



## 53. FIW-Symposium Innsbruck

27. Februar 2020

### § 19a GWB-E:

# Übertriebene marktübergreifende Regulierung oder sachgerechte Weiterentwicklung des Kartellrechts?

Kritische Anmerkungen zum RefE vom 24.1.2020

# A. 10. GWB-Novelle 2020

---

- **9. GWB-Novelle** (erst) seit 9. Juni 2017 in Kraft
- **Anlässe für 10. GWB-Novelle 2020**
  - Umsetzung der **ECN+-Richtlinie 2019/1** bis 4. Februar 2021
  - **Koalitionsvertrag** (12. März 2018): Erforderlichkeit weiterer Ausgestaltung des „**digitalen Ordnungsrahmens**“
- **10. Novelle als „GWB-Digitalisierungsgesetz“**
  - § 18 Abs. 3b, § 20 Abs. 1 S. 2: **Intermediationsmacht**
  - § 19 Abs. 2 Nr. 4, § 20 Abs. 1a: **Datenzugangsrechte**
  - § 20 Abs. 3a: **weit gefasster Tipping-Tatbestand**
  - § 19 Abs. 1: **Abschaffung der Verhaltenskausalität?**
  - § 19a: „**eine Art spezielles Kartellregulierungsrecht**“ (*Steinberg*)

## B. § 19a GWB-E

- **§ 19a GWB-E: Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb**  
(vgl. *Furman-Report: „strategic market status“*)
  - **Abs. 1:** Feststellung „**ÜMB-Unternehmen**“ (im Ermessen BKartA)
  - **Abs. 2 S. 1: Untersagungstatbestände**
    - Nr. 1: Selbstbegünstigung
    - Nr. 2: Aufrollen
    - Nr. 3: Datennutzung
    - Nr. 4: Erschwerung von Interoperabilität und Datenportabilität
    - Nr. 5: Informationszurückhaltung
  - **Abs. 2 S. 2 und 3: Beweislastumkehr**
  - **Abs. 3:** §§ 19 und 20 GWB bleiben unberührt.

## C. ÜMB-Unternehmen (Abs. 1 S. 1)

*(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. [...]*

- **BegrRefE:** „ÜMB = wenige große digitale Plattformunternehmen“, drei Abs. 1-Verfahren und zwei Abs. 2-Verfahren in ersten 5 Jahren erwartet

**aber:**

- „**Märkte i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB**“ sind nicht nur „digitale Märkte“.  
BegrRegE (9. Novelle): „**Einkaufszentren** [...], **werbefinanzierte Medien** [...], e-commerce Plattformen [...], **technische Standards** [...], Betriebssysteme [...], Spielekonsolen [...], **Kreditkartensysteme** [...], App Stores [...]“
- **Kriterien des § 19a Abs. 1 S. 2** sind ebenfalls allgemeiner Art.

## C. ÜMB-Unternehmen (Abs. 1 S. 2)

(1) [...] 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.

- Keines dieser Kriterien ist auf digitale Märkte bezogen.
- **Warum gerade diese** Kriterien (Selektion aus §§ 18 Abs. 3, 3a, 3b)?
- Alle Kriterien – inkl. Marktbeherrschung – sollen **nur Indizien** sein.
- ÜMB (§ 19a) > Marktbeherrschung (§ 19) > Marktmacht (§ 20)?

=> **Weiter Ermessensspielraum des BKartA + Rechtsunsicherheit**

## D. Beweislastumkehr (Abs. 2 S. 2 und 3)

*(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; [...]*

*Dies gilt nicht, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt insoweit dem betreffenden Unternehmen. [...]*

- **BegrRefE:** widerlegliche Vermutung der Wettbewerbswidrigkeit und **Beweislastumkehr** „in formeller und materieller Hinsicht“ wegen
  - (1) **typischerweise hohe Schädlichkeit** der Verhaltensweisen (Abs. 2), wenn sie von ÜMB-Unternehmen (Abs. 1) ausgehen?
  - (2) **Informationen aus der Sphäre** der ÜMB-Unternehmen?
  - (3) **Effektivitätsgewinn** bei Durchsetzung des GWB?

# E. Selbstbegünstigung (Abs. 2 S. 1 Nr. 1)

(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; [...]

**BegrRefE:** Anlehnung an *Google Shopping*-Entscheidung der EU-Kommission, **aber:**

- StRspr. des **BGH**: kein Verbot der Selbstbegünstigung im GWB
  - **Google Shopping**: neue Schadenstheorie, nicht bestandskräftig, nicht verallgemeinerungsfähig (auch lt. BMWi-Studie)
- => **Beweislastumkehr zum Schutz des Wettbewerbs nicht legitimiert**
- Selbstbevorzugung bereits in **P2B-VO 2019/1150** adressiert (Transparenz)
  - Intermediationsmacht bereits u.a. in **§ 20 Abs. 1 S. 2 GWB-E** adressiert
- => **kein Regelungsbedarf**

## F. „Aufrollen“ (Abs. 2 S. 1 Nr. 2)

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; [...]*

**BegrRefE:** das meint nur nicht-leistungsgerechte Behinderung z.B. durch Kampfpreise, wettbewerbswidrige Exklusivitätsvereinbarungen/Bündelangebote“,

**aber:**

- kein TB-Merkmal „unbillig“ im Normtext
- Nr. 2 normiert eine Art „efficiency offense“ bzw. unterstellt, dass ÜMB-Unternehmen typischerweise durch Machtmissbrauch wachsen
- Widerspruch zu Begr zu § 20 Abs. 3a GWB-E (Wachstum / Tipping grds. legal)

=> **Beweislastumkehr zum Schutz des Wettbewerbs nicht legitimiert**

- Erfolg führt bei ÜMB-Unternehmen zu Untersagungsrisiko
- Behinderung der Wettbewerber durch §§ 19 und 20 GWB hinreichend erfasst

=> **kein Regelungsbedarf**



# G. Datennutzung (Abs. 2 S. 1 Nr. 3)

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 **Marktzutrittsschranken zu errichten** oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern **oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen; [...]***

**BegrRefE:** Datennutzung durch ÜMB-Unternehmen kann Wettbewerber behindern, marktübergreifende Kombination von Daten typ. nur ÜMB-Unternehmen möglich,

**aber:**

- jedes datengetriebene Unternehmen sammelt und kombiniert Daten
- Innovationen durch Datennutzung offensichtlich, schädliche Effekte nicht belegt
- nicht Datennutzung, sondern allenfalls Ausschluss davon errichtet Schranken

**=> Beweislastumkehr zum Schutz des Wettbewerbs nicht legitimiert**

- 1. Datenkooperation und 2. (notfalls) Datenzugangsrechte als **mildere Mittel**
- **P2B-VO** sowie **§§ 19 Abs. 2 Nr. 4 und 20 GWB** enthalten hinreichende Regeln

**=> kein Regelungsbedarf**

# H. Erschwerung von Interoperabilität oder Datenportabilität (Abs. 2 S. 1 Nr. 4)

4. *die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern; [...]*

**BegrRefE:** Erschwerung der Interoperabilität „wettbewerblich ambivalent“, Datenportabilität bereits in Art. 20 DSGVO geregelt,

=> **Beweislastumkehr** (schon nach BegrRefE selbst) **nicht legitimiert**

=> **kein Regelungsbedarf**

**zudem:**

- Regelungen zur **Interoperabilität** von Messenger-Diensten in **TK-Kodex-RI 2018/1972** (EKEK) geregelt  
=> BNetzA
- Regelungen zur **Datenportabilität** in **Art. 20 DSGVO**  
=> Datenschutzbehörden
- **Rechtsunsicherheit und Disharmonie** im Verhältnis zum EU-Recht droht

# I. Informationszurückhaltung (Abs. 2 S. 1 Nr. 5)

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. [...]*

**BegrRefE:** ÜMB-Unternehmen sollen sich keine Informationsvorteile verschaffen,

**aber:**

- eher **Vertragsgestaltungsproblem** als Wettbewerbsproblem  
**=> Beweislastumkehr zum Schutz des Wettbewerbs nicht legitimiert**
- **Abhängigkeitsprobleme** im GWB geregelt, insbes. **§ 20 Abs. 1 GWB**
- Regelungen auf EU-Ebene – insbesondere durch **P2B-VO 2019/1150** (dort als **AGB-Problem** adressiert)
- **Rechtsunsicherheit und Disharmonie** im Verhältnis zum EU-Recht droht  
**=> kein Regelungsbedarf**

# J. Weitere Kritikpunkte

- Warum nur „große digitale Plattformen“ reguliert?
- Warum überhaupt sektorspezifisches Digital-Kartellrecht?
- keine klare Regelung zu Befristung bzw. Überprüfungspflicht bzgl. ÜMB-Status und Untersagungen
- Möglichkeit hinreichend bestimmter Verfügungen?
- Unklarheit bzgl. der Reichweite gerichtlicher Nachprüfbarkeit
- **Monopolkommission** (Policy Brief 4/2020): „undurchdacht“, Rechtsunsicherheit, potentieller Widerspruch zu EU-Recht  
*„Es ist 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“.*

# K. Fazit

1. § 19a GWB-E ist ein Fall von unzureichend durchdachter und übertriebener „marktübergreifender Regulierung“. Die Norm sollte gestrichen werden.
  - Eine sektorspezifische Regulierung setzt (wie im TK-Recht) den **Nachweis eines nachhaltigen Marktversagens** und eines Versagens der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht voraus. Ein solcher Nachweis **fehlt für die digitalen Märkte**.
  - Alle in § 19a adressierten Probleme werden durch §§ 19, 20 GWB sowie das EU-Recht (z.B. DSGVO und P2B-VO) hinreichend geregelt. **Reale „gap cases“ fehlen**.
2. *Falls* sich in Zukunft Regelungsbedarf zeigen sollte, sollte er auf EU-Ebene adressiert werden (so auch die Studien).
3. Erfolgreiche deutsche und europäische Digitalunternehmen kann man nicht „herbeiregulieren“.



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)**

Email: [Koerber@LS-Koerber.de](mailto:Koerber@LS-Koerber.de)

[www.LS-Koerber.de](http://www.LS-Koerber.de)