andere Märkte gelten, welche eine Mehrseitigkeit aufweisen oder von Netzwerkeffekten geprägt sind.

Die Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle 2017 stellt in Bezug auf § 18 Abs. 3a GWB insoweit eher auf den Gegensatz zwischen „traditionellen“ (bilateralen) und „mehrseitigen“ Märkten ab als auf diejenigen zwischen „analogen“ und „digitalen“ Märkten.¹⁴⁵ Sie erwähnt in diesem Zusammenhang beispielhaft eine Reihe von „analogen“ wie digitalen Unternehmen:

„Einkaufszentren (Läden und Kunden), werbefinanzierte Medien (Werbende und Konsumenten), e-commerce Plattformen (Händler und Konsumenten), technische Standards (im Fall von Blue-ray zum Beispiel Anbieter von Inhalten auf Blue-ray-Discs und Besitzer von Blue-ray-Playern), Betriebssysteme (Entwickler von Programmen und Endkunden des Betriebssystems), Spielekonsolen (Entwickler von Spielen und Spieler), Kreditkartensysteme (Kreditkarten akzeptierende Geschäfte und Kreditkartenbesitzer), App Stores (Entwickler von Apps und Endgerätenutzer)“.¹⁴⁶

c) Auch die Einzelkriterien, die nach § 19a Abs. 1 S. 2 GWB „insbesondere“ bei der Feststellung einer ÜMB-Stellung berücksichtigt werden sollen, lassen keinen klaren Bezug gerade (oder sogar nur) zu „großen Digitalunternehmen“ erkennen. Die Kriterien beziehen sich allesamt auf allgemeine Marktbeherrschungskriterien, die auch in § 18 GWB zu finden sind, und sie sind teils auch in sich redundant.¹⁴⁷ So weist § 19a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GWB-E auf die Marktbeherrschung (ebenso § 18), Nr. 2 auf Finanzkraft und sonstige Ressourcen (ebenso § 18 Abs. 3 Nr. 2 und 3), Nr. 3 auf Unternehmensverbindungen (ebenso § 18 Abs. 3 Nr. 4), Nr. 4 auf den Zugang zu Daten (ebenso § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB bzw. § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E) und Nr. 5 auf die Intermediationsmacht (ebenso § 18 Abs. 3b GWB-E).

Auf der einen Seite stellt sich mit Blick darauf, dass die in § 19a GWB-E benannten Kriterien eine Auswahl aus den in § 18 Abs. 3 und Abs. 3a GWB benannten Kriterien darstellen, die Frage warum der RefE gerade diese Kriterien „herausgepickt“ hat. Dies überrascht *erstens* mit Blick darauf, dass § 19a Abs. 1 S. 1 GWB-E sich ohnehin auf § 18a Abs. 3a GWB bezieht und damit dessen Kriterien bereits in Bezug nimmt, und *zweitens* stellt sich die Frage, warum manche Kriterien ausgewählt wurden und andere nicht, zumal die meisten Einzelkriterien keinen Bezug zur Digitalisierung haben. Die Auswahl wird in der Begründung nicht erklärt. Dies sollte klargestellt werden, weil sonst – in Verbindung mit den Aussagen dazu, dass nur einige wenige große Digitalunternehmen durch die Regelung betroffen würden – der Eindruck entstehen könnte, dass die Kriterienauswahl sich an ganz bestimmten realen „großen Digitalunternehmen“ orientiert und es sich bei § 19a GWB-E um ein verkapptes Einzelfallgesetz zur Regulierung genau dieser Digitalunternehmen handelt, während andere, z.B. in der Industrie 4.0 tätige deutsche Unternehmen herausfallen sollen.¹⁴⁸ Interessant ist in diesem Kontext auch, dass die Begründung zum RefE (etwas versteckt bei den Ausführungen zum Erfüllungsaufwand) betont,

¹⁴⁵ BegrRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 48.

¹⁴⁶ BegrRegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 49.

¹⁴⁷ Mit Blick auf das Kriterium des Datenzugangs wirkt es gesetzestechisch „suboptimal“, dass Daten – die in § 18 Abs. 3 Nr. 2 GWB-E der Finanzkraft hinzugefügt werden sollen – in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GWB-E von der Finanzkraft und den anderen Ressourcen (Nr. 2) getrennt aufgeführt werden.

¹⁴⁸ Vgl. auch BegrRefE, S. 76 f.: „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“.

man gehen für die ersten fünf Jahre nach Inkrafttreten der Novelle von drei Verfahren aus, die jeweils zwei Jahre in Anspruch nehmen dürften, und rechne damit, dass in zwei dieser Fälle eine zusätzliche Abstellungsverfügung erforderlich werden wird.¹⁴⁹

Auf der anderen Seite ergibt sich die Fokussierung auf große Digitalunternehmen in Bezug auf § 19a Abs. 1 S. 2 GWB-E erst aus der Gesetzesbegründung. Die in Nr. 1 – 5 aufgeführten gesetzlichen Kriterien (Marktbeherrschung, Finanzkraft, andere Ressourcen, vertikale Integration, Zugang zu Daten, Bedeutung für Marktzugang Dritter) als solche dürften auch eine Vielzahl nicht-digitaler konglomerater oder anders stark diversifizierter Unternehmen erfassen, und auch solche „nicht-digitalen“ Unternehmen können – anders als die Begründung zum RefE auf S. 76 ohne nähere Begründung im Gegensatz zur Regierungsbegründung zur 9. GWB-Novelle behauptet – in erheblichem Umfang auf Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB tätig sein.

Gleiches gilt für die marktübergreifende Bedeutung solcher anderer Unternehmen, z.B. von Unternehmen, die auf dem Gebiet (ebenfalls stark von Mehrseitigkeit, Netzeffekten und Daten geprägten) Märkten der Industrie 4.0 tätig sind oder sich in diese Richtung umstrukturieren. So spielen alle in § 19a Abs. 1 S. 2 GWB beschriebenen Aspekte z.B. auch bei großen Automobilunternehmen, Unternehmen die Maschinen oder Industrieanlagen erstellen, Chemieunternehmen oder Medienkonzernen eine zunehmend große Rolle. § 19a GWB-E könnte daher aufgrund der Offenheit des Gesetzestextes in der Praxis eine größere Bedeutung erlangen, als es die Begründung zum RefE beabsichtigt. Das insoweit vorgesehene Korrektiv („in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig“) ist – wie bereits ausgeführt wurde – mit Blick sowohl auf den Bezug auf § 18 Abs. 3a als auch mit Blick auf das Erheblichkeitskriterium seinerseits zu unscharf, um eine maßgebliche Hürde zu errichten.

d) Nicht nur die laut Begründung angestrebte Begrenzung der Norm auf einige wenige, große Unternehmen der digitalen Plattformwirtschaft ist aus dem Gesetzeswortlaut nicht hinreichend klar zu entnehmen. Auch was eine „überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb“ überhaupt sein soll, bleibt trotz der insoweit aufgeführten Kriterien weitgehend nebulös.

Insbesondere bleibt das Verhältnis des ÜMB-Kriteriums zur Marktbeherrschung i.S.d. § 19 GWB unklar. Eine marktbeherrschende Stellung eines ÜMB-Unternehmens auf zumindest einem Markt wird in § 19a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB-E nur als ein *mögliches* Kriterium unter mehreren Merkmalen benannt, die „insbesondere“ für die Feststellung seiner überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb relevant sein sollen. Marktbeherrschung ist explizit keine zwingende Voraussetzung für eine solche Einordnung. Im Gegenteil unterstreicht die Begründung sogar ausdrücklich, dass die Kriterien des Abs. 1 S. 2 (einschließlich der marktbeherrschenden Stellung) allesamt nur „wichtige Indizien“ seien, und führt weiter aus:

„Die Kriterien müssen nicht kumulativ erfüllt sein und mit ihrer Reihenfolge ist keine Vorgabe einer Gewichtung intendiert. Vielmehr setzt die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb eine Gesamtwürdigung der im Einzelfall für die marktübergreifende Stellung des Unternehmens relevanten Umstände voraus.“¹⁵⁰

Auf S. 75 f. der Begründung zum RefE heißt es zu § 19a Abs. 1 GWB-E allerdings auch:

„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 über Ressourcen und eine strategische Positionierung

¹⁴⁹ BegrRefE, S. 62.

¹⁵⁰ BegrRefE, S. 77 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

verfügen, die es ihnen ermöglichen, erheblichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter zu nehmen bzw. die eigene Geschäftstätigkeit in immer neue Märkte und Sektoren auszuweiten.

Eine solche überragende marktübergreifende Bedeutung erfordert eine besondere Missbrauchsaufsicht, die **nicht nur an eine etwaige, auf Einzelmärkten bereits vorliegende Marktbeherrschung** und daraus entstehende Verhaltensspielräume anknüpft, sondern den Wettbewerbsprozess auch im Hinblick auf noch nicht beherrschte Märkte weitergehend schützen kann [...].

Die Eingriffsschwelle für die neue Ermächtigungsgrundlage wird dementsprechend – anders als in den übrigen Vorschriften der Missbrauchskontrolle – durch eine marktübergreifende Betrachtung bestimmt. Hierdurch soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Unternehmen, die digitale Plattformen und Netzwerke betreiben, durch die Vorteile konglomerater Strukturen und die Besetzung für den Wettbewerb relevanter Schlüsselpositionen für verschiedene Märkte von zentraler Bedeutung sein können, **ohne notwendigerweise auf allen diesen Märkten jeweils die Schwelle zur Marktbeherrschung überschritten zu haben**.¹⁵¹

Nach alledem liegt es zwar nahe, dass ein ÜMB-Unternehmen auf mindestens einem Markt marktbeherrschend sein muss. Insbesondere spricht die Begründung mehrfach davon, dass „nicht nur“ bzw. nicht „auf allen“ eine marktbeherrschende Stellung vorliegen müsse, was darauf deutet, dass die ÜMB-Stellung ein Mehr im Verhältnis zur marktbeherrschenden Stellung ist.¹⁵² Eine zwingende gesetzliche Voraussetzung ist eine Marktbeherrschung nach dem Wortlaut aber nicht und auch die Begründung zum RefE bleibt insoweit doppeldeutig.

Es ist daher formell nicht ausgeschlossen und institutionenökonomisch sogar sehr naheliegend, dass das BKartA sich den mühsamen und fehleranfälligen Prozess der Marktabgrenzung und Marktmachtbestimmung in der Praxis ersparen und auch Unternehmen als ÜMB-Unternehmen i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB-E qualifizieren wird, die auf keinem einzigen Markt marktbeherrschend sind bzw. dass das BKartA diese Frage einfach offenlässt, wenn § 19a GWB-E Gesetz wird.

Dies würde zu einer ganz erheblichen Rechtsunsicherheit führen,¹⁵³ zumal es in Bezug auf das ÜMB-Kriterium weder auf nationaler Ebene noch auf EU-Ebene praktische Erfahrungen gibt. Genau diese befürchtete Rechtsunsicherheit war der Grund dafür, dass die Wettbewerbskommission 4.0 mehrheitlich von einem solchen neuen Kriterium abgeraten und sich dafür ausgesprochen hat, weiterhin auf das durch eine reichhaltige Praxis auf deutscher wie europäischer Ebene ausgestaltete, bekannte und bewährte Kriterium der Marktbeherrschung abzustellen. Dies sollte es insbesondere auch den Unternehmen ermöglichen, ihre Normadressateneigenschaft hinreichend sicher abzuschätzen.¹⁵⁴

e) In diesem Zusammenhang darf nicht unerwähnt bleiben, dass das Marktbeherrschungskriterium kein Selbstzweck ist. Es ist Ausdruck des kartellrechtlichen, verfassungsrechtlich durch Art. 2, 12 und 14 GG abgesicherten Grundprinzips der Selbstorganisation von Märkten. Von diesem Grundprinzip dürfen Kartellrecht und Kartellbehörden grundsätzlich nur abweichen und in das freie Spiel der Marktkräfte eingreifen, wenn der Markt nicht mehr in der Lage ist, sich

¹⁵¹ Hervorhebungen durch den Verfasser.

¹⁵² So auch *Kredel/Kresgen*, NZKart 2020, 2, 3.

¹⁵³ Vgl. auch *Wirtz* bei *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 611.

¹⁵⁴ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 52 f. Die Minderheit hatte sich für ein mehrstufiges Verfahren wie im TK-Recht bzw. (daran angelehnt) im Furman-Report ausgesprochen, a.a.O., S. 53. Auch über den Vorschlag der Minderheit geht der RefE insoweit hinaus, als er in § 19a Abs. 2 S. 5 GWB-E eine Verbindung der Verfügungen nach Abs. 1 und Abs. 2 ermöglicht.

durch wirksamen Wettbewerb selbst zu organisieren. *Deshalb* – und *nur insoweit* – trifft auch marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für den Restwettbewerb.¹⁵⁵ Eine Ausweitung der kartellbehördlichen Kontrolle und der Verantwortung der Unternehmen für den Wettbewerb auf weitere Fallkonstellationen bedarf daher einer besonders sorgfältigen Begründung und empirischen Unterfütterung, die aber für § 19a GWB-E fehlt. In diesem Kontext ist auch daran zu erinnern, dass der deutsche Gesetzgeber mit § 20 Abs. 1 und Abs. 3 GWB ohnehin schon deutlich weiter gegangen ist als der europäische.

f) Des Weiteren ist anzumerken, dass es zwar sicher richtig ist, dass auf mehrseitigen Märkten und von Netzwerkeffekten geprägten Märkten Marktmacht und Machtmissbrauch nicht isoliert für einzelne Marktseiten betrachtet werden dürfen. Vielmehr muss die gegenseitige Beeinflussung verschiedener Märkte und Marktseiten berücksichtigt werden. Doch ist es völlig unbelegt und in der Sache falsch, wenn die Begründung zum RefE in diesem Kontext behauptet, diese besonderen Gefährdungspotentiale – insbesondere in Folge verstärkter Möglichkeiten einer vertikalen und konglomeraten Ausnutzung wirtschaftlicher Macht – könnten „mit den allgemeinen Regeln der Missbrauchsaufsicht derzeit nicht hinreichend erfasst werden“.¹⁵⁶

Die BMWi-Studie hat dies zu Recht anders gesehen, darauf hingewiesen, dass das deutsche Recht mit § 20 GWB „bereits über eine Norm verfügt, welche die Interventionsschwelle für bestimmte Fallkonstellationen absenkt“ und daher lediglich punktuelle und fallgruppenspezifische Ergänzungen des § 20 GWB empfohlen, die der RefE ja auch (weit über die Empfehlungen der Studie hinausgehend) zusätzlich zu § 19a GWB-E vorsieht.

Zudem belegen die bisherige Praxis der EU-Kommission und des BKartA, dass die durch mehrseitige Plattformmärkte entstehenden Wettbewerbsprobleme sehr wohl mit den allgemeinen Regeln der Missbrauchsaufsicht hinreichend erfasst werden können. Es ist Gang und Gäbe, die gegenseitige Beeinflussung unterschiedlicher Marktseiten zu analysieren, und dieser Aspekt spielt eine große Rolle für die Praxis.

g) Nichts anderes gilt letztlich auch für das Argument der zu langen Verfahrensdauer und die Befürchtung, ein Eingreifen nach Feststellung einer Marktbeherrschung komme zu spät.¹⁵⁷ Die teilweise sehr lange Verfahrensdauer in der Digitalökonomie (z.B. beim *Google Shopping*-Verfahren) hatte ihren Grund primär in der mangelnden Erfahrung mit der digitalen Ökonomie, und in Verzögerungen durch politische Interventionen im Rahmen der Verhandlungen der Kommission über Verpflichtungszusagen. Soweit ferner Unzulänglichkeiten beim einstweiligen Rechtsschutz bestehen sollten, enthält der RefE zudem bereits eine spezielle Regelung in § 32a GWB-E, und das Problem, dass ein Eingreifen auf einem bereits beherrschten Markt ggf. zu spät sein könnte, wird bereits durch § 20 GWB (insbesondere auch durch den neuen § 20 Abs. 3a GWB-E) Rechnung getragen. Dass Regelungslücken in Bezug auf Sachverhalte bestehen, die nicht durch §§ 19 und 20 GWB i.V.m. § 32a GWB-E erfasst werden, ist weder belegt noch aus der Begründung zum RefE ersichtlich.

h) Ebenfalls nicht aus dem Gesetzeswortlaut ersichtlich ist, dass die Qualifikation als ÜMB-Unternehmen nach Abs. 1 „regelmäßig“ zeitlich begrenzt sein soll. In der Begründung zum RefE heißt es dazu auf S. 77 allerdings:

¹⁵⁵ Vgl. auch BMWi-Studie, S. 127; Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 50; Sonderberater-Bericht, S. 5 f., 61 ff.

¹⁵⁶ BegrRefE, S. 75.

¹⁵⁷ Vgl. BegrRefE, S.75: „Hintergrund ist zum einen, dass Märkte der digitalen Wirtschaft insbesondere aufgrund von Netzwerkeffekten, Datenvorteilen und damit verbundenen Selbstverstärkungseffekten starke und schnell einsetzende Konzentrationstendenzen aufweisen können, was bei Fehlentwicklungen ein frühzeitiges Eingreifen erfordert“.

„Die Feststellung nach Absatz 1 steht im Ermessen des Bundeskartellamts. Sie wird zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit regelmäßig zu befristen sein. Die Länge der Frist ist so zu bemessen, dass ein wirksames Vorgehen gegen die wettbewerblich bedenklichen Praktiken des Unternehmens, ggf. in mehreren Verfahren nach Absatz 2, möglich ist und eine nachhaltige, positive Änderung der wettbewerblichen Verhältnisse auf den betroffenen Märkten erzielt werden kann. Dabei ist auch zu beachten, dass Unternehmen mit einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung regelmäßig eine besonders starke und damit auch dauerhafte Stellung innehaben werden. Eine angemessene Frist wird daher regelmäßig zwischen 5 und nicht mehr als 10 Jahren liegen“.

Auch hierin wird *einerseits* deutlich, dass es sich bei § 19a GWB-E eher um eine regulierungsrechtliche als um eine kartellrechtliche Norm handelt, die den Gedanken der „Regulierungsperioden“ aufgreift.

Andererseits ist im Text des § 19a GWB-E selbst – anders als z. B. in § 14 Abs. 2 TKG – nicht vorgegeben, dass und für welche Zeit eine solche Befristung zu erfolgen hat. Es werden noch nicht einmal Parameter benannt, an denen sich das BKartA (oder ein Gericht) insoweit orientieren könnte. Auch eine Regelung, welche das BKartA zur regelmäßigen Überprüfung seiner „Regulierungsverfügungen“ nach § 19a GWB-E verpflichten würde, fehlt. Immerhin hat die Begründung zum RefE insoweit in der finalen Fassung nachgebessert, als (anders als in der Vorabversion vom 7. 10. 2019) nunmehr jedenfalls dort ein Rahmen von regelmäßig fünf bis zehn Jahre abgesteckt wird. Woraus sich diese Dauer ergibt, wird aber (abgesehen von der Behauptung der Dauerhaftigkeit der Position von ÜMB-Unternehmen) weder begründet noch erklärt.

Viertens ist in diesem Kontext interessant, warum das Regulierungsrecht überhaupt Regulierungsperioden vorsieht:

- Dafür spielt *zum einen* eine Rolle, dass die Regulierung nach dem TKG nur als temporärer Eingriff gedacht ist, bis der Wettbewerb so stabil ist, dass er sich unter der Aufsicht des Kartellrechts selbst reguliert. Dieser Grundsatz ist im oben zitierten „Drei-Kriterien-Test“ in § 10 TKG normiert. Eine *ex ante*-Regulierung darf danach nur soweit und solange erfolgen, wie ein Marktversagen festgestellt werden kann, dem nicht wirksam durch eine kartellrechtliche *ex post*-Kontrolle begegnet werden kann. Beide Voraussetzungen sind für die Digitalwirtschaft nicht ersichtlich. Würde es sich bei den im Fokus des § 19a GWB-E stehenden digitalen Märkten um TK-Märkte handeln, unterlägen sie mithin nach § 10 TKG keiner *ex ante*-Regulierung bzw. sie müssten aus einer solchen Regulierung entlassen werden. Der RefE geht den entgegengesetzten Weg.
- *Zum anderen* sollen die Unternehmen im TK-Bereich jedenfalls für die Dauer der Regulierungsperiode Rechtssicherheit über den für sie geltenden Regulierungsrahmen erlangen; dies ist insbesondere mit Blick auf die Entgeltregulierung und die damit verbundene Investitionssicherheit relevant. Im Kontext des TK-Rechts hat man allerdings erkannt, dass das Damoklesschwert regulierender Eingriffe die Investitions- und Innovationsbereitschaft der Unternehmen reduzieren kann. Daher hat man – in Anlehnung an das Kartellrecht – mit Art. 76 und 79 der TK-Kodex-Richtlinie 2018/1972 jüngst die Möglichkeit geschaffen, den Aufbau moderner TK-Netze mit sehr hoher Übertragungskapazität (insbes. Glasfasernetze) von einer Regulierung freizustellen, wenn sie vom SMP-Unternehmen in Kooperation mit anderen Unternehmen aufgebaut werden und entsprechende Verpflichtungszusagen gemacht werden. Diese Vorgaben sind bis 20. Dezember 2020 ins TKG umzusetzen. Der RefE zum GWB geht auch hier den entgegengesetzten Weg und etabliert eine *ex ante*-Regulierung in einem Sektor, der

wesentlich komplexer und weit weniger erforscht ist als der Telekommunikationssektor und dessen Regulierungsbedürftigkeit alles andere als klar ist.

In der Summe hinterlässt § 19a Abs. 1 GWB-E *erstens* auch mit Blick auf die Frage der Befristung den Eindruck erheblicher Unsicherheit des Gesetzgebers und ohne Not erzeugt Rechtsunsicherheit zulasten der Unternehmen.

Zweitens erscheint die in der Begründung zum RefE nunmehr genannte regelmäßige Befristungsdauer der ÜMB-Feststellung von fünf bis zehn Jahren gerade mit Blick auf die Dynamik der digitalen Ökonomie als zu lang. Zum Vergleich: Im TK-Sektor dauern die Regulierungsperioden derzeit drei Jahre und sollen ab 2021 auf fünf Jahre verlängert werden. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Laufzeit der Feststellungen nach § 19a Abs. 1 GWB-E gesetzlich auf höchstens fünf Jahre zu begrenzen. Zudem sollte eine Regelung aufgenommen werden, durch welche das BKartA verpflichtet wird, seine Feststellungsentscheidung zu überprüfen und ggf. abzuändern, wenn eine maßgebliche Änderung der Umstände eintritt. Schließlich sollte klargestellt werden, dass Verfügungen nach Abs. 2 außer Kraft treten, wenn der ÜMN-Status eines Unternehmens i.S.v. Abs. 1 ausläuft oder aufgehoben wird.

i) Die große Unbestimmtheit und Rechtsunsicherheit, die durch § 19a Abs. 1 GWB-E ausgelöst würde, wird schließlich auch nicht dadurch kompensiert, dass die Entscheidung darüber, wer für wie lange als ÜMB-Unternehmen anzusehen und damit der Regulierung nach § 19a Abs. 2 GWB-E unterworfen ist, nicht bereits aus dem Gesetz selbst folgt, sondern in das Ermessen des BKartA gestellt ist. Im Gegenteil:

Diese Ausgestaltung des § 19a Abs. 1 GWB-E verhindert zwar *einerseits noch* größere Rechtsunsicherheit, indem sie kein unmittelbar wirkendes Verbot normiert, so dass potentielle ÜMB-Unternehmen zumindest nicht damit rechnen müssen, durch eine unmittelbar auf § 19a GWB-E abstellende Privatklage überrascht zu werden. Doch erscheint *andererseits* fraglich, ob es sachgerecht und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar ist, es in die Hände des BKartA zu legen, sich selbst zur Aufsicht über bestimmte Unternehmen zu ermächtigen.

§ 19a Abs. 1 GWB-E macht die Entscheidung darüber, wer Normadressat ist, nicht von der Erfüllung bestimmter, gesetzlich konkretisierter Tatbestandsmerkmale in Gestalt unbestimmter Rechtsbegriffe (wie „Marktbeherrschung“ i.S.d. § 18 GWB) abhängig, sondern benennt ausweislich der Begründung lediglich „Indizien“¹⁵⁸, die insoweit eine Rolle spielen *können* und vom BKartA im Rahmen einer „Gesamtwürdigung der im Einzelfall für die marktübergreifende Stellung des Unternehmens relevanten Umstände“ beurteilt werden *sollen*.¹⁵⁹

Hiermit sind auch Fragen in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle der Ermessensentscheidung des BKartA nach § 71 Abs. 5 GWB (§ 76 Abs. 5 GWB-E) aufgeworfen. Wie weit die gerichtliche Ermessenskontrolle reicht, ist bereits im Allgemeinen stark umstritten.¹⁶⁰ Nach h.M. ist in Deutschland gemäß § 71 Abs. 5 S. 1 GWB zwar auch eine gerichtliche Zweckmäßigkeitkontrolle statthaft,¹⁶¹ doch könnte gerade mit Blick auf das ÜMB-Kriterium die Frage auftreten, ob es sich bei der diesbezüglichen Gesamtwürdigung durch das BKartA nicht um eine „Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung“ handelt, die nach § 71 Abs. 5 S. 2 GWB der Nachprüfung durch das Gericht entzogen ist. Die Begründung zum RefE schweigt hierzu.

¹⁵⁸ BegrRefE, S. 77.

¹⁵⁹ BegrRefE, S. 77.

¹⁶⁰ Vgl. dazu etwa *Bechtold*, GWB, 9. Aufl. 2018, § 71 Rn. 20.; *Lembach*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 71 GWB Rn. 68; *K. Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 71 GWB Rn. 35.

¹⁶¹ *Lembach*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 71 GWB Rn. 68; a.A. *K. Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 71 GWB Rn. 37.

Die Unbestimmtheit und Weite des § 19a GWB-E (Abs. 1 wie Abs. 2) wirft zudem nicht nur Bedenken hinsichtlich der Handhabbarkeit der Norm, sondern auch verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot und den Vorbehalt des Gesetzes auf. Zwar sind unbestimmte Rechtsbegriffe im Grundsatz zulässig und auch funktionsnotwendig. Das gilt auch und gerade für das Kartellrecht, das häufig originär ökonomische Begrifflichkeiten implementiert und verrechtlicht. Doch gilt dies nicht grenzenlos. „Eine die Handlungsfreiheit einschränkende Vorschrift darf“, wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung betont, „nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht so unbestimmt sein, daß das Verbot einer Betätigung praktisch in das unüberprüfbare Ermessen der Verwaltung gestellt wird“.¹⁶² Ob § 19a GWB-E diesem Anspruch gerecht wird, erscheint zweifelhaft. Selbst Befürworter der Regelung zweifeln jedenfalls daran, dass auf der Basis des Abs. 2 ergehende *ex ante*-Verfügungen hinreichend bestimmt formulieren lassen, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen.¹⁶³

j) Schließlich bleibt mit Blick auf den gerichtlichen Rechtsschutz auch unklar, ob eine Verfügung nach Abs. 1 GWB-E überhaupt separat gerichtlich angegriffen werden kann. Die Begründung zum RefE schweigt hierzu und hält lediglich allgemein fest „Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen Verfügungen des Bundeskartellamtes nach § 19a ergibt sich aus § 63 Absatz 1“.¹⁶⁴

Für eine separate Angreifbarkeit einer Verfügung nach § 19a Abs. 1a GWB-E spricht, dass sie eine Belastung darstellt, weil sie ihren Adressaten zum ÜMB-Unternehmen erklärt. Das Unternehmen wird dadurch für die in der Verfügung vorgesehene Dauer (oder sogar unbefristet) der Regulierung nach § 19a Abs. 2 GWB-E unterworfen und ihm wird die Darlegungs- und Beweislast für die Nichterfüllung der Tatbestände des Abs. 2 auferlegt.

Allerdings könnte die separate Angreifbarkeit mit Blick darauf in Zweifel gezogen werden, dass die Qualifizierung als SMP-Unternehmen nach § 11 TKG als nicht separat angreifbarer, lediglich vorbereitender Vorbereitungsakt angesehen wird.¹⁶⁵

Andererseits ist zu bedenken, dass das Regulierungsrecht die Belastungen durch Regulierungsmaßnahmen durch die gesetzliche Vorgabe bestimmter Regulierungsperioden zeitlich begrenzt, während eine solche Regelung bei § 19a GWB-E gerade fehlt. Jedenfalls dann, wenn die Verfügung nach § 19a Abs. 1 GWB-E für eine sehr lange Dauer oder sogar unbefristet erfolgt, muss daher eine separate Angreifbarkeit möglich sein, mittels derer die Unternehmen sich vom Dammkesselschwert einer Regulierung nach § 19a Abs. 2 GWB-E befreien und Rechtssicherheit über ihren Status erlangen können. Allerdings könnte ein Rechtsschutz gegen eine Verfügung nach Abs. 1 faktisch leerlaufen, wenn es bei § 19a Abs. 2 S. 5 GWB-E bleibt und die Entscheidung nach Abs. 1 sogleich mit einer solchen nach Abs. 2 verbunden wird.

k) Zu guter Letzt sei angemerkt, dass sich die Regulierungskompetenz nach § 19a GWB-E auch für das BKartA als Danaergeschenk erweisen könnte. Die in regelmäßigen Abständen neu zu treffende Entscheidung über Regulierungsbedürftigkeit und Regulierungsadressaten (Abs. 1), aber auch die Überwachung der Einhaltung der Regulierungsmaßnahmen (Abs. 2) dürften erhebliche Ressourcen binden, die vermutlich besser in eine konsequente Missbrauchsverfolgung nach §§ 19 oder 20 GWB investiert wären. Dies gilt umso mehr, weil angesichts der großen Vagheit der Tatbestände und der zugleich massiven Eingriffsbefugnisse nach § 19a GWB-E damit zu rechnen ist, dass sich den Regulierungsverfügungen regelmäßige aufwendige und langdauernde Gerichtsverfahren anschließen dürften.

¹⁶² BVerfGE 80, 137, 161 mit Verweis auf BVerfG 6, 32, 32.

¹⁶³ S. Höppner, WuW 2020, 71, 77 mit Verweis auf das auch in § 37 VwVfG normierte Bestimmtheitsgebot.

¹⁶⁴ BegrRefE, S. 76.

¹⁶⁵ Vgl. Kirchner/Mayen/Käseberg, in: Scheurle/Mayer, TKG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 57 und § 11 Rn. 36; Mayen, ebenda, § 13 Rn. 43 ff.

3. § 19a Abs. 2 GWB-E – allgemeine Aspekte, insbesondere Beweislast

a) § 19a Abs. 2 GWB-E enthält einen – wie die Begründung unterstreicht – in Bezug auf § 19a GWB *abschließenden* Katalog von Untersagungstatbeständen in Bezug auf Verhaltensweisen, die nach dem Dafürhalten der Begründung „gerade dann ein gesteigertes wettbewerbliches Schädigungspotential aufweisen, wenn sie von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung eingesetzt werden“.¹⁶⁶ Der Grund dafür sei, dass solche Unternehmen in besonderer Weise die Möglichkeit hätten, „ihre Machtstellungen und Ressourcen aus anderen Märkten dazu einzusetzen, den Leistungswettbewerb auf weiteren Märkten einzuschränken, dadurch ihre dortige Marktstellung ebenfalls zu befördern und so schließlich ihre marktübergreifende Bedeutung insgesamt weiter zu vertiefen“.¹⁶⁷ Letztlich geht es also um eine Verhinderung von Marktmachttransfers (leveraging). Inwieweit diese Behauptungen zutreffen, ist bei den einzelnen Tatbeständen zu untersuchen.

b) „Zur Gewährleistung einer hinreichenden Rechtssicherheit für Unternehmen“, sei § 19a GWB-E, so die Begründung weiter, „derart ausgestaltet, dass ein missbräuchliches Verhalten im Sinne des Absatzes 2 erst verboten ist, wenn das Bundeskartellamt durch Verfügung die überragende marktübergreifende Bedeutung des betroffenen Unternehmens ausdrücklich feststellt und den Missbrauch untersagt“.¹⁶⁸ „Die vorgesehenen Verbote gelten für die Normadressaten also nicht unmittelbar, sondern erst nach einer Verfügung des Bundeskartellamts, die die vom Verbot erfassten Verhaltensweisen und die betroffenen Märkte im Einzelfall konkretisiert“.¹⁶⁹ Sie könnten allerdings im Einzelfall auch nach den parallel anwendbaren §§ 19 oder 20 GWB bereits kraft Gesetzes verboten sein.¹⁷⁰

Durch die *ex nunc*-Wirkung der Kartellamtsverfügungen wird zwar ein gewisses Maß an Rechtssicherheit hergestellt. So sind weder Bußgelder für die Vergangenheit möglich, noch kann ein Mehrerlös abgeschöpft oder eine Rückzahlung nach § 32 Abs. 2a GWB angeordnet werden (der daher von der Verweisung in § 19a Abs. 2 S. 4 GWB-E ausgenommen ist). Auch private Kläger können sich erst auf die Verfügung des BKartA nach Abs. 2 berufen und nicht z.B. aufgrund der Verfügung nach § 19a GWB-E Schadensersatz für die Zeit vor deren Erlass geltend machen.

Diese gewisse Maß an Rechtssicherheit besteht allerdings angesichts der großen Unbestimmtheit und Weite der Tatbestände des § 19a GWB-E *einerseits* allenfalls ab dem Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung. *Andererseits* bleiben nach § 19a Abs. 3 GWB-E daneben §§ 19, 20 GWB in vollem Umfang als unmittelbar geltende Verbote anwendbar. Insoweit liegt es für private Kläger (trotz unterschiedlicher Regelung der Darlegungs- und Beweislast) nahe, den Versuch zu unternehmen, eine Verfügung des Amtes nach § 19a Abs. 2 GWB-E zum Anlass zu nehmen, einen Verstoß gegen § 19 oder § 20 GWB auch bereits für die Zeit vor Erlass der Verfügung zu behaupten und sich dafür die Argumentation des BKartA aus der Verfügung nutzbar zu machen.¹⁷¹

c) Als besonders problematisch erweist sich in diesem Kontext die Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast. Diese bezieht sich zwar nach § 19a Abs. 2 S. 2 und 3 GWB-E ausdrücklich nur auf die sachliche Rechtfertigung der in § 19a Abs. 2 S. 1 GWB-E beschriebenen

¹⁶⁶ BegrRefE, S. 76.

¹⁶⁷ BegrRefE, S. 76.

¹⁶⁸ BegrRefE, S. 76.

¹⁶⁹ BegrRefE, S. 78.

¹⁷⁰ BegrRefE, S. 78.

¹⁷¹ Vgl. auch *Steinberg/Wirtz*, WuW 2019, 606, 610: Ein *private enforcement* durch behinderte Unternehmen ist denkbar, weil erstens § 19a RefE nicht die Anwendung von §§ 19, 20 GWB ausschließt und zweitens nach Bestandskraft der Verfügung nach § 19a Abs. 2 RefE auch ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gemäß § 33 Abs. 1 GWB besteht“.

Verhaltensweisen. Doch sind die Tatbestände des § 19a Abs. 2 S. 1 *einerseits* so weit formuliert, dass sie nicht nur typischerweise wettbewerbswidrige Praktiken umfassen, sondern vielmehr Verhaltensweisen beschreiben, die wettbewerbslich ambivalent oder sogar unter normalen Umständen wettbewerbslich legitim (und deshalb nicht nach §§ 19 oder 20 GWB verboten) sind.

Andererseits betont die Begründung zum RefE, dass „die in Absatz 2 Satz 1 genannten Verhaltensweisen, wenn sie durch Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung praktiziert werden, typischerweise von einer hohen Schädlichkeit für den Wettbewerb sind und die marktübergreifende Machtstellung dieser Unternehmen weiter verfestigen können“. Dies, so die Begründung weiter, rechtfertigte es, „die einzelnen Missbrauchstatbestände vergleichbar einer widerleglichen Vermutung zu regeln“.¹⁷² Dies kann dazu führen, dass die ÜMB-Unternehmen nicht nur (wie regelmäßig in Fällen des §§ 19 und 20 GWB) die vom BKartA nachgewiesene Unbilligkeit oder Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens widerlegen *dürfen*, sondern dass sie den negativen Beweis dafür erbringen *müssen*, dass ihr Verhalten auch für ein ÜMB-Unternehmen nicht unbillig oder sonst wettbewerbswidrig ist. Die ÜMB-Unternehmen müssen also eine „Unschuldsbeweis“ erbringen.

Zumindest unklar ist in diesem Kontext auch, dass die Begründung zum RefE *einerseits* betont, diese Beweislastregelung könne dazu führen, dass ein *non liquet* am Ende des Verfahrens zu Lasten der ÜMB-Unternehmen gehe (diese also die materielle Beweislast tragen), *andererseits* aber gleich im nächsten Satz betont, dass den ÜMB-Unternehmen eine „Beweislastumkehr in formeller und materieller Hinsicht“ zumutbar sei.¹⁷³

Die Prüfung dieser Rechtfertigungsgründe erfolgt nach der Begründung zum RefE zudem wie stets „durch eine Interessenabwägung im Lichte der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes“. Dabei sei allerdings, so die Begründung weiter,

„dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Sondertatbestände des Absatzes 2 Satz 1 in besondere Maße von dem Bestreben getragen sind, nicht von Leistungswettbewerb getragenen Konzentrations- und Expansionstendenzen auf Märkten entgegenzuwirken, auf denen Netzwerkeffekte diese stark befördern und beschleunigen und die daher eine Neigung zur Entstehung und Ausweitung von wirtschaftlichen Machtstellungen aufweisen. Insofern ist bei der Interessenabwägung den langfristigen Gesetzeszielen der Begrenzung wirtschaftlicher Machtstellungen, der Offenhaltung von Märkten und des Schutzes wettbewerbslicher Prozesschancen regelmäßig ein besonderes Gewicht einzuräumen gegenüber insbesondere kurzfristigen Effizienzen zugunsten der betroffenen Unternehmen und der Verbraucher“.¹⁷⁴

Mit anderen Worten: Es soll ein eher strenger und hinsichtlich einer möglichen Rechtfertigung restriktiver Maßstab anzulegen sein, weil die in Abs. 2 aufgeführten Verhaltensweisen nach dem Dafürhalten des RefE besonders gefährlich für den Wettbewerb sind.

Als Legitimation für diese Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast führt die Begründung zum RefE an:

„Die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung obliegt insoweit den Normadressaten, zu deren Lasten damit ein *non liquet* am Ende des Verfahrens geht. Eine solche Regelung zur Beweislastumkehr in formeller und materieller Hinsicht ist **den Unternehmen zumutbar, weil** es sich bei den in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründen **regelmäßig um Informationen** handelt, die **aus der Sphäre des**

¹⁷² BegrRefE, S. 80 (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁷³ BegrRefE, S. 80.

¹⁷⁴ BegrRefE, S. 80.

Unternehmens stammen, dort vorliegen und sich beispielsweise aus internen Strategieunterlagen ergeben werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die **Belastung der Unternehmen durch die Beweislastumkehr begrenzt** ist, weil die in Absatz 2 aufgeführten **Verhaltensweisen nicht unmittelbar verboten** sind, sondern zunächst dem Missbrauchsprinzip unterworfen sind und erst in Verbindung mit einer kartellbehördlichen Verfügung unmittelbare Geltung für die Unternehmen entfalten, indem sie in Bezug auf konkret zu benennende Verhaltensweisen aktiviert werden. Die **Beweislastumkehr ist hier auch in sachlicher Hinsicht angebracht, weil** die in Absatz 2 Satz 1 genannten **Verhaltensweisen, wenn sie durch Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung praktiziert werden, typischerweise von einer hohen Schädlichkeit für den Wettbewerb sind** und die marktübergreifende Machtstellung dieser Unternehmen weiter verfestigen können. Dies rechtfertigt es, die einzelnen Missbrauchstatbestände vergleichbar einer widerleglichen Vermutung zu regeln. Dies soll in der Praxis einen erheblichen **Effektivitätsgewinn bei der Anwendung der Norm** gegenüber §§ 19 und 20 GWB bringen. Nach diesen allgemeinen Vorschriften können die hier adressierten Verhaltensweisen ebenfalls verboten sein; das Bundeskartellamt kann insoweit aber in weiten Teilen keine Beweislastumkehr zugrunde legen, sondern muss beispielsweise die Unbilligkeit einer Verhaltensweise positiv ermitteln und darlegen¹⁷⁵.

d) § 19a GWB-E nimmt damit auch mit Blick auf die Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der Missbrauchsaufsicht eine Sonderstellung im System des GWB ein. Bei der Missbrauchsaufsicht handelt es sich um staatliche Eingriffsverwaltung. Staatliche Eingriffe in die Handlungs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit (Art. 2, 12 und 14 GG) sind nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Für das Behördenverfahren gilt daher im Grundsatz nach § 57 GWB der Amtsermittlungsgrundsatz. Die Behörde darf eine Verhaltensweise regelmäßig nur untersagen, wenn sie einen Kartellrechtsverstoß darlegt und beweist.

Das gilt nicht nur für Verfügungen, die Feststellungen mit Wirkung für die Vergangenheit entfalten, sondern selbstverständlich auch – ja sogar erst recht – für in die Zukunft gerichtete, belastende Eingriffe mit *ex nunc*-Wirkung, die auf einer bloßen Prognose basieren. Für solche Eingriffe stellt auch die Rechtsprechung (etwa in der Fusionskontrolle) angesichts der Prognosen inhärenten Unsicherheiten sogar besonders strenge Anforderungen.¹⁷⁶ Dass Verfügungen nach § 19a Abs. 2 GWB-E nur für die Zukunft wirken, ist daher für sich genommen nicht geeignet, eine Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast zu legitimieren.

Gleiches gilt für den Befund, dass es für die Behörde bequemer ist und die Effektivität der behördlichen Durchsetzung erhöht. Die Erhöhung der Effektivität der Rechtsdurchsetzung ist zwar ein für die Begründung der Beweislastumkehr potentiell relevanter Faktor, reicht aber für sich genommen nicht dafür aus.

Regelungen, welche der Behörde den Nachweis eines Kartellrechtsverstoßes erleichtern oder sogar die Beweislast zulasten der Unternehmen umkehren, sind daher auch im System der Missbrauchsaufsicht des GWB seltene Ausnahmen:

- § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB (Preis- und Konditionenspaltung) normiert eine partielle Umkehr der Beweislast in einem Fall, in welchem ein und dasselbe Unternehmen auf vergleichbaren Märkten unterschiedliche Preise oder Konditionen fordert. In einem solchen Fall liegt *erstens* die Vermutung einer Wettbewerbswidrigkeit nahe und *zweitens* bildet das eigene, in seiner Sphäre liegende Verhalten des Marktbeherrschers den

¹⁷⁵ BegrRefE, S. 80 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹⁷⁶ Vgl. etwa EuGH 10.7.2008, Rs. C-413/06 P, ECLI:EU:C:2008:392 Rn. 61 ff. – *Bertelsmann und Sony/Impala*.

Vergleichsmaßstab. Trotzdem hat der BGH § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB nicht im Sinne einer vollständigen Umkehrung der formellen und materiellen Beweislast interpretiert, sondern dem Marktherrscher lediglich eine gesteigerte Mitwirkungspflicht im Rahmen der Amtsermittlung auferlegt. D.h. die Kartellbehörde muss zunächst alle ihr zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten ausschöpfen; nur wenn danach noch unklar ist, ob die Preis- oder Konditionenspaltung gerechtfertigt ist (*non liquet*), geht dies zu Lasten des Unternehmens.¹⁷⁷ Den Marktbeherrscher trifft also nur die materielle Beweislast.¹⁷⁸

- In Fällen des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB (EFD) muss die Kartellbehörde zunächst nachweisen, dass die engen Voraussetzungen der EFD vorliegen. Erst dann gilt eine Vermutung, dass die Zugangsverweigerung unbillig ist, welche der Inhaber durch Nachweis der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Zugangsgewährung widerlegen muss. Die Reichweite dieser Beweislastumkehr ist zudem nach wie vor umstritten. So ist etwa unklar, wer die Angemessenheit des angebotenen Entgelts beweisen muss.¹⁷⁹
- § 20 Abs. 3 S. 2 GWB (Verkauf unter Einstandspreis) behandelt wiederum eine klar umrissene und einfach feststellbare Fallgruppe. Ob die Beweisumkehr in diesem Fall sachlich legitimiert ist, ist allerdings ebenso umstritten, wie die rechtspolitische Legitimation dieser eher der Konservierung einer bestimmten Marktstruktur als dem Schutz des Leistungswettbewerbs dienenden Norm insgesamt.
- § 29 Nr. 1 GWB (Preis- oder Konditionenmissbrauch im Energiebereich) regelt wiederum eine nur sehr begrenzte und nur das behördliche Untersagungsverfahren betreffende Beweiserleichterung in dem Sinne, dass die Unternehmen (wie bei § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB) zwar eine gesteigerte Mitwirkungspflicht und die materielle Beweislast im Falle eines *non liquet* trifft, es aber im Übrigen beim Amtsermittlungsgrundsatz bleibt.¹⁸⁰ § 29 GWB ist zudem eine nur befristet geltende Sonderregelung.

Letztlich handelt es sich bei all diesen Ausnahmeregelungen um sehr spezielle (oft auch rechtspolitisch umstrittene) Tatbestände, die *erstens* einen vergleichsweise engen und speziellen, klar umrissenen Anwendungsbereich haben, *zweitens* Verhaltensweisen betreffen, bei denen ein Wettbewerbsverstoß besonders nahe liegt oder – wie im Falle der EFD – aufgrund ganz besonderer Umstände anzunehmen ist und bei denen *drittens* die Fakten, welche die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes widerlegen könnten, letztlich nur dem Normadressaten zur Verfügung stehen. Selbst in diesen Fällen wird den Unternehmen zudem *viertens* regelmäßig nicht die volle formelle und materielle Beweislast auferlegt, sondern nur die materielle Beweislast für den Fall eines *non liquet*.

Im Rahmen des § 19a GWB-E kommt daher entscheidendes Gewicht der Behauptung des RefE zu, dass die in Abs. 2 beschriebenen Verhaltensweisen für den Wettbewerb besonders gefährlich seien. Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht pauschal beurteilen, sondern ist für die fünf Einzelatbestände jeweils gesondert zu überprüfen. Dabei sollte mit Blick auf den Ausnahmecharakter der Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast und im Lichte der Grundrechte der Unternehmen ein strenger Maßstab angelegt werden. Dies gilt auch mit Blick auf die sehr weitreichenden, durch die Umsetzung der ECN+-Richtlinie mit der 10. GWB-Novelle nochmals gestärkten Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes.

¹⁷⁷ Bechtold, GWB, 9. Auflage 2018, § 19 Rn. 65.

¹⁷⁸ St. Rspr., z.B. BGH 22.7.1999, Az. KVR 12/98 (KG), NJW 2000, 76 – *Flugpreisspaltung*.

¹⁷⁹ Vgl. dazu Bechtold, GWB, 9. Auflage 2018, § 19 Rn. 76.

¹⁸⁰ Vgl. Körber, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auf. 2014, § 29 GWB Rn. 113 ff.

Die weitere Behauptung des RefE, dass die Beweislast den ÜMB-Unternehmen zumutbar sei, weil die Nachweise regelmäßig in deren Sphäre lägen, bedarf ebenfalls einer differenzierten Betrachtung, weil die Unternehmen zwar besonders gut über sich selbst Bescheid wissen. Dieses Wissen reicht aber regelmäßig nicht aus, um das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung umfassend zu bewerten, weil diese Bewertung nicht nur vom Verhalten der Unternehmen selbst, sondern auch von den Marktumständen abhängt. Den sehr umfassenden Ermittlungsbefugnissen des BKartA stehen insoweit bei weitem nicht so weitreichende Erkenntnismöglichkeiten der Unternehmen gegenüber, weil auch ÜMB-Unternehmen z. B. regelmäßig keinerlei Zugriff auf Unternehmensdaten anderer Marktteilnehmer haben. Es dürfte den Unternehmen auch deutlich schwerer fallen, aussagekräftige Marktstudien etc. durchzuführen, weil die Wettbewerber oder Marktpartner – anders als bei vergleichbaren Ermittlungen des BKartA – keinen Anreiz hätten, dazu beizutragen. Dies gilt erst recht mit Blick darauf, dass die Eingriffe nach § 19a GWB-E letztlich auf prognostischen Entscheidungen über die Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen basieren, durch welche Wettbewerbsbeschränkungen gleichsam präventiv verhindert werden sollen.

e) Unbeschadet der Analyse der einzelnen Untersagungstatbestände erscheint es daher jedenfalls als unverhältnismäßig, ÜMB-Unternehmen, wie die Begründung zum RefE auf S. 80 andeutet, sogar die formelle Beweislast aufzuerlegen. Die Beweislast der Unternehmen sollte sich, soweit eine Beweislastumkehr in Bezug auf den betreffenden Tatbestand überhaupt gerechtfertigt erscheint, allenfalls – wie bei den anderen zitierten GWB-Normen – auf die materielle Beweislast für den Fall eines *non liquet* sowie auf Darlegung und Nachweis von Rechtfertigungsgründen (also etwa einem Verbot entgegenstehenden Verbrauchervorteilen und Effizienzen) beschränken. Soweit die Begründung zum RefE weiter geht bzw. sich missverständlich ausdrückt, sollte sie korrigiert bzw. klargestellt werden.

4. § 19a Abs. 2 GWB-E – einzelne Untersagungstatbestände

a) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB-E (Selbstbegünstigung)

aa) Die Ermächtigung zur Untersagung der Selbstbegünstigung durch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB-E („*beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote*“) folgt im Grundgedanken Empfehlung 10 der Wettbewerbskommission 4.0. Diese hatte eine ähnliche Regelung allerdings als Teil einer EU-Plattformverordnung und nur gegenüber marktbeherrschenden Plattformunternehmen angeregt. Vorbild war die *Google Shopping*-Entscheidung der EU-Kommission,¹⁸¹ auf welche sich auch die Begründung des RefE beruft.¹⁸² Ein besonderes Schädigungspotential sieht die Begründung in dem Beitrag der Selbstbegünstigung, zu „einer weiteren Festigung oder einem Ausbau der marktübergreifenden Machtstellung des Unternehmens Vorschub zu leisten“.¹⁸³

bb) Die *Google Shopping*-Entscheidung ist allerdings in der Literatur auf Kritik gestoßen¹⁸⁴ und derzeit Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof in Gestalt des Gerichts. Art. 102 AEUV enthält nach traditioneller Lesart zwar ein Diskriminierungsverbot, aber kein Verbot der Selbstbegünstigung. Die Entscheidung *Google Shopping* basiert insoweit auf einer neuartigen, ungesicherten Schadenstheorie der Kommission und betrifft zudem einen sehr spezifischen Sachverhalt, in welchem sich das Schädigungspotential nicht bereits aus einem mutmaßlichen „marktübergreifenden Charakter“ von Google ergab. Die BMWi-Studie weist daher explizit darauf hin, dass die *Google Shopping*-Entscheidung insoweit (selbst wenn sie vor dem Gerichtshof Bestand hätte) nicht verallgemeinerungsfähig sei:

¹⁸¹ BegrRefE, S. 78.

¹⁸² KOMM., 27. 6. 2017, Fall AT.39740 – *Google Shopping*.

¹⁸³ BegrRefE, S. 78.

¹⁸⁴ Vgl. etwa *Körper*, NZKart 2015, 415 ff. (zu den Beschwerdepunkten).

„Ein allgemeines Selbstbegünstigungsverbot für marktbeherrschende vertikal integrierte Plattformen lässt sich der Entscheidung [Google Shopping] jedoch nicht entnehmen. Die Entscheidung betraf vielmehr einen Sachverhalt, in dem die Priorisierung des eigenen „comparison shopping“-Dienstes zwar einerseits nachweislich erhebliche Auswirkungen auf das Verbraucherverhalten hatte, andererseits aber durch das Verbraucherverhalten nicht kontrolliert wurde: Unabhängig davon, ob Verbraucher bei unverfälschtem Wettbewerb Google Shopping oder einen anderen „comparison shopping“-Dienst bevorzugt hätten, führte die Selbstbevorzugung nicht zu einer Abwanderung von Verbrauchern zu anderen Suchmaschinen. Das Verhalten, mit dem Google sich einen entscheidenden Vorteil auf dem angrenzenden Markt verschaffte, entsprach nicht den Erwartungen der Nutzer, dass die Suchergebnisse nach Maßgabe der Nutzerrelevanz geordnet angezeigt würden (siehe u.a. Rn. 535), war aber gleichwohl der Disziplinierung im Wettbewerb entzogen, da die Nutzer trotz Anzeige eines Hinweises („Sponsored“/„Anzeige“) die Selbstbegünstigung nicht als solche erkannt haben (Rn. 536)“.¹⁸⁵

cc) Dass das *Google Shopping*-Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof kein „Selbstläufer“ für die Kommission sein dürfte, macht auch die Rechtsprechung des deutschen BGH deutlich, der wiederholt entschieden hat, dass die Bevorzugung von Tochterunternehmen innerhalb eines Konzerns grundsätzlich erlaubt sei.¹⁸⁶ Ein Verbot der Selbstbevorzugung war bisher auf das Regulierungsrecht (Zugang zu Telekommunikations-, Energie- und Bahnnetzen) und auf bestimmte Anwendungsfälle der EFD beschränkt. Darauf, dass das Kartellrecht grds. kein Verbot der Selbstbevorzugung kennt, hatte auch die BMWi-Studie hingewiesen und betont, dass eine solche Selbstbevorzugung auch kaum kontrollierbar wäre.¹⁸⁷ Ganz abgesehen davon, dass es unglücklich erscheint, der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im *Google Shopping*-Verfahren auf nationaler Ebene vorzugreifen und insoweit (möglicherweise dem vom EuGH ausjudizierten EU-Recht widersprechende) „vollendete Tatsachen“ zu schaffen.

dd) Die P2B-VO 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten¹⁸⁸ hat die Problematik der Selbstbevorzugung zwar ebenfalls aufgegriffen. Sie verfolgt aber einen anderen Lösungsansatz und setzt in ihrem Art. 7 Transparenz auf die Verpflichtung der Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten (also Plattformen) zur Offenlegung der Differenzierungskriterien.¹⁸⁹

ee) In der Summe lässt sich feststellen, dass die Ermächtigung des BKartA zur Untersagung der Selbstbevorzugung ein eher regulierungsrechtlicher Ansatz ist, der zwar auf den ersten Blick einen vergleichsweise überschaubaren Anwendungsbereich hat, aber vage wird, wenn man sich von Muster der *Google Shopping*-Entscheidung löst. Dass die bloße Ungleichbehandlung von Wettbewerbern gegenüber Konzernunternehmen auch in anderen Konstellationen typischerweise „besonders gefährlich für den Wettbewerb“ sein soll, liegt allenfalls für EFD-Sachverhalte nahe, die aber bereits durch § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB erfasst werden. Dies gilt umso mehr, als § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB-E seinem Wortlaut nach eine rein objektive Selbstbevorzugung

¹⁸⁵ BMWi-Studie, S. 102.

¹⁸⁶ BGH, 24. 10. 2011, Az. KZR 7/10, GRUR 2012, 84 Rn. 31 – *Telefon- und Branchenverzeichnisse*: „Die Kl. kann sich unter dem Aspekt der Ungleichbehandlung nicht darauf berufen, dass die Bekl. sie nicht mehr beliefert, wohl aber die PVN. Die PVN bildet als Konzernunternehmen der Bauer Media Group mit der Bekl. eine wirtschaftliche Einheit. Sie kann deshalb gegenüber der Kl. nicht als gleichartiges Unternehmen angesehen werden“; vgl. auch BGH, 24. 9. 2002, Az. KZR 4/01, GRUR 2003, 167, 168 = WuW/E DE-R 1003, 1004 – *Kommunaler Schilderprägebetrieb*; BGH, 31. 1. 2012, Az. KZR 65/10, NJW 2012, 2110 Rn. 15 = WuW/E BGH 2360, 2365 – *Freundschaftswerbung*.

¹⁸⁷ BMWi-Studie, S. 99 f.

¹⁸⁸ VO 2019/1150, ABl. 2019 L 186/57.

¹⁸⁹ Dazu auch *Polley/Pesch/Tönnies*, WuW 2019, 494, 498.

ausreichen lässt und noch nicht einmal (wie andere Tatbestände der Norm) explizit das Erfordernis einer Wettbewerbsbehinderung benennt.

Letztlich bleibt der RefE den Nachweis dafür schuldig, dass eine typische Gefährlichkeit der Selbstbevorzugung für den Wettbewerb bereits aus einer ÜMB-Stellung folgt (und wann eine solche Stellung überhaupt anzunehmen ist). Dafür wäre es auch nach dem Dafürhalten der BMWi-Studie mindestens erforderlich, dass der Markt nicht in der Lage wäre, trotz Selbstbevorzugung durch ein ÜMB-Unternehmen wirksamen Wettbewerb sicherzustellen. Dies wurde im *Google Shopping*-Fall (in zudem zweifelhafter Weise) aus ganz besonderen, nicht verallgemeinerungsfähigen Umständen abgeleitet.

Unklar bleibt auch, warum insoweit eine Sonderregelung gerade für die digitale Ökonomie erforderlich sein soll, während die Selbstbevorzugung für alle andere Wirtschaftsbereiche nach der ständigen Rechtsprechung des BGH grundsätzlich legal bleiben soll. Die Begründung zum RefE erklärt auch diese Differenzierung nicht.

Solange eine typische Gefährlichkeit aber nicht erwiesen ist und auch der Nachweis aussteht, dass die *Google Shopping*-Entscheidung *erstens* richtig und *zweitens* – entgegen der Einschätzung der BMWi-Studie – verallgemeinerungsfähig ist, fehlt die Legitimation einer Beweislastumkehr für die in § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB-E beschriebene Fallgruppe.

Der Umstand allein, dass der Nachweis für das BKartA schwierig ist, reicht für eine Beweislastumkehr nicht aus, zumal die Kartellbehörden auch in Verfahren nach §§ 19, 20 GWB oder Art. 102 AEUV unter Geltung des Amtsermittlungsgrundsatzes umfangreiche Informationen von den Unternehmen einfordern können und dies auch regelmäßig (u. a. im *Google Shopping*-Verfahren) getan haben.

ff) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei § 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB-E letztlich um einen Fall missbräuchlicher Ausnutzung von Intermediationsmacht handelt. Insoweit hat der RefE aber bereits in § 18 Abs. 3b GWB-E und § 20 Abs. 1 S. 2 GWB-E klargestellt, dass §§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 GWB sowie – im Vorfeld einer Marktbeherrschung – § 20 Abs. 1 S. 1 GWB Anwendung finden. Ein über diese Regelungen (und die P2B-VO) hinausgehender Regelungsbedarf ist nicht ersichtlich, zumal die Kommission gerade in *Google Shopping* deutlich gemacht hat, dass sie in der Lage ist, solche Sachverhalte sogar mit der deutlich restriktiveren Regelung des Art. 102 AEUV zu erfassen. Das im *Google Shopping*-Fall aufgetretene Problem der langen Verfahrensdauer hatte seinen Grund eher in der mangelnden Erfahrung mit der digitalen Ökonomie, in den immer neuen, teils politisch motivierten Verhandlungsrunden über Verpflichtungszusagen und möglicherweise auch in Unzulänglichkeiten beim einstweiligen Rechtsschutz. § 19a GWB-E würde insoweit keine Abhilfe schaffen, während der RefE mit § 32a GWB-E bereits eine potentiell wirkungsvollere und zielgenauere Abhilfe für dieses Problem enthält.

b) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E (Aufrollen)

aa) Die Ermächtigung zur Untersagung des „Aufrollens“ durch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E („Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung auch ohne marktbeherrschend zu sein schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, sofern die Behinderung geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen“) basiert nicht auf der Empfehlung einer vorbereitenden Studie.

Der Tatbestand dient ausweislich der Begründung zum RefE der Verhinderung des „Aufrollens“ „noch nicht beherrschter Märkte mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln wie z.B. Kampfpreisstrategien, Exklusivitätsvereinbarungen oder Bündelangeboten“.¹⁹⁰
Zur Begründung führt der RefE weiter aus:

„Von einem Potential für ein schnelles Wachstum wird man insbesondere in Konstellationen auszugehen haben, in denen Normadressaten über bestimmte Ressourcen verfügen, mit denen sie sich gegenüber Wettbewerbern auf einem anderen Markt einen deutlichen Vorsprung verschaffen können. Solche Vorteile können etwa der Zugang zu Kunden oder über lange Zeiträume erhobene, individuelle Daten über das Verhalten und die Präferenzen einer Vielzahl von Verbrauchern sein. Dieses rechtfertigt es, die entsprechenden Unternehmen auch auf noch nicht beherrschten Märkten dem Behinderungsverbot zu unterwerfen, um die Vertiefung der marktübergreifenden Bedeutung zu verhindern“.¹⁹¹

bb) Tatbestand und Begründung dieser Fallgruppe sind sehr weit und vage formuliert. Der Tatbestand erweckt auf den ersten Blick den Eindruck, es sei wettbewerbswidrig, dass ein ÜMB-Unternehmen seine mit Mitteln des Wettbewerbs errungenen Vorteile nutzt, um seine Stellung im Wettbewerb weiter auszubauen, d.h. weiter erfolgreich zu sein und daher weiter zu wachsen. Dass damit nur ein Ausbau der eigenen Stellung *mit nicht-leistungswettbewerblichen Mitteln* (wie z.B. Kampfpreisstrategien oder wettbewerbswidrigen Exklusivitätsvereinbarungen oder Bündelangeboten) gemeint sein soll, wird aus dem Wortlaut nicht klar. Dies wird allenfalls vage durch den Zusatz „sofern die Behinderung geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen“ angedeutet. Ein klarer Bezug auf die Unbilligkeit der Behinderung erfolgt nur in der Begründung.

cc) Ausweislich der Begründung soll es bei der Norm „insbesondere“ um die Erzielung deutlicher Vorsprünge auf einem anderen Markt gehen. Dass sie (auch oder sogar in erster Linie) einen solchen Drittmarktbezug hat, wird freilich wiederum nur aus der Begründung, nicht aber aus dem Gesetzestext deutlich, der ganz allgemein von einem Markt spricht, auf dem das ÜMB-Unternehmen seine Stellung schnell ausbauen kann.

dd) Was die Begründung mit „bestimmten Ressourcen“ meint, „mit denen sie sich gegenüber Wettbewerbern auf einem anderen Markt einen deutlichen Vorsprung verschaffen können“, bleibt ebenfalls unbestimmt. Die Begründung erwähnt den „Zugang zu Kunden oder über lange Zeiträume erhobene, individuelle Daten über das Verhalten und die Präferenzen einer Vielzahl von Verbrauchern“.¹⁹² Beides sind aber im Grundsatz legitime Ressourcen, und es ist wettbewerbskonform, legitime Vorteile zu nutzen, um das legitime Ziel zu verfolgen, schnell (auch auf Kosten der Wettbewerber) zu wachsen. Nichts anderes gilt für andere Ressourcen, die ebenfalls vorteilhaft für ein schnelles Wachstum sein könnten, etwa besonders leistungsfähige Maschinen oder Algorithmen, besonders kompetente Mitarbeiter oder auch ein besonderes Innovationspotential und darauf basierende Patente.

ee) Kernproblem des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E ist vor diesem Hintergrund das Fehlen eines hinreichend klaren Hinweises auf das Erfordernis eines Marktwachstums mit unbilligen bzw. nicht-leistungsgerechten Mitteln im Normtext. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E lässt stattdessen eine „unmittelbare oder mittelbare Behinderung der Wettbewerber“ als solche ausreichen und versucht die überschießende Reichweite dieses Erfordernisses durch das weniger klare Kriterium der Eignung, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen, einzuhegen.

¹⁹⁰ BegrRefE, S. 78.

¹⁹¹ BegrRefE, S. 78.

¹⁹² BegrRefE, S. 78.

- Eine „Behinderung“, d.h. eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Wettbewerber, kann aber auch durch wettbewerbskonformes Verhalten eintreten. Im Verhältnis zwischen Wettbewerbern nimmt der Wettbewerb regelmäßig dem einen, was er dem anderen gibt. Der Erfolg des einen korrespondiert mit dem Misserfolg des anderen. Der Begriff der Behinderung enthält für sich kein Unwerturteil. Dieses folgt erst aus der Unbilligkeit der Behinderung, die § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-B einfach „vermutet“ bzw. genauer: unterstellt.
- Was mit der Eignung, „den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen“ gemeint ist, wird überhaupt nicht erklärt. Die Formulierung erinnert an den SIEC-Test aus der Fusionskontrolle. Während aber die Fusionskontrolle als Marktstrukturkontrolle das Ziel verfolgt, Vermachtungen durch Kontrolle *externen* Wachstums zu verhindern, ist im deutschen wie europäischen Kartellrecht praktisch unstrittig, dass selbst eine Monopolisierung von Märkten durch *internes* Wachstum legal ist, sofern sie mit wettbewerbskonformen Mitteln erfolgt.
- Die Begründung zum RefE betont diesen Grundsatz im Zusammenhang mit dem Tipping-Tatbestand § 20 Abs. 3a GWB-E selbst: „Dieses „Tipping“ von Märkten kann dabei auf einem Erfolg von Unternehmen im Leistungswettbewerb beruhen und ist in diesen Fällen wettbewerbspolitisch nicht zu beanstanden“.¹⁹³ Es ist offensichtlich widersprüchlich, Verhaltensweisen, die zu einem Tipping führen können, im Kontext des § 20 Abs. 3a GWB-E für zulässig zu erklären, dann aber die gleichen Verhaltensweisen der mutmaßlich gleichen Unternehmen (Unternehmen, die in der Lage sind, einen Markt zu kippen und ÜMB-Unternehmen) im Rahmen des § 19a GWB-E für (unbeschadet eines Unschuldsbeweises durch die Unternehmen) missbräuchlich zu erklären.

ff) Der Unterschied zwischen (erlaubter) wettbewerbskonformer und (verbotener) wettbewerbswidriger Behinderung liegt gerade in der Billigkeit oder Unbilligkeit. Das Erfordernis einer Unbilligkeit lässt sich auch nicht aus dem Erfordernis der Eignung, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen herauslesen, weil die Unbilligkeit ein Werturteil über das Marktverhalten formuliert, während die Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung die Folgen des Verhaltens betrifft.

Bei weiter Lesart beschreibt § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E damit ein wettbewerbskonformes Verhalten und erlegt dem ÜMB-Unternehmen die Beweislast dafür auf, dass sein Wachstum auch bei Anwendung des § 19a GWB-E nicht auf unbilligen Praktiken basiert.

Ein solcher negativer Beweis ist allerdings *einerseits* bereits an sich kaum zu führen, und *andererseits* würde eine solche Beweislastumkehr voraussetzen, dass ÜMB-Unternehmen typischerweise aufgrund unbilliger bzw. nicht-leistungsgerechter Praktiken (wie Kampfpreisstrategien, Exklusivitätsvereinbarungen oder Bündelangeboten) wachsen. Für eine solche Vermutung fehlt aber nicht nur jede empirische Grundlage, sie widerspricht auch der Lebenserfahrung, da die großen Digitalunternehmen typischerweise und in erster Linie aufgrund erfolgreicher Produkte und Geschäftsmodelle erfolgreich sind. Das auf legitimen Ressourcen basierende Potential von ÜMB-Unternehmen, schnell zu wachsen (also der Erfolg im Wettbewerb) rechtfertigt es daher für sich genommen offensichtlich nicht, die Beweislast zu Lasten dieser Unternehmen umzukehren, solange nicht das BKartA den Nachweis erbracht hat, dass das Unternehmenswachstum auf unbilligen bzw. nicht-leistungsgerechten Praktiken basiert.

gg) In der Summe läuft § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E seinem zu weiten Wortlaut nach potentiell darauf hinaus, das BKartA zu ermächtigen, ÜMB-Unternehmen die Teilnahme am Leistungswettbewerb zu verbieten, wenn die Gefahr besteht, dass sie sonst „zu schnell“ auf

¹⁹³ BegrRefE, S. 85.

demselben Markt oder einem Drittmarkt auf Kosten ihrer Wettbewerber wachsen (also zu erfolgreich sind). Eine solche, in hohem Maße auf Spekulationen basierende Regelung würde nicht ins System des deutschen Kartellrechts passen und ist sicher auch nicht intendiert. Der Gesetzeswortlaut bedarf daher dringend einer Klarstellung.

Darauf zu vertrauen, dass das BKartA die Norm wettbewerbskonform teleologisch reduziert, kann keine Lösung sein. Gerade die digitale Ökonomie ist auf klare Regelungen und Rechtssicherheit angewiesen. Mit Blick auf die Dynamik der digitalen Märkte liegt die Gefahr einer überschießenden Anwendung hier *einerseits* besonders nahe und sie wäre *andererseits* besonders schädlich für den Innovationswettbewerb.¹⁹⁴ In ihrer derzeitigen Fassung sollte die Regelung daher nicht Gesetz werden.

hh) Wenn man diese Regelung gleichwohl beibehalten möchte, muss die Unbilligkeit des Verhaltens ihren Niederschlag im Normwortlaut finden. Das BKartA muss dann darlegen und nachweisen, dass die Behinderung der Wettbewerber nicht auf wettbewerbskonformen Gründen (z.B. überlegene Produkte oder Geschäftsmodelle, Innovation) basiert, sondern auf unbilligen Praktiken wie Kampfpreisstrategien oder wettbewerbswidrigen Exklusivitätsvereinbarungen oder Bündelangeboten, während es Aufgabe der Unternehmen wäre, ein *non liquet* in Grenzfällen (z.B. bei einer wettbewerblich ambivalenten Integration von Produkten oder Diensten wie in den *Microsoft*-Bündelungsfällen) durch Darlegung und Nachweis legitimer Gründe, Verbrauchervorteile und Effizienzen aufzulösen.

ii) Ergänzend ist anzumerken, dass sowohl die Fälle der Behinderung von Wettbewerbern auf demselben Markt als auch die Fälle der Drittmarktbehinderung¹⁹⁵ bereits durch § 19 und § 20 GWB erfasst werden. Diese Normen ermöglichen auch die Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Marktmachttransfers (*leveraging*) auf noch nicht beherrschten Märkten. § 20 GWB greift sogar bereits im Vorfeld der Marktbeherrschung ein. Diese Normen verbieten aber – anders als dies § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E seinem Wortlaut nach ermöglicht – zu Recht nicht den Wettbewerb durch ÜMB-Unternehmen an sich, sondern nur den Nichtleistungswettbewerb durch unbillige Behinderung oder ungerechtfertigte Diskriminierung. Für eine Ausweitung der Kontrolle nach dem Muster § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E besteht daher auch in der Sache kein Bedarf.

c) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E (Datennutzung)

aa) Die Ermächtigung zur Untersagung der Datennutzung durch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E („*durch die Nutzung der auf einem beherrschten Markt von der Marktgegenseite gesammelten wettbewerbsrelevanten Daten, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus Quellen außerhalb des beherrschten 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*“) basiert nicht auf der Empfehlung einer vorbereitenden Studie.

Die Regelung ist viel zu umständlich, weit und vage formuliert und schießt dadurch über ihr Ziel hinaus. Sie beschreibt im Grunde eine spezielle, auf Daten bezogene Variante der Nr. 2 in Form von zwei Subtatbeständen: *Einerseits* die Nutzung von Daten und *andererseits* die Forderung von Geschäftsbedingungen, die eine solche Nutzung zulassen.

bb) Eingangs betont die Begründung zum RefE zu Recht die wettbewerbliche Relevanz der Sammlung und Verarbeitung von Kunden- und Nutzerdaten und den Umstand, dass viele Arten

¹⁹⁴ Vgl. auch *Kredel/Kresgen*, NZKart 2020, 2, 4.

¹⁹⁵ Dazu etwa *Westermann*, in: MüKo WettbR, 2. Auf. 2015, § 19 GWB Rn. 42 f.

der Nutzung von Daten wettbewerbspolitisch erwünscht seien und zu erheblichen Vorteilen für Verbraucher oder andere Unternehmen führten.¹⁹⁶

Dann aber nimmt die Begründung eine aus kartellrechtlicher Sicht befremdliche Wendung und behauptet, es sei eine *Nutzung* von Daten denkbar, die andere unmittelbar oder mittelbar behindere, insbesondere dann, wenn Daten auf einem Markt gesammelt und auf einem anderen nicht beherrschten Markt „zur unbilligen Behinderung von Wettbewerbern genutzt werden“.¹⁹⁷ Was genau damit gemeint ist, bleibt allerdings im Dunkeln:

- Falls die Begründung meint, dass nur die (nachweislich unbillige) Nutzung der Daten auf einem anderen Markt verboten sein soll, kommt dies im Wortlaut der Norm nicht zum Ausdruck. Dort ist weder in Bezug auf die Nutzung der Daten noch in Bezug auf die mutmaßlich dadurch bewirkte Behinderung von „Unbilligkeit“ die Rede.
- Sollte damit aber gemeint sein, dass die bloße Nutzung oder Kombination von legal gesammelten Daten durch ein ÜMB-Unternehmen die Vermutung einer unbilligen Behinderung begründet, für die sich das ÜMB-Unternehmen als Datenbesitzer rechtfertigen muss, fehlt dafür wiederum jede Legitimation.

Es werden auch keine konkreten Fälle aus der Praxis oder empirischen Nachweise angeführt. Stattdessen folgt eine Reihe unbelegter Behauptungen:

„Ein besonderes Schädlichkeitspotential wohnt dabei der Zusammenführung von wettbewerbsrelevanten Daten aus verschiedenen Quellen inne, weil dies typischerweise nur Unternehmen mit erheblicher Marktmacht möglich ist. Außerdem macht die Kombination von Daten aus unterschiedlichen Quellen diese wettbewerblich besonders wertvoll, etwa weil vorhandene Daten validiert und Querbezüge hergestellt werden können. Auch wenn Ausbeutungs- und Behinderungspraktiken durch die Sammlung, Zusammenführung und Nutzung von Daten grundsätzlich ebenfalls unter § 19 kartellrechtlich greifbar sind, ist die zusätzliche Möglichkeit, ein solches Verbot speziell gegenüber Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung auszusprechen, gerechtfertigt. Denn gerade die Möglichkeit zur marktübergreifenden Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten birgt ein enormes Potential, innovative Angebote von Wettbewerbern zu verhindern und die marktübergreifende Bedeutung des Unternehmens so weiter zu verfestigen. Insbesondere bei Normadressaten, die bereits über einen überragenden Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten verfügen, führen Ausweitungen des Zugangs bzw. eine weitere Nutzung wettbewerbsrelevanter **Daten typischerweise zu einer weiteren Erhöhung von Marktzutrittsschranken**“.¹⁹⁸

cc) Schon die Behauptung, dass eine Zusammenführung von Daten aus verschiedenen Quellen „typischerweise nur Unternehmen mit erheblicher Marktmacht möglich ist“, ist unzutreffend. Praktisch *jedes* Unternehmen, das für seine Arbeit auf Daten angewiesen ist, führt Daten aus verschiedenen Quellen zusammen, weil oft erst auf diese Weise wettbewerblich relevante Informationen gewonnen werden können.

Dass die Kombination von Daten einen Mehrwert erzeugen kann, ist richtig. Dieser Mehrwert ist aber volkswirtschaftlich in aller Regel positiv und wettbewerbskonform, solange die Daten legal erhoben und kombiniert werden. In der Vergangenheit hat dieses Potential zu einer Vielzahl neuer Dienste und Produkte geführt, von denen die Verbraucher sehr profitiert haben. Dabei gingen Innovationen teils von kleinen Start Ups, teils aber auch von großen Unternehmen

¹⁹⁶ BegrRefE, S. 78 f.

¹⁹⁷ BegrRefE, S. 79.

¹⁹⁸ BegrRefE, S. 79 (Hervorhebung durch den Verfasser).

aus. *Einerseits* sind auch große Unternehmen aufgrund des gerade im Bereich der Datenwirtschaft intensiven Wettbewerbs zu ständiger Innovation gezwungen. *Andererseits* liegt es nahe, dass bestimmte Innovationen (wie auch in anderen Wirtschaftsbereichen, etwa der Pharmaindustrie) bestimmte Skalierungen voraussetzen und daher besonders (oder vielleicht sogar nur) von großen Unternehmen zu erwarten sind.

Die Vorteile, die ein Unternehmen aus besonders vielen oder besonders vielfältigen Daten ziehen kann, sind (wie andere Skalen- und Netzwerkeffekte auch) grundsätzlich Ausdruck unternehmerischen Erfolgs sowie von Effizienzen. Die erste Variante des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E läuft mithin praktisch auf eine „efficiency offense“ hinaus und damit auf eine in anderen Rechtsgebieten (etwa in der Fusionskontrolle) längst als falsch erkannte und daher aufgegebenen Schadenstheorie.¹⁹⁹ Dass etablierte Unternehmen Vorteile aus ihrer Größe und aus ihrem Status als First Mover erlangen, ist zudem keine Besonderheit der digitalen Ökonomie oder der Datenökonomie. Auch anderen Gebieten (etwa in der Autoindustrie) würde man aber auch nicht auf den Gedanken kommen, z. B. VW die Nutzung bestimmter Fabriken zu untersagen, nur weil das Unternehmen sich einen Vorsprung erarbeitet hat, der es den Wettbewerbern schwer macht, mitzuhalten.

dd) Die Behauptung der Begründung des RefE, dass eine Untersagung der Nutzung von Daten – über die Ausbeutungs- und Behinderungsverbote in § 19 und § 20 GWB hinaus – speziell gegenüber ÜMB-Unternehmen grundsätzlich gerechtfertigt sei, weil „gerade die Möglichkeit zur marktübergreifenden Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten“ ein „enormes Potential“ berge „innovative Angebote von Wettbewerbern zu verhindern und die marktübergreifende Bedeutung des Unternehmens so weiter zu verfestigen“, wird durch keinerlei empirischen Nachweis belegt, ist in dieser Pauschalität unzutreffend und wird auch durch Verwendung von unbestimmten Superlativ-Begriffen wie „enorm“ nicht plausibler.

ee) Gleiches gilt für die ebenfalls unbelegte Behauptung, dass bei ÜMB-Unternehmen „Ausweitungen des Zugangs bzw. eine weitere Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten typischerweise zu einer weiteren Erhöhung von Marktzutrittsschranken“ führt. Wie es einem ÜMB-Unternehmen im Sinne der ersten Tatbestandsvariante durch die Nutzung oder Kombination von Daten möglich sein soll, „auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten“, bleibt unklar. Letztlich dürfte der RefE hier auf positive Netzwerkeffekte anspielen. Diese anzustreben (und zu erreichen) ist aber legal. Gleiches gilt für die noch unbestimmtere Variante, nach welcher es Unternehmen verboten werden kann, ein anderes Unternehmen durch die Nutzung von Daten „in sonstiger Weise“ zu behindern.

- *Erstens* ist bereits die Annahme, dass mehr Daten quasi automatisch mehr Erfolg oder gar mehr Macht bedeuten, wie oben ausgeführt wurde, falsch.
- *Zweitens* können zwar positive Netzwerk- und Feed Back-Effekte entstehen. Aber das ist typischerweise Ausdruck eines sich selbst verstärkenden Erfolgs im Wettbewerb und nicht eines Machtmissbrauchs. Erfolg ist auch dann erlaubt, wenn er zu einem Ausbau von Marktmacht führt. Kartellrechtlich verboten ist erst die missbräuchliche Ausnutzung dieser Marktmacht bzw. – auf der Basis des neuen § 20 Abs. 3a GWB-E – ein wettbewerbswidriges Verhalten, das zu einem Tipping beiträgt.
- *Drittens* folgt aus dem Umstand, dass ein Unternehmen seinen Datenzugang ausbaut, keineswegs automatisch, dass sich dadurch der Datenzugang für andere Unternehmen verschlechtert. Dies gilt, wie oben ausgeführt wurde, allenfalls dann, wenn es sich um den Zugang zu exklusiven Daten handelt und wenn diese Daten in einem Maße dem

¹⁹⁹ Vgl. z.B. Körber, WuW 2008, 522, 523 zur Absage an eine efficiency offense in der EU-Fusionskontrolle.

Zugriff der Wettbewerber entzogen werden, dass diese keine für ihre Marktteilnahme hinreichenden Daten aus anderen Quellen mehr erlangen können. Bei den weder exklusiven noch rivalen Nutzer- und Nutzungsdaten der „großen digitalen Plattformunternehmen“, die nach der Begründung zum RefE Verbotsadressaten des § 19a GWB-E sein sollen, ist dies gerade nicht der Fall.

- *Viertens* würden selbst bei exklusiven Daten keine Schranken dadurch entstehen oder erhöht werden, dass der Datenbesitzer seine Daten *nutzt*, sondern allenfalls dadurch, dass er andere in wettbewerbswidriger Weise von ihrer Nutzung *ausschließt*.

ff) Würde ein ÜMB-Unternehmen in wettbewerbswidriger Weise die Marktzutrittschranken zu Lasten seiner Wettbewerber erhöhen, so wäre es zudem vornehmliche Aufgabe der Kartellbehörden, diese Schranken abzusenken und nicht die Effizienz des Datenbesitzers zu reduzieren, indem diesem die Nutzung der Daten verboten wird. Wenn z.B. ein Bahnunternehmen aufgrund seiner Kenntnisse über Zugverspätungen in der Lage ist, seine Züge in besonders effizienter Weise fahren zu lassen oder seine Kunden besonders genau über Fahrzeiten und Anschlussverbindungen zu informieren, kann man zwar darüber nachdenken, ob das Unternehmen diese Daten mit anderen Mobilitätsdienstleistern teilen muss. Aber es wäre sicher keine verhältnismäßig Maßnahme, dem datenreichen Bahnunternehmen die Nutzung dieser Daten zu untersagen und auf diese Weise die Pünktlichkeit der eigenen Züge oder die Nützlichkeit der eigenen Auskünfte zum Schaden der Verbraucher zu verschlechtern, nur um eine Behinderung der mangels hinreichender Daten weniger effizienten Wettbewerber zu verhindern. Nichts anders gilt auch für die Datennutzung durch ÜMB-Unternehmen in Fällen des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E.

gg) Den materiell stärkeren Eingriff (Nutzungsuntersagung) geringeren Voraussetzungen nach § 19a GWB-E (insbesondere auch mit Blick auf die Beweislast) zu unterwerfen als den milderen Eingriff (Anordnung des Datenzugangs gegen angemessene Vergütung) nach §§ 19, 20 GWB, widerspricht zudem offensichtlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Wie bereits ausgeführt wurde, ist bereits die Schaffung neuer gesetzlicher Datenzugangsrechte problematisch, weil in der ökonomischen Realität nicht das Fehlen solcher Zugangsrechte, sondern die Rechtsunsicherheit in Bezug auf vertragliche Datenkooperationen das wesentliche datenbezogene Marktzutritts Hindernis darstellt und weil die Schaffung neuer, unbestimmter kartellrechtlicher Eingriffsnormen diese Rechtsunsicherheit sogar noch verstärken würde. Dasselbe würde in verstärktem Markt für eine dem BKartA eingeräumte Befugnis i.S.d. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E gelten, sogar die Nutzung von Daten zu untersagen.

Der Staat steht im Gegenteil zunächst in der Verantwortung einen rechtssicheren Ordnungsrahmen zu schaffen und dadurch eine verlässliche Grundlage für die Kooperation von Unternehmen und für die Selbstorganisation von datenbezogenen Märkten zu schaffen. Raum für staatliche Eingriffe ist erst, wenn diese Selbstorganisation nachweislich versagt.²⁰⁰ Wäre dies der Fall, so stünden dem BKartA mit den §§ 19 und 20 GWB aber bereits hinreichende, im Vergleich zu einer Nutzungsuntersagung weniger strenge und auch volkswirtschaftlich weit sinnvollere Instrumente zur Verfügung:

- Schranken, die dadurch entstehen könnten, dass andere Unternehmen daran gehindert werden, *selbst* positive Netzwerkeffekte zu erzielen, tritt bereits § 20 Abs. 3a GWB-E entgegen.

²⁰⁰ So auch die Datenethikkommission, Gutachten vom 23. 10. 2019, S. 82: „Allerdings kann das Prinzip der Nutzung und des Teilens von Daten in einem Spannungsverhältnis mit dem Prinzip vorausschauender Verantwortung und dem Prinzip der Achtung der Datenrechte anderer stehen, ebenso wie mit Erwägungen zu einem angemessenen Leistungsschutz. Daher sollten Anreize zum freiwilligen Teilen stets Vorrang genießen und eine gesetzliche Pflicht zum Teilen die Ausnahme sein“.

- Schranken, die aus einem Mangel an für die Teilnahme am Wettbewerb unverzichtbaren Daten resultieren, werden durch die in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB bzw. § 20 GWB etablierten Datenzugangsrechte adressiert.

hh) Einem Unternehmen die Nutzung legal erworbener oder selbst erzeugter Daten bzw. Informationen (also eigener Ressourcen) zu untersagen, würde dagegen nicht nur Effizienzvorteile reduzieren und Innovationen zum Schaden der Verbraucher behindern, sondern auch einen grundrechtsrelevanten Eingriff darstellen. Solange Datensammlung und Datennutzung weder einen Ausbeutungs- noch einen Behinderungsmissbrauch im Sinne der §§ 19 oder 20 GWB darstellen – also nicht ausnahmsweise wettbewerbswidrig sind – handelt es sich dabei um eine legale, durch Art. 2, 12 und 14 GG geschützte unternehmerische Betätigung, in die der Staat nicht ohne besondere Rechtfertigung eingreifen darf.

Gerade weil Daten für innovative Produkte und Geschäftsmodelle eine große Rolle spielen, könnte eine Intervention des BKartA in die Gestaltung von Produkten und Geschäftsmodellen massiv Innovation und Investitionen in der digitalen Ökonomie beeinträchtigen. Dies gilt insbesondere auf einem Gebiet, das erst im Entstehen begriffen ist und dessen Entwicklung niemand (insbesondere auch nicht die Kartellbehörden) mit hinreichender Sicherheit voraussagen kann. Produktdesign und Auswahl geeigneter Geschäftsmodelle sollten daher grundsätzlich den Unternehmen überlassen bleiben. Zu frühe Eingriffe der Kartellbehörden könnten hier besonders schädlich sein.

ii) Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E in seiner ersten Variante (Datennutzung) keine typischerweise wettbewerbswidrige Verhaltensweise beschreibt, sondern die Datennutzung und -kombination im Regelfall wettbewerbskonform und innovationsfördernd ist. Daher ist auch eine Umkehrung der Beweislast offensichtlich nicht gerechtfertigt.

jj) Für die zweite Tatbestandsvariante des § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-E, nach welcher das BKartA einem ÜMB-Unternehmen verbieten kann, „Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen“, gilt nichts anderes: Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine legale Datennutzung und Datenkombination zulassen, ist auch dann nicht wettbewerbswidrig, wenn ein ÜMB-Unternehmen daraus Skalen- und Netzwerkvorteile zieht. Über die Wirksamkeit von AGB entscheidet zudem grundsätzlich das AGB-Recht und über die Reichweite der Datennutzungsbefugnisse im Falle personenbezogener Daten die DSGVO, im Falle von Geschäftsgeheimnissen das GeschGehG und in anderen Fällen die vertragliche Absprache.

Kartellrechtlich relevant wird das Fordern datenbezogener Geschäftsbedingungen erst dann, wenn darin ein Konditionenmissbrauch i.S.d. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt. Damit existiert aber bereits eine einschlägige Regelung. Warum gegenüber ÜMB-Unternehmen in einem solchen Fall (anders als gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen i.S.d. § 20 GWB) eine Umkehrung der Beweislast legitimiert sein soll, erklärt der RefE nicht. Eine solche Legitimation ist auch nicht ersichtlich, denn daraus, dass ein Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat, folgt offensichtlich nicht bereits typischerweise, dass seine datenbezogenen Geschäftsbedingungen wettbewerbswidrig sind.

kk) In der Summe läuft § 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB-E (wie Nr. 2) in seiner derzeitigen Formulierung auf eine Ermächtigung zur Untersagung wettbewerbs- und datenschutzkonformen Verhaltens von ÜMB-Unternehmen (hier: der Datennutzung) hinaus. § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E stiftet eher Verwirrung als Nutzen und sollte gestrichen werden.

ll) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die P2B-VO 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten²⁰¹ auch die

²⁰¹ VO 2019/1150, ABl. 2019 L 186/57.

Problematik datenbezogener Netzwerk- und Skaleneffekte bereits adressiert. Sie untersagt den Datenbesitzern allerdings nicht die Datennutzung, sondern setzt auch hier im Gegenteil auf Offenlegungspflichten gegenüber den Vertragspartnern, also Transparenz.²⁰² In Zusammenschau mit den bereits erwähnten Regelungen in §§ 19 und 20 GWB bestehen mithin auch keine Regelungslücken, die durch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E gefüllt werden müssten. Dies gilt erst recht, wenn es bei § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E bleibt, weil diese allgemeinere Regelung nach der Begründung des RefE ebenfalls unbillige Behinderungen (auch in Bezug auf Daten) erfassen soll.

Das *Facebook*-Verfahren, auf das die Begründung im Kontext des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E anspielt, hat insoweit ebenfalls keine Gesetzeslücken offenbart. Die *Facebook*-Entscheidung des BKartA²⁰³ hat seitens des OLG Düsseldorf insbesondere deshalb berechtigte Kritik erfahren, weil das Amt in Bezug auf einen potentiellen Ausbeutungsmisbrauch eine ungeeignete Schadenstheorie („Verletzung des Kartellrechts durch Verletzung des Datenschutzrechts“) verfolgt hat und weil es in Bezug auf einen potentiellen Behinderungsmisbrauch keine hinreichenden Ermittlungen angestellt und Begründungen geliefert hat.²⁰⁴ Es mangelte also nicht an Normen, sondern an behördlichen Begründungen für das Vorliegen der darin normierten Tatbestände.

d) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E (Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität)

aa) Die Ermächtigung zur Untersagung der Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität durch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E („die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern“) knüpft im Grundgedanken an Empfehlung 11 der Wettbewerbskommission 4.0 an.

bb) Die Wettbewerbskommission 4.0 hatte in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass das Recht auf Datenportierung nach Art. 20 DSGVO möglicherweise unzureichend sei, da *einerseits* die Reichweite des Art. 20 DSGVO unklar und umstritten sei und dadurch *andererseits* nur eine Datenportierung im Falle eines Anbieterwechsels (Mitnahme von Emails, Mitnahme von durch den Nutzer bereitgestellten Inhalten etc.) ermöglicht werde, nicht aber ein Echtzeit-zugriff auf Nutzerdaten. Insoweit hatte sie einen Vergleich zum Zugang zu den Schnittstellenprotokollen im *Microsoft*-Fall²⁰⁵ angestellt.²⁰⁶ Die Wettbewerbskommission 4.0 hatte deshalb in ihrer Empfehlung 11 geraten:

„marktbeherrschende Online-Plattformen, die in den Anwendungsbereich der Plattform-Verordnung fallen, zu verpflichten, ihren Nutzern die Portabilität der Nutzer- bzw. Nutzungsdaten in Echtzeit und in einem interoperablen Datenformat zu ermöglichen sowie die Interoperabilität mit Komplementärdiensten zu gewährleisten“.

Beschränkungen der Interoperabilität bzw. Datenportabilität müsse die marktbeherrschende Plattform in diesem Fall objektiv rechtfertigen.²⁰⁷

cc) Auf den ersten Blick könnte man meinen, der RefE folge mit § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E dieser Empfehlung. Doch ist dies bei genauerer Betrachtung nicht der Fall:

²⁰² Dazu auch *Polley/Pesch/Tönnies*, WuW 2019, 494, 499.

²⁰³ BKartA, 6. 2. 2019, Az. B6-22/16 – *Facebook*.

²⁰⁴ OLG Düsseldorf, 26. 8. 2019, Az. VI-Kart 1/19 (V), NZKart 2019, 495 – *Facebook*.

²⁰⁵ KOMM. 24. 3. 2004, Fall AT.37792 – *Microsoft (Interoperabilität für Arbeitsgruppenserver)*.

²⁰⁶ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 54 f.; s. auch Schweitzer, GRUR 2019, 569, 574 und 577.

²⁰⁷ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 55.

- *Erstens* hatte die Wettbewerbskommission eine Regelung durch eine nicht nur kartellrechtliche Aspekte behandelnde EU-weite Plattformverordnung und möglicherweise auch durch eine sektorspezifische Regulierung außerhalb des Kartellrechts angeregt.²⁰⁸ Von einer (neben §§ 19 und 20 GWB tretenden) weiteren Datenregelung im nationalen Kartellrecht hatte sie dagegen gerade abgeraten.
- *Zweitens* sollte eine Datenzugangsverpflichtung nur marktbeherrschende Plattformbetreiber treffen, nicht aber potentiell unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle angesiedelte ÜMB-Unternehmen nach Ermessen des BKartA. Die Schaffung eines neuen Kriteriums hatte die Wettbewerbskommission 4.0 aus Gründen der Rechtssicherheit ebenfalls mehrheitlich abgelehnt.²⁰⁹
- *Drittens* und vor allem hatte die Wettbewerbskommission 4.0 keinen kartellbehördlich durchzusetzenden Missbrauchstatbestand vorgeschlagen, sondern eine Ausweitung der individuellen Datenportierungsrechte *der Nutzer* in Bezug auf „ihre“ jeweiligen Nutzer- und Nutzungsdaten. Die Nutzer sollten (neben der Möglichkeit der Datenportierung bei Anbieter- oder Plattformwechsel nach Art. 20 DSGVO) die Möglichkeit erhalten, einen Echtzeitzugriff auf ihre Daten zwecks Verwendung der Dienste Dritter zu verlangen, und das marktbeherrschende Plattformunternehmen sollte eine Portabilitätsbeschränkung den Nutzern gegenüber rechtfertigen müssen. Es war also eine Regelung angedacht, die eher an die nutzerbezogene Erweiterung der Datenportabilität nach dem Muster der DSGVO und des Art. 67 der überarbeiteten EU-Zahlungsdienste-Richtlinie 2015/2366 (PSD2) in Bezug auf Bankdaten erinnert, und gerade keine kartellrechtliche Missbrauchsregelung.²¹⁰

§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E enthält demgegenüber zwei kartellrechtliche Missbrauchstatbestände: *Einerseits* soll das BKartA dem ÜMB-Unternehmen untersagen können, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen zu erschweren. *Andererseits* soll das BKartA ermächtigt werden, die Erschwerung der Portabilität von Daten zu verbieten.

dd) Zur ersten Tatbestandsalternative der Erschwerung der Interoperabilität führt die Begründung zum RefE weiter aus:

„Das Erschweren der Interoperabilität ist dabei weit zu verstehen und erfasst alle Maßnahmen, die es verhindern, dass Produkte miteinander arbeiten bzw. interagieren können. Gegen eine solche Interoperabilität gerichtete Maßnahmen können geeignet sein, durch Behinderung der Wettbewerber die Marktstellung des Normadressaten abzusichern oder weiter zu festigen. Die fehlende Interoperabilität von Produkten ist in Netzwerk- und Plattformindustrien häufig die Grundlage für das Entstehen von stark bindenden Netzwerkeffekten (Lock-In-Effekte), die eine hohe Wechselhürde zu Lasten von Wettbewerbern darstellen können“.²¹¹

Was unter „Erschwerung“ zu verstehen ist, wird auch aus dieser Erläuterung nicht ganz klar. Es liegt *einerseits* nahe, dass jedenfalls ein bloßes Unterlassen der Übermittlung von Informationen (wie im *Microsoft*-Fall) oder die Verweigerung der Lizenzierung eines proprietären Standards als solche wohl nicht ausreichen, sondern weiterhin nur unter den Voraussetzungen der EFD (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) verboten sind. Die Beschreibung der Erschwerung als „Maßnahme“ deutet auf ein aktives, gegen die Interoperabilität gerichtetes Tun.

²⁰⁸ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 55; ähnlich auch Sonderberater-Bericht, S. 82.

²⁰⁹ Sowohl der Bericht Wettbewerbskommission 4.0 (S. 55) als auch der Sonderberater-Bericht (S. 82) betonen explizit, die Beschränkung auf marktbeherrschende Plattformen.

²¹⁰ Vgl. auch Sonderberater-Bericht, S. 82.

²¹¹ BegrRefE, S. 79.

Erfasst werden sollen nach der Begründung aber *andererseits* „alle Maßnahmen, die es verhindern, dass Produkte miteinander arbeiten bzw. interagieren können“. Das würde zu einem ausgesprochen weiten Anwendungsbereich führen. Z. B. kann eine Produktinnovation, die neue, von den Wettbewerbern nicht angebotene Funktionen oder Sicherheitstechnologien bereitstellt, die Interoperabilität mit anderen Diensten beeinträchtigen und damit Tatbestand des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E erfüllen.

Dass die Erschwerung der Interoperabilität nach § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E nur dann untersagt werden darf, wenn sie zu einer Behinderung des Wettbewerbs führt, mag eine gewisse Einschränkung bewirken reicht aber für sich genommen nicht aus, da auch der Behinderungsbegriff (wie oben bei § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E erörtert wurde) kartellrechtlich weit verstanden wird und nicht zwingend eine Unbilligkeit oder Wettbewerbswidrigkeit impliziert.

Auch die Begründung zum RefE erkennt daher im Grundsatz an, dass Gewährleistung oder Erschwerung von Interoperabilität wettbewerblich ambivalent ist:

„So kann die Herstellung von Interoperabilität beispielsweise auch zur Folge haben, dass zu Gunsten von Wettbewerbern des Normadressaten wirkende Netzwerkeffekte geschwächt werden. Maßnahmen zur Interoperabilität können ferner Produktgestaltungsmöglichkeiten einschränken und die Innovation behindern. Auch können solche Maßnahmen dazu beitragen, dass der Normadressat durch ihre Nutzung Zugang zu (noch) mehr Daten erhält“.²¹²

Dem ist zuzustimmen. Die Gewährleistung von Interoperabilität mit konkurrierenden Diensten kann Anschlussinnovationen (wie im *Microsoft*-Fall) ermöglichen, aber auch Innovationen massiv behindern, da Innovationen letztlich bestimmten Interoperabilitäts-Standards entsprechen müssen, deren Etablierung und Modernisierung erfahrungsgemäß ein langwieriger, schwer mit der Schnelligkeit und Dynamik gerade der digitalen Ökonomie vereinbarer Prozess ist. Durch Gewährleistung von Interoperabilität wird zudem auch der **Anreiz der Wettberber** reduziert, gänzlich neue, alternative Dienste oder Schnittstellen zu entwickeln und die Marktstellung der ÜMB-Unternehmen dadurch nicht auf demselben Markt „von der Seite“ anzugreifen.

Daher muss jedenfalls noch deutlicher gemacht werden, dass nicht jedwede Erschwerung der Interoperabilität verboten werden kann, sondern nur Verhaltensweisen, die in unbilliger oder wettbewerbswidriger Weise die Interoperabilität erschweren. Hier gilt im Grunde das oben bei § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E mit Blick auf die Unbilligkeit Gesagte.

Ferner besteht – anders als z.B. bei klassischen Telefondiensten – ein deutlich geringerer Bedarf für eine Interoperabilität, wenn bei einem Dienst ein Multi-Homing möglich ist, der Nutzer also temporär (insbesondere in der Wechselphase) oder auch dauerhaft mehrere Dienste (z.B. mehrere Messenger-Dienste, Email-Services oder soziale Netzwerke) parallel nutzen kann. Eine Behinderung des Wettbewerbs würde in einem solchen Fall nicht schon aus einer Erschwerung der Interoperabilität, sondern allenfalls aus ihrer Kombination mit einer Erschwerung des Multi-Homing resultieren.

Gerade mit Blick auf die wettbewerbliche Ambivalenz der Interoperabilität überrascht es, dass der RefE diesen Aspekt erst auf der Ebene der Rechtfertigung berücksichtigt will:

²¹² BegrRefE, S. 79.

„Bei der Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung (Absatz 2 S. 2) solcher Maßnahmen sind jedoch in besonderer Weise die wettbewerbliche Ambivalenz von Interoperabilität und andere mögliche Nachteile von Interoperabilität zu berücksichtigen“.²¹³

Wenn die Erschwerung der Interoperabilität *nicht* typischerweise wettbewerbsgefährdend, sondern in ihren wettbewerblichen Wirkungen ambivalent ist, entfällt bereits die Legitimation für eine Beweislastumkehr zulasten der ÜMB-Unternehmen. Wenn schon für typischerweise wettbewerbsgefährdende Verhaltensweisen, wie sie in §§ 19 und 20 GWB normiert sind, der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, so muss dies im Gegenteil erst recht für wettbewerblich ambivalente Verhaltensweisen gelten.

Hinzu kommt, dass im Kontext der Interoperabilität auch außerwettbewerbliche Aspekte große Relevanz erlangen können. Steigende Interoperabilität kann z. B. dazu beitragen, die IT-Sicherheit von Netzwerken oder den Schutz der personenbezogenen Daten ihrer Nutzer zu schwächen, weil ÜMB-Unternehmen auf neue, innovative Verschlüsselungsmethoden verzichten (müssen), weil diese die Interoperabilität erschweren. Es kann zudem auch, worauf der Wissenschaftliche Beirat der BNetzA hingewiesen hat,²¹⁴ für die Nutzer geschlossener Netzwerke unerwünscht sein, von außerhalb in diesen Netzwerken gefunden und kontaktiert zu werden.

Die Vielschichtigkeit der Probleme und zu berücksichtigenden, auch außerwettbewerblichen Interessen, die hier nur exemplarisch angerissen werden konnten, spricht dafür, die Interoperabilität nicht im Kartellrecht, das allein dem Wettbewerbsschutz verpflichtet ist, zu adressieren, sondern die betreffenden Regelungen in übergreifenden Regelungen wie einer EU-Plattformverordnung oder im Regulierungsrecht zu treffen.

In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass jedenfalls in Bezug auf die Interoperabilität von (nummerngebundenen wie nummernunabhängigen) interpersonellen Informationsdiensten bereits umfangreiche Regelungen seitens der EU in der TK-Kodex-Richtlinie 2018/1972 (EKEK) getroffen worden sind,²¹⁵ die bis 20. Dezember 2020 in das neue TKG umgesetzt werden müssen und deren Durchsetzung nach Art. 61 EKEK der Bundesnetzagentur obliegt.

ee) Zur zweiten Tatbestandsalternative der Erschwerung der Datenportabilität heißt es in der Begründung zum RefE weiter:

„Die zweite Alternative der Nummer 4 adressiert mögliche Einschränkungen der Portabilität von Daten. Die Nutzung konkurrierender Angebote insbesondere auf Märkten im Sinne von § 18 Absatz 3a ist für Verbraucher und Unternehmen oft nur dann von Interesse, wenn die bei der Nutzung des bisherigen Angebots entstandenen Daten auch nach dem Wechsel zu einem Wettbewerber genutzt werden können. Dies kann es erfordern, dass die Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zur Verfügung gestellt werden oder eine andere Form der Mitwirkung des datenverarbeitenden Unternehmens erfolgt (ebenso Empfehlung 11 des Berichts der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“). Deswegen können Maßnahmen von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung, welche die Portabilität solcher Daten tatsächlich oder rechtlich erschweren oder unmöglich machen, Wettbewerber behindern und den Wettbewerbsprozess schädigen“.²¹⁶

²¹³ BegrRefE, S. 79.

²¹⁴ Hierzu auch Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR) bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Positionspapier „Fragen der Regulierung von OTT-Kommunikationsdiensten“ vom 15.7.2016, S. 7 f.

²¹⁵ S. insbes. Art. 61 EKEK; zur Definition interpersoneller Informationsdienste s. Art. 2 Nr. 5 bis 7 EKEK sowie Erwägungsgrund 17 zum EKEK.

²¹⁶ BegrRefE, S. 79.

Diese Begründung ist überraschenderweise teils enger und teils weiter als der Vorschlag der Wettbewerbskommission 4.0. *Einerseits* hatte die Wettbewerbskommission 4.0 keinen kartellbehördlich durchsetzbaren Missbrauchstatbestand zum Schutz der Wettbewerber angeregt, sondern einen individuellen Anspruch der Nutzer auf Datenportierung im Rahmen einer EU-Plattformverordnung regeln wollen. Sie hatte also eine Regelung vorgeschlagen, bei welcher die wettbewerblichen Wahlmöglichkeiten der Nutzer im Vordergrund stehen und der Schutz der Wettbewerber eher ein Reflex der Einräumung von Nutzerrechten ist. *Andererseits* soll ausweislich der Begründung zum RefE nur die Erschwerung der Datenportierung bei einem Plattformwechsel untersagt werden können. Ein solches Recht auf Datenportierung folgt in Bezug auf personenbezogene Nutzer- bzw. Nutzungsdaten aber bereits europaweit aus Art. 20 DSGVO (Recht auf Datenübertragbarkeit).

Art. 20 Abs. 1 DSGVO lautet:

„Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln, [...]“

Die Begründung zu § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E lehnt sich deutlich (teils wörtlich) an die Formulierung der DSGVO an. Deshalb, aber auch vor dem Hintergrund der immer noch bestehenden Unsicherheit über die Reichweite des Rechts auf Datenportierung nach Art. 20 DSGVO – die nicht minder in Bezug auf eine kartellrechtliche Regelung § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E bestehen würde – liegt es nahe, zunächst die Ausfüllung und Effektivierung der Parallelvorschrift in der DSGVO abzuwarten. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass Art. 20 DSGVO – obgleich bei dieser Norm die subjektiven Datenrechte der individuellen Nutzer im Vordergrund stehen – auch bewirkt, dass die Gefahr wettbewerblicher lock-in-Effekte reduziert wird. Der Schutz der wettbewerblichen Wahlmöglichkeiten der Nutzer eröffnet zugleich den Wettbewerbern neue Chancen.²¹⁷

Die im Kontext von Datenportierungsrechten aufgeworfenen Probleme und offenen Fragen sind Legion. So ist z.B. unklar, welche Daten ein solches Portierungsrecht überhaupt umfasst. Zwar besteht weitestgehende Einigkeit darüber, dass die vom aktiv Nutzer bereitgestellten Daten (*volunteered data*) erfasst werden, während die vom Unternehmen selbst daraus abgeleiteten Erkenntnisse (*inferred data*) nicht der Portierung unterliegen.²¹⁸ Große Unsicherheit und Streit besteht jedoch in Bezug auf bei der Nutzung gesammelte Daten (*observed data*). Die Begründung zum RefE scheint auch diese mit ihrer Formulierung „bei der Nutzung des bisherigen Angebots entstandene Daten“ einbeziehen zu wollen. Diese Formulierung ist allerdings so weit, dass sie sogar Erkenntnisse (*inferred data*) umfassen könnte und daher neue Unsicherheiten erzeugt.

Es ist ferner unklar, wie vorzugehen ist, wenn Daten (wie sehr häufig) mehr als nur eine Person betreffen oder wenn Nutzerdaten mit Geschäftsgeheimnissen oder mit urheberrechtlich geschützten Immaterialgütern vermengt sind (z.B. beim Transfer eines Avatars bei einem Online-Spiel). Unklar ist, was genau mit einem „strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format“ gemeint ist. Unklar ist, wie dem Datenschutz und den Anforderungen des Kartellrechts aus Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB Rechnung getragen werden kann. Und es ist unklar, wer (Datenbesitzer oder Datenempfänger?) für einen eventuellen Missbrauch der Daten bzw. dessen Verhinderung verantwortlich ist. Das sind nur einige der vielen offenen Fragen.

²¹⁷ Vgl. Paal, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG 2. Aufl. 2018, Art. 20 DSGVO Rn. 6 m.w.N.

²¹⁸ Wenn die Begründung zum RefE von „bei der Nutzung des bisherigen Angebots entstandenen Daten“ spricht, könnte man allerdings an letzterem zweifeln.

Die Einführung einer weiteren Regelung durch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E trägt nichts zur Klärung dieser Fragen bei. Im Gegenteil droht bei Schaffung einer weitgehend zu Art. 20 DSGVO parallelen, letztlich redundanten Regelung im nationalen Kartellrecht nicht nur Rechtsunsicherheit auf nationaler Ebene, sondern auch Disharmonie im Vergleich zur Entwicklung des EU-Rechts. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Durchsetzung beider Normen in die Hände unterschiedlicher Behörden gelegt wäre und weil in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E nicht der EuGH, sondern der BGH (bzw. das BVerfG) das letzte Wort hätte.

Diese Bedenken bestehen auch, falls der RefE – was aus der Begründung nicht ganz klar wird – unter Nutzer- bzw. Nutzungsdaten auch nicht personenbezogene Daten verstehen sollte. Dafür könnte sprechen, dass die Begründung an einer Stelle von „Verbrauchern und Unternehmen“ spricht. Auf den ersten Blick könnte man darin eine Erweiterung des Portierungsrechts aus Art. 20 DSGVO sehen.

- Doch dürften *einerseits* die meisten betroffenen Daten (auch wenn sie einem Unternehmen gehören) aller Wahrscheinlichkeit nach einen Personenbezug aufweisen, so dass ihre Portierung nicht ohne die Zustimmung jedes einzelnen betroffenen Nutzers kartellbehördlich angeordnet werden dürfte.
- *Andererseits* geht es selbst bei den nicht personenbezogenen Daten, die Art. 20 DSGVO nicht erfasst, im Kern um einen von einem berechtigten Nutzer angestoßenen Transfer, „der allerdings von der Einwilligung des (potenziellen) Kunden abhängen muss, dessen wettbewerbliche Wahlmöglichkeiten gesichert werden sollen. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um personenbezogene oder nicht personenbezogene Daten handelt“.²¹⁹ Auch hier steht der Schutz der Datenrechte und der *Wettbewerbsfreiheit des individuellen Nutzers* im Vordergrund, ganz abgesehen davon, dass auch für nicht personenbezogene Daten umfangreiche Regelungen auf EU-Ebene existieren, auf die noch sogleich bei § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E eingegangen wird und in Bezug auf welche eine nationale Sonderregelung im Kartellrecht entsprechende Probleme auslösen würde wie im Verhältnis zur DSGVO.

ff) In der Summe ist mithin auch in Bezug auf § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E festzustellen, dass eine Ausweitung der behördlichen Kompetenzen nicht erforderlich²²⁰ und in der vorgeschlagenen Art und Weise auch nicht sinnvoll ist. Die wettbewerblich relevanten Fallgestaltungen, welche § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E insoweit im Auge hat, werden allesamt bereits durch §§ 19 und 20 GWB sowie teils über das Kartellrecht hinaus durch Art. 20 DSGVO adressiert.

gg) Sollte sich in Zukunft eine Regelungslücke zeigen, so kann diese in enger Abstimmung mit der DSGVO (und wie von der Wettbewerbskommission 4.0 vorgeschlagen) im Rahmen einer EU-Plattformverordnung – und damit einheitlich auf EU-Ebene – geschlossen werden, für deren Auslegung dann ebenfalls wie bei der DSGVO einheitlich und mit EU-weiter Autorität der EuGH zuständig wäre.

e) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E (Informationszurückhaltung)

aa) Die Ermächtigung zur Untersagung der Informationszurückhaltung durch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB („andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine

²¹⁹ Schweitzer, GRUR 2019, 569, 577.

²²⁰ Im Ergebnis wie hier der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages in Bezug auf die Regulierung der Datenportabilität und Interoperabilität vom Messengerdiensten, WD 10-3000-060/16 vom 8. 12. 2016.

Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren“) basiert nicht auf der Empfehlung einer vorbereitenden Studie.

bb) Ausweislich der Begründung zum RefE soll diese Regelung

„erreichen, dass Normadressaten keinen Vorteil erlangen, indem sie ohne sachliche Rechtfertigung auf ihre Leistung bezogene Informationsdefizite schaffen, perpetuieren oder verschärfen“.²²¹

Die Begründung weist insoweit darauf hin, dass gerade bei der Erbringung digitaler Dienste häufig detaillierte Informationen anfielen. Dies könne „zum Beispiel Nutzungsdaten, anfallende Kosten, Klickverhalten oder Rankingkriterien betreffen“. Mit Hilfe der Nutzung solcher Daten könne „der Auftraggeber etwa den Umfang oder Grad der Leistungserbringung oder den Wert der Leistung beurteilen“. Doch gäben Leistungserbringer wesentliche Informationen teilweise nicht weiter bzw. ermöglichten es dem Auftraggeber die eigene Erfassung dieser Informationen nicht, selbst wenn dafür kein rechtlicher Hinderungsgrund, etwa der Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder der Datenschutz, existiere. Dies könne auch den Wechsel zu einem anderen Anbieter erschweren.²²² ÜMB-Unternehmen, so die Begründung weiter

„haben wegen vielfältiger Abhängigkeiten der Marktgegenseite nicht nur in besonderer Weise die Möglichkeit, einen solchen, unzureichend ausgestalteten Informationsfluss am Markt durchzusetzen. Sie können damit auch ihre überragende marktübergreifende Bedeutung weiter ausbauen oder festigen, indem sie sich gegenüber Wettbewerbern ungerechtfertigte Vorteile verschaffen“.

cc) Mit § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E wird neben § 19 Abs. 2 Nr. 4, § 20 Abs. 1a und § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E eine fünfte datenbezogene Neuregelung vorgeschlagen. Dabei ist nicht klar, welche Fälle der RefE hierbei genau im Auge hat, da keine konkreten Beispiele gegeben oder Entscheidungen aus der Praxis zitiert werden.

dd) Da § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E den Informationsfluss zwischen „Auftraggeber“ und „Leistungserbringer“ (ÜMB-Unternehmen) betrifft, ist darüber hinaus ganz allgemein die Frage aufgeworfen, ob es sich hierbei nicht in erster Linie um ein Vertragsgestaltungsproblem im „Business to Business“-Bereich (B2B) bzw. – da das ÜMB-Unternehmen regelmäßig eine digitale Plattform sein soll – im „Plattform to Business“-Bereich (P2B) handelt, also um ein Problem, das eher dem Vertragsrecht bzw. dem Kartellverbot unterfällt als der Missbrauchsaufsicht. Das schließt es allerdings nicht aus, dass bei ungleich verteilten Machtverhältnissen zwischen Auftraggeber und Leistungserbringer auch Machtmissbräuche durch Informationsverweigerung auftreten könnten, also letztlich um Abhängigkeitsfälle, wie sie auch § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB oder § 20 Abs. 1 GWB zum Gegenstand haben. Insoweit ist zwischen den beiden in § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E formulierten Varianten zu unterscheiden:

ee) In der ersten Varianten adressiert § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E es als potentiell Missbrauchsverhalten „andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren“. Dabei handelt es sich letztlich um eine Variante des Datenzugangs in Bezug auf unter Mitwirkung des Auftraggebers erzeugte Daten, die dem Auftraggeber aufgrund unangemessener Vertragskonditionen vorenthalten werden. Das könnte z. B. die von der Begründung erwähnten Beispiele „Nutzungsdaten“ und „Klickverhalten“ betreffen. Für diese Fallgruppe ist aber bereits eine Sonderregelung in § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E angestrebt, die – wie oben ausgeführt wurde – ihrerseits überflüssig erscheint, weil alle relevanten Fallgestaltungen schon durch § 19 Abs. 2 Nr. 4 und § 20 Abs. 1

²²¹ BegrRefE, S. 79.

²²² BegrRefE, S. 80.

GWB abgedeckt werden. Eine weitere Regelung in § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E erscheint insoweit „doppelt redundant“. Hinzu kommt, dass völlig unbestimmt ist, was eine in diesem Kontext „unzureichende“ Information ist, weil nirgends festgelegt ist, welche Parameter insoweit anzulegen sind.

ff) Unter die zweite Variante („oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren“) dürften weitere Informationen fallen, für welche die Begründung beispielhaft die „anfallenden Kosten“ und „Rankingkriterien“ nennt. Mit den „anfallenden Kosten“ dürften die beim ÜMB-Unternehmen (Leistungserbringer) anfallenden Kosten gemeint sein. Die „Rankingkriterien“ sind dagegen vom ÜMB-Unternehmen im Rahmen der Produktgestaltung entwickelte Informationen. Die in diese Kategorien fallenden Informationen sind oft besonders sensibel²²³ und – auch außerhalb des Daten- und Geheimnisschutzes – wettbewerblich in einer Weise relevant, die es mit Blick auf § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV nicht oder nur begrenzt erlaubt, sie zu teilen. Auch insoweit sind zudem letztlich keine „gap cases“ erkennbar, die nicht durch §§ 19 oder 20 GWB erfasst werden könnten.

gg) Ob es den Wettbewerb fördert oder behindert, bestimmte Informationen zu teilen oder nicht zu teilen, ist – ähnlich wie in Bezug auf die Interoperabilität, bei welcher die Begründung zum RefE dies ausdrücklich erwähnt – wettbewerblich ambivalent, so dass eine Beweislastumkehrung auch hier grundsätzlich nicht legitimiert erscheint. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Norm in ihrer derzeitigen Form überhaupt zu einer Beweislastumkehr führt, weil das BKartA nachweisen müsste, dass die Informationen „unzureichend“ sind, was letztlich eine ungerechtfertigte Zurückhaltung von Daten impliziert, auf deren Übermittlung der Auftraggeber aus anderen Normen (z.B. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB oder § 20 GWB) oder aus einem Vertrag einen Anspruch hat.

hh) Schließlich ist mit besonderem Nachdruck darauf hinzuweisen, dass – wie bereits im Zusammenhang mit § 20 Abs. 1a GWB-E ausgeführt wurde – gerade der Aspekt der Transparenz im P2B-Bereich bereits Gegenstand aktueller EU-rechtlicher Regelungen ist.

- Dieser Aspekt wird z. B. in der Mitteilung zum „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“ aus dem Jahr 2018²²⁴ und in der VO 2018/1807 über einen Rahmen für den freien Datenverkehr nicht-personenbezogener Daten²²⁵ adressiert.
- Vor allem aber hat die EU jüngst mit der P2B-VO 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten²²⁶ eine EU-weite Regelung in Bezug auf den Informationsfluss und Transparenz zwischen Plattformen und gewerblichen Nutzern, also für genau den Bereich erlassen, den auch § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E regeln will.

Dabei hat sich die EU für eine Lösung auf der Ebene des Vertrags- und AGB-Rechts entschieden. Das ist – wie oben ausgeführt wurde – richtig, weil auch die von § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E adressierten Probleme in erster Linie auf der Vertragsebene liegen. Die P2B-VO hat in ihren Art. 3 ff. – anders als § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E – auch definiert, welche Informationen konkret übermittelt werden müssen (z.B. in Bezug auf das Ranking in Art. 5 und in Bezug auf den Datenzugang in Art. 9). Dabei handelt es sich um Regelungen, die nicht an eine Marktbeherrschung (oder ÜMB) des

²²³ Z.B. sind die konkreten Rankingkriterien essentiell für Erfolg oder Misserfolg einer Suchmaschine im Wettbewerb mit anderen Suchmaschinen und eine zu weite Offenlegung ermöglicht Manipulationen des Suchergebnisses durch „Suchmaschinenoptimierung“ tatsächlich wenig relevanter Seiten.

²²⁴ COM(2018) 232 endg., S. 11.

²²⁵ VO 2018/1807, ABl. 2018 L 303/59, insbes. Art. 6.

²²⁶ VO 2019/1150, ABl. 2019 L 186/57.

Plattformanbieters knüpfen, die also tendenziell sogar noch weiterreichen als § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E.

Es erscheint vor diesem Hintergrund wenig sinnvoll, eine zusätzliche, redundante, autonom nationale Regelung zu schaffen, die – wie § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E im Verhältnis zur DSGVO – potentiell zu Rechtsunsicherheit und disharmonischer Entwicklung im Verhältnis zum EU-Recht führen könnte.

Selbst wenn neben der P2B-Verordnung noch ein zusätzlicher Regelungsbedarf auftreten würde, wäre es vor diesem Hintergrund sinnvoller, eine Regelung in Gestalt einer mit der P2B-Verordnung abgestimmten EU-Plattformverordnung zu treffen, als im Wege eines nationalen Alleingangs. Genau dies hat auch die Wettbewerbskommission 4.0 vorgeschlagen und von nationalen Sonderregelungen abgeraten.²²⁷

ii) In der Summe besteht daher auch für § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E kein Bedarf. Im Gegenteil würde die Regelung mit Blick auf ihre Redundanz sowohl im Verhältnis zu anderen Normen des deutschen Kartellrechts als auch und vor allem zum EU-Recht eher zu Rechtsunsicherheit und Disharmonie führen. Sie würde damit dem durch sie verfolgten, im Grundsatz legitimen Anliegen eher schaden als nutzen.

III. Abschließende Bewertung und Empfehlungen

1. § 19a GWB-E normiert eine Regelung, die einen Fremdkörper im GWB darstellt und ihrem Wortlaut nach auf eine potentielle *ex ante*-Regulierung von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (ÜMB-Unternehmen) zielt, ausweislich der Begründung aber nur sektorspezifisch auf einige wenige große Unternehmen der digitalen Plattformwirtschaft Anwendung finden soll.

2. Anders als im klassischen regulierungsrechtlichen Bereich, in dem typischerweise der Ex-Monopolist als SMP-Unternehmen Adressat der asymmetrischen Regulierung ist, bleibt bereits der Begriff des ÜMB-Unternehmens, das nach § 19a Abs. 1 als Adressat der Verfügungen nach Abs. 2 in Betracht kommt, ausgesprochen vage. Dass nur einige wenige „große Digitalunternehmen“ bzw. „digitale Plattformen“ gemeint sind, folgt lediglich aus der Begründung. Warum von den Marktmachtkriterien des § 18 Abs. 3 und Abs. 3a in Abs. 1 nur einige aufgeführt werden und andere nicht, bleibt unklar. Ob eine marktbeherrschende Stellung auf wenigstens einem Markt erforderlich ist, lässt Abs. 1 ebenfalls offen, weil diese Norm ausweislich der Begründung keine Tatbestandsmerkmale, sondern nur „Indizien“ für eine ins Ermessen des BKartA gestellte Gesamtwürdigung normiert. Es sollte insoweit mindestens klargestellt werden, dass eine Marktbeherrschung auf mindestens einem Markt erforderlich ist. Gerade wegen der durch ein neues Kriterium erzeugten Rechtsunsicherheit hat die Wettbewerbskommission 4.0 ausdrücklich und zu Recht von der Einführung eines neuen Kriteriums abgeraten.

3. Es bleibt unklar, ob, unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Maßstäben Verfügungen nach § 19a Abs. 1 GWB-E befristet werden müssen.

4. Unklar ist auch, ob Verfügung nach § 19a Abs. 1 GWB-E separat gerichtlich angegriffen werden können.

5. Für die Normadressaten kommt erschwerend hinzu, dass nach § 19a Abs. 2 S. 5 GWB-E die Verfügung nach Abs. 2 mit der Feststellung der Normadressateneigenschaft nach Abs. 1 verbunden werden kann. Dies könnte dazu führen, dass ÜMB-Unternehmen sich „aus heiterem Himmel“ einer Regulierung ausgesetzt sehen und Verboten unterliegen.

²²⁷ Bericht Wettbewerbskommission 4.0, S. 51 ff.

6. Auch die einzelnen Untersagungstatbestände des § 19a Abs. 2 GWB-E sind von großer Vagheit und Weite gekennzeichnet. Zwar greifen sie nur *ex nunc* aufgrund einer Verfügung des BKartA, doch wirft ihre Unbestimmtheit erhebliche rechtsstaatliche Bedenken auf und führt zu einer potentiell von Innovationen und Investitionen abschreckenden Rechtsunsicherheit. Dies gilt umso mehr als sie in weiten Teilen einen prognostischen Charakter haben.

7. Auch in Bezug auf die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote gilt nach § 57 GWB der Amtsermittlungsgrundsatz. Dieser Grundsatz trägt dem verfassungsrechtlichen Gebot Rechnung, dass jede in Grundrechte eingreifende Verfügung einer Behörde einer Rechtfertigung bedarf. Die Missbrauchsaufsicht nach dem GWB kennt daher aus gutem Grund bisher nur wenige, in Voraussetzungen und Reichweite sehr begrenzte und regelmäßig nur die materielle Beweislast betreffende Regelungen, die eine partielle Beweislastumkehr vorsehen (§§ 19 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4, § 20 Abs. 3 S. 2, § 29 Nr. 1 GWB).

8. Unbeschadet der Analyse der einzelnen Untersagungstatbestände wäre es unverhältnismäßig, ÜMB-Unternehmen, wie die Begründung zum RefE andeutet, sogar mit der formellen Beweislast zu belasten. Den Unternehmen könnte allenfalls die materielle Beweislast für den Fall eines *non liquet* sowie Darlegung und Nachweis vom Rechtfertigungsgründen (also etwa einem Verbot entgegenstehenden Verbrauchervorteilen und Effizienzen) auferlegt werden. Auch eine solche Beweislastumkehr lässt sich aber nicht allein durch eine Arbeitsentlastung des BKartA legitimieren. Sie käme nur in Betracht, wenn die in Abs. 2 beschriebenen Verhaltensweisen für den Wettbewerb tatsächlich besonders gefährlich wären und wenn die ÜMB-Unternehmen über im Vergleich zum BKartA bessere Erkenntnismöglichkeiten verfügen. Beides ist bei den in § 19 Abs. 2 S. 1 GWB-E aufgeführten Tatbeständen aber durchweg nicht der Fall.

9. Der Tatbestand des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB-E (Selbstbegünstigung) knüpft an eine Empfehlung der Wettbewerbskommission 4.0, die allerdings zu einer auf Marktbeherrschung abstellenden Regelung im Rahmen einer EU-Plattformverordnung geraten hat. Selbstbegünstigung ist ein nach ständiger BGH-Rechtsprechung grundsätzlich wettbewerbskonformes Verhalten. Zwar hat die Kommission in ihrer *Google Shopping*-Entscheidung Art. 102 AEUV abweichend interpretiert, doch ist *erstens* unklar, ob diese Entscheidung vor dem EuGH Bestand haben wird, *zweitens* ist diese Entscheidung (auch nach dem Votum der BWMi-Studie) nicht verallgemeinerungsfähig, und *drittens* ist unbelegt, dass diese in einem Marktbeherrschungsfall entwickelten Maßstäbe auch für ÜMB-Unternehmen gelten würden. In der Summe ist daher eine Beweislastumkehr zulasten der ÜMB-Unternehmen nicht gerechtfertigt. Ein über das bestehende Recht hinausgehender Regelungsbedarf ist nicht ersichtlich.

10. Der Tatbestand des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E (Aufrollen) basiert nicht auf einer wissenschaftlich fundierten Empfehlung. Die Norm beschreibt in ihrem derzeitigen Wortlaut ein typischerweise wettbewerbskonformes Verhalten, weil die Eroberung eines Marktes allenfalls dann wettbewerbswidrig ist, wenn sie mit unbilligen oder wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen einhergeht. Solche Verhaltensweisen können aber auch einem ÜMB-Maßnahmen nicht einfach unterstellt werden. Eine Umkehrung der Beweislast ist daher nicht gerechtfertigt. Ein über das bestehende Recht hinausgehender Regelungsbedarf ist nicht ersichtlich.

11. Der Tatbestand des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E (Datennutzung) ist eine Variante der Nr. 2. Er basiert auf keiner wissenschaftlich fundierten Empfehlung. Die Norm beschreibt nach ihrem derzeitigen Wortlaut zwei Varianten eines typischerweise wettbewerbskonformen Verhaltens, in Bezug auf welches eine Umkehrung der Beweislast nicht gerechtfertigt ist: *Einerseits* die Nutzung von Daten und *andererseits* die Forderung von Geschäftsbedingungen, die eine solche Nutzung zulassen. Ein Verbot der Datennutzung leuchtet schon deshalb nicht ein, weil Marktzutrittsschranken nicht durch die Datennutzung entstehen, sondern allenfalls dadurch, dass Dritte wettbewerbswidrig von einer Datennutzung ausgeschlossen werden. In einem

solchen Fall stellen Datenzugangsrechte im Vergleich zu Datennutzungsuntersagungen das mildere und volkswirtschaftlich sinnvollere Mittel dar. Hierfür bieten aber bereits §§ 19 und 20 GWB hinreichende Eingriffsnormen. Ein über das bestehende Recht hinausgehender Regelungsbedarf ist nicht ersichtlich.

12. Der Tatbestand des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E (Interoperabilitäts- oder Datenportabilitätserschwerung) knüpft lose an eine Empfehlung der Wettbewerbskommission 4.0 an, die allerdings nicht zu einer kartellrechtlichen Regelung im GWB, sondern zu einer Regelung im Rahmen einer EU-Plattformverordnung geraten hatte, die an eine marktbeherrschende Stellung knüpft und dem Nutzer individuelle Rechte einräumt. In Bezug auf die wettbewerbliche Ambivalenz der Interoperabilität erscheint eine Beweislastumkehr nicht gerechtfertigt und angesichts der Vielschichtigkeit der damit verbundenen Aspekte auch generell eine Regelung im Kartellrecht nicht sinnvoll. Eine Datenportabilität in der vom RefE angestrebten Form wird zudem bereits durch Art. 20 DSGVO gewährleistet. Ein über das bestehende Recht hinausgehender Regelungsbedarf ist nicht ersichtlich. Sollten Regelungslücken auftreten, so sollten diese durch eine mit der DSGVO abgestimmte EU-Regelung gefüllt werden.

13. Der Tatbestand des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E (Informationszurückhaltung) führt, da er nur eine „unzureichende“ Informationsübermittlung betrifft, bereits seinem Wortlaut nach zu keiner Beweislastumkehr. Eine solche wäre auch nicht gerechtfertigt. Die Norm ist zudem sowohl im Verhältnis zu anderen Normen des GWB als auch zum EU-Recht, insbesondere zur P2B-VO, redundant, die ebenfalls auf die Schaffung von Transparenz gerichtet sind. Ein über das bestehende Recht hinausgehender Regelungsbedarf ist nicht ersichtlich. Sollten Regelungslücken auftreten, so sollten diese durch eine mit der P2B-VO abgestimmte EU-Regelung gefüllt werden.

14. Letztlich führt der sehr weite, lediglich durch Indizien umschriebene ÜMB-Begriff des § 19a Abs. 1 GWB-E in Verbindung mit der Beweislastumkehr für die ebenfalls sehr weiten Tatbestände des § 19a Abs. 2 GWB-E dazu, dass praktisch alle typischen Tatbestandsmerkmale kartellrechtlicher Missbrauchstatbestände relativiert werden bzw. nicht mehr nachgewiesen werden müssen. Das BKartA kann bei weiter Lesart der Norm auf eine Marktabgrenzung verzichten. Es muss keine Marktbeherrschung mehr feststellen, da diese nur noch ein „Indiz“ unter mehreren ist, und in Bezug auf den Machtmissbrauch ist es Sache der Unternehmen, darzulegen und zu beweisen, dass sie *nicht* wettbewerbswidrig gehandelt haben. Unternehmen, von denen das BKartA meint, dass sie eine überragende marktübergreifende Bedeutung hätten, sind damit einer potentiellen ex ante-Regulierung unterworfen. Wer „zu erfolgreich“ ist und eine ÜMB-Stellung erreicht, wird unter staatliche Aufsicht gestellt. Das bricht mit dem bisherigen Verständnis kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht und erscheint in nicht nur unverhältnismäßig, sondern auch in rechtsstaatlicher Hinsicht schwer vertretbar.

15. In der Summe stellt § 19a GWB-E einen zwar intellektuell interessanten, aber in der Sache unausgereiften Versuch einer sektorspezifischen Regulierung auf dem Gebiet der digitalen Plattformwirtschaft dar, über den weiter diskutiert und nachgedacht werden muss. Durch seine Unbestimmtheit würde § 19a GWB-E große Rechtsunsicherheit auslösen und damit Innovation und Investitionen behindern. Durch § 20 GWB verfügt das deutsche Recht zudem bereits über eine Norm, mittels derer die Kartellbehörden schon im Vorfeld der Marktbeherrschung adäquat und rechtzeitig potentiell wettbewerbsschädlichem Verhalten entgegenreten können. Mit Blick auf die auf dem Gebiet der Digitalisierung nach wie vor bestehenden ökonomischen wie rechtlichen Unsicherheiten und offenen Forschungsfragen, vor allem aber, da weder ein Marktversagen noch reale „gap cases“ festzustellen sind, haben auch die vorbereitenden Studien von einer solchen Regelung zu Recht abgeraten. Für „mit heißer Nadel gestrickte“ nationale Experimente nach dem Muster des § 19a GWB-E sind sowohl die Entwicklung der digitalen Wirtschaft in Deutschland und Europa als auch das GWB als „Grundgesetz der Sozialen

Marktwirtschaft“ viel zu wichtig. § 19a GWB-E sollte daher komplett aus der Novelle herausgenommen werden.

16. Dem Rat der Studien folgend sollten stattdessen die digitalen Märkte weiter beobachtet und über sinnvolle, wohlüberlegte und empirisch abgesicherte Lösungen nachgedacht werden. 17. Falls in Zukunft tatsächlich Regelungslücken auftreten sollten, sollte angesichts der EWR-weiten bzw. globalen Tätigkeit der „großen digitalen Plattformunternehmen“ und der über das Kartellrecht hinausreichenden Problematik eine umfassende EU-weite Regelung, z. B. im Sinne der von der Wettbewerbskommission 4.0 vorgeschlagenen EU-Plattformverordnung oder in Gestalt sektorspezifischer regulierungsrechtlicher Regelungen, angestrebt werden, die gezielt nachweisliche wettbewerbliche oder sonstige Regelungsdefizite adressiert.

18. Diese Auffassung hat auch die Monopolkommission in einer Stellungnahme zum RefE vertreten. „Im Gesetzgebungsverfahren“, so die Monopolkommission, „sollte das Augenmerk darauf liegen, das deutsche Missbrauchsrecht nicht im Widerspruch zum EU-Recht weiterzuentwickeln und eine undurchdachte Regulierung der digitalen Märkte zu vermeiden“.²²⁸ Die Monopolkommission weist zu Recht darauf hin, dass es sich bei § 19a GWB-E um eine „weitreichende Neuerung handele, die nicht auf gutachterliche Vorarbeiten zurückgehe und der auch keine öffentliche Diskussion vorausgegangen sei. Es sei, so die Monopolkommission weiter, „zu erwarten, dass der Tatbestand mangels einer klaren und einheitlichen Linie und aufgrund der hieraus folgenden Rechtsunsicherheit die Gerichte auf Jahre bis zu einer endgültigen Klärung beschäftigen wird“.²²⁹ Sie überlasse es weitgehend dem Bundeskartellamt, die weit gefassten Tatbestände des Abs. 1 und 2 auszufüllen und mache möglicherweise eine laufende Überwachung und Regulierung erforderlich, die mit den verfügbaren Instrumenten der Kartellaufsicht nicht zu leisten sei. Die Monopolkommission kommt daher zu dem Schluss:

„Die Vorschrift des § 19a wirft nach allem eine Vielzahl grundlegender Fragen auf. Eine Analyse und Diskussion der Frage, anhand welcher gesetzlicher Kriterien ein in sich stimmiger Wettbewerbsschutz im Fall der Ausbildung von Plattform-Ökosystemen erreicht werden kann, hat bisher nicht stattgefunden. Davon abgesehen ist zweifelhaft, ob sich § 19a in seiner gegenwärtigen Form überhaupt in einer Weise operationalisieren lässt, die zu einer effektiven Missbrauchsaufsicht beitragen können. Die Monopolkommission spricht sich deshalb dafür aus, die Vorschrift nicht ohne eine eingehendere Prüfung im Rahmen des aktuellen Reformvorhabens in Kraft zu setzen“.²³⁰

19. Für den Fall, dass der Gesetzgeber gegen dem Rat der die Novelle vorbereitenden Studien, der Monopolkommission und dieses Gutachtens an einer nationalen Sonderregelung festhält, sollte diese jedenfalls deutlich präziser gefasst werden und sich auf die von der Wettbewerbskommission 4.0 identifizierten potentiellen Problemfelder beschränken. § 19a GWB-E könnte wie folgt formuliert werden:

„(1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf von starken positiven Netzwerkeffekten geprägten Plattformmärkten tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Dabei sind insbesondere die in § 18 Absatz 3, Absatz 3a und Absatz 3b aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

²²⁸ Monopolkommission, Policy Brief 4, Januar 2020, S. 1.

²²⁹ Monopolkommission, Policy Brief 4, Januar 2020, S. 3.

²³⁰ Monopolkommission, Policy Brief 4, Januar 2020, S. 3 (Hervorhebungen im Original).

1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote;
2. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung, auch ohne auf diesem Markt marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern;
3. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in wettbewerbswidriger Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren.

Eine Verfügung nach Satz 1 setzt voraus, dass die untersagte Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Sie scheidet aus, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast für diese Rechtfertigung obliegt dem betreffenden Unternehmen.

(3) Die Feststellung nach Absatz 1 kann bei besonderer Dringlichkeit mit einer Verfügung nach Absatz 2 verbunden werden, für deren Umsetzung ein angemessener Übergangszeitraum einzuräumen ist. Die Verfügungen nach Absatz 1 und 2 sind auf höchstens fünf Jahre zu befristen und bei einer wesentlichen Änderung der ihnen zugrunde liegenden Umstände aufzuheben. Mit Auslaufen oder Aufhebung der Feststellung nach Absatz 1 treten Verfügungen gegen dasselbe Unternehmen nach Absatz 2 außer Kraft. § 32 Absatz 2 und 3, § 32a und § 32b gelten entsprechend.

(4) §§ 19 und 20 bleiben unberührt“.

F. Zusammenfassung und Empfehlungen

I. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E – Datenbestände als Essential Facility

1. Das Ziel, den Wortlaut des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB klarzustellen und der EU-Praxis anzupassen, ist zu begrüßen. Aus Gründen der Klarheit erscheint allerdings folgender Gesetzestext präziser:

„4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit dieser Ware oder gewerblichen Leistung zu beliefern, insbesondere ihnen Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen, Immaterialgüterrechten oder wettbewerbsrelevanten Daten zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs unverzichtbar ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht, es sei denn die Lieferverweigerung ist sachlich gerechtfertigt“.

2. Die Gesetzesbegründung des RefE zu § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E muss dringend überprüft und korrigiert werden, da sie in ihrer derzeitigen Fassung eher geeignet ist, Missverständnisse über die Reichweite des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-E zu erzeugen als dessen Anwendungsbereich zu verdeutlichen. Die beschriebenen Beispiele passen nicht zur Norm, da diese keine allgemeinen Teilhaberechte an *individuellen Daten* zum Gegenstand hat, sondern nur das Ziel verfolgt, benachbarte *Märkte* für wirksamen Wettbewerb mit dem Inhaber der Essential Facilities Doktrin (EFD) zu öffnen bzw. offen zu halten. Der Hinweis „insbesondere bei Daten“ komme ein unentgeltlicher Zugang in Betracht, stiftet ebenfalls Verwirrung, da kein Szenario ersichtlich ist, in dem ein unvergüteter Datenzugang auf der Basis der EFD angeordnet wurde oder legal angeordnet werden könnte.

II. § 20 Abs. 1a GWB-E – Datenzugang bei relativer Marktmacht

1. Das in der Praxis bedeutsamste datenbezogene Marktzugangshindernis ist mangelnde Rechtssicherheit der Unternehmen. Ein klarer und rechtssicherer Ordnungsrahmen für Datenverkehr und Datenaustausch ist daher dringend erforderlich. Die Schaffung zusätzlicher, weit gefasster und damit in ihrer Reichweite unbestimmter Datenzugangsrechte verschärft dagegen die bestehende Rechtsunsicherheit und erscheint daher kontraproduktiv. Dies gilt umso mehr, als sich bisher keine realen Schutzlücken gezeigt haben, die nicht durch §§ 19 und 20 GWB adressiert werden könnten, die bereits deutlich über das EU-Recht hinausreichen. Sollte in Zukunft ein weiterer Regelungsbedarf auftreten, so wäre – dem Rat der Wettbewerbskommission 4.0 folgend – eine Regelung auf EU-Ebene der bessere Ansatz.

2. Die beste Lösung wäre es derzeit, § 20 Abs. 1a GWB-E zu streichen und lediglich in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass eine Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB auch in Bezug auf Daten bestehen kann.

3. Eine solche Klarstellung kann auch durch folgende Formulierung des § 20 Abs. 1a GWB-E erreicht werden, wobei insbesondere darauf zu achten ist, dass die nach Streichung der KMU-Kriteriums in § 20 Abs. 1 GWB eingefügte Klausel zum Schutz kleinerer Verbotsadressaten auch im Anwendungsbereich des Abs. 1a zum Tragen kommt:

„(1a) Eine Abhängigkeit im Sinne von Absatz 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden und die Abhängigkeit wegen eines deutlichen Ungleichgewichts nicht durch eine entsprechende Gegenmacht der Anbieter oder Nachfrager des marktstarken Unternehmens aufgewogen wird“.

4. Falls der Gesetzgeber an dem Ziel festhält, neben § 20 Abs. 1 GWB eine eigenständige Datenzugangsnorm unterhalb der strengen Anforderungen der EFD zu schaffen, könnte folgende Formulierung des § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E hinzugefügt werden, um einer uferlosen Anwendung der Norm (insbesondere auf beliebige Drittkonstellationen) entgegenzutreten und ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu gewährleisten:

„Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann in diesem Fall auch dann eine unbillige Behinderung darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist und wenn das abhängige Unternehmen auf diese Daten für eine substantielle Wertschöpfung in einem Wertschöpfungsnetzwerk angewiesen ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu sein“.

5. Auch in Bezug auf § 20 Abs. 1a GWB-E bedarf in jedem Fall die Gesetzesbegründung einer Klarstellung. Insbesondere muss klargelegt werden, dass nicht auf eine bestehende Vertragsbeziehung zwischen Datenbesitzer und Zugangspetent und auf eine substantielle Wertschöpfung verzichtet werden kann, denn sonst würde ein Zugangsanspruch geschaffen, der nicht nur hinsichtlich der Verbotsadressaten, sondern auch in der Sache deutlich über die EFD hinausreicht. Dies würde dem Rat der vorbereitenden Studien widersprechen und auch in der Sache fehlgehen. Stattdessen sollte ein grundsätzlich enger und präziser Anwendungsbereich definiert werden, welcher der oben vorgeschlagenen Formulierung entspricht. Als Auffangregelung steht im Übrigen ohnehin § 20 Abs. 1 GWB zur Verfügung.

6. Falls der Gesetzgeber am derzeitigen Wortlaut des § 20 Abs. 1a S. 2 GWB-E festhält, müsste jedenfalls in der Gesetzesbegründung deutlicher werden, dass dadurch (wie von der BMWi-Studie vorgeschlagen) lediglich für Fälle unternehmensbedingter Abhängigkeit auf das

Kriterium eines bereits bestehenden Datengeschäftsverkehrs verzichtet wird, ohne die Reichweite des § 20 Abs. 1a GWB-E gegenüber § 20 Abs. 1 GWB im Übrigen auszudehnen. Dies ist gerade in Bezug auf Daten wichtig, um den Anwendungsbereich sachgerecht zu begrenzen, weil Daten (anders als andere Ressourcen) für eine potentiell unbegrenzte Zahl von Nutzungsszenarien und Märkten nützlich sein können, während § 20 GWB (ebenso wie § 19 GWB) gerade kein allgemeines Teilhaberecht an Daten auf der Basis bloßer Nützlichkeitsabwägungen gewähren soll, sondern nur das Ziel verfolgt, wirksamen Wettbewerb auf abgeleiteten Märkten zu ermöglichen oder zu erhalten. Daher muss deutlicher werden, dass § 20 Abs. 1a GWB-E keinen Datenzugangsanspruch in Fällen gewährleistet, in denen der Zugangspetent in keinerlei Vertragsbeziehung zum Datenbesitzer steht und weder mit dem Datenbesitzer konkurrierende noch zu diesem im Sinne der Aftermarket-Doktrin komplementäre Dienste anbieten möchte.

III. § 20 Abs. 3a GWB-E – Behinderung durch Förderung eines Tipping

1. Das Ziel, der Gefahr eines Tipping von Märkten in ein unangreifbares Monopol über eine neue Regelung in § 20 Abs. 3a GWB-E entgegenzutreten, erscheint legitim. Allerdings schießt § 20 Abs. 3a GWB-E über dieses Anliegen hinaus und ist – insbesondere auch im Lichte der Begründung des RefE – in einem Rechtssicherheit und Innovation abträglichen Maße unbestimmt.

2. Das mit der Regelung verfolgte Ziel lässt sich einfacher und klarer durch Einfügung weiterer Regelbeispiele zu § 20 Abs. 3 S. 1 GWB (namentlich: wettbewerbswidrige Behinderung des Multi-Homing und Erschwerung des Plattformwechsels) erreichen. Dieser moderate Ansatz würde der Empfehlung der BMWi-Studie entsprechen, den in der Praxis als besonders gefährlich erkannten Praktiken entgegenzutreten und die Rechtssicherheit erhöhen statt sie wie die derzeit vorgeschlagene Regelung zu verringern. Wesentliche Schutzlücken würden bei einer solchen, moderaten Lösung nicht zurückbleiben. § 20 Abs. 3a GWB-E könnte einfacher und klarer lauten:

„(3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Absatz 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn in wettbewerbswidriger Weise die parallele Nutzung mehrerer Dienste behindert oder der Wechsel zu einem anderen Dienst wettbewerbswidrig erschwert wird“.

3. Falls der Gesetzgeber an einer darüber hinausreichenden, generalklauselartigen Lösung festhält, ist aus Gründen der Rechtssicherheit jedenfalls eine Klarstellung des Normtextes geboten. § 20 Abs. 3 GWB-E könnte ohne Einbußen in Bezug auf seine Reichweite wie folgt klarer formuliert werden:

„(3a) Eine unbillige Behinderung im Sinne von Absatz 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem von starken positiven Netzwerkeffekten geprägten Markt die eigenständige Erzielung von positiven Netzwerkeffekten durch Wettbewerber, insbesondere durch eine Erschwerung der parallelen Nutzung mehrerer Dienste oder des Wechsels zu einem anderen Dienst, behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird“.

4. Ferner sollte auch die Gesetzesbegründung weitere Klarstellungen enthalten, insbesondere mit Blick auf den Bezugspunkt der „Überlegenheit“ der Marktmacht (die richtigerweise gegenüber allen anderen und nicht nur einem einzelnen Marktteilnehmer bestehen muss) und zur Konkretisierung einer hinreichenden „Tipping-Gefahr“. So könnte der Hinweis aus der Begründung zum RefE, dass § 20 Abs. 3a GWB-E nur die *eigenständige* Erzielung positiver Netzwerkeffekte schützt und dass aus der Regelung daher z. B. kein Anspruch auf Herstellung von Interoperabilität abgeleitet werden kann, durch weitere klarstellende Negativbeispiele ergänzt werden. Naheliegend ist insoweit ein Hinweis dahingehend, dass das Angebot kostenfreier

Dienste oder von Flatrates grundsätzlich keine durch § 20 Abs. 3a GWB-E verbotene Behinderungspraxis darstellt. Dadurch könnte neben einer allgemeinen Erhöhung der Rechtssicherheit auch fehlgeleiteten oder sogar missbräuchlichen Privatklagen ein Riegel vorgeschoben werden, die letztlich gegen Innovation und Wettbewerb gerichtet sind und auf den Schutz überholter Dienste und Geschäftsmodelle vor dem Innovationswettbewerb zielen wie die UWG-Rechtsprechung zur „Marktstörung“ und vergleichbare Kartellrechtsfälle lehren.

IV. § 19a GWB-E – Regulierung von ÜMB-Unternehmen

1. § 19a GWB-E normiert eine gegen den Rat der vorbereitenden deutschen Studien in den RefE eingefügte, eher regulierungsrechtliche Regelung, die einen Fremdkörper im GWB darstellt und ihrem Wortlaut nach auf eine potentielle *ex ante*-Regulierung von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (ÜMB-Unternehmen) zielt. Ausweislich der Begründung zum RefE soll die Regelung nur sektorspezifisch auf einige wenige große Unternehmen der digitalen Plattformwirtschaft Anwendung finden, ohne dass die Begrenzung auf den Digitalsektor aus dem Normtext deutlich wird.

2. § 19a GWB-E ist auch im Übrigen durch eine große Unbestimmtheit gekennzeichnet und erzeugt daher erhebliche Rechtsunsicherheit. Schon der Begriff des ÜMB-Unternehmens bleibt ausgesprochen vage. Insbesondere ist unklar, ob ein ÜMB-Unternehmen über eine marktherrschende Stellung auf wenigstens einem Markt verfügen muss. Dies sollte aus Gründen der Rechtssicherheit bejahend klargestellt werden. Größere Klarheit sollte u.a. auch über die Frage einer Befristung von Verfügungen nach § 19a GWB-E und über ihre gerichtliche Überprüfbarkeit geschaffen werden.

3. Für eine Beweislastumkehr entgegen dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 57 GWB fehlt eine überzeugende Legitimation. Selbst die Auferlegung der materiellen Beweislast für *non liquet*-Situationen wäre nur gerechtfertigt, wenn die beschriebenen Verhaltensweisen entsprechend der Begründung tatsächlich besonders gefährlich für den Wettbewerb wären und die ÜMB-Unternehmen über im Vergleich zum BKartA bessere Erkenntnismöglichkeiten verfügten. Beides ist aber nicht der Fall.

- a) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB-E (Selbstbegünstigung) beschreibt ein nach ständiger BGH-Rechtsprechung grundsätzlich wettbewerbskonformes Verhalten. Zwar hat die Kommission in ihrer *Google Shopping*-Entscheidung den Art. 102 AEUV abweichend interpretiert, doch ist diese Entscheidung bisher nicht bestandskräftig, und sie wäre selbst dann nicht verallgemeinerungsfähig, wenn der Europäische Gerichtshof sie bestätigen würde.
- b) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB-E (Aufrollen) beschreibt nach seinem derzeitigen Wortlaut ebenfalls ein typischerweise wettbewerbskonformes Verhalten, weil die Eroberung eines Marktes aufgrund überragender Ressourcen allenfalls dann wettbewerbswidrig wäre, wenn sie mittels wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erfolgte. Es besteht aber kein sachlicher Grund, solche Verhaltensweisen allein aufgrund der ÜMB-Stellung zu vermuten.
- c) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB-E (Datennutzung) beschreibt nach seinem derzeitigen Wortlaut ebenfalls zwei Varianten eines typischerweise wettbewerbskonformen Verhaltens. Datenbezogene Marktzutrittsschranken sollten durch Erleichterung freiwilliger Kooperation und notfalls durch Einräumung von Datenzugangsrechte abgesenkt werden. Für einen solchen Fall bieten §§ 19 und 20 GWB bereits hinreichende Eingriffsgrundlagen.
- d) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GWB-E (Interoperabilitäts- oder Datenportabilitätserschwerung) beschreibt (auch nach Bekunden des RefE) wettbewerbslich ambivalente Verhaltensweisen, die auch angesichts der Vielschichtigkeit der damit verbundenen Aspekte vorzugsweise nicht im Kartellrecht, sondern – dem Rat der Wettbewerbskommission 4.0 folgend – auf EU-Ebene adressiert werden sollten bzw. in der DSGVO teilweise bereits adressiert werden.
- e) § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GWB-E (Informationszurückhaltung) führt, da er nur eine „unzureichende“ Informationsübermittlung betrifft, bereits seinem Wortlaut nach zu keiner

Beweislastumkehr. Die Norm ist allerdings sowohl im Verhältnis zu anderen Normen des GWB als auch des EU-Rechts redundant und daher ebenfalls überflüssig.

4. In der Summe unterstellt § 19a GWB-E Unternehmen einer staatlichen Aufsicht, weil sie eine ÜMB-Stellung erreicht haben, also „zu erfolgreich“ sind. Das widerspricht dem System der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Es sind zudem keine realen Schutzlücken („*gap cases*“) erkennbar; alle in § 19a GWB-E erfassten Problemfelder werden bereits adäquat durch §§ 19 und 20 GWB, durch Regelungen des AGB-, Datenschutz- und Lauterkeitsrechts sowie durch Art. 101, 102 AEUV und mehrere EU-Verordnungen (insbes. DSGVO und P2B-VO) adressiert. Für „mit heißer Nadel gestrickte“, Rechtsunsicherheit auslösende, nationale Experimentierklauseln wie § 19a GWB-E sind sowohl die Entwicklung der digitalen Wirtschaft in Deutschland und Europa als auch das GWB als „Grundgesetz der Sozialen Marktwirtschaft“ viel zu wichtig. § 19a GWB-E sollte daher komplett gestrichen werden. *Falls* in Zukunft tatsächlich Regelungslücken auftreten, sollten diese dem Rat der Wettbewerbskommission 4.0 folgend durch eine sachlich und räumlich umfassende EU-Plattformverordnung oder sektorspezifisch adressiert werden.

5. Für den Fall, dass der Gesetzgeber gleichwohl an einer nationalen Sonderregelung festhält, sollte diese deutlich präziser gefasst werden. § 19a GWB-E könnte wie folgt formuliert werden:

„(1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf von starken positiven Netzwerkeffekten geprägten Plattformmärkten tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Dabei sind insbesondere die in § 18 Absatz 3, Absatz 3a und Absatz 3b aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die Angebote von Wettbewerbern anders zu behandeln als eigene Angebote;
2. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung, auch ohne auf diesem Markt marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern;
3. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in wettbewerbswidriger Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren.

Eine Verfügung nach Satz 1 setzt voraus, dass die untersagte Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. Sie scheidet aus, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast für diese Rechtfertigung obliegt dem betreffenden Unternehmen.

(3) Die Feststellung nach Absatz 1 kann bei besonderer Dringlichkeit mit einer Verfügung nach Absatz 2 verbunden werden, für deren Umsetzung ein angemessener Übergangszeitraum einzuräumen ist. Die Verfügungen nach Absatz 1 und 2 sind auf höchstens fünf Jahre zu befristen und bei einer wesentlichen Änderung der ihnen zugrunde liegenden Umstände aufzuheben. Mit Auslaufen oder Aufhebung der Feststellung nach Absatz 1 treten Verfügungen gegen dasselbe Unternehmen nach Absatz 2 außer Kraft. § 32 Absatz 2 und 3, § 32a und § 32b gelten entsprechend.

(4) §§ 19 und 20 bleiben unberührt“.