

# Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle

23. März 2020

Seite 1

## I. Einleitung

Am 23.01.2020 veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie den Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz), der an die bisherigen Studien<sup>1</sup> und die Arbeit der Wettbewerbskommission 4.0. anknüpft. Bitkom hat den bisherigen Prozess und die Diskussion um eine Weiterentwicklung des Wettbewerbsrahmens eng begleitet (so z.B. mit der Beantwortung der Fragen der Wettbewerbskommission 4.0. [hier](#) und auch schon die Begleitung der 9. GWB-Novelle [hier](#) und [hier](#)). Wir bedanken uns daher für die Gelegenheit, zum Entwurf der 10. GWB-Novelle ebenfalls Stellung zu nehmen und möchten hierauf nachfolgend eingehen.

## II. Zusammenfassung und Gesamteinschätzung

Die vorgelegte Novelle verfolgt neben der Umsetzung der ECN+-Richtlinie das im Koalitionsvertrag niedergelegte Ziel „exzellente regulatorische Rahmenbedingungen für die deutsche und europäische Digitalwirtschaft“ zu schaffen (Zeile 1938ff.) und stellt dabei insb. die Missbrauchsaufsicht im Bereich der digitalen Wirtschaft in den Fokus. Erst 2017 wurden durch die 9. GWB-Novellierung Änderungen mit Blick auf die Digitalisierung vorgenommen. Welche Auswirkungen die Gesetzesänderungen hatten und haben, kann bislang nicht abschließend bewertet werden, da es noch nicht ausreichend Erfahrung mit der Neuregelung gibt.

<sup>1</sup> Wobei der vorliegende Vorschlag insb. über einige Vorschläge des DICE-Gutachtens hinausgeht, insb. im Zusammenhang mit Eingriffsschwellen (siehe dort S.58; [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=15](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15)).

Bitkom  
Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Rebeka Weiß, LL.M.**  
**Leiterin Vertrauen & Sicherheit**  
T +49 30 27576 161  
r.weiss@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

---

Der Entwurf der 10. GWB-Novelle wird von den Bitkom Mitgliedern unterschiedlich bewertet.

Einige Unternehmen begrüßen die Novelle, da sie negativen Marktentwicklungen Rechnung trage. Die Entstehung von Marktmacht, Abhängigkeiten und Markteintrittsbarrieren folge gerade auf digitalen Märkten heute neuen Gesetzmäßigkeiten. Dies stelle der Entwurf zu Recht in den Mittelpunkt und adressiere diese in geeigneter Form.

---

Andere Teile der Mitgliedschaft bewerten die Novelle kritisch, insbesondere da empirische Belege für die Notwendigkeit neuer Instrumente in der Missbrauchsaufsicht fehlten bzw. von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Studien diese Notwendigkeit negiert und von umfassenden Änderungen in der Missbrauchsaufsicht abgeraten haben.

Positiv ist aus unserer Sicht hervorzuheben, dass Mittel wie das Vorsitzendens schreiben gestärkt werden, die Inlandsumsatzschwelle angepasst wird und Klarstellungen in die Novelle eingefügt wurden, die Unternehmen die Prüfung der Zulässigkeit von Kooperation etc. ermöglichen. Das Bundeskartellamt sollte als wichtigster Akteur zur Durchsetzung und Aufrechterhaltung fairer Marktbedingungen auch angesichts der gestärkten Kompetenzen entsprechend ausgestattet werden, um eine zielgerichtete Umsetzung und die Beratung betroffener Unternehmen sicherzustellen.

Im Detail sehen wir hinsichtlich einiger Regelungen jedoch die Gefahr, dass sich die Wirkung ins Gegenteil verkehren kann und somit übers Ziel hinausgehen könnte. Zudem sollten wichtige Fragen hinsichtlich des Verhältnisses zu anderen gesetzlichen Regelungen geklärt werden.

Insbesondere die Einführung des § 19a und der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ wird unterschiedlich bewertet. Aus Sicht einiger Mitglieder könne die Neuerung Chancen bieten Marktmissbrauch früher zu erkennen, zielgenauer zu adressieren und so den Leistungswettbewerb zu schützen. Aus Sicht anderer Teile der Mitgliedschaft begegnet die Neuerung Bedenken, da sie auch wettbewerblich neutrales oder sogar prokompetitives Verhalten unterbinden könnte und somit Innovationen und inneres Wachstum beschnitten würden.

Die gewählten Maßnahmen und Änderungen stellen zum Teil wesentliche Veränderungen gegenüber dem bisherigen Kartellrecht dar. Insbesondere folgende Aspekte sind aus unserer Sicht hervorzuheben:

- **Potenzielle Absenkung der Missbrauchsaufsicht unter die Schwelle der Marktbeherrschung**

Insbesondere für die Einordnung als Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ nach § 19a ist die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung offenbar nicht zwingend erforderlich (so jedenfalls der Wortlaut, auch wenn die Begründung hierzu abweichend formuliert). Dies hätte eine Missbrauchsaufsicht ohne Marktbeherrschung oder relativer Marktmacht zur Folge und würde sich so vom klassischen Konzept der Marktmacht entfernen.

- **„proaktives“ Wettbewerbsrecht**

Der Entwurf erlaubt es dem Kartellamt, Unternehmen bei denen eine marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb festgestellt wurde gemäß § 19a Abs. 1 proaktiv zum Gegenstand behördlicher Verfügungen zu machen, bevor überhaupt ein konkreter Missbrauch eingetreten ist (ähnlich auch der „Tipping“-Tatbestand in § 20 Abs. 3a). Mit Blick auf die vorgeschlagene Beweislastregel in § 19a sehen sich die Unternehmen mit gleich mehreren Neuerungen innerhalb der GWB-Systematik gegenüber: Erstens die Figur einer „überragenden marktübergreifenden Stellung“ (hinsichtlich derer Konkretisierungen notwendig scheinen), zweitens die Annahme einer Schädlichkeit für einen Katalog von weit gefass-

ten Verhaltensweisen und drittens eine Beweislastumkehr für die sachliche Rechtfertigung der Verhaltensweisen, bei der aber nach der Gesetzesbegründung in der Abwägung den „kurzfristigen“ Effizienzen für Verbrauchern und Unternehmen gegenüber der langfristigen Offenhaltung von Märkten ein geringeres Gewicht zukommen soll.

### ▪ **Internes Wachstum als Bewertungsmaßstab**

Der Entwurf enthält Maßnahmen, die es dem Bundeskartellamt erlauben, auch außerhalb von Fusionskontrollverfahren Einfluss auf die Marktentwicklung zu nehmen. Es kann insbesondere Maßnahmen ergreifen, um bei drohenden missbräuchlichen Verhaltensweisen die Expansion bestimmter Unternehmen auf neue Märkte bzw. per Verfügung zu ahnden (z.B. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2).

### ▪ **Kausalitätsmaßstab und Marktmacht**

Die Änderung des Kausalitätsmaßstabs in § 19 Abs. 1 führt dazu, dass das Bundeskartellamt nicht darlegen muss, ob erst die Marktmacht eines Unternehmens es diesem ermöglicht, ein missbräuchliches Verhalten durchzusetzen (sog. „strikte Kausalität“ oder „Verhaltenskausalität“). Ändert man diesen Maßstab zugunsten einer reinen „normativen Kausalität“ oder Ergebniskausalität, kommt es nicht mehr darauf an, ob das missbräuchliche Verhalten überhaupt spezifischer Ausfluss der Marktmacht des Unternehmens ist.

### ▪ **Europarechtliche Fragestellungen**

Der Referentenentwurf, und insbesondere der Vorschlag des § 19a, beschreibt einen deutschen Sonderweg mit Blick auf die Rahmenvorgaben des europäischen Kartellrechts.

Ein Teil der Mitgliedschaft hält die Vorschläge für unvereinbar mit zwingenden Vorgaben des Unionsrechts. Die Öffnungsklausel des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 könne den deutschen Alleingang bei § 19a schon dem Grunde nach nicht legitimieren. Mit der Zweistufigkeit des Verfahrens und den damit einhergehenden Elementen einer ex-ante-Regulierung werde § 19a nämlich von Instrumenten geprägt, die dem „klassischen“ kartell-

rechtlichen Instrumentarium fremd sind. Die Öffnungsklausel des Art. 3 Abs. 2 könne aber, wie die VO 1/2003 insgesamt, nur konkretisieren, was zumindest konzeptionell schon bestand, als die VO verabschiedet wurde. Darüber hinaus verstoße auch die Beweislastumkehr gegen Unionsrecht, nämlich gegen Art. 2 der VO 1/2003. Danach müsse die Behörde stets auch alle Tatsachen beweisen, die ein spezifisches Unwerturteil über das betreffende Verhalten tragen. Damit sei es unvereinbar, wenn § 19a nun auf der Tatbestandsebene keine Unbilligkeit des Verhaltens mehr verlange und stattdessen das Unternehmen mit dem Beweis belaste, seinerseits die Billigkeit seines Tuns zu belegen. Die Auffassung, dass Art. 2 VO 1/2003 für § 19a wegen Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 nicht einschlägig sei, könne nicht überzeugen. Die Mitgliedstaaten würden gegen das effet utile-Prinzip verstoßen, wenn nationale Rechtsvorschriften die Beweislastverteilung, die für EU Recht gilt, ins Gegenteil verkehren. Dies würde die volle Wirksamkeit der Anwendung des Unionsrechts in Frage stellen (vgl. Bechtold, in: Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht, VO 1/2003 Art. 2, Rn. 34). Erwägungsgrund 5 der VO 1/2003 unterscheide im Übrigen ausdrücklich zwischen Beweislastverteilung („burden of proof“) und Beweismaß („standard of proof“). Nur für Letzteres lasse die Verordnung eine Abweichung in nationalen Rechtsvorschriften zu. Die für § 19a vorgeschlagene Beweislastumkehr sei deshalb eine Kollision mit Unionsrecht.

Nach anderer Auffassung sei Art. 2 VO 1/2003 hingegen nicht anwendbar. Art. 2 VO 1/2003 enthalte lediglich eine Regelung zur Beweislastverteilung bei der Anwendung von europäischem Recht, nicht hingegen bei der Anwendung von nationalem Recht. Die Beweislastverteilung betreffend nationales Recht finde hier keine Erwähnung und sei nicht Regelungsgegenstand der VO 1/2003. Auch aus Erwägungsgrund 5 ergebe sich nichts anderes. Im Gegenteil, Erwägungsgrund 5 stelle lediglich klar, dass VO 1/2003 die nationalen Rechtsvorschriften über das Beweismaß wie auch den Umfang des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht berühre. Vielmehr gestatte Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 es den Mitgliedstaaten ausdrücklich „strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung

oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden“. Dies umfasse die Einführung und auch Anwendung von § 19a einschließlich der darin enthaltenen Beweislastverteilung. Mit § 19a würde im Einklang mit Art. 3 Abs. 2 S.2 VO 1/2003 eine strengere innerstaatliche Regelung eingeführt, welche es dem Bundeskartellamt gestatte einseitige Handlungen von Unternehmen (unterhalb der Marktmachtschwelle) zu unterbinden und zu ahnden. Dem stehe auch der unionsrechtliche effet utile nicht entgegen. Der effet utile beziehe sich lediglich auf die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht. Es könne dabei ausschließlich ein Bezug zum nationalen Verfahrensrecht hergestellt werden und dies auch nur, wenn es um die Auslegung und Anwendung von Unionsrecht gehe. Nationale Verfahrensregeln dürften die volle Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Unionsrechts nicht schmälern. Bei der Anwendung von nationalem materiellem Recht – wie bspw. von § 19a – ergeben sich hingegen keine Verpflichtungen den effet utile zu berücksichtigen, da kein Bezug zum Unionsrecht bestehe und daher die volle Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit des Unionsrecht auch nicht geschmälert werden könne.

Von der Möglichkeit des Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 habe der deutsche Gesetzgeber schon bei der Einführung von § 20 GWB Gebrauch gemacht.

- **Ausdehnung des Schutzbereichs von § 20**

Der Anwendungsbereich von § 20 ist zu weit gefasst. Der Entwurf zielt ausweislich der Begründung vornehmlich auf die Regulierung digitaler Geschäftsmodelle ab. Zudem gefährdet die Erweiterung der Anspruchsberechtigung des § 20 auf große Unternehmen über KMU hinaus potenziell die Infrastrukturunternehmen und die investitionsgerechte Bepreisung, wenn Unternehmen Zugang zu Infrastrukturnetzen erhalten und die Preise zu anderen Konditionen weiterreichen können, da sie durch alternative Finanzierungsmodelle und auf mehrseitigen Märkten tätig sind. Die Schaffung zusätzlicher Zugangsansprüche ist jedenfalls für den Telekommunikationsbereich auch angesichts der bereits bestehenden Regulierung und des bestehenden Infrastrukturwettbewerbs nicht sach-

gerecht. Die Praxis zeigt, dass kleine und mittlere wie auch große Unternehmen, welche Telekommunikationsleistungen benötigen, durch bestehende Regelwerke in GWB und TKG hinreichend geschützt sind.

### III. Änderungen der 10. GWB-Novelle im Einzelnen

#### 1. Regulierung von Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“

Mit der Schaffung des § 19a werden durch die GWB-Novelle neue Instrumente und Konzepte zur Regulierung von Unternehmen mit „überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ eingeführt. Hinsichtlich der Bewertung der Vorschrift des § 19a vertreten die Bitkom Mitglieder unterschiedliche Positionen. Einerseits wird die Einführung von Teilen der Mitgliedschaft für zwingend notwendig gehalten, das neue Konzept der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ nachdrücklich begrüßt und darin Chancen gesehen Marktmissbrauch früher zu erkennen und vorzubeugen. Die Befürworter von § 19a sehen die Norm als zentral an, um dem Bundeskartellamt die Möglichkeit zu geben proaktiv auf Entwicklungen in einem dynamischen Markt zu reagieren, in dem es einigen Unternehmen möglich sei, ihre Marktmacht aus einem Markt in einen anderem Markt wettbewerbsverzerrend einzusetzen. Dies sei vor allem für kleinere Unternehmen wichtig (so auch die Stellungnahme des Bundeskartellamts zur GWB Novelle).

Andere Teile der Mitgliedschaft haben grundlegende Bedenken gegen § 19a. Von ihnen wird die neue Rechtsfigur einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb“ und die Ausgestaltung der Verbotsnormen des § 19a Abs. 2 als Vermutungstatbestände mit Elementen einer abstrakten Gefahrenabwehr konzeptionell überaus kritisch und als rechtsstaatlich bedenklich gesehen. Den erhofften Wachstumschancen nationaler Unternehmen stehe der Verlust von Innovationen und Wettbewerbsimpulsen gegenüber, die von denjenigen Unternehmen ausgehe, deren internes Wachstum durch § 19a beschränkt werden solle, zumal fundierte Analysen dazu fehlten, anhand welcher Kriterien ein in sich stimmiger Wettbewerbsschutz bei „Plattform-Ökosystemen“ überhaupt erreicht werden könne (so auch der Report der Monopolkommission).

Abseits der grundsätzlichen Einordnung zum Vorschlag des § 19a wirft die Norm Fragen auf, die teilweise in der Mitgliedschaft unterschiedlich bewertet werden und nachfolgend im Detail dargestellt werden.

### 1.1. Unbestimmte Rechtsbegriffe

§ 19a des Entwurfs verwendet eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, die auch sonst nicht im GWB definiert sind. Auch ist das Verhältnis zwischen überragender marktübergreifender Bedeutung und klassischer Marktbeherrschung noch klärungsbedürftig.

Unklar ist z.B. was der Entwurf mit „verbundenen Märkten“ meint (§ 19a Abs.1 Satz 2 Nr. 3), wie sich feststellen lässt, ob ein Unternehmen seine Marktstellung „schnell“ ausbauen kann oder was im Vergleich zum eigentlich Wettbewerb mit einem „Wettbewerbsprozess“ gemeint ist (beides § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2).

Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zur Regelung komplexer Sachverhalte ist in der Gesetzgebung kaum vermeidbar. Die Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe führt aber dazu, dass die Befugnisse der Behörde im Zusammenhang mit der Einordnung als Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb nur schwer einschätzbar sind. Im Zusammenwirken mit den weit gefassten Befugnissen des Bundeskartellamts beim Verbot missbräuchlicher Maßnahmen nach § 19a Abs. 2, die ihrerseits weitreichende Einschätzungs- und Prognosespielräume enthalten, ist der Gesetzentwurf bislang nicht hinreichend konkretisiert.

Folgende Kriterien könnten hier ergänzt werden, um eine Konkretisierung der Beschreibung von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung zu erreichen:

- **Marktdominanz in einem Markt:** Als eine Bedingung für die Feststellung überragender marktübergreifender Bedeutung sollte Dominanz in einem Markt festgestellt werden. Im Entwurf ist Dominanz nur als ein möglicher Faktor beschrieben, sie sollte aber in jedem Fall festgestellt werden müssen. Die Aufzählung der Marktdominanz im Rahmen der hier vorgeschlagenen kumulativen Aufzählung lässt den Eindruck entstehen, dass



die Marktdominanz nicht zwingend festgestellt werden muss. Dies entspricht auch nicht den Ausführungen in der Begründung des Gesetzesentwurfs (Seite 75), wo die Feststellung der Marktdominanz vorausgesetzt wird.

- Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten: Dieser Indikator ist bereits Teil von § 18 Absatz 3a und sollte auch in § 19a Absatz 1 aufgenommen werden, um dem Zusammenhang von Größenvorteilen und Netzwerkeffekten genügend Beachtung zu geben. Netzwerkeffekte als solche können bereits einen verstärkenden Effekt auf die generelle Marktmacht eines Unternehmens haben. Aber ab einer bestimmten Größe kann es in bestimmte Fällen praktisch nicht mehr möglich sein, den Anbieter zu wechseln, ohne dabei massive Nachteile in Kauf nehmen zu müssen, auch bekannt als Lock-In-Effekt.

### 1.2. Feststellungsverfügung (§ 19a Abs. 1)

Die Feststellungsverfügung erlaubt es dem Bundeskartellamt, ein Unternehmen unabhängig von konkret missbräuchlichem Verhalten zum Gegenstand einer behördlichen Verfügung zu machen. Eine solche Befugnis ist dem GWB bisher fremd.

Das Bundeskartellamt soll jene Feststellungsverfügung offensichtlich auch längerfristig und mehrfach als Grundlage für Verfügungen nach § 19a Abs. 2 heranziehen können, wobei laut Begründung die Befristung der Feststellungsverfügung die Regel sein soll. Aufgrund der Eingriffsintensität der Feststellungsverfügung und, um dem Gebot der Verhältnismäßigkeit stärker Rechnung zu tragen, regen wir an, den Gesetzestext an dieser Stelle und damit die Ermessensentscheidung der Behörde konkreter zu fassen. Der Entwurf geht dem Wortlaut nach von einer Dauerwirkung der Feststellungsverfügung aus, sodass eine Erneuerung bzw. Aktualisierung der zugrundeliegenden Feststellungsverfügung bei Erlass von Maßnahmen nach § 19a Abs. 2 offenbar nicht erforderlich sein soll. Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung (S. 77) zur Befristung und Verhältnismäßigkeit sollten hier auch mit Blick auf die notwendige Ermessensausübung klarer in den Gesetzestext aufgenommen und eine maximale Geltungsdauer der Verfügung gesetzlich vorgeschrieben werden.

Ein Teil der Mitgliedschaft begrüßt die im Gesetzesentwurf angelegte Möglichkeit, die Feststellungsverfügung (Abs.1) und die Untersagungsverfügung (Abs. 2) zu verknüpfen unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit schnellerer Verfahren. Gerade bei Wettbewerbsproblemen auf digitalen Märkten bedürfe es eines schnellen Eingreifens der Kartellbehörde, damit sich die Probleme nicht verfestigten und (potentielle) Wettbewerber nicht verdrängt werden.

Ein anderer Teil der Mitgliedschaft hält es für erforderlich, an der im Gesetzestext ebenfalls angelegten Zweistufigkeit des Verfahrens festzuhalten und die Verknüpfungsmöglichkeit daher zu streichen. Für die betroffenen Unternehmen hätten beide Schritte eine hohe Eingriffsintensität und sollten daher getrennt erfolgen, um angemessenen Rechtsschutz bzw. zumindest eine Reaktionsmöglichkeit im Sinne der mit der Feststellungsverfügung intendierten Verhaltensänderung des betroffenen Unternehmens zu ermöglichen. Es sei außerdem unklar, ob einem betroffenen Unternehmen Rechtsmittel gegen die Feststellungsverfügung zur Verfügung stünden. Das lässt sich bezweifeln, soweit die Anordnung von Maßnahmen nach § 19a Abs. 2 eine zweite Verfügung des Bundeskartellamts erfordern und die Feststellungsverfügung damit ohne unmittelbare rechtliche Wirkung bleibt.

### 1.3. Verbot missbräuchlicher Maßnahmen (§ 19a Abs. 2)

Das Bundeskartellamt kann Unternehmen, deren überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb es feststellt, bestimmte missbräuchliche Verhaltensweisen untersagen. Auf die wesentlichen Aspekte der Neuregelung gehen wir nachfolgend ein.

#### 1.3.1. Beweislastumkehr

Die Neuregelung zur Beweislastumkehr wird unterschiedlich bewertet. Ein Teil der Mitgliedschaft begrüßt die in § 19a vorgesehene Beweislastumkehr, da diese erforderlich sei um ein effektives Eingreifen des Bundeskartellamts zu ermöglichen. Die von Plattformen erbrachten Vermittlungsleistungen seien zum einen durch die Verwendung von Unmengen an Daten technisch und ökonomisch hochkomplex und zum anderen für die Wettbewerbsbehörden intransparent. Die Wirkung der Vielzahl von verwendeten relevanten Algorithmen zu erkennen sei

einem Externen nahezu unmöglich. Dies gelte nicht nur für die Nutzer der Plattform, sondern auch für die Wettbewerbsbehörden. Verlässliche objektive Informationsquellen zur Überprüfung der Antworten auf Auskunftersuchen stünden nicht zur Verfügung.

Dies mache die vorgesehene Beweislastumkehr unentbehrlich und dürfte es dem Bundeskartellamt deutlich erleichtern, bestimmte wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der relevanten Digitalkonzerne aufzugreifen. So habe die Einführung einer entsprechenden Regelung zur Beweislastumkehr im Rahmen der Missbrauchsvorschriften in der Energiewirtschaft in § 29 GWB im Jahr 2007 zu einer deutlich verschärften Preismissbrauchsaufsicht gegenüber den Energieversorgungsunternehmen geführt.

Damit würden an Unternehmen mit marktübergreifender Bedeutung auch keine unmöglichen Anforderungen gestellt. Der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 57 GWB) gelte weiter; dies gelte insb. in solchen Fällen, in denen die zur Rechtfertigung erforderlichen Tatsachen nicht in der Sphäre des Unternehmens mit marktübergreifender Bedeutung, sondern in der Sphäre von Dritten, bspw. Wettbewerbern, lägen.

Ein anderer Teil der Mitgliedschaft lehnt die Beweislastumkehr entschieden ab. Dadurch würden die Verbote des § 19a Abs. 2 zu reinen Vermutungstatbeständen, wenn das Unternehmen die positiven Wettbewerbseffekte seines Verhaltens selbst darlegen und beweisen müsse. Das würde die Unternehmen dazu zwingen, jede geplante Innovation zunächst einem internen Rechtfertigungstest zu unterziehen und dazu im Zweifel vorab die Meinung des Amtes einzuholen. Dazu fehle es beim Bundeskartellamt an den Ressourcen und an einem entsprechenden Verfahren. Vor allem aber lägen die für eine solche Rechtfertigung erforderlichen Tatsachen häufig gar nicht in der Sphäre des Unternehmens, sondern bei Wettbewerbern oder sonstigen Dritten. Darauf könne nur das Amt mit den Instrumenten der Amtsermittlung (§ 57 GWB) zugreifen und sich die erforderlichen Informationen (auch komplexeste Sachverhalte) durch verpflichtende Auskunftsbescheide aufbereiten lassen. Wenn jedoch bei § 19a die Feststellung der wettbewerbslichen Unbilligkeit des konkreten Verhaltens nicht zum Tatbestand gehöre, dann sei es für das Amt auch nicht „erforderlich“ i.S.d. § 57 GWB,

für seinen Missbrauchsvorwurf entsprechende Ermittlungen zu führen. Das Rechtsstaatsprinzip verbiete es aber, einer Partei den Beweis für Umstände aufzubürden, die nicht in ihrer Sphäre liegen (BVerfG, Beschluss vom 18. Februar 2019 – 1 BvR 2556/17, Rn. 14 m.w.N.). Als Maßnahme der Eingriffsverwaltung sei jede kartellbehördliche Untersagung zudem unmittelbar grundrechtsrelevant. Jede Ungewissheit über die ermächtigungsbe gründenden Tatsachen müsse dabei zu Lasten der Behörde gehen (vgl. nur VGH Mannheim, GewArch 2015, 177, 181) und der Staat müsse die Beweislast für die gesetzlichen Voraussetzungen eines Eingriffs in die Freiheitsrechte tragen (BVerwG, Urteil vom 21. 5. 2008 – 6 C 13/07, Rn. 41 m.w.N.). Insoweit ließe sich die Beweislastumkehr auch nicht durch die geltend gemachten Effektivitätsgewinne bei der Normanwendung rechtfertigen.

Unabhängig von der Einordnung zur Neuregelung der Beweislastumkehr ist aus unserer Sicht eine Klarstellung wünschenswert. Wir schlagen daher eine Anpassung des Referentenentwurfs dahingehend vor, dass eine Klarstellung zur Geltung und Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes aufgenommen wird.

### 1.3.2. Selbstbevorzugung (Nr. 1)

Nach seiner Überschrift soll § 19a nur „missbräuchliches“ Verhalten erfassen. Demzufolge sollen dem Leistungswettbewerb entsprechende Verhaltensweisen nicht erfasst werden. Eine dahingehende Klarstellung zumindest in der Gesetzesbegründung wäre wünschenswert um Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

### 1.3.3. „Aufrollen“ von Märkten (Nr. 2)

Nach § 19a Abs. 2 Nr. 2 soll das Bundeskartellamt eine unmittelbare oder mittelbare Behinderung von Wettbewerbern untersagen können, die geeignet ist, den Wettbewerbsprozess erheblich zu beeinträchtigen. Dabei soll die Behinderung auf einem Markt erfolgen müssen, auf dem der Normadressat seine Stellung – ohne marktbeherrschend zu sein – „schnell ausbauen kann“.

Dies wird von einigen Mitgliedsunternehmen als notwendige neue Befugnis für das Bundeskartellamt anerkannt, da so die aktuellen Wettbewerbsprobleme adressiert würden. Aktuell sei es einigen Unternehmen möglich, ihre Marktmacht aus einem Markt in einem anderen Markt wettbewerbsverzerrend und schnell einzusetzen. Insbesondere für kleinere Unternehmen sei diese neue Möglichkeit des Bundeskartellamts wichtig.

Andere Teile der Mitgliedschaft bewerten § 19 a Abs. 2 Nr. 2 kritisch, da er internes Wachstum beschränke und die damit zusammenhängende Expansion in neue Geschäftsfelder in Frage stelle. Im Zusammenspiel mit der Beweislastumkehr würde der bisherige allgemeine Grundsatz, dass der Vorstoß eines Unternehmens in neue Marktsegmente nicht nur für mehr Wettbewerb sorgt, sondern den Wettbewerb auch herausfordert, nun plötzlich umgedreht und die Vermutung gelten, dass der Vorstoß eines Unternehmers in ein neues Geschäftsfeld per se schlecht für den Wettbewerb ist – zumal die Unbilligkeit des konkreten Verhaltens tatbestandlich auch nicht festgestellt werden müsste. Sobald ein Unternehmen eine Feststellungsverfügung nach § 19a Abs.1 erhält, müsse es damit rechnen, dass ihm ein darauffolgender Ausbau seiner Geschäftstätigkeit untersagt wird. Da jede geplante Expansion Investitionen voraussetzt, werde sich das betreffende Unternehmen deshalb gut überlegen müssen, ob es überhaupt noch in Innovationen investiert.

Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen seine Marktstellung „schnell ausbauen kann“, will die Entwurfsbegründung (S. 78) allein die Art und Größe der Ressourcen ausreichen lassen, über die das Unternehmen verfügt. Aus dem Vorhandensein von Ressourcen lässt sich jedoch nicht auf die Fähigkeit eines Unternehmens schließen, erfolgreich in neue Marktsegmente eintreten zu können. Maßgeblich sollten daneben die Wettbewerbsbedingungen in dem betreffenden Markt sein, z.B. wie viele Unternehmen dort tätig sind, ob es sich um einen noch im Aufbau befindlichen oder bereits konsolidierten Markt handelt, ob Netzwerkeffekte, Größen- und/ oder Verbundvorteile eine Rolle spielen etc. Eine entsprechende Ergänzung wäre unseres Erachtens daher begrüßenswert.

### 1.3.4. Nutzung von Daten (Nr. 3)

§ 19a Abs. 2 Nr. 3 bietet eine Grundlage, um Wettbewerb durch den Abbau wesentlicher Markteintrittsbarrieren oder Verhinderung von Marktabstottung zu ermöglichen. Es kann allerdings auch negative Folgen für die Expansions- und Innovationsmöglichkeiten der Unternehmen haben, was angesichts der unklaren Formulierung der Vorschrift auf der einen Seite und der Bedeutung von Daten als Innovationstreiber auf der anderen Seite problematisch erscheint. Konkretisierungen, zumindest auf Ebene der Gesetzesbegründung, zu den erfassten Konstellationen, den erfassten Datennutzungen und möglichen Rechtfertigungssituationen sind aus unserer Sicht notwendig, um die praktische Handhabbarkeit der Vorschrift erhöhen.

### 1.3.5 Interoperabilität und Datenportabilität (Nr. 4)

In § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 sieht der Referentenentwurf das Verbot vor, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren. Einerseits eignet sich dieses Verbot, um Lock-in Effekte und Markteintrittsbarrieren mit dem Ziel zu adressieren, Wettbewerbsbehinderungen abzubauen. Andererseits können kartellrechtliche Vorgaben zur Datenportabilität allerdings das Risiko bergen, dass vor allem im unternehmerischen Verkehr dadurch die Funktionen vieler bestehender Angebote beschnitten und Innovationen gehemmt werden. Zudem gibt es Abgrenzungsschwierigkeiten mit dem Recht auf Datenportabilität (bezogen auf personenbezogene Daten) aus Art. 20 DS-GVO. Dieser sieht Verpflichtungen vor, die es Nutzern erlauben, die Daten zu ihrem Account heraus zu verlangen oder sie, z.B. beim Wechsel ihres Social-Media-Anbieters, an den neuen Anbieter übertragen zu lassen. Hier ist insbesondere geregelt, dass die Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format bereitgestellt werden müssen. Nichts anderes will auch der Referentenentwurf bewirken (vgl. S. 79 f.). Zu beachten ist jedoch, dass das Recht auf Datenportabilität aus der DS-GVO nur die betroffene Person unmittelbar selbst geltend machen kann. Zwar können die Datenschutzaufsichtsbehörden eingreifen, wo Anbieter ihrer Verpflichtung nicht nachkommen, jedoch haben betroffene Wettbewerber keinen Anspruch auf Einschreiten. Um systematischen Verstößen nachzukommen wird das Bundeskartellamt daher von einem Teil der Mitgliedschaft als die geeignetere Behörde angesehen. Begrüßenswert wäre vor

diesem Hintergrund eine Klarstellung der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Datenschutzaufsichtsbehörden und Bundeskartellamt im Anwendungsbereich des Art. 20 DS-GVO, wobei insbesondere auch der in der DS-GVO angelegte Kohärenzmechanismus zum Tragen kommen sollte.

Darüber hinaus begegnet der Vorschlag zur Datenportabilität insbesondere dort praktischen Anwendungsschwierigkeiten, wo Unternehmen ihre Daten portieren möchten, z.B. vom einem Cloud Service zu einem anderen. Die Struktur und Formate der Datenbanken kommerzieller Cloud-Nutzer sind häufig höchst individualisiert. Nur so können sie den spezifischen Bedürfnissen ihrer Nutzer gerecht werden – z.B. durch die Verknüpfung verschiedenster bestehender Datenbestände. Letztlich beruhen die Struktur und das Format einer Datenbank dabei nur zum Teil auf einer Entscheidung des Cloud-Anbieters. Viele Kunden entwickeln in der jeweiligen Cloud-Umgebung spezifische Formate, die von anderen Anbietern letztlich nicht unterstützt werden. Angesichts des Bedarfs an individuellen Lösungen, besteht teilweise die Befürchtung, dass das Erfordernis eines „strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Formats“ innovationshemmend wäre (insofern unklar der Begründungsentwurf, S. 79). Hier wäre eine Klarstellung dahingehend wünschenswert, dass im Falle individueller Lösungen auf Wunsch eines Kunden die im Raum stehende Wettbewerbsbehinderung jedenfalls sachliche gerechtfertigt wäre.

In Bezug auf § 19 a möchten wir zunächst hervorheben, dass die Bitkom Mitglieder die Zielstellung und den Grundsatz der Datenportabilität unterstützen und hierzu bereits vielfältige Maßnahmen und Initiativen ergriffen haben, die bereits über die Anforderungen des Art. 20 DS-GVO hinausgehen. Die Anbieter verfolgen stets das Ziel, Nutzern eine größtmögliche Kontrolle über ihre Daten zu gewährleisten. Das zeigt sich beispielsweise an der Data Portability Cooperation von GSMA. Auch Anbieter wie Facebook, Google, Microsoft, Twitter und Apple haben sich beispielsweise im Data Transfer Project (DTP) zusammengeschlossen, einem Open-Source-Softwareprojekt, das darauf abzielt, standardisierte Systeme zu entwickeln, die es den Nutzern letztendlich ermöglichen, ihre Daten nahtlos zwischen Online-Dienstleistern zu übertragen.

Die Datenübertragbarkeit kann durchaus Innovation und Wettbewerb fördern, doch müssen diese Vorteile mit potenziellen Risiken für die Privatsphäre und die Sicherheit in Einklang gebracht werden. Bitkom hat kürzlich ein Papier hierzu veröffentlicht, das eine Reihe von Fragen enthält, die idealerweise in Zusammenarbeit zwischen Regierung, Regulierungsbehörden, Zivilgesellschaft und Industrie diskutiert werden sollten.<sup>2</sup> Das Wettbewerbsrecht sollte den bestehenden Rechtsrahmen komplettieren. Dabei ist auch zu beachten, dass viele Umsetzungsfragen zur Datenportabilität (unter der DS-GVO, dazu mehr s.u.) bis heute unbeantwortet sind. In dieser Situation, in der Rechtsunsicherheit zum Teil die Portabilität erschwert, sollte dringend diesbezüglich nachgebessert werden.

Im Hinblick auf die Interoperabilität der Dienste fehlt es dem Anwendungsbereich von Unterabsatz 4 an sinnvollen Einschränkungen. Tatsächlich wird im Gesetzentwurf ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Behinderung der Interoperabilität im weitesten Sinne zu verstehen ist, was bedeutet, dass jede Maßnahme, die eine Interaktion von Produkten verhindert, mit § 19a in Konflikt geraten könnte. Diese Interpretation ist sehr weit gefasst, da im Gesetzentwurf anerkannt wird, dass Interoperabilität durchaus ambivalente Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann.

Die Interoperabilität verschiedener Dienste kann beispielsweise in gewissen Bereichen die Innovation behindern, da sie den Spielraum für die Produktdifferenzierung verringern könnte. Teilweise wird angezweifelt, dass eine strenge Maßnahme wie die Interoperabilität nützlich sein könne, um "Lock-in-Effekten" in digitalen Märkten zu begegnen. Wechselkosten seien in digitalen Märkten für Nutzer häufig sehr gering, da sie problemlos mehrere Online-Dienste parallel nutzen können (Multi-Homing). Nach anderer Auffassung findet Multi Homing aufgrund von Netzwerkeffekten und Lock in Effekten hingegen nicht statt. Zudem wird in dem Aufwand des Nutzers mehrere Nutzerprofile anzulegen ein weiteres Hindernis gesehen mehrere Online Dienste parallel zu nutzen; in der Regel handelt es sich dabei zwar nicht um monetäre Wechselkosten, aber um einen Aufwand, welcher mit Wechselkosten vergleichbar ist. Die Einführung ei-

<sup>2</sup> <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Interoperabilitaet-Datenportabilitaet-Bitkom-Antworten-auf-die-Fragen-des-BMJV>.



nes kartellrechtlichen Interoperabilitätsanforderung wird daher ausdrücklich begrüßt.

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, die bis 20. Dezember 2020 in das neue TKG umgesetzt werden müssen und deren Durchsetzung nach Art. 61 EKEK der Bundesnetzagentur obliegt. Wo und inwiefern das nationale Kartellrecht die Interoperabilität neben dem EKEK und dem TKG reguliert wäre daher wünschenswert.

### 1.3.5. Transparenz (Nr. 5)

Ein Teil der Bitkom-Mitgliedschaft begrüßt die Einführung des § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5. Es sei sinnvoll, dass das Bundeskartellamt die Möglichkeit erhalte, Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung zu untersagen, Informationsdefizite in Bezug auf ihre Leistungen zu schaffen, aufrechtzuerhalten oder zu verschärfen. So werde verhindert, dass diese marktmächtigen Unternehmen Vorteile erlangen und aufgrund von bestehenden Abhängigkeiten ihre Positionen weiter zum Nachteil des Wettbewerbs ausbauen können.

§ 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 ergänze zudem die Regelungen der EU P2B-Verordnung. Diese enthalten zwar auch eine Reihe von Informationspflichten für Plattformbetreiber. Ein schnelles behördliches Handeln, das sich gegen ein missbräuchliches Verhalten von Unternehmen wie der bewussten Schaffung von leistungsbezogenen Informationsdefiziten wendet, sei aber nicht in der VO vorgesehen. Die (außer-)gerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen der EU P2B-VO seien auch nicht anwendbar auf solche Fallgestaltungen. Somit bestehe eine Regelungslücke, die der neu geschaffene § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 hier zum Schutze des Wettbewerbs schließe.

Auf der anderen Seite ist für einen Teil der Mitglieder unklar, welcher Regelungsbedarf für den § 19a Abs. 2 Nr. 5 angesichts der bereits verabschiedeten P2B-

Verordnung besteht, da dort bereits umfassend Informationspflichten von Plattformen geregelt werden

### 2. Ausdehnung des Schutzbereichs von § 20

Der Gesetzesentwurf sieht in § 20 Abs. 1 die Erstreckung der Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit nur relativer Marktmacht auch gegenüber Großunternehmen vor. Angesichts der Zielsetzung des Digitalisierungsgesetzes, einen digitalen Ordnungsrahmen zu schaffen und den Missbrauch von Marktmacht durch digitale Plattformen besser zu erfassen, greift die branchenübergreifende Ausweitung des Schutzbereiches des § 20 auch auf Großunternehmen zu weit.

Für die Schaffung zusätzlicher Zugangsansprüche (im Sinne einer Access-Regulierung) besteht unter anderem für den Telekommunikationsbereich angesichts der bereits bestehenden Regulierung und des vorhandenen Infrastrukturwettbewerbs auch kein Anlass. Die Praxis zeigt, dass kleine, mittlere und auch große Unternehmen als Zugangsnachfrager durch die bestehenden Regelwerke in GWB und TKG hinreichend geschützt sind. Die Einbeziehung der Telekommunikations- und sonstigen Märkte in den Anwendungsbereich des § 20 ist angesichts der übergreifenden Zielsetzung der 10. GWB Novelle nicht erforderlich.

Gestützt wird eine Beschränkung der Ausweitung der Missbrauchsaufsicht auf Digitalmärkte auch durch die Gesetzeshistorie. Diese bestätigt, dass ein Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zulasten marktstarker Unternehmen unabhängig von der Größe und Bedeutung der von ihnen abhängigen Nachfrager oder Anbieter, nicht zielführend ist und sogar zu einer Ausweitung von Marktmacht führen kann. So galt das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zulasten marktstarker Unternehmen zunächst unabhängig von der Größe und Bedeutung der von ihnen abhängigen Nachfrager oder Anbieter. Dies wurde erst durch die 5. GWB Novelle von 1989 geändert und das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot auf kleine und mittlere Unternehmen begrenzt und damit große Unternehmen aus dem Schutzbereich ausgeschlossen. Hintergrund dieser Beschrän-

kung des Schutzbereiches des § 20 auf den Mittelstand war gerade die Tatsache, dass § 20 zuvor insbesondere großen und teilweise auch international tätigen Unternehmen zu Gute gekommen war. In einzelnen Branchen waren durch einen starken Konzentrationsprozess gewichtige Marktpositionen entstanden, die eine Privilegierung durch zusätzliche Zugangs- und Lieferansprüche nicht mehr sachgerecht erscheinen ließen. Durch die vorgesehene Ausweitung des Schutzbereiches auch auf große Unternehmen wird diese Gefahr der Ausweitung von Marktmacht großer Unternehmen wiederbegründet.

### 3. Daten im Fokus des Kartellrechts

Daten ermöglichen es Unternehmen, ihre Geschäftsmodelle zu verfeinern, ihre Angebote zu verbessern und zu individualisieren oder ganz neue Geschäftsmodelle zu entwickeln. Unternehmen unabhängig von ihrer Größe sind daher an einem möglichst umfassenden Datenzugang und an weitgehenden Rechten zur Verarbeitung von Daten interessiert. Denn vielfach entsteht erst bei der Untersuchung eines vorhandenen Datenbestandes die Idee für ein neues Geschäftsmodell oder für eine innovative Aufbereitung dieser Daten.

Unternehmen werden in die Erhebung und Auswertung von Daten nur investieren, wenn sie sich aus dieser Investition einen wirtschaftlichen Vorteil oder einen Vorteil im Wettbewerb versprechen. Ist ein solcher Vorteil nicht erzielbar oder gerät er in Gefahr, weil z.B. erhobene Daten mit Wettbewerbern geteilt werden müssen, stellen Unternehmen die Investition ein oder beschränken die Erhebung von Daten.<sup>3</sup>

Um die Möglichkeiten des geltenden Rechts besser zu nutzen, sollten noch bestehende Schwierigkeiten (z.B. bei der Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung) beseitigt und der Open-Data-Ansatz weiter gefördert werden.<sup>4</sup> Gleichzeitig hat bereits die 9. GWB Novelle die Rolle von Daten für das Wettbewerbsrecht aufgegriffen. Auch wenn derzeit kein Marktverschluss oder –

<sup>3</sup> Weitere Ausführungen zur Problematik hier:

<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Rechtsfragen-digitalisierten-Wirtschaft-Rechte-Daten>.

<sup>4</sup> Siehe hierzu ausführlich im Bitkom Papier zu Rechten an Daten:

<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Rechtsfragen-digitalisierten-Wirtschaft-Rechte-Daten>.

versagen zu erkennen ist, ist es begrüßenswert eine mögliche Marktverschlusswirkung durch die Ausnutzung exklusiver Daten in der 10. GWB Novelle aufzugreifen.

Innovationsförderung und eine gelungene Datenpolitik sollten grundsätzlich so gestaltet sein, dass Daten freiwillig, z.B. im Rahmen von gemeinsamen Datenpools zum gegenseitigen Vorteil und Mehrwert, geteilt werden können und eine faire Datennutzung gestärkt wird, um eine möglichst breite Partizipation an Daten zu ermöglichen. Dabei muss stets beachtet werden, ob bzw. inwieweit ein angemessener Zugang zu Daten für Dritte gewährt werden kann, ohne die schutzwürdigen Interessen der ursprünglichen Inhaber dieser Daten zu verletzen. Im Falle von illegitimen Marktzutrittsschranken oder einem Marktversagen gibt es bereits heute durch das europäische Wettbewerbsrecht die Möglichkeiten, Datenzugangsverpflichtungen aufzuerlegen, um den wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Allerdings zeigt die bisherige Kartellrechtspraxis eine noch zu langsame bzw. ineffektive Durchsetzung der entsprechenden Regelungen.

Hinsichtlich eines Datenzugangsrechts ist es daher erforderlich, die nachfolgenden Aspekte zu berücksichtigen.

### 3.1. Datenbegriff

Die datenbezogenen Vorschläge des Entwurfs beziehen sich überwiegend lediglich allgemein auf „Daten“. Dabei ist unklar, ob hier auch personenbezogene Daten erfasst sein sollen, ob ggf. ein Zugang zu aggregierten/historischen Daten genügt, und ob Zugangsrechte auch zu frei verfügbaren Daten oder Daten der öffentlichen Hand bestehen können. Die Bezugnahme auf „wettbewerbsrelevante“ Daten könnte Geschäftsgeheimnisse umfassen, welche gerade auch im Interesse des Wettbewerbs besonders schutzwürdig sind.

Eine klare Bestimmung des maßgeblichen Datenbegriffs ist aber essentiell, wenn es um die Regelung eines Datenzugangsrechts und mögliche „Abwehransprüche“ (sachliche Rechtfertigung) geht. Bei allen Datenzugangsansprüchen bzw. –rechten sind selbstverständlich stets weitere geltende Gesetze (z.B. Geschäftsge-

heimnisschutz, Datenschutzvorschriften und weitere ggf. entgegenstehende Vorschriften) zu beachten.

### 3.2. erstmalige Zugangseröffnung

Die Novelle führt mit § 20 Abs. 1 a zudem Datenzugangsverpflichtungen ein, die einerseits Markteintritte erleichtern, auf der anderen Seite aber zusätzliche Hürden für Innovation, Expansion und Diversifikation aufstellen können. Unternehmen, die sich weitgehenden Eingriffsmöglichkeiten gegenübersehen – auch durch Wettbewerber – werden kaum noch im selben Maße in Innovationen und Datensammlung investieren, wenn unklar ist, ob sie nicht schon von Eintritt in ein Geschäft Daten teilen müssen. Wir halten daher moderatere Maßnahmen bei nur relativer Marktmacht hinsichtlich neuer Regeln für Datenzugänge für notwendig.

Nach § 20 Abs. 1a kann ein Anspruch auf Zugang auch zu solchen Daten bestehen, die das betroffene Unternehmen bislang ausschließlich zu eigenen Zwecken nutzt. Ansprüche auf erstmalige Zugangseröffnung gibt es nach geltendem Recht nur im Rahmen der engen Voraussetzungen einer Essential Facility (§ 19 Abs. 2 Nr. 4) und selbst dort nur in Ausnahmefällen. Voraussetzung ist dafür u.a. eine marktbeherrschende Stellung des Normadressaten, und für die Zugangsgewährung muss ein angemessenes Entgelt gezahlt werden. Beides muss bei § 20 Abs. 1a nicht der Fall sein. Die Vorschrift sollte daher insoweit nicht weiter reichen als das allgemeine Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs.2 Nr.1. Danach kann selbst ein Marktbeherrscher erst zur Zugangsgewährung und entsprechender Gleichbehandlung verpflichtet sein, wenn er das betreffende Geschäft überhaupt für Dritte eröffnet hat.

### 3.3. Missbrauchspotenzial durch Zivilklagen

Die Datenzugangsansprüche des § 20 weisen ein gravierendes Missbrauchspotenzial durch Zivilklagen auf. Da es wohl kein Unternehmen mehr geben dürfte, das nicht in irgendeiner Form Daten erhebt und speichert, können Dritte wenn sie auf den Zugang zu den Daten angewiesen sind, gegen andere Unternehmen

auf Zugang zu deren Daten klagen. Für Dritte kann es aufgrund der Weite der Datenzugangsrechte einfacher sein, sich in innovative Geschäftsmodelle einzuklagen, als selbst innovativ zu werden. Die Anspruchsberechtigung sollte daher dringend nachgeschärft und klar beschränkt werden.

Anstatt den Zugangsanspruch einzugrenzen, will der Referentenentwurf die weitere Entwicklung der Voraussetzungen des Datenzugangs „bewusst der Anwendungspraxis und Rechtsprechung überlassen“. Wir halten es jedoch für problematisch, ein übergreifend zentrales Tatbestandsmerkmal des Reformvorhabens wie den Datenbegriff nicht im Gesetz selbst weiter zu konkretisieren und einzugrenzen. Die Gerichte könnten die kartellrechtlichen Zugangsansprüche unterschiedlich weit auslegen, so dass divergierende Entscheidungen wahrscheinlich sind. Dies erzeugt jedenfalls kurz- und mittelfristig (bis zu einer entsprechenden Vereinheitlichung durch den BGH, was mehrere Jahre dauern kann) eine Rechtsunsicherheit, die die Investitionsbereitschaft von Unternehmen nachhaltig beeinträchtigen wird. Daher sind wir der Ansicht, dass die Datenzugangsrechte näher definiert und eingegrenzt werden sollten.

### 3.4. Daten als Essential Facility, § 19 Abs. 2 Nr. 4

Die neue Regelung des § 19 Abs.2 Nr. 4 erweitert das bekannte Instrument der Essential Facilities Doktrin um Daten und kreiert hierüber einen neuen Zugangsanspruch.

Aus Sicht eines Teils der Mitgliedschaft ist die ausdrückliche Ausweitung der Essential Facilities Doktrin auch auf Daten begrüßenswert. Die Ausweitung sei innovationsfördernd, da der Datenzugang im Zeitalter der Digitalisierung essentiell sei um auf nachgelagerten Märkten tätig werden zu können.

Ein anderer Teil der Mitgliedschaft steht der Ausweitung hingegen grundsätzlich kritisch gegenüber. In jedem Falle bestehe aber hinsichtlich der Fragen Klarstellungsbedarf, ob ein solcher Anspruch auch für Daten gelte und wann diese leicht vervielfacht werden können. Ebenso sollte geklärt werden, wann ein Zugang zu Daten „objektiv notwendig“ sei um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt

tätig zu werden und ob eine objektive Notwendigkeit beispielsweise schon gegeben wäre, wenn erhebliche Investitionen nötig wären, um die Daten zu replizieren. Die bisherigen Ausführungen des Begründungstexts (S. 74 f.) sind diesbezüglich aus unserer Sicht nicht ausreichend um zu belegen, dass eine Übertragbarkeit der bisherigen Kasuistik bzw. die Doktrin selbst auf Daten ohne weiteres möglich wäre, insbesondere auch mit Blick auf die Daten der Nutzer. Die Beispielfälle der Begründung gehen über den Anwendungsfall des Essential Facilitybestandes hinaus. Als erste Beispielskonstellation nennt der Referentenentwurf den Fall, „in der ein marktbeherrschendes Unternehmen den 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, Zugang zu den individualisierten Nutzungsdaten benötigt, um seinen Dienst (Wartung, Reparatur oder innovatives komplementäres Angebot) entsprechend an die Bedürfnisse des Nutzers anpassen zu können.“ Hier geht es entgegen der Entscheidungspraxis zu Essential Facilities gerade nicht um den Zugang zu einem Markt, sondern um den Zugang zu individuellen Daten. Das Beispiel beschreibt also eine Konstellation, die gerade nicht erfasst werden soll und die auch aufgrund der hohen Eingriffsintensität nicht gerechtfertigt wäre. Der zweite Beispielfall des Referentenentwurfs erwägt einen Zugangsanspruch, wenn ein Unternehmen „Zugang zu den aggregierten Nutzungsdaten einer Vielzahl von Nutzern oder Maschinen, etwa zur besseren Vorhersage von Störungen einer Maschine oder der Nutzerbedürfnisse“ begehrt. Eine bloße „Verbesserung“ der eigenen Leistungen vermag keinen Zugangsanspruch nach der Essential Facilities Doktrin begründen. Der Zugang muss gerade unverzichtbar für Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt sein.

Die Zugangsverpflichtungen bzw. Zugangsrechte müssen selbstverständlich ihre Grenzen in kollidierenden Rechtsvorschriften (z.B. Geschäftsgeheimnis- sowie Datenschutz, unzulässiger Informationsaustausch etc.) finden. Wir würden diesbezüglich eine Klarstellung im Gesetzestext, wahlweise der Begründung begrüßen.

Die Essential Facilities Doktrin basiert auf der Tatsache, dass eine wesentliche Infrastruktur nicht ohne weiteres dupliziert werden kann. Dies ist vor allem bei

physischer Infrastruktur wie Telekommunikationsnetzen oder z.B. Häfen sinnvoll. Dies unterscheidet sich zunächst natürlich deutlich von Daten als wesentlicher Infrastruktur. Dennoch können große Datenaggregationen aber eine Adressierung durch das Kartellrecht erforderlich machen. Im Gegensatz zur Errichtung physischer Infrastrukturen können aber gleiche Daten von vielen verschiedenen Unternehmen in einem völlig anderen Kontext erhoben und verarbeitet werden. Damit stellt sich die Frage, wann der Zugriff auf Daten "objektiv notwendig" ist und welche Kriterien hierfür herangezogen, welche Fallkonstellationen hierunter fallen sollen.

Darüber hinaus ist die Entwicklung innovativer Geschäftskonzepte ein wesentlicher Bestandteil des leistungsorientierten Wettbewerbs. Die Implementierung von Zugangsrechten zu den Ressourcen anderer Unternehmen mag im Einzelfall ein "Kickstart" für neue Geschäftsmodelle sein. Man erweitert damit die Anwendung der Essential Facilities Doktrin deutlich und greift in die Ressourcen und Produktionsmittel von Unternehmen ein, die auf dem Markt leistungsorientiert erfolgreich waren. Daher könnte ein zu weit gefasstes Recht auf Zugang zu Daten wiederum Innovationen und leistungsorientierten Wettbewerb behindern (s.o., bloße Zugangsverbesserung wie auf Seite 75 der Gesetzesbegründung als Beispiel enthalten sollte nicht ausreichen um die Anwendung der Essential Facilities Doktrin zu begründen).

Darüber hinaus sollen die abgerufenen Daten für einen vor- oder nachgelagerten Markt verwendet werden, nicht aber für den Primärmarkt. Es bleibt unklar, wie sichergestellt werden kann, dass das anfragende Unternehmen die Daten nicht für andere Zwecke - z.B. zum Wettbewerb auf dem Primärmarkt - verwendet. Dieses Problem besteht nicht unbedingt bei „klassischen“ wesentlichen Einrichtungen und muss im Falle einer Ausweitung der Doktrin auf Daten anders beurteilt und genau untersucht werden.

Sofern im Gesetzentwurf nicht entfernt, ist es unbedingt erforderlich, dass der überarbeitete § 19 Abs. 2 Nr. 4 ebenso wie die geltende Essential Facilities Doktrin nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zur Anwendung kommt. Dies muss sich im Wortlaut der Bestimmung widerspiegeln. Darüber hinaus wäre begrün-



ßenswert, dass im Gesetzestext die Klarstellung eingefügt wird, dass entgegengesetzte Gesetze/gesetzliche Bestimmungen gegen die Herausgabe sprechen können.

### 4. Die neue Missbrauchsaufsicht

#### 4.1. Intermediationsmacht (§ 18 Abs. 3b)

Nach der Entwurfsbegründung geht es bei der Einführung des neuen Begriffs der Intermediationsmacht im Wesentlichen nur um eine Klarstellung. Es bleibt allerdings zu klären, wie mit dem Begriff der Intermediationsmacht im Verhältnis zum Bedarfsmarktkonzept umzugehen sein würde, da dort allein die Angebots- und Nachfrageperspektive maßgeblich sein können. Zumindest eine Orientierungshilfe im Zuge der Gesetzesbegründung wäre hier hilfreich, um Bedenken auszuräumen.

#### 4.2. Kausalitätserfordernis

Die für § 19 Abs. 1 vorgeschlagene Änderung soll nach der Entwurfsbegründung primär eine Klarstellung sein. Tatsächlich würde dadurch jedoch der für die Feststellung eines Marktmachtmissbrauchs relevante Kausalitätsmaßstab geändert und im Ergebnis der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 – jedenfalls soweit es um einen Ausbeutungsmissbrauch geht – erweitert. Dafür gibt es keinen Regelungsbedarf.

Bisher gelten bei § 19 je nach Fallkonstellation zwei unterschiedliche Kausalitätsmaßstäbe: Für einen Ausbeutungsmissbrauch wird „strikte Kausalität“ bzw. „Verhaltenskausalität“ verlangt, für einen Behinderungsmissbrauch soll dagegen schon „normative Kausalität“ bzw. „Ergebniskausalität“ ausreichen. Für „Verhaltenskausalität“ kommt es dabei darauf an, ob dem Marktbeherrscher das unzulässige Verhalten gerade wegen seiner besonderen Marktmacht überhaupt erst möglich ist. Die „Ergebniskausalität“ kann dagegen auch Verhaltensweisen erfassen, die grundsätzlich jedem Unternehmen möglich sind (z.B. Bündelungsstrategien), aber nur dem Marktbeherrscher verboten sind.

Der Referentenentwurf will nun den niedrigeren Maßstab der Ergebniskausalität auf alle Missbrauchstatbestände unter der Generalklausel des § 19 Abs. 1 an-

wenden – also auch auf den Ausbeutungsmisbrauch. Auf eine Vereinheitlichung mit der europäischen Praxis kann sich der Entwurf dazu nicht berufen, denn soweit der EuGH die reine Ergebniskausalität als ausreichend anerkannt hat, gilt dies gerade nur für Fälle des Behinderungsmisbrauchs (Hoffmann-LaRoche-Entscheidung). Auf einen kausalen Zusammenhang zwischen der Marktbeherrschung eines Unternehmens und seinem missbräuchlichen Verhalten zu verzichten und/oder auf eine bloße „Ergebniskausalität“ zu reduzieren, ist nicht nur dem deutschen Recht bisher fremd sondern würde das GWB auch vom Art. 102 AEUV entfernen.

Ausbeutungs- und Behinderungsmisbrauch unterscheiden sich vielmehr in ihrer Qualität und Zielrichtung voneinander, und das sollte sich weiterhin auch in unterschiedlichen Kausalitätsanforderungen niederschlagen. Ein allgemeines Absenken der Kausalitätsschwelle auf den Maßstab einer reinen Ergebniskausalität ist deshalb abzulehnen. Es erweitert den Anwendungsbereich des Ausbeutungsmisbrauchs, ohne dass es dafür einen Grund gäbe. Dabei steht zu befürchten, dass infolge der niedrigschwelligeren Tatbestandsvoraussetzungen ein höheres Bedürfnis für die Unternehmen besteht, ein konkretes Verhalten im Zweifel sachlich rechtfertigen zu müssen. Das trägt zur Rechtsunsicherheit bei und wirkt sich nachteilig auf Innovations- und Investitionsbereitschaft aus.

### 5. Einstweilige Anordnungen

Der Entwurf will es dem Bundeskartellamt erleichtern, Unternehmen in laufenden Ermittlungen bestimmte Geschäftspraktiken zu untersagen, bevor es deren Kartellrechtswidrigkeit tatsächlich ausermitteln konnte (§ 32a). Das Ziel der Regelung, eine Verfahrensbeschleunigung herbeizuführen ist angesichts der Marktdynamiken und der Auswirkungen von zu langen Verfahrensdauern verständlich und sollte auch adressiert werden. Der von der DG COMP in Auftrag gegebene Vestager-Report, der Stigler Report in den USA und der Abschlussbericht der WK 4.0 treffen diesbezüglich verschiedene Aussagen. Die bestehenden Befugnisse des Bundeskartellamts sind nach unserer Sicht ausreichend und sollten häufiger angewandt werden statt eine Befugnisserweiterung einzuführen.

Problematisch ist darüber hinaus, dass einstweilige Maßnahmen künftig nicht nur (wie bisher) zum Schutz des Wettbewerbs als solchem erlassen werden können, sondern auch um „Beeinträchtigungen eines anderen Unternehmens“ abzuwenden. Ein solcher Individualrechtsschutz ist dem Kartellrecht ansonsten fremd und sollte mit Vorsicht geprüft werden.

Unmittelbar sehen wir daher die Stärkung der Ressourcen der Behörden (Personal, IT-Ausstattung, Experten für Technologie und Big Data) als naheliegende und adäquate Maßnahme, um die notwendige Beschleunigung der Verfahren zu erreichen. Neue Eingriffsbefugnisse sollten vorab gründlich geprüft und die bestehenden Möglichkeiten zu einstweiligen Maßnahmen konsequenter angewendet werden.

### **6. Anspruch auf Entscheidung des Amtes bei Kooperationen, § 32c Abs. 4**

Wir begrüßen die Neuregelung des § 32c Abs. 4. Derzeit besteht bei Unternehmen der Digitalwirtschaft ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit im Hinblick auf neue Kooperationsformen – beispielsweise im Bereich Datenaustausch (rechtliche Grauzone auch mangels dezidierte Entscheidungspraxis). Es ist damit zu rechnen, dass diese Unsicherheit mit steigendem Datenvolumen/Verarbeitungsmöglichkeiten weiter zunehmen wird und letztlich die Innovationskraft bremst. Der im Entwurf enthaltene „Anspruch auf Entscheidung“ stellt daher grundsätzlich einen richtigen Ansatz dar, um zu gewährleisten, dass deutsche Unternehmen künftig in der Lage sind, die rechtliche Zulässigkeit innovativer Kooperationen zu klären und dadurch das Potential der Datenökonomie voll ausschöpfen können.

Der Wortlaut des Entwurfs ist allerdings zu eng, da er auf Kooperationen zwischen „Wettbewerbern“ beschränkt ist. Dadurch würde der Anspruch lediglich auf horizontale Kooperationen Anwendung finden, nicht hingegen auf vertikale. Auch von vertikalen Kooperationen können jedoch Innovationen ausgehen – insbesondere in der Plattformökonomie.

Daher sollte der Anspruch auf vertikale Kooperationen erweitert werden (beispielsweise durch Ersetzung des Begriffs „Wettbewerbern“ mit „Marktteilnehmern“).

### 7. Änderungen bei der Fusionskontrolle

Wir begrüßen die Anhebung der zweiten Inlandsumsatzschwelle und des Transaktionsschwellenwerts von EUR 5 Millionen auf EUR 10 Millionen im Rahmen der Fusionskontrolle.

Die vorgeschlagene neue Regelung des § 39a sehen wir indes aufgrund seiner übergreifenden Wirkung kritisch.

Die Neuregelung scheint unverhältnismäßig und würde außerdem alle Unternehmen aus allen Branchen potentiell betreffen. Hierdurch würden eher mehr Aufwände ausgelöst und gerade nicht das in der Gesetzesbegründung beschriebene Ziel erreicht, die Wirtschaft zu entlasten.

### 8. Gravierende Änderungen des Verfahrensrechts

Dem Bundeskartellamt die Möglichkeit zu verleihen, nach § 56 nur eine mündliche Anhörung anstelle einer schriftlichen Mitteilung der Beschwerdepunkte und einer schriftlichen Stellungnahme durchzuführen, schwächt die Rechte der betroffenen Unternehmen im Verfahren. Das gilt insbesondere in Verfahren mit komplexem Sachverhalt wie z. B. digitalen Plattformen mit mehrseitigen Märkten. Eine solche Einschränkung der Verteidigungsrechte ist insbesondere vor dem Hintergrund der weitreichenden neuen Befugnisse besorgniserregend, mit denen das Bundeskartellamt im Rahmen der 10. Novelle ausgestattet wird.

Auch die Abschaffung des Schweigerechts nach § 59 passt nicht in das System der deutschen Geldbußen, die anders als im EU-Kartellrecht auch gegen natürliche Personen verhängt werden können. Das Bundeskartellamt kann einer Einzelperson tatsächlich nicht garantieren, dass selbstbelastende Informationen nicht gegen sie verwendet werden.

So kann z.B. das GWB die Strafverfolgungsbehörde nicht daran hindern, Strafverfahren gegen Einzelpersonen einzuleiten – und vor den regelmäßig existenzbedrohenden privaten Schadensersatzklagen besteht ohnehin kein Schutz. Wenn im Zuge der Umsetzung der ECN+-Richtlinie vom Gesetzgeber eine Abschaffung des Schweigerechts zur Angleichung des Verfahrensrechts an den europäischen Rahmen als notwendig erachtet wird, wäre es nur konsequent, die Bußgeldverhängung gegen natürliche Personen abzuschaffen.

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.900 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.