

Webinar „Digitalisierung des Kartellrechts durch die 10. GWB-Novelle“

Am 26. November 2020 fand unter der Leitung von *Prof. Dr. Torsten Körber* das erste kartellrechtliche Webinar des Lehrstuhls für Kartell- und Regulierungsrecht der Universität zu Köln statt, zu dem sich fast 100 Teilnehmer angemeldet hatten. Thema des Webinars war die Digitalisierung des Kartellrechts durch die 10. GWB-Novelle.

Zu Beginn des Webinars referierte *Herr Dr. Käseberg*, Leiter des Referats zu Grundsatzfragen der Wettbewerbspolitik des BMWi, zu Hintergrund, Verfahrensstand und dem wesentlichen Inhalt der 10. GWB-Novelle. Mit der Novelle solle insbesondere auf zwei Herausforderungen reagiert werden: Zum einen solle der zunehmenden Geschwindigkeit, mit der sich die Wirtschaft und Märkte entwickeln, begegnet werden. Die Entwicklung der Wirtschaft und Märkte schreite inzwischen derart schnell voran, dass die bisherige Missbrauchsaufsicht damit nicht mehr kompatibel sei. Zum anderen greife die Novelle die Frage auf, ob die Regelungen des Kartellrechts strikt genug seien für sehr dominante Plattformunternehmen. *Käseberg* zeigte sich zuversichtlich, dass das Gesetzgebungsverfahren bis Ende 2020 abgeschlossen sei. Hinsichtlich des wesentlichen Inhalts der Novelle thematisierte *Käseberg* unter anderem die Änderungen in der Fusionskontrolle und die Umsetzung der ECN+-Richtlinie. Den Fokus legte er aber auf die Änderungen in der Missbrauchsaufsicht. Hier wies er darauf hin, dass das Konzept der Intermediationsmacht in § 18 GWB-RegE aufgenommen werde, die essential facilities Doktrin in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB-RegE nun auch dem Wortlaut nach für Daten geöffnet werde und der Schutzbereich des § 20 GWB-RegE erweitert werde. Politisches Herzstück der Novelle sei allerdings die neue Vorschrift des § 19a GWB-RegE. § 19a GWB-RegE knüpfe an missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb an. Mit dieser Norm werde ein neues Verwaltungsverfahren eingeführt, das sich in 2 Stufen unterteile: Auf der ersten Stufe solle das BKartA den Adressaten der Norm festlegen. Auf der zweiten Stufe könne das BKartA dann verschiedene Tätigkeiten dieser Unternehmen untersagen. *Käseberg* unterstrich, dass § 19a GWB-RegE keine Bußgelder festlege und es sich nicht um eine self-executing-Norm im Sinne eines unmittelbaren, auch zivilgerichtlich durchsetzbaren Verbots handele. Insbesondere in letzterem Punkt unterscheide sich die Norm von den geplanten Regelungen des Digital Markets Act der EU-Kommission, die aus seiner Sicht einen weniger moderaten Ansatz darstellten.

Im Anschluss stellte *Frau Dr. Polley* die neuen Regelungen zur Missbrauchsaufsicht aus Unternehmenssicht dar. Kritisch ging sie zunächst die möglichen Normadressaten der §§ 19a und 20 GWB-RegE ein. In § 19a GWB-RegE werde mit der überragenden marktübergreifenden Bedeutung ein neues Konzept der Marktmacht eingeführt, das neben die bisher bekannte absolute und relative Marktmacht trete. Unabhängig davon, dass der Adressat der Regelung zunächst vom BKartA bestimmt werden müsse, habe die Norm gewisse Vorfeldwirkungen für potenzielle Adressaten. Das gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Feststellung der Adressateneigenschaft mit einem Verbot bestimmter Handlungen verbunden werden könne. In Bezug auf § 20 GWB-RegE wies *Polley* darauf hin, dass unklar sei, wann ein „Ungleichgewicht“ der Marktverhältnisse zwischen den Parteien vorliege. Auch das Konzept der Intermediationsmacht sei in der Praxis nicht klar. Gleiches gelte für die „Datenmacht“ in § 20 Abs. 1a GWB-RegE. Insgesamt herrsche – auch bei kleineren Plattformen – große Unsicherheit über die Gruppe der Unternehmen, die als mögliche Adressaten der neuen Regelungen in Frage kommen. Neben den Unsicherheiten über die Normadressaten sei auch die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen schwierig. Beispielsweise sei nun in § 19a GWB-RegE auch die Selbstbevorzugung als problematische Verhaltensweise aufgenommen, die nach bisheriger Rechtsprechung des BGH zulässig sei. *Polley* betonte, dass insgesamt deutlicher zwischen Maßnahmen des Leistungswettbewerbs und des Nichtleistungswettbewerbs differenziert werden müsse. Kritisch sah *Polley* zudem die geplante Beweislastumkehr. Eine Beweislastumkehr sei nur dann

angebracht, wenn klar umrissene Tatbestände vorlägen, bei denen ohne jeden Zweifel klar sei, dass sie schädlich für den Wettbewerb seien. Hier lägen aber weder klar umrissene Tatbestände, noch Erfahrungen über die Schädlichkeit der Handlungen vor. Schließlich verwies *Polley* auf den geplanten Digital Markets Act der EU-Kommission und drohenden Inkongruenzen zwischen diesem und den Regelungen der GWB-Novelle. Insgesamt sei das gesetzgeberische Ziel einer scharfen Missbrauchskontrolle nicht zu kritisieren. Die derzeitige Fassung bedrohe allerdings stark die Rechtssicherheit. Dadurch bestehe die Gefahr, dass Innovationen unterbleiben und sich Unternehmen aus Deutschland zurückziehen. Im Übrigen sei aus Unternehmenssicht ein einheitliches juristisches „Level playing field“ in Europa einem Flickenteppich abweichender nationaler Regelungen vorzuziehen.

Im abschließenden Referat reagierte *Frau Hossenfelder*, Leiterin der Abteilung „Grundsatzfragen des Kartellrechts“ des BKartA, auf die vorgebrachte Kritik und beleuchtete die GWB-Novelle aus Behördensicht. *Hossenfelder* verwies zunächst auf den generellen Hintergrund der GWB-Novelle, die vor allem auf die schnelle Entwicklung der digitalen Wirtschaft reagieren wolle. Der Fokus des Referats wurde sodann auf § 19a GWB-RegE gelegt. *Hossenfelder* erläuterte zunächst den zweistufigen Mechanismus der Norm. Erst wenn durch eine Verfügung festgestellt werde, dass ein Unternehmen überragende marktübergreifende Bedeutung habe, könnten in einem zweiten Schritt bestimmte Verbote „aktiviert“ werden. Dabei würden nicht pauschal alle Verhaltensweisen verboten werden, die unter den Wortlaut der Tatbestände des § 19a Abs. 2 GWB fielen. Die verbotene Verhaltensweise müsse vielmehr konkret benannt werden. Auf diese Weise erlaube es die Norm, sehr spezifisch und mit einem wettbewerblichen Maßstab auf akute Probleme einzugehen. Der Begriff der überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb solle solche Unternehmen erfassen, die ein breites Tätigkeitsfeld haben, bei dem die einzelnen Tätigkeiten in engem Zusammenhang zueinander stehen – verbildlicht werden könne dies mit dem Begriff des „Ökosystems“. Bei der Feststellung dieser Stellung nach § 19a Abs. 1 GWB-RegE müsse eine Unternehmensbetrachtung und keine Markt Betrachtung vorgenommen werden. Hinsichtlich des Rufs nach einer Konkretisierung der einzelnen Tatbestände des § 19a Abs. 2 GWB-RegE wies *Hossenfelder* darauf hin, dass eine zu starke Konkretisierung die Rechtsanwender einschränke. Angesichts der schnellen Entwicklung der Wirtschaft bestünde die Gefahr, dass zu konkrete Tatbestände nach kurzer Zeit schon wieder überholt seien. Die geplante Beweislastumkehr für die sachliche Rechtfertigung hält *Hossenfelder* für angemessen. Sie betonte, dass diese nicht den Amtsermittlungsgrundsatz aushebelt. Jedoch sollten Unternehmen solche Informationen, die in ihrer Unternehmenssphäre lägen, beibringen müssen.

In der anschließenden Diskussion wurde kritisiert, dass das Tatbestandsmerkmal der erheblichen bzw. sogar unbilligen Behinderung nicht in alle Tatbestände des § 19a Abs. 2 GWB-RegE aufgenommen wurde. Diesbezüglich wies *Käseberg* darauf hin, dass sich hierzu im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch Änderungen ergeben könnten. Das Bestreben des BMWi sei es gewesen, dem BKartA mit § 19a Abs. 2 GWB-RegE das Verbot solcher Verhaltensweisen zu ermöglichen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Wettbewerbsschaden führten. Diskussionsbedarf bestand auch hinsichtlich der geplanten Beweislastumkehr in § 19a GWB-RegE. Hier wird vorgeschlagen, die Beweislastumkehr auf non-liquet-Situationen zu beschränken. Dieser Vorschlag deckte sich mit der Auffassung *Käsebergs* von der Norm. *Polley* begrüßte dieses Verständnis und wies darauf hin, dass nicht alle Rechtfertigungsgründe stets in der Sphäre der Unternehmen angesiedelt seien. Vor dem Hintergrund der bestehenden Unsicherheiten, schlug *Kühling* vor, eine Überprüfung des § 19a GWB-RegE nach Ablauf einer bestimmten Zeit vorzusehen. Thematisiert wurde außerdem das Verhältnis der neuen Missbrauchsaufsicht des GWB zu den geplanten Neuerungen im EU-Recht. Mit Blick darauf, dass das Zieldatum der GD Wettbewerb (Anfang 2022) sehr ambitioniert erscheinen und effektiv noch nicht absehbar sei, wann der Digital Markets Act in Kraft trete, solle der deutsche Gesetzgeber nach Ansicht *Hossenfelders* mit der Umsetzung seiner Änderungen in der

Missbrauchskontrolle nicht warten. Erst wenn europäische Regelungen zur Missbrauchsaufsicht in Kraft getreten und wirksam geworden sind, stelle sich die Frage nach dem Verhältnis und einer Anpassung der deutschen Normen. *Käseberg* ergänzte, dass abgewartet werden müsse, in welcher Form und mit welchem genauen Inhalt (ggf. etwa mit einer Öffnungsklausel) die EU-Kommission den Digital Markets Act gestalten werde.