

STELLUNGNAHME

zum Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)

Berlin, 13. Februar 2020

Am 23. Januar 2020 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) den Referentenentwurf des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) veröffentlicht.

Im Vorfeld der Veröffentlichung hatte die Bundesregierung im Jahr 2018 die „Kommission Wettbewerbsrecht 4.0“ einberufen. Zentrale Arbeitsaufgabe der Kommission war die Entwicklung von Empfehlungen zur Harmonisierung und Weiterentwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der zunehmenden Digitalisierung. Zudem hat die Consult im Auftrag des BMWi im Herbst 2018 eine Studie zur [„Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen“](#) veröffentlicht. Auf Grundlage der Studie sollte der geltende kartell- und wettbewerbsrechtliche Rechtsrahmen unter Wahrung der zunehmenden Bedeutung von Daten und unter Berücksichtigung der Marktkonzentration durch digitale Plattformen kritisch analysiert werden. Die Studie enthält zahlreiche Anknüpfungspunkte zur Überarbeitung des Rechtsrahmens. Im Herbst 2019 hat die Kommission ihren Abschlussbericht unter dem Titel [„Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“](#) vorgelegt. Die Kommission empfiehlt u.a. die Verbesserung der Datenportabilität und die Steigerung der Vertragstransparenz zwischen Plattformen und Nutzern. Eben spricht sich die Kommission dafür aus, Daten des öffentlichen Sektors zugänglich zu machen bzw. deren Bereitstellung zu ermöglichen.

Darüber hinaus wird mit dem vorgelegten Entwurf die europäische Richtlinie (EU) 2019/1 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften umgesetzt, auf deren Basis ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes gewährleistet werden soll.

eco – Verband der Internetwirtschaft e.V. hat sich die umfangreiche Überarbeitung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angeschaut und möchte nachfolgend einige Anmerkungen zu dem Gesetzesvorhaben machen.

I. Zusammenfassende Anmerkungen zum Gesetzesvorhaben

Bereits der vom BMWi gewählte Arbeitstitel „GWB-Digitalisierungsgesetz“ gibt Aufschluss über die zentralen Überarbeitungen und Ergänzungen des Reformvorhabens. eco spricht sich dafür aus, dass das aktuelle Reformvorhaben stets unter Berücksichtigung der Bemühungen der verschiedenen politischen Entscheidungsträger um die Standortattraktivität des Digitalstandortes Deutschland



erfolgt. Mit Blick auf den Referentenentwurf bedürfen u.a. die nachfolgend aufgeführten Punkte der weiteren Diskussion.

▪ **Ausweitung der Kriterien zur Marktbeherrschung**

Auf der Grundlage von § 18-neu GWB werden die Vorschriften zur Bewertung der Marktstellung von Unternehmen erneut überarbeitet. Gemäß Abs. 3 soll der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten künftig als Kriterium für die Bewertung der Marktstellung berücksichtigt werden. Nach Einschätzung des eco lässt der Gesetzestext offen, welche konkrete Bedeutung wettbewerbsrelevanten Daten zuzuschreiben ist. Zudem soll mit einem neugeschaffenen Abs. 3b eine Ergänzung für die Bewertung der Marktstellung von Unternehmen geschaffen werden, die als Vermittler in mehrseitigen Märkten tätig sind. Dabei soll insbesondere auf die Bedeutung der erbrachten Vermittlungsdienstleistung abgestellt werden.

▪ **Präzisierung von verbotenem Verhalten durch marktbeherrschende Unternehmen**

Mit einer Korrektur in § 19-neu Abs. 1 GWB erfolgt auf den ersten Blick eine Präzisierung des bisherigen Wortlautes, ohne dass der Wesensgehalt des Absatzes verändert wird. eco teilt diese Einschätzung des Gesetzgebers nicht und verweist dazu auf die weiteren Ausführungen in der Stellungnahme. Darüber hinaus wird durch § 19-neu Abs. 2 Nr. 4 GWB der bestehende Katalog über missbräuchliche Verhaltensweisen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ergänzt. Künftig gilt die Zugangsverweigerung zu wettbewerbsrelevanten Daten gegen Zahlung eines angemessenen Entgeltes als verbotene Verhaltensweise im Sinne des Gesetzes. eco bewertet den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als problematisch.

▪ **Kartellrechtliche Sondervorschrift für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung**

Zentraler Diskussionspunkt des Reformvorhabens ist die Einführung des § 19a-neu GWB. Durch § 19a-neu GWB wird eine Verfügungsbefugnis für das Bundeskartellamt (BKartA) geschaffen, um a) Digitalunternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung zu evaluieren und b) Verbote über potentiell missbräuchliches Verhalten eben jener Unternehmen zu verfügen. Zwar ist der Ansatz eines auf Missbrauch der Marktmacht basierenden Kartellrechts, welches schnelle und effektive Eingrenzung problematischer Verhaltensweisen im Markt ermöglicht, grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch lässt der vorliegende Entwurf nicht erkennen, wie genau das missbräuchliche Verhalten erfasst werden soll. Bestehende Debatten zur Abgrenzung bspw. von Kartellrecht und Datenschutzrecht werden nicht aufgegriffen und angemessen gewürdigt. Die Einführung von § 19a-neu GWB ist daher trotz der begrüßenswerten Intention kritisch zu hinterfragen. eco verweist hier auf die Einschätzung der Kommission Wettbewerb 4.0, dass die Regulierung von Onlineplattformen, also Unternehmen mit unterstellter überragender marktübergreifender Bedeutung, auf europäischer Ebene adressiert werden sollte.

▪ **Ausweitung des Anwendungsbereiches bei relativen Marktmacht**

Auf Grundlage einer Anpassung von § 20-neu Abs. 1 GWB wird der Anwendungsbereich der relativen Marktmacht ausgeweitet. Dazu soll im ersten Satz der Vorschrift der bisher geltende KMU-Bezug gestrichen werden. eco weist die Notwendigkeit dieser Anpassung zurück und spricht sich für eine Beibehaltung des bisherigen Wortlautes aus.



- **Kartell- und wettbewerbsrechtliche Regulierung von Intermediären**

Weiter hat der Gesetzgeber die zunehmende Bedeutung sog. Intermediäre erkannt und will hier einen entsprechenden Rechtsrahmen schaffen. Durch die Ergänzung von § 18-neu Abs. 3b GWB werden ergänzende Bewertungskriterien für die Marktbeherrschung geschaffen. Auf Grundlage von § 20-neu Abs. 1 S. 2 GWB nimmt die Intermediationsmacht Einzug in den bisher geltenden Rechtsrahmen. Vor allem die zuletzt beschriebene Neuerung geht nach Ansicht des eco mit erheblichen Rechtsunsicherheiten einher.

- **Schutz des wettbewerblichen Marktes vor „Tipping“**

Dem Phänomen des „Tipping“ will der Gesetzgeber durch einen Eingriffstatbestand zugunsten des BKartA im Rahmen von § 20-neu Abs. 3a GWB begegnen. eco möchte auch an dieser Stelle vor erheblichen Rechtsunsicherheiten für die betroffenen Unternehmen warnen.

- **Rechtsanspruch für die Prüfung horizontaler Kooperationen**

Infolge der Überarbeitung des § 32c-neu Abs. 2 GWB erhält die bisher praktizierte Erteilung eines „Vorsitzendenschreibens“ eine rechtliche Grundlage. Damit schafft der Gesetzgeber Rechtssicherheit für die Beteiligten von Kooperationen. Ebenso erhalten horizontal zueinanderstehende Kooperationspartner mit Abs. 4 der Vorschrift einen gesetzlichen Anspruch auf Entscheidungserteilung des BKartA über die Notwendigkeit des Tätigwerdens der Behörde binnen 6 Monaten sofern, die Kooperation von erheblicher rechtlicher und wirtschaftlicher Relevanz ist. eco wertet die angestrebte Überarbeitung positiv, insbesondere, weil die Bedeutung von Kooperationen in den kommenden Jahren zunehmen wird.

- **Anpassung der Fusionskontrolle**

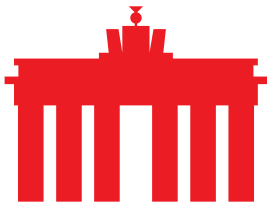
Abschließend soll mit § 35-neu GWB die inländische Umsatzschwelle von jetzt 5 Mio. Euro auf künftig 10 Mio. Euro angehoben werden. Grundsätzlich wertet eco diesen Vorstoß positiv, auch, weil damit dem Umstand der in Deutschland mittelständisch geprägten Unternehmenslandschaft Rechnung getragen wird. Wobei die Schaffung einer Verfügungsbefugnis für BKartA gem. § 39a-neu GWB zur Aufforderung eines Unternehmens über die Anmeldung als Zusammenschluss außerhalb der geltenden Umsatzschwellen der Diskussion bedarf.

II. Bewertung des Gesetzentwurfes im Detail

eco hat die bisherige Diskussion zum kartell- wettbewerbsrechtlichen Umgang digitaler Geschäftsmodelle begrüßt und intensiv begleitet. Die vorstehenden Ausführungen haben die zentralen Diskussionspunkte skizziert und sollen nachfolgend einer eingehenden Betrachtung unterzogen werden.

- **Ausweitung der Kriterien zur Marktbeherrschung (§ 18-neu GWB)**

Die Bewertung zur Marktstellung eines Unternehmens nach § 18-neu GWB soll künftig neben den bisher geltenden Kriterien des Abs. 3 wie z.B. den Marktanteil, die Finanzkraft oder die Verflechtung mit anderen Unternehmen auch den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten als Bewertungskriterium berücksichtigen.



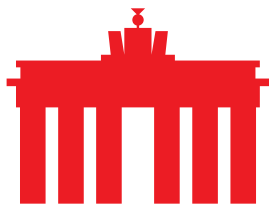
Der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten ist ähnlich wie z.B. der Marktanteil oder die Finanzkraft ein eher unkonkreter und nicht ausschließlicher Indikator für die Erfassung einer Marktstellung. Eine marktbeherrschende Stellung aus dem Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten abzuleiten, kann nach Einschätzung des eco problematisch sein. Hier gilt es zu berücksichtigen, dass Daten kein konkurrierendes Wirtschaftsgut sind. Unter Berücksichtigung der bisherigen Entwicklung wird deutlich, dass zahlreiche digitale Geschäftsmodelle Daten benötigen, um ihre Dienste nutzergerecht/mehrwertgenerierend anbieten zu können, bzw. auf der Speicherung und Analyse – zum Teil öffentlich zugänglicher – Daten basieren. Grundsätzlich ist hier festzuhalten, dass die Datenerhebung und –verarbeitung zwar häufig mit Geschäftsmodellen im Internet verbunden sind, die Bedeutung und der Umfang der Datenerhebung allerdings auch in traditionellen Märkten kontinuierlich steigt. Vor diesem Hintergrund bewertet eco den Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten wegen fehlender Spezifikationen und Erläuterungen als ein unzureichendes Kriterium zur Erfassung einer Marktstellung.

Folglich ist die Frage aufzuwerfen, was unter der Begrifflichkeit „wettbewerbsrelevante Daten“ zu verstehen ist. Weder aus dem Kontext der Norm noch aus dem Begründungstext ergeben sich Anhaltspunkte unter welchen Umständen Daten als „wettbewerbsrelevant“ zu bewerten sind. Erst ein Blick in die Begründung zur 9. GWB-Novelle zeigt eine Annäherung für die Auslegung der Begrifflichkeit. Demnach sind wettbewerbsrelevante Daten jene, die von wirtschaftlicher Relevanz sind. Nach Einschätzung des eco ist damit ein offener und unkonkreter Wortlaut gefunden worden, der zwangsläufig in der praktischen Anwendung beim BKartA, der Rechtsprechung und Rechtsberatung zu Rechtsunsicherheit führt. Der Gesetzgeber sollte hier nacharbeiten und zumindest eine Präzisierung bzw. Orientierungshilfe im Zuge der Gesetzesbegründung schaffen, auch um langwierige und kostenträchtige Gerichtsverfahren zu vermeiden.

▪ **Präzisierung von verbotenem Verhalten durch marktbeherrschende Unternehmen (§ 19-neu GWB)**

Die Neufassung von § 19-neu Abs. 1 GWB dient gemäß der Begründung zum Gesetzesentwurf ausschließlich der Klarstellung des bisher geltenden Wortlautes. Diese sei unter Hinweis auf die geltende europäische Rechtsprechung erforderlich gewesen.

eco stuft die vorgeschlagene Änderung zum Ausbeutungsmissbrauch als bedenklich ein. Die Auslegung der künftig geltenden Vorschrift zeigt, dass kein strenger kausaler Zusammenhang zwischen dem missbräuchlichen Verhalten und der Auswirkungen auf den Markt erforderlich ist, um einen Ausbeutungsmissbrauch eines marktbeherrschenden Akteurs festzustellen. Sowohl das europäische Recht als auch die darauf aufbauende Rechtsprechung erfordern einen Kausalzusammenhang in Fällen des Ausbeutungsmissbrauches. Das ergibt sich z.B. aus der Rechtsprechung zum Ausbeutungsmissbrauch, in der die Ausbeutung auf Grundlage eines Vergleichs der von dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem relevanten Markt im Allgemeinen herrschenden Vertragsbedingungen geprüft wird (siehe hier EuGH, Urt. Vom 14. Februar 1978, Rs. 27/76 – United Brands). eco empfiehlt an dieser Stelle eine kritische Prüfung der vorgeschlagenen Änderungen durch die Gesetzgeber.



Ebenso ist eine Ergänzung von § 19-neu Abs. 2 Nr. 4 GWB vorgesehen. Demnach ist ein missbräuchliches Verhalten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen anzunehmen, wenn dies den Zugang zu Daten für einen Markteintritt gegen ein angemessenes Entgelt verweigert.

eco bewertet die vorgeschlagene Ergänzung des bestehenden Rechtsrahmens als sehr problematisch. Grundsätzlich erscheint es schwierig, eine angemessene Gleichsetzung von infrastrukturellen Einrichtungen wie z.B. den Zugang zu Wasser-, Strom- oder Gasnetzen und Daten zu erreichen. Deshalb bedarf es einer weiteren Debatte darüber, ob die Weigerung zur Zugangsgewährung von Daten an dieser Stelle richtig im Gesetzestext verortet ist. Ganz unabhängig von dieser Debatte lässt der Gesetzgeber den Normadressaten darüber im Unklaren, was unter der Begrifflichkeit des Datenzugangs zu verstehen ist und welche Daten von der Norm umfasst sind. Es bedarf der Klärung, ob der Gesetzgeber mit dem Zugang zu Daten ein Zugriff auf Rohdaten, historische oder aggregierte Daten beabsichtigt. Darüber hinaus muss das Interesse der marktbeherrschenden Unternehmen im Kontext zur Datensicherheit angemessen berücksichtigt werden. Durch den Zugang zu Daten sind u.U. Rückschlüsse zu sich aus den Daten ergebende Geschäftsgeheimnisse möglich, ebenso sind beim Zugang zu personenbezogenen Daten die Erfordernisse der DSGVO entsprechend zu berücksichtigen, deren Zugangsgewährung für Dritte nicht ohne weiteres möglich ist.

Wie im einleitenden Absatz bereits beschrieben wurde, soll der Datenzugang gegen ein angemessenes Entgelt erfolgen. Jedoch bleibt unklar, wann von einem angemessenen Entgelt auszugehen ist. Dieser Umstand geht für die betroffenen Unternehmen mit erheblicher Rechtsunsicherheit einher. Im Begründungstext führt der Gesetzgeber zur Frage des angemessenen Entgeltes aus, dass es Fallkonstellationen geben kann, in denen eine unentgeltliche Zugangsgewährung als angemessen einzustufen ist. Um hier die erforderliche Rechtssicherheit herzustellen, sollte der Gesetzgeber nach Auffassung des eco im Rahmen der Gesetzesbegründung entsprechende Nachbesserungen leisten.

- **Einführung von Missbrauchstatbeständen für Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung (§ 19a-neu GWB)**

Für die Internetwirtschaft gilt die Erweiterung der kartellrechtlichen Aufsicht auf Basis von § 19a-neu GWB als zentrales Vorhaben der vorliegenden Novelle. Mit der Rechtsvorschrift wird eine Verfügungserlaubnis für das BKartA geschaffen, gegen zu erwartendes missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung vorzugehen.

eco sieht die Einführung von § 19a-neu GWB unter Berücksichtigung der zu erwartenden Unsicherheiten, die aus der Norm erwachsen, kritisch. Mit der neuen Vorschrift wird ein neuer kartellrechtlicher Aufsichtsansatz geschaffen, dessen Detailausgestaltung zum Teil unklar ist und mit zahlreichen Rechtsunsicherheiten für die Normadressaten einhergeht.

- Fehlende Begriffsbestimmung

Mit Absatz 1 soll der Begriff „überragende marktübergreifende Bedeutung“ im Kartellrecht verankert werden. Jedoch gelingt es dem Gesetzgeber in der Folge nicht, die gewählte Begrifflichkeit an einen eindeutigen und abschließenden Kriterienkatalog wie z.B. eine marktbeherrschende Stellung in einem Markt, die



Finanzkraft oder sich aus Netzwerkeffekten ergebende Größenvorteile zu knüpfen. Mindestens wäre es erforderlich hier für Klarheit zu sorgen, indem eindeutige und abschließende Kriterien genannt werden. Eine Marktstellung jenseits dessen neu zu definieren bleibt gleichwohl problematisch.

eco kritisiert, dass sich der Anwendungsbereich einer, aus Sicht der Internetwirtschaft, so zentralen Norm aus einer solch vagen Formulierung herleiten lassen soll. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass dies bei den Normadressaten zu erheblicher Rechtsunsicherheit über die eigene Betroffenheit und das künftige Verhalten im Markt führt.

- Fehlende Schwelle für die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung

Im Zuge der Aufzählung der Bewertungskriterien für die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Stellung lässt der Gesetzgeber offen, wie viele der aufgeführten Bewertungskriterien im konkreten Einzelverfahren erfüllt sein müssen. Der Begründungstext verweist darauf, dass dem BKartA ein Ermessensspielraum bei der Entscheidungsfindung obliegt.

Mit einem solch unkonkret gefassten Prüfprozedere nehmen die Rechts- und Planungsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen deutlich zu. Im Ergebnis ist der vorgeschlagene Regulierungsansatz nach Einschätzung des eco fragwürdig. Zunächst sollte der Gesetzgeber klarstellen, wann die überragende marktübergreifende Bedeutung eines Unternehmens anzunehmen ist. Hier auf den Ermessensspielraum der beteiligten Behörde abzustellen, wird der Tragweite der damit einhergehenden Konsequenzen nicht gerecht. Zudem sollte noch einmal überdacht werden, ob der in der Begründung aufgezeigte Entscheidungsfindungsprozess tatsächlich angemessen ist. In der Begründung wird explizit darauf verwiesen, dass das von der Bewertung betroffene Unternehmen nicht alle Bewertungskriterien wie z.B. marktbeherrschende Stellung in einem oder mehreren Märkten, die Finanzkraft oder die Bedeutung der Unternehmenstätigkeit für den Marktzugang von Dritten gem. § 19a-neu Abs. 1 Nr. 1 bis 5 GWB erfüllen muss. Nach dem Verständnis und der Rechtsauffassung des eco sollte im konkreten Prüffall zumindest die Voraussetzung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem oder mehreren Märkte erfüllt sein, um die Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung anzunehmen.

- Befristete Geltungsdauer der überragenden marktbeherrschenden Bedeutung

Darüber hinaus gibt der Begründungstext dahingehend Aufschluss, dass die Entscheidung des BKartA über die Feststellung der überragenden marktbeherrschenden Bedeutung mit einer befristeten Geltungsdauer versehen werden kann. Demzufolge soll die regelmäßige Geltungsdauer bei fünf bis zehn Jahren liegen.

eco weist an dieser Stelle noch einmal darauf hin, dass aus § 19a-neu GWB erhebliche Rechts- und Planungsunsicherheiten für die betroffenen Marktakteure resultieren. Um diesen nach der Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung mittelfristige Planungssicherheit einzuräumen, sollte der Gesetzgeber klarstellen, wie viele Jahre die Geltungsdauer konkret umfasst und wenn eine zeitliche Staffelung vorgesehen ist, welche Geltungsdauer den einzelnen Verboten zuzurechnen ist.



- Abkehr der bisherigen kartellrechtlichen Kontrolle

In der bisherigen kartellrechtlichen Praxis sind wettbewerbsrelevante Sachverhalte in einer ex post Betrachtung durch das BKartA eingehend geprüft und untersucht worden. Die in § 19a-neu GWB vorgesehene Verfügungserlaubnis führt zu einer Abkehr des bisherigen kartellrechtlichen Kontrollansatzes hin zu einem künftig geltenden quasi-ex ante Ansatz.

In Folge der offen formulierten Prüfkriterien zur Bewertung einer überragenden marktübergreifenden Stellung ohne Feststellung einer eindeutigen und negativ marktbeeinträchtigenden Wirkung steigt mit einer quasi-ex ante ausgerichteten Kartell- und Wettbewerbskontrolle das Risiko, sowohl wettbewerbsförderliche Verhaltensweisen wie auch missbräuchliches Marktverhalten einer restriktiv wirkenden Regulierung zu unterwerfen. Daher ist eine Klärung und Erläuterung der Prüfkriterien vorzunehmen, die hinreichende Rechtssicherheit und Genauigkeit gewährleistet. Daher ist entweder eine Klärung und eindringliche Erläuterung der Prüfkriterien vorzunehmen, die hinreichende Rechtssicherheit und Genauigkeit gewährleistet, oder zu überlegen, ob der quasi-ex ante Ansatz nicht im Rahmen eines eigens dafür vorgesehenen Regimes außerhalb des Kartellrechts zu realisieren ist. Wegen der grundlegenden Fragen, die mit einer solchen Regulierung verbunden sind, bedarf es hier einer breiten Diskussion mit allen Beteiligten und betroffenen Akteuren, um einen sachgerechten und angemessenen Interessenausgleich herzustellen.

- Untersagung von Verhaltensweisen

Wenn das BKartA eine überragende marktübergreifende Bedeutung eines Normadressaten gem. § 19a-neu Abs. 1 GWB feststellt, kann die Behörde auf Grundlage von Abs. 2 verschiedene Verhaltensweisen temporär verbieten. Als verbotenes Verhalten gelten u.a. die Behinderung von Interoperabilität bzw. Portabilität von Produkten, Leistungen und Daten, die Behinderung von Wettbewerbern, in einem Markt in dem das Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung nicht als marktbeherrschend zu klassifizieren ist und bei Intermediären die Angebote der Wettbewerber anders zu behandeln als das eigene Angebot.

Mit Blick auf die geltenden kartell- und wettbewerbsrechtlichen Grundsätze ist es nach Einschätzung des eco als bedenklich einzustufen, dass auf Basis von § 19a-neu GWB Verhaltensweisen von Unternehmen – mit überragender marktübergreifender Bedeutung – auf Grundlage einer Vermutung des BKartA untersagt werden können, ohne dass die Behörden einen eindeutigen Nachweis über das Bestehen einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung erbringen muss.

- Schaffung einer neuen Beweislastumkehr

Mit § 19a-neu Abs. 2 S. 2 GWB wird eine Beweislastumkehr für die Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung eingeführt.

Nach einer Einschätzung des vorgeschlagenen Rechtsrahmens ist anzunehmen, dass die geschaffene Beweislastumkehr nur eine geringe Wirkung in der Praxis entfalten wird, da die Unternehmen nicht über ausreichend Informationen der zu widerlegenden Umstände verfügen. Da das BKartA auf Basis einer Verfügungsbefugnis, also ohne konkreten Verdacht, das Verfahren zur Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung einleiten kann, verfügen die



betroffenen Unternehmen nicht über die notwendigen Informationen, um die Feststellungen des BKartA hinreichend und angemessen zu widerlegen. Daher muss sichergestellt werden, dass die betroffenen Unternehmen eine faire und sachgerechte Chance erhalten, den Beweis fehlender Wettbewerbswidrigkeit zu führen. Denkbar ist bspw. der klarstellende Hinweis, dass der Amtsermittlungsgrundsatz auch hier weiter gilt.

Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist bei der Einführung des § 19a-neu GWB zum aktuellen Diskussionsstand äußerste Vorsicht geboten. Die Kommission Wettbewerb 4.0 kommt in ihrem Bericht zu dem Ergebnis, dass derzeit keinerlei empirische Belege für die Notwendigkeit einer solch weitreichenden Vorschrift bestehen, um eine effektive Durchsetzung der kartell- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften gegenüber großen Digitalunternehmen zu erreichen. Schon die Begründung zum Gesetzestext offenbart einen sehr kleinen Anwendungsbereich und de facto nur wenige betroffene Unternehmen. Es bedarf einer Diskussion, ob die Fragestellungen einer Regulierung von Onlineplattformen, auf nationaler oder europäischer Ebene adressiert werden sollten und mit Blick auf den europäischen Binnenmarkt ein harmonisierter Ansatz zu präferieren ist. Aus der Perspektive junger Unternehmen und Start-Ups lässt der Gesetzgeber im Rahmen von § 19a-neu GWB ungeklärt, ob diese u. U. aufgrund des Erfolgs – und exponentiellem Wachstum – ihrer Innovation ebenso in den ersten Jahren nach dem Markteintritt von der Vorschrift erfasst werden können. Um Investitionen und Innovationen am Digitalstandort Deutschland nicht zu behindern sollte der Gesetzgeber hier zugunsten junger Unternehmen und Start-Ups für die erforderliche Rechtssicherheit sorgen. Hinzukommend sollten im Zuge des nationalen Regulierungsprozesses die Bemühungen zur Vollendung des Binnenmarktes berücksichtigt werden.

▪ **Ausweitung des Anwendungsbereiches der relativen Marktmacht (§ 20-neu GWB)**

Im Anwendungsbereich der relativen Marktmacht gem. § 20-neu Abs. 1 GWB wird die Voraussetzung der KMU-Eigenschaft für abhängige Unternehmen gestrichen und um die Intermediationsmacht erweitert.

Nach Einschätzung des eco ist die vorgeschlagene Änderung nicht zufriedenstellend. Zunächst ist festzustellen, dass der Anwendungsbereich der relativen Marktmacht nach geltendem Recht nicht eindeutig und abschließend definiert werden kann. Dieser Umstand führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen der Internet- und Digitalwirtschaft. Weiter ist eine Streichung des KMU-Bezugs im Anwendungsbereich nicht erforderlich. Das zentrale Ziel des GWB ist der Schutz von kleinen und mittelständischen Unternehmen vor größeren Unternehmen, welche die Abhängigkeit der KMU ausnutzen könnten. Wie bereits bei den Ausführungen zur Bestimmung der Marktbeherrschung festgehalten wurde, führt eine marktbeherrschende Stellung nicht automatisch zu marktmissbräuchlichem Verhalten durch das beherrschende Unternehmen. In vereinzelt Fällen, kann es dazukommen, dass auch zwischen großen/größeren Unternehmen untereinander ein Abhängigkeitsverhältnis entsteht, jedoch ist in diesen Fällen nach Einschätzung des eco kein besonderes Schutzbedürfnis gem. § 20-neu Abs. 1 GWB erkennbar. In aller Regel sind große/größere Unternehmen



trotz eines bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses auf Grundlage der verfügbaren Ressourcen in der Lage, das entstandene Abhängigkeitsrisiko durch Lieferanten- oder Produktwechsel zu reduzieren.

▪ **Kartell- und wettbewerbsrechtliche Regulierung von Intermediären (§§ 18-neu und 20-neu GWB)**

In den vergangenen Jahren hat die Bedeutung von Intermediären also vermittelnd auftretenden Unternehmen bzw. Geschäftsmodellen im Internet spürbar zugenommen. Im Zuge der 10. GWB-Novelle deshalb ein adäquater Rechtsrahmen zur kartell- und wettbewerblichen Regulierung von Intermediären geschaffen werden. Um die Marktbeherrschung von Intermediären zu bestimmen, wird § 18-neu GWB um den Abs. 3b ergänzt. Demzufolge soll im Zuge der Bewertung der Marktstellung die Bedeutung der erbrachten Vermittlungsdienstleistung für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten berücksichtigt werden.

Wie bereits im vorstehenden Gliederungspunkt beschrieben wurde, ist eine Anpassung des Anwendungsbereiches zur relativen Marktmacht vorgesehen. Während der KMU-Bezug zu streichen ist, soll eine Intermediationsmacht durch § 20-neu Abs. 1 S. 2 GWB im Gesetz verankert werden. Der Entwurf stellt klar, dass das Verbot des Behinderungsmissbrauchs gem. § 19-neu Abs. 1 GWB i.V.m. § 19-neu Abs. 2 Nr. 1 GWB auch für Intermediäre in mehrseitigen Märkten gilt, sofern andere Unternehmen mit Blick auf den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten von der Vermittlungsleistung des Intermediär abhängig sind und keine ausreichende sowie zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen.

Hier ist anzumerken, dass aus der zu ergänzenden Vorschrift nicht deutlich wird, unter welchen Bedingungen von einer relativen Marktmacht des Intermediär auszugehen ist. In diesem Kontext bedarf es insbesondere einer Klarstellung, unter welchen Parametern ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu bejahen sind. Deshalb ist es ratsam, dass der Gesetzgeber zumindest eine Orientierungshilfe im Zuge der Gesetzesbegründung bietet.

▪ **Schutz des wettbewerblichen Marktes vor „Tipping“ (§ 20-neu GWB)**

Mit der Erweiterung von § 20-neu Abs. 3a GWB schafft der Gesetzgeber einen Eingriffstatbestand für das BKartA, um die wettbewerblichen Beeinträchtigungen durch das sog. Tipping einzuschränken.

Die vorgeschlagene Norm stellt darauf ab, dass das interne Wachstum von Unternehmen gem. § 18-neu Abs. 3 GWB als mögliche Marktbehinderung anzusehen ist. Zwar stellt die Begründung klar, dass sich die Vorschrift nur auf Verhaltensweisen abstellt, die den Leistungswettbewerb des funktionierenden Marktes verzerren, jedoch ist zu bedenken, dass die Ergänzung im Ergebnis eine Abkehr der jahrelang praktizierten wettbewerbsrechtlichen Praxis darstellt. Dies ist nach Auffassung des eco kritisch zu bewerten und führt aus Sicht der betroffenen Unternehmen zu Rechtsunsicherheiten.



- **Rechtsanspruch für die Prüfung horizontaler Kooperationen (§ 32c-neu GWB)**

eco hat den behindernden kartell- und wettbewerbsrechtlichen Rechtsrahmen zur Schaffung von Unternehmenskooperationen bereits kritisiert. Deshalb ist es positiv zu werten, dass der Gesetzgeber nun Anstrengungen zur Verbesserung der bestehenden Vorschriften unternimmt. Durch die Ergänzung von § 32c-neu Abs. 2 GWB wird die bisherige Praxis des BKartA zur Erteilung eines Vorsitzendenschreibens auf eine rechtliche Grundlage gestellt. Durch das Vorsitzendenschreiben hat das BKartA kooperationsinteressierten Unternehmen in der Vergangenheit kein Anlass zum Tätigwerden durch die Behörde testiert. Mit der Rechtsvorschrift wird nun allen Beteiligten zur notwendigen Rechtssicherheit verholfen.

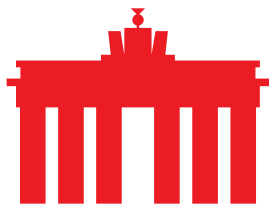
Weiter erhalten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die als horizontale Kooperation gelten, auf Basis von § 32c-neu Abs. 4 GWB einen verbindlichen Rechtsanspruch zur Entscheidung des Tätigwerdens durch das BKartA binnen sechs Monaten. Voraussetzung für die Frist ist jedoch, dass dem Zusammenschluss der horizontal zueinanderstehenden Kooperationspartner ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse beizumessen ist.

eco hat sich in den vergangenen Jahren für eine angemessene und planbare Fristsetzung zur Klärung kartell- und wettbewerbsrechtlicher Fragestellungen ausgesprochen. Dieser Forderung kommt der Referentenentwurf nun nach. Jedoch sollte der Gesetzgeber in diesem Kontext bedenken, dass der Entscheidungsbefugnis des BKartA ein Ermessenspielraum zur Interpretation des erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Interesses vorgesehen ist. Aus Sicht der Internetwirtschaft ist es wünschenswert, dass der Gesetzgeber die Beweisführung der beteiligten Unternehmen zur Glaubhaftmachung des erheblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Interesses zumindest in der Begründung zum Gesetzestext weiter erörtert.

- **Anpassung der Fusionskontrolle (§ 35-neu GWB)**

Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle sieht für die Fusionskontrolle eine Anhebung der geltenden inländischen Umsatzschwelle gem. § 35-neu Abs. 1 GWB vor. Demnach beginnt die Pflicht zur Fusionskontrolle künftig, wenn eines der beteiligten Unternehmen wie bisher einen Umsatzerlös von mehr als 25 Mio. Euro und ein anderes beteiligtes Unternehmen einen Umsatzerlös von mehr als 10 Mio. Euro erwirtschaftet. Damit wird die Umsatzschwelle für das zweite beteiligte Unternehmen verdoppelt.

eco bewertet die Anhebung der inländischen Umsatzschwelle grundsätzlich positiv. Mit der Anhebung ist davon auszugehen, dass sich Verfahren der Fusionskontrolle künftig auf Unternehmenszusammenschlüsse mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung für den Markt konzentrieren. In Anlehnung an die Gesetzesbegründung ist eine Anpassung der Umsatzschwelle insbesondere wegen der in Deutschland mittelständisch geprägten Wirtschaftsstruktur empfehlenswert, auch um bürokratische Entlastungen zu schaffen. Es bleibt abzuwarten, ob die Anpassung der Umsatzschwelle einen nennenswerten Effekt auf Unternehmenszusammenschlüsse in der Internetwirtschaft hat.



▪ **Formerfordernis der Fusionskontrolle (§ 39-neu GWB)**

Parallel zur inhaltlichen Ausgestaltung der Fusionskontrolle soll das damit verbundene Verwaltungsverfahren auf das digitale Zeitalter vorbereitet werden. Dazu ist es vorgesehen auf Grundlage von § 39-neu GWB neben der Anmeldung und Anzeige per De-Mail-Adresse auch ein Meldeverfahren auf Basis einer Internetplattform zu entwickeln.

eco befürwortet den Ausbau bzw. die Stärkung digitaler Anwendungen zur Pflichterfüllung durch die beteiligten Akteure. Auf der Basis einer digitalen Plattform könnte der Anzeige-/Anmelde-, Informations- und Prüfprozess möglichst ressourceneffizient und sicher für alle Verfahrensbeteiligten abgebildet werden.

▪ **Befugnis des BKartA Fusionen anzuzeigen (§ 39a-neu GWB)**

Mit § 39a-neu GWB wird eine Verfügungsbefugnis für das BKartA im Hinblick auf die Fusionskontrolle geschaffen. Demnach kann das BKartA dazu auffordern jeden Zusammenschluss eines Unternehmens mit einem anderen Unternehmen anzumelden, wenn im letzten Geschäftsjahr globale Umsatzerlöse von mehr als 250 Mio. Euro erzielt wurde oder Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der Wettbewerb beeinträchtigt wird.

eco bewertet die Verfügungsbefugnis zugunsten des BKartA als problematisch. Mit dem § 39a-neu GWB wird hier eine Vorschrift geschaffen, die eine Überprüfung von Zusammenschlüssen bei Unternehmen vorsieht, die die allgemeinen Umsatzschwellen gem. § 35-neu GWB nicht erfüllen. Der Entwurf über die Aufforderung zur Anmeldung von Zusammenschlüssen – abgesehen von der Überschreitung der genannten Umsatzschwelle – ist an keine materiellen Voraussetzungen, wie z.B. eine bereits bestehende Schwächung des Wettbewerbs in den betroffenen Wirtschaftszweigen, geknüpft oder auf bestimmte Wirtschaftsbereiche beschränkt. Damit ist eine Verfügung des BKartA in der Regel branchenübergreifend und in einer Vielzahl von Fällen möglich. Hier besteht das Risiko, dass die angestrebten Vorteile der Anpassung der inländischen Umsatzschwelle in § 35-neu GWB durch die Neuregelung in § 39a-neu GWB aufgehoben wird. Dies gilt umso mehr als die in § 39a-neu GWB vorgesehene Umsatzschwelle deutlich unter der allgemeinen Umsatzschwelle liegt. Unter Annahme der übergreifenden Zielsetzung der 10. GWB-Novelle hält eco eine Bezugnahme auf § 18-neu Abs. 3 GWB für sinnvoll.

III. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der vorgelegte Gesetzentwurf die Bemühungen des Gesetzgebers zur Schaffung eines kartell- und wettbewerbsrechtlichen Rahmens für ein zunehmend digital ausgestaltetes Unternehmensumfeld widerspiegelt. Mit der Überarbeitung der Voraussetzungen zur Fusionskontrolle und der rechtlichen Eingrenzung von Kooperationen sind positive Aspekte im Gesetzgebungsprozess berücksichtigt worden. Jedoch besteht Anpassungsbedarf mit Blick auf die entstandene Rechtsunsicherheit an zahlreichen Stellen des Referentenentwurfs. Als zentraler Kritikpunkt gilt dabei die Einführung von § 19a-neu GWB, auf dessen Basis wenige Digitalunternehmen einer



kartellrechtlichen Sonderregulierung unterworfen werden soll. eco spricht sich in Folge der umfangreichen Kritik für eine Überarbeitung des vorgelegten Entwurfes aus.

Über eco: Mit über 1.100 Mitgliedsunternehmen ist eco der größte Verband der Internetwirtschaft in Europa. Seit 1995 gestaltet eco maßgeblich das Internet, fördert neue Technologien, formt Rahmenbedingungen und vertritt die Interessen seiner Mitglieder gegenüber der Politik und in internationalen Gremien. Leitthemen sind Zuverlässigkeit und Stärkung der digitalen Infrastruktur, IT-Sicherheit und Vertrauen sowie Ethik und Selbstregulierung. Deshalb setzt sich eco für ein freies, technikneutrales und leistungsstarkes Internet ein.