



Konferenz zum Wettbewerbsrecht

24.10.2020

Nanjing, China

Digitalisierung des GWB durch die 9. und 10. GWB-Novelle

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Universität zu Köln

www.LS-Koerber.de
Koerber@LS-Koerber.de

A. Digitalisierung des GWB durch die 9. GWB-Novelle 2017

■ 9. GWB-Novelle (seit 9. Juni 2017 in Kraft)

eher klarstellend und in der Sache auch EU-Ebene lange anerkannt

- **§ 18 Abs. 2a GWB:** „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung **unentgeltlich** erbracht wird“
- **§ 18 Abs. 3a GWB:** Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken bzgl. **Marktmacht** auch zu berücksichtigen:
 - **Netzwerkeffekte** (Nr. 1)
 - und damit zusammenhängende **Größenvorteile** (Nr. 3)
 - **Multihoming** und Wechselaufwand (Nr. 2)
 - Zugang zu wettbewerbsrelevanten **Daten** (Nr. 4)
 - **innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck** (Nr. 5)
- **Praxis:** wie bisher (da § 18 auch schon vor Klarstellung so gehandhabt wurde)

A. Digitalisierung des GWB durch die 9. GWB-Novelle 2017

■ 9. GWB-Novelle (seit 9. Juni 2017 in Kraft)

wirklich neu:

- **§ 32e Abs. 5 u. 6 GWB: Sektoruntersuchungen** bei erheblichen, dauerhaften und wiederholten Verstößen gegen **verbraucherrechtliche Vorschriften**,
- **Praxis:** Bisher drei Sektoruntersuchungen
 - Vergleichsportale (Oktober 2017 bis April 2019)
 - Smart-TVs (Dezember 2017 - Juni 2020) - Bericht
 - Nutzerbewertungen (seit Mai 2019)
- **§ 35 Abs. 1a GWB: Wert der Gegenleistung** von mehr als 400 Mio. Euro ersetzt (teilweise) die umsatzbezogenen Aufgreifkriterien ("Facebook/WhatsApp-Klausel")
- **Praxis:** kein praktischer Anwendung bekannt

C. 10. GWB-Novelle 2021

■ Anlässe für 10. GWB-Novelle

- Umsetzung der ECN+-Richtlinie 2019/1 muss bis 4. Februar 2021 erfolgen
- Koalitionsvertrag hält weitere Ausgestaltung des „digitalen Ordnungsrahmens“ für erforderlich

■ Zeitplan für 10. GWB-Novelle

- | | |
|---------------------------|------------------------------|
| ■ 24.1.2020 | Referentenentwurf |
| ■ 9.9.2020 | Regierungsentwurf |
| ■ 29.10.2020 | erste Beratung im Bundestag |
| ■ 27.11.2020 / 18.12.2020 | letzte Beratung im Bundesrat |
| ■ 1.1.2021 / 4.2.2021 | Inkrafttreten |

I. Digitalisierung und Marktmacht

§ 18 Abs. 3 Nr. 3 GWB: Datenzugang

Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: [...]

3. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten

Bewertung:

Eher symbolische Aufwertung des Zugangs zu Daten, der schon seit der 9. GWB-Novelle in § 18 Abs. 3a Nr. 4 GWB als Marktmachtkriterium erwähnt wird.

I. Digitalisierung und Marktmacht

§ 18 Abs. 3b GWB: Intermediationsmacht

(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.

Bewertung:

Lediglich Klarstellung,

dass nicht nur der Zugang des Unternehmens selbst, zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten ein Marktmachtfaktor ist, sondern dass auch die **Fähigkeit von Plattformen den Zugang anderer Unternehmen zu diesen Märkten zu beeinflussen ein Marktmachtfaktor ist.**

II. Digitalisierung und Machtmissbrauch

§ 19 Abs. 1 GWB: Missbrauchstatbestand

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten. [zuvor: Die missbräuchliche Ausnutzung ...]

- **bisher** nach OLG Düsseldorf (Facebook-Fall) und h.L.: Ausbeutungsmissbrauch = Ausbeutung gerade durch marktbeherrschende Stellung ermöglicht
- **neu** (wie BKartA im Facebook-Fall): Ausbeutungsmissbrauch = Marktbeherrschende Stellung plus Ausbeutung reicht

Bewertung:

Die Begründung zum neuen § 19 Abs. 1 GWB dehnt Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots potentiell sehr stark aus und verwischt seine Konturen, da Erfassung beliebiger Rechtsverstöße (AGB-Recht, Datenschutz, ...) durch marktbeherrschende Unternehmen als Machtmissbrauch möglich würde.

C. Digitalisierung und Machtmissbrauch

§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB: Essential Facilities-Doktrin

Ein Machtmissbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ...

4. sich weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt mit einer solchen 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;

- Erweiterung der bisher auf Infrastruktureinrichtungen beschränkten deutschen "essential facilities"-Regelung auf **alle Arten von Waren und Diensten**
- insbesondere auch auf den **Zugang zu Daten** und (lt. Gesetzesbegründung) auf den **Zugang zu Immaterialgüterrechten** (Zwangslizenzen)

Bewertung:

Normtextänderung lediglich Klarstellung, aber Gesetzesbegründung verwischt Grenzen zwischen Daten als "essential facility" (must have-Daten) und nur wettbewerblich nützlichen Daten (nice to have-Daten).

C. Digitalisierung und Machtmissbrauch

Nach § 20 GWB können auch Unternehmen, die (noch) nicht marktbeherrschend sind, unter die Missbrauchsverbote fallen, wenn entweder

- andere Unternehmen von ihnen abhängig sind (Abs. 1) oder
- ein Unternehmen im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern über überlegene Marktmacht verfügt (Abs. 3).

§ 20 Abs. 1 S. 2 GWB: Abhängigkeit aufgrund Intermediationsmacht

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

Bewertung:

Lediglich § 18 Abs. 3b flankierende Klarstellung,

dass eine Abhängigkeit auch aus Intermediationsmacht resultieren kann, war im Grundsatz schon vorher anerkannt.

C. Digitalisierung und Machtmissbrauch

§ 20 Abs. 1a GWB: Datenzugangsverweigerung

(1a) Eine Abhängigkeit nach Absatz 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 nach Absatz 1 darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.

- Datenzugangsverweigerung kann auch dann einen Machtmissbrauch darstellen, wenn der Datenbesitzer nicht marktbeherrschend ist
- auch die Verweigerung gegenüber dem ersten Datenzugangs-Petenten kann (über Diskriminierungsfälle hinaus) missbräuchlich sein

Bewertung:

Lediglich Klarstellung dahingehend, dass Abhängigkeit aus Daten resultieren kann, **potentielle Erweiterung** auf Erstzugangsfälle erscheint grds. auch akzeptabel,

aber unklar, was Daten sind, "auf die ein anderes Unternehmen angewiesen ist": nur "must have"- oder auch "nice to have-Daten"? Vorherige Geschäftsbeziehung (Zusammenarbeit in einem Wertschöpfungsnetzwerk") erforderlich?

C. Digitalisierung und Machtmissbrauch

§ 20 Abs. 3a GWB ("Anti-Tipping-Tatbestand")

(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 Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert** und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird.“

- **Soll Eingriffe ermöglichen, bevor ein Markt in ein unangreifbares Monopol kippt (sog. "Tipping")**
- **Behinderung der eigenständigen Erzielung von Netzwerkeffekten** meint laut Gesetzesbegründung z. B.
 - Verhinderung des Multi-Homing oder
 - Erschwerung des Plattformwechsels

Bewertung:

Ziel der Norm begrüßenswert, aber Tatbestand viel zu weit und unklar, Beschränkung auf die beiden Beispiel oder deren Aufnahme als Regelbespiele wäre besser.

D. Fazit

- I. **Klarstellungen** durch Änderungen der §§ 18, 19 und 20 GWB sind nicht unbedingt nötig, aber auch **nicht schädlich**.
- II. Aber die **Tatbestände** sind teils selbst **unklar oder zu weit gefasst** bzw. sie werden durch die Gesetzesbegründung unklar. Sie werden daher oft eher Rechtsunsicherheit auslösen.
- III. Jedenfalls decken die neuen **§§ 18, 19 und 20 GWB alle relevanten Wettbewerbsprobleme** der Digitalwirtschaft ab.
- IV. Einer zusätzliche Aufsicht über die GAFAM-Unternehmen durch die neue "ÜMB-Regelung" **§ 19a GWB bedarf es nicht**.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!