



Privacy vs. Data accessibility – The digital market in the light of 10th amendment of the antitrust law in Germany

📅 19/03/2020

📖 INTELLECTUAL PROPERTY, EU AND COMPETITION

Roberto A. Jacchia
Charlotte Weschler

Abstract

Germany is poised to enact specific legislation intended at bringing the tools of competition law up to speed with the realities of the digital era.

The well-known giants of the digital market, such as Google, Facebook and Amazon, are gaining more and more power, which may impede free competition and innovation. This power derives amongst others from the mass of data they possess, which has become one of the most important modern goods. Due to this, tech companies are able to control access to and influence digital market overall.

On the other side, the call for protection of personal data in our society is getting louder and louder. Whilst anticompetitive behaviour in the digital era must doubtless be countered by new legislation and new tools adequate to face the size of the challenge, this aspect should not be disregarded or sacrificed.

In this context, a European directive No. 2019/1 was introduced obliging the Member States to adapt national legislation accordingly. Germany designed a 10th amendment of its Act against Restraints of Competition (“*GWB-Digitalisierungsgesetz*”) last year, which might serve as a model for other countries as well.



The core of this amendment is surely the modification of the abuse concept and a strengthening of the powers of the antitrust regulator (Bundeskartellamt). These cover, inter alia, a new light of access to data (even before the commencement of business relations), an enabling provision to prohibit a concentration of power due to data advantages, network effects and self-reinforcement. Furthermore, the access to data can represent a decisive criterion for determining market power.

Shortly summarized the new legislation will address:

- a) A new concept of abuse by dominant players on platform or network markets, who seek to extend their power to new markets and sectors ("paramount cross-market significance"). A power of early intervention will be attributed to the regulator, even before dominance has materialized.
- b) Special behavioural measures, which might include a ban on self-preferencing on the part of a platform,

hindering third party market access by using data, hindering inter-operability or data portability.

- c) Intermediaries such as multi-sided digital platforms that generate rankings and listings may be targeted by the regulator.
- d) The digital economy rests on data, and big data in particular. In certain circumstances, data may constitute an essential facility and their owner may be obliged to grant access to such data to third parties and competitors.
- e) As digital markets move very fast, the regulator will be given enhanced enforcement powers by means of interim measures.
- f) Modifications of the current rules will also be introduced with respect to mergers, especially in case of so-called "killer acquisitions", where there is no other economic rationale for a transaction than the wish of the acquirer to buy a competitor in order to stifle innovation which could endanger its market position.

Privatsphäre vs. Datenzugang - Konflikt des digitalen Marktes im Lichte der 10. GWB-Novelle

Worin besteht der Konflikt?

Angesichts der fortschreitenden Digitalisierung ergeben sich zunehmend neue Herausforderungen auf den digitalen Märkten. Darin stehen sich die Interessen der Individuen v.a. in Form personenbezogener Daten einerseits und andererseits die Interessen der Unternehmen, solche als Wirtschaftsgut zu nutzen, gegenüber. Auf EU-Ebene besteht die Tendenz, die Privatsphäre des Einzelnen verschärft zu schützen, wohingegen die Unternehmen mehr Zugang zu diesen Daten begehren.

Durch die Etablierung neuer Geschäftsmodelle, die auf dem Sammeln, Auswerten und Speichern von Daten basieren, nehmen Intermediäre wichtige und zentrale Rollen ein. Dies ermöglicht ihnen Angebot und Nachfrage zu vermitteln und Kontrolle über den Marktzugang auszuüben, was sich am

Beispiel booking.com oder HRS gezeigt hat.¹

Aber nicht nur Bestpreisklauseln bergen unbekannte Gefahren für den freien Wettbewerb. Über den Erfolg und Misserfolg auf dem Markt entscheidet nicht mehr alleine die Qualität oder der Preis eines Produkts, sondern wie viele „User“ Teil eines Netzwerks sind. Datenvorteile, Netzwerk- und Selbstverstärkungseffekte stellen neuartige Bedrohungen in der digitalen Welt dar. Die Geschwindigkeit der Entwicklung dieses Sektors schafft die Möglichkeit einer schnellen und starken Ausweitung der Machtkonzentrationen und birgt ein besonderes Gefährdungspotential. Der Markt kann leicht verfälscht und die überragende Machtstellung ausgenutzt werden, was wiederum Innovation und Wettbewerb enorm behindert.

Was sind die Gefahren für den Wettbewerb im Zusammenhang mit der digitalen Entwicklung?

Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht eine kurze Erläuterung der problemträchtigen Konstellationen zu liefern.

Ein Netzwerk lebt von der möglichst großen Anzahl seiner Nutzer, von der sowohl Anbieter als auch Endkonsumenten profitieren. Der Reiz eines sozialen Netzwerkes liegt gerade in der Möglichkeit globaler Vernetzung, wie mit einer Vielzahl von Menschen auf der ganzen Welt kommunizieren zu können. Je mehr Nutzer vorhanden sind desto größer ist die Reichweite und gleichzeitig auch die Attraktivität für die Verbraucher. Dieses Phänomen ist bekannt als **Netzwerkeffekt**. Ein direkter Netzwerkeffekt bezieht sich auf den Nutzen der eigenen Nutzergruppe bzw. Marktseite, wie z.B. bei

Kommunikationsdiensten, wohingegen beim indirekten Netzwerkeffekt dieser von einer anderen Nutzergruppe abhängt, so bspw. auf Online-Marktplätzen oder bei Vermittlungsdienstleistungen (Hotelbuchungs-, Verkaufsportale). Eine Steigerung der Nutzeranzahl (auf beiden Seiten im Falle der indirekten Effekte) lässt die Plattform immer attraktiver werden für potentielle neue Nutzer, welche dadurch angezogen werden. Damit einhergehend ist auch das schnelle Wachstum im Vergleich zu den kleineren Anbietern, sog.

Selbstverstärkungseffekte. Die Nutzer beschränken sich auf diese eine Plattform (**single-homing**), anstelle einer gleichzeitigen Verwendung mehrerer verschiedener Anbieter (**multi-homing**). Es werden wiederum **Lock-In-Effekte** ausgelöst, indem die Nutzer nur unter erschwerten Bedingungen, erhöhten Wechselkosten und sonstiger nachteiliger Auswirkungen, den Anbieter wechseln können. Findet sich auf dem Markt folglich nur noch ein Anbieter, der die Mehrheit der Nutzer versammelt und das Angebot bedient, „kippt“ dieser Markt und wird quasi zugunsten des größten Anbieters monopolisiert, was man **Tippling** nennt. Plattformen nehmen aber die Rolle eines Vermittlers ein, sei es zwischen Käufern und Verkäufern, wie z.B. eBay, Amazon, oder zwischen Wohnungseigentümern und Mietern, z.B. AirBnB. Sie agieren als **Intermediäre** und haben es in der Hand den Zugang zu ihren Plattformen und den dort vorhandenen Daten zu regeln. Bieten die überlegenen Unternehmen auch selbst eigene Waren oder Dienstleistungen an, so ist es ihnen ein Leichtes dies zu besseren Bedingungen zu tun und sich selbst zu bevorzugen.² So hat beispielsweise Google bei Android

¹ Beschluss des Bundeskartellamtes (BKartA), B 9-121/13 vom 22. Dezember 2015, indem das BKartA die Benutzung von „(engen) Bestpreisklauseln“ als wettbewerbswidrig gem. § 1 GWB, Art. 101 AEUV feststellt und untersagt; zuvor bereits im Verfahren „HRS“ bzgl. (weit gefasster) Bestpreisklauseln; s. Fallbericht des BKartA vom 09. März 2016, sowie Abstellverfügung des BKartA vom 20.12.2013, B9-66/10 - HRS.

² Zu den Begriffen im Einzelnen siehe ausführlicher: Crémer/ de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era; Höppner/Weber, Die Modernisierung der Missbrauchskontrolle nach dem Referentenentwurf für eine 10. GWB-Novelle; Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft; Arbeitspapier des BKartA – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, B6-113/15.

Geräten Google Chrome vorinstallieren lassen.³

Ein Ausbau der Marktmacht kann aber auch durch den systematischen Aufkauf kleiner, umsatzschwacher und bislang noch nicht in Konkurrenz zu den großen Riesen stehender, jedoch vielversprechender Start-Ups erfolgen. Diese **Killer Acquisitions** unterbinden innovative Geschäftsmodelle, bevor sie den marktbeherrschenden Unternehmen gefährlich werden können.⁴

Wie kann dem in rechtlicher Hinsicht begegnet werden?

Zur Lösung dieses Konflikts hat sich die Gesetzgebung, sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene, verschiedener Instrumentarien bedient. Die bereits seit längerem eingesetzten und bekannten Art. 101 f. AEUV bilden auch im digitalen Zeitalter effektive Maßnahmen zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Dies alleine reicht aber nicht aus, um das Recht gegen „moderne Feinde“ zu rüsten, weshalb neue Instrumentarien eingeführt und regelmäßig angepasst werden.⁵

Im Folgenden erfolgt ein kurzer Umriss anhand zweier Mechanismen, die in Deutschland eingesetzt und diskutiert werden: der **DSGVO**, sowie der neuen **10. GWB Novelle**, welche hier näher beleuchtet werden soll.

DSGVO

Seit dem 25. Mai 2018 beschäftigen sich die Juristen EU-weit mit der DSGVO, EU 2016/679, die auf Grundlage des Art. 16 AEUV erlassen ist und wegen ihrer unmittelbaren Wirkung für alle Mitgliedsstaaten gleichermaßen gilt.

Diese dient vor allem dazu den Schutz personenbezogener Daten zu gewährleisten und setzt somit den Schwerpunkt auf den Interessen der Individuen als Verbraucher.

U.a. enthält sie: strengere Anforderungen an Einwilligung, **Art. 7 f.**, z.B. das Anklicken von Kästchen auf Websites als aktive Handlung, da eine konkludente nicht mehr ausreicht, sowie deren jederzeitige und unbegründete Widerrufsmöglichkeit nach Art. 7 Abs. 3 S.1, die Erweiterung der Auskunftsrechte der Betroffenen, **Art. 15**, das Recht auf „Vergessenwerden“, **Art. 17**, Schadenersatzansprüche direkt gegenüber Datenverarbeitern, **Art. 82** Abs. 1.

Weiterhin hat die Datenportabilität in **Art. 20** Eingang gefunden. Danach besteht die Pflicht zur Gewährleistung von Datenportabilität, d.h. Verbraucher können bei Anbieterwechsel ihre Daten mitnehmen bzw. müssen sie vom alten übertragen werden, entweder an den Verbraucher oder direkt an den neuen Anbieter. Dies trägt dazu bei, dass der Zugang zu Daten vereinfacht und damit auch das Entstehen einer Machtposition aufgrund des Besitzes der Daten entgegengewirkt werden kann. Ein weiterer Aspekt zum Schutze der personenbezogenen Daten betrifft den höheren Bußgeldrahmen bis zu 20 Millionen € oder bis zu 4% der weltweiten Umsätze, je nachdem welcher Wert höher ausfällt.⁶

Hiervon wurde schon von den Datenschutzbehörden Gebrauch gemacht, welche zahlreiche Bußgelder verhängten, aufgrund von Verstößen gegen die Vorschriften zum Datenschutz.⁷

³ Beck-online.de, becklink 2007076 vom 27.07.2017.

⁴ S. Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, S.65.

⁵ Vgl. Cr mer/ de Montjoye/Schweitzer, Competition policy for the digital era, S. 39 ff; zum Einsatz der Art 101 f. AEUV s. auch Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0.

⁶ Zu den Einzelheiten s. <https://www.datenschutz.org/> (Stand Januar 2020), wo diverse Aspekte erl uert und übersichtlich zusammengefasst werden.

⁷ So verhängte beispielsweise als erster der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg gegen den Netzwerkbetreiber „knuddels.de“ ein Bußgeld i.H.v. 20.000 €, infolge unzureichender Sicherung von Nutzerdaten, vgl. <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/ldi-baden-wuerttemberg-verhaengt-sein-erstes-bussgeld-in-deutschland-nach-der-ds-gvo/>; der Berliner Beauftragte für Datenschutz und

Dass die DSGVO in manchen Punkten noch der Auslegung bedarf zeigen einige Urteile in der Praxis, wie z.B. zum Begriff der „berechtigten Interessen“ in Art. 6 Abs. 1 lit. f⁸, zur zweckändernden Verarbeitung im Sinne des Art. 6 Abs. 4⁹, der Bestimmung diverser Definitionen nach Art. 4¹⁰, der Klagebefugnis von Verbraucherverbänden bzw. Entgegenstehen nationaler Regelungen¹¹, die Möglichkeit von Datenschutzbehörden den Betrieb von Fanpages zu untersagen¹², sowie den „räumlichen Anwendungsbereich“ der Verordnung, Art. 3 und dem Umfang des „Rechts auf Löschung“ in Art. 17¹³.

10. GWB-Novelle

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) soll den Markt vor übermächtigen Unternehmen bzw. Monopolen schützen, die immer mehr Macht anhäufen und diese missbrauchen, sowie freien, möglichst ungehinderten Wettbewerb gewährleisten.

Angesichts der oben erläuterten neuen Herausforderungen wurde in Deutschland im Zuge der Umsetzungspflicht der Richtlinie 2019/1 ein Referentenentwurf zum „GWB-Digitalisierungsgesetz“ auf den Weg gebracht, um einen „digitalen Ordnungsrahmen“ zu schaffen.¹⁴ Dadurch soll Deutschland „zum internationalen Vorreiter für Regeln der Digitalwirtschaft“ werden. Die Bestrebung

ist es, Wettbewerb auf digitalen Märkten zu ermöglichen, was mithilfe des Datenzugangs geschaffen werden soll, denn Daten sind heute der wichtigste Rohstoff.¹⁵ In diesem Kontext wurden sie auch als „Öl des 21. Jahrhunderts“ bezeichnet.¹⁶

Während sich die DSGVO also vorwiegend mit dem Schutz personenbezogener Daten auseinandersetzt, richtet sich der Fokus der 10. GWB Novelle auf die Unternehmen. Insbesondere Digitalriesen, wie Google, Apple, Amazon und Facebook, werden oft mit dem Vorwurf einer marktbeherrschenden Stellung auf der digitalen Welt in Verbindung gebracht. So erreichte Apple als erstes US-Unternehmen im August 2018 einen Börsenwert von einer Billionen US-Dollar. Diesem Beispiel folgten auch Amazon, Microsoft und seit diesem Jahr Google.¹⁷

Der Entwurf enthält zahlreiche Modifikationen, um das Wettbewerbsrecht für das digitale Zeitalter zu rüsten. Herz der neuen Regelung sind die Neuerungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht.

Zur Bewertung der Marktstellung soll nach **§ 18 Abs. 3** auch der „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ als weiteres Kriterium hinzugefügt werden. Im weiterhin neu vorgesehenen **Abs. 3b** werden Vermittlungstätigkeiten für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten Gewicht beigemessen,

Informationsfreiheit ordnete mit 195.000 € gegen den Lieferservice Delivery Hero Germany GmbH, das bislang Höchste an, s. https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/pressemitteilungen/2019/20190919-PM-Bussgelder.pdf.

⁸ BGH, Urteil vom 12.07.2018, III ZR 183/17; OLG München, Teilurteil vom 24.10.2018, 3 U 1551/17.

⁹ BGH, Beschluss vom 24.09.2029, VI ZB 39/18.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 05.06.2018, C-210/16; Urteil vom 29.07.2019, C-40/17.

¹¹ EuGH, Urteil vom Urteil vom 29.07.2019, C-40/17.

¹² BVerwG, Urteil vom 11.09.2019, 6 C 15.18.

¹³ EuGH, Urteil vom 24.09.2019, C-507/17.

¹⁴ Referentenentwurf des BMWi, S.1.

¹⁵ So äußerte sich der stellvertretende Vorsitzende des Bundestagsausschusses Digitale Agenda und digitalpolitischer Sprecher der CSU im Bundestag, Hansjörg Durz, MdB, in einer Pressemitteilung der CSU-Landesgruppe vom 27.01.2020.

¹⁶ Diese Definition des neuen Wirtschaftsgutes stammt vom „The Economist“, s. <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>; auch zitiert in Podszun/Kersting, „Modernisierung des Wettbewerbsrechts und Digitalisierung“, NJOZ 2019, 321.

¹⁷ <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2018-08/boersenwert-apple-aktie-eine-billion-dollar>; <https://www.welt.de/wirtschaft/article205090966/Google-Mutterkonzern-Alphabet-erreicht-Boersenwert-von-1-Billion-Dollar.html>.

wohingegen der bisherige § 18 Abs. 3 Nr. 3 nur den Zugang des marktbeherrschenden Unternehmens selbst erfasst. Dies erscheint angesichts zunehmender Bedeutung digitaler Plattformen, die den Marktzugang kontrollieren können, wie z.B. booking (s.o.), unausweichlich. Ziel ist es mehr Flexibilität für künftige Veränderungen zu kreieren und dem stetigen schnellen Wandel auf diesen Märkten entgegenzutreten.¹⁸

§ 19 Abs. 2 nennt auch bisher diverse nicht abschließend aufgezählte Kriterien zum Vorliegen eines Missbrauchs. Gerade die Neufassung des **§ 19 Abs. 2 Nr. 4** mit der Formulierung „Zugang zu Daten, Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen“ beschäftigt sich mit der Problematik des neuen Wirtschaftsgutes und der Interoperabilität. Danach kann sich auch die Verweigerung des Zugangs zu Daten als eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gestalten. Problematisch erscheint diese Regelung im Hinblick auf ggf. notwendige Einwilligungen nach der DSGVO. Es ist allerdings nicht intendiert, durch die Neufassung eine weitere Rechtsgrundlage für Verarbeitung personenbezogener Daten gem. Art. 6 DSGVO zu schaffen.¹⁹

Wer den Datenzugang hat, verfügt über wichtige Ressourcen und kann strategisch agieren, wohingegen Dritte für ihren Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten oftmals diesen Zugang benötigen. Damit erlangen die Unternehmen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit Dritter, wie z.B. Wartungen oder Reparaturen. Mit **§ 19a** soll hierfür eine neue Ermächtigungsgrundlage eingeführt werden, um Konzentrationen aufgrund von Datenvorteilen, Netzwerkeffekten und Selbstverstärkungseffekten entgegenzuwirken und „missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit

überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb“ zu unterbinden.²⁰

Notwendig wird eine erhebliche Tätigkeit auf den Märkten im Sinne des § 18 Abs. 3a sein, weshalb sich die Norm gerade an Intermediationsmächte auf mehrseitigen Märkten richtet. Die Aufzählung der Indizien in Abs. 1 S.2 zur Feststellung einer „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ ist keinesfalls abschließend, sodass eine Flexibilität erhalten bleibt, die auch für noch unbekanntes Verhaltensweisen Beurteilungsspielraum lässt.

§ 19a Abs. 2 statuiert diverse Befugnisse des Bundeskartellamtes (BKartA), um bestimmte Verhaltensweisen eines Unternehmens zu verbieten. Untersagt werden kann, nach Feststellung der Marktmacht gemäß Abs. 1, eine Selbstbevorzugung als diskriminierendes Verhalten (Nr.1), Behinderung von Wettbewerbern auf sich schnell entwickelnden Märkten quasi als vorbeugende Maßnahme gegen einen Machtausbau (Nr. 2) und die Errichtung oder Erhöhung von Marktzutrittsschranken im Hinblick auf Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten und sonstige behindernde Verhaltensweisen (Nr.3). Besonders die marktübergreifende Nutzung gesammelter Kundendaten ist riskant, um Zutrittsschranken zu schaffen, weshalb es gerechtfertigt erscheint, sich dafür nicht nur auf § 19 zu stützen, der allerdings parallel neben dem abschließenden Katalog anwendbar bleiben soll.²¹ Die Nr. 4 widmet sich der Zusammenarbeit von Produkten und Leistungen. Gerade in Netzwerken und auf Plattformen entstehen Lock-In-Effekte, die eine Interoperabilität und Innovationen beeinträchtigen. Aber auch die Portabilität von Daten wird darin mit Hilfe der Alt. 2 geschützt, sowie neben Art. 20 DSGVO eine weitere Norm diesbezüglich etabliert. Indem

¹⁸ Referentenentwurf des BMWi, S. 8, 58, 68 ff.

¹⁹ Referentenentwurf des BMWi, S.70 ff.

²⁰ Referentenentwurf des BMWi, S. 72 ff.

²¹ Referentenentwurf des BMWi, S. 75 f.; vertiefend zum besonderen Gefährdungspotential s. die auch im Referentenentwurf genannte Facebook-Entscheidung des BKartA vom 6. Februar 2019, Az. B6 – 22/16.

Informationen ohne Rechtfertigung von beispielsweise dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen und personenbezogener Daten zurückgehalten werden, entstehen Informationslücken und Vorteile des Informationsinhabers, die es ermöglichen eine überragende marktübergreifende Position zu vertiefen. Dagegen soll künftig das Verbot der Nr. 5 Abhilfe schaffen. Den Unternehmen verbleibt nach Abs. 2 S.2 die Möglichkeit den Nachweis, der als widerleglichen Vermutung formulierten Rechtfertigung, zu erbringen. Zwar bedarf es für eine Verfügung nach Abs. 2 S.1 zunächst der Feststellung einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung, was aber mit einer Untersagung verbunden werden kann, s. Abs. 2 S.5.²²

Ferner wird **§ 20** ausgeweitet, indem sich eine relative Marktmacht in Form von Abhängigkeit nicht mehr nur gegenüber kleinen und mittleren, sondern auch gegenüber großen Unternehmen zeigen kann, mithin allen Wettbewerbern, was mehr der Aktualität der digitalen Entwicklungen entspricht und nicht nur im digitalen Wirtschaftsbereich relevant sein dürfte. **Abs. 1a** statuiert zudem einen „Datenzugangsanspruch“, da dies künftig wahrscheinlich vermehrt auf Chancen über Innovationen und Wettbewerb Einfluss haben und größere Bedeutung erlangen wird, insbesondere im Hinblick auf sog. „Wertschöpfungsnetzwerke“, bei denen die Datennutzung im gemeinsamem Interesse liegt, aber das marktmächtigere Unternehmen sie nur für sich nutzt. Dies gilt auch für noch nicht bestehende Geschäftsbeziehungen bei erstmaliger Lieferung der Daten.²³ Nicht außer Acht gelassen werden sollte dabei aber auch der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und personenbezogenen Daten.

Auch dem sog. „Tipping“ sollen mit Einführung eines neuen **Abs. 3a** Grenzen gesetzt werden. Ein Markt mit mehreren Anbietern kann aufgrund von Netzwerkeffekten zu einer Konzentration bis hin zur Monopolisierung führen, was sich insbesondere am Beispiel Facebook zeigt, denn die Plattform hat heute quasi den Markt sozialer Netzwerke für sich eingenommen.²⁴ Im vierten Quartal 2019 wurden ein Wert von rund 2,5 Milliarden aktiven monatlichen Nutzern der Facebookgruppe verzeichnet, wozu auch Dienste wie WhatsApp und Instagram zählen.²⁵ Es kann schon eingegriffen werden, wenn eine überlegene Marktmacht noch nicht existiert, denn bislang war ein solches Vorgehen erst möglich, wenn es bereits zu spät war und sich derartige Machtpositionen verfestigt hatten. Allerdings erscheint eine Abgrenzung hierbei schwierig. Es handelt sich um einen Gefährdungstatbestand, d.h. es genügt der Nachweis einer Gefahr unabhängig vom Nachweis konkreter negativer Auswirkungen, um ein Eingreifen zu gestatten und ein schnelles Handeln angesichts der Dynamik der digitalen Märkte ermöglicht.²⁶

In diesem Zusammenhang erscheinen überdies einstweilige Maßnahmen als geeignete Instrumentarien. Daher wurde auch **§ 32a** überarbeitet, indem die Anwendungsvoraussetzungen vereinfacht werden soll. Danach kann bei überwiegender Wahrscheinlichkeit einer Zuwiderhandlung im Sinne des § 32 Abs. 1, der auf Art. 101 f. AEUV verweist, und dies „zum Schutze des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist“, schneller eingegriffen werden. Als einschränkendes Kriterium bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die in Form einer Härtefallklausel in Satz 2 formuliert ist. § 32a fordert bislang

²² Referentenentwurf des BMWi, S.9, 77 f.; zu Art. 20 DSGVO s.o. S.2.

²³ Referentenentwurf des BMWi, S. 80.

²⁴ Referentenentwurf des BMWi, S. 82; BKartA, B6-113/15, Arbeitspapier – Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 50 f.; vertiefend Entscheidung des BKartA vom 6. Februar 2019, Az. B6 – 22/16.

²⁵ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/>, veröffentlicht am 30.01.2020.

²⁶ Referentenentwurf des BMWi, S. 83 f.

hingegen einen dringenden Fall, d.h. wenn die Gefahr eines ernstesten, nicht wieder gutzumachen Schadens für den Wettbewerb besteht. Zu diesem Zeitpunkt ist das Kind aber meistens schon in den Brunnen gefallen und ein Schaden kaum mehr abwendbar.²⁷

Weiterhin werden die Vorschriften zur Fusionskontrolle in **§§ 34 ff.** verändert, indem beispielsweise die zweite Inlandsumsatzschwelle angehoben wird von 5 auf 10 Millionen, was im Vergleich zu anderen Volkswirtschaften nach wie vor noch eine sehr niedrige Aufgreifschwelle darstellt.²⁸ Dadurch wird intendiert die Zahl der Anmeldungen um ca. 20% zu reduzieren und die so freiwerdenden Kapazitäten für komplexere Verfahren zu nutzen. Auf der anderen Seite will man damit auch mittelständischen Unternehmen entgegenkommen, die nicht mehr mit einer Anmeldungshürde konfrontiert werden. Etwaige Erleichterungen haben indirekt auch zur Folge, dass ein besserer und leichter Datenaustausch zwischen den betroffenen Unternehmen stattfinden kann.²⁹

Um eine vertiefte Zusammenarbeit mit Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten zu begünstigen, soll ein neues eigenes Kapitel „Behördenzusammenarbeit“ im europäischen Netz (ECN) in den **§§ 50a ff.** etabliert werden. Vor allem in den Bereichen der Ermittlungsarbeit, Zustellung und Vollstreckung wurde nachgebessert, z.B. mit Konkretisierung der Zuständigkeit im Fall von Streitigkeiten, vgl. § 50b Abs. 7.³⁰

Auch die Vorschriften zum Verwaltungsverfahren in **§§ 54 ff.** wurden vereinfacht, um dem Bedürfnis zeitnahen und effektiveren Eingreifens, insbesondere auf digitalen Märkten mit schneller und dynamischer Entwicklung, gerecht zu werden.³¹

Wie können diese Bestrebungen bewertet werden?

Allerdings bestehen Unklarheiten, ob und wie diese Ansätze umgesetzt werden und einige Punkte sind durchaus kritisch zu hinterfragen.

Problematisch erscheint im Rahmen des § 19a vor allem die Feststellung einer marktübergreifenden Bedeutung. Dies dürfte lediglich für einige wenige Adressaten zutreffen, weshalb die Norm Gefahr läuft weitestgehend keine Anwendung zu finden.

Aus der Formulierung des § 19a Abs. 2 S.1 („kann“) ergibt sich ein Ermessen der Behörde, wann eine derartige Untersagung zu erlassen ist. Fraglich ist, inwieweit das BKartA von diesem Eingriffsermessen Gebrauch machen wird. Wünschenswert wäre daher eine Abrundung des Schutzes, sowie der Eingriffs- und Handlungsmöglichkeiten. Klarheit kann in diesem Fall sicherlich durch die Praxis geschaffen werden, sobald diese Regelung tatsächlich umgesetzt wird. Dazu bedarf es sicherlich auch eines Ausbaus der Behörde, z.B. in Form von mehr Personal, um ausreichende Kapazitäten zur ständigen Kontrolle großer Konzerne zu realisieren, denn Google beispielsweise verfügt über eine Mitarbeiterzahl von fast 99.000³².

²⁷ Referentenentwurf des BMWi, S. 10, 85 ff.

²⁸ Für einen umfassenderen Überblick über Fusionskontrollen in anderen Staaten s. Diskussionspapier des BKartA vom 08.10.2001, „Das Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition?“, S. 6 ff. in Frankreich z.B. im Code de Commerce Art.L430-2 (150 Mio. (Abs. 1) und 75 Mio. (Abs. 2)) und in Amerika Sec. 7A Clayton Act, 15 U.S.C. 18a (\$ 200 Mio. - 7A(a)(2)(A) oder \$ 50 Mio. - 7A (a)(2)(B)(i)), wobei die Kartellbehörde (Federal Trade Commission - FTC) Bestrebungen äußerte die Umsatzschwellen anzuheben auf \$ 376 Mio. und \$ 94, aufgrund von Veränderungen des Bruttoinlandseinkommens, s. Veröffentlichungen vom 28.01.2020: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/current-thresholds>).

²⁹ Referentenentwurf des BMWi, S. 91 ff.

³⁰ Referentenentwurf des BMWi, S. 104 ff.

³¹ Referentenentwurf des BMWi, S. 112 ff.

³² Angabe laut Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/195387/umfrage/anzahl-der-mitarbeiter-von-google-seit-2001/> (Stand: 25. September 2019).

Eine länderübergreifende Zusammenarbeit, wie sie teilweise schon in den §§ 50a ff. vorgesehen ist, gestattet einen flächendeckenden Austausch der jeweiligen Behörden und schafft effizientere Maßnahmen. Auch dieser Ansatz dürfte künftig begrüßenswert sein.

Festzuhalten bleibt auch, dass das GWB sich auf Unternehmen bzw. deren Verhaltensweisen konzentriert, somit der Schutz personenbezogener Daten und Geschäftsgeheimnissen nicht hinreichend berücksichtigt wird. Dem widmen sich jedoch andere Normen. Die Lösung des Konflikts auf rechtlicher Ebene ist daher im Zusammenspiel verschiedener Normen zu suchen.³³

Was ergibt sich daraus für die Zukunft?

Es bleibt jedoch die Frage, ob sich Digitalriesen von diesem neuen Gesetz abschrecken lassen und die Maßnahmen ihnen „weh tun“.

Alternativ bzw. zusätzlich wäre etwa an eine Entflechtung zu denken, wie sie in Deutschland bereits vor einiger Zeit im Strom- und Gassektor mit §§ 6 ff. EnWG eingeführt wurde. Entflechtung bedeutet die staatliche Aufspaltung eines Konzerns, was übertragen auf den Fall z.B. die Aufteilung der Geschäftsbereiche in Plattformbetrieb und Vertrieb der eigenen Produkte nach sich ziehen würde.³⁴ Solche Bestrebungen finden sich auch auf internationaler Ebene, beispielsweise vertritt die amerikanische Präsidentschaftskandidatin Elizabeth Warren diesen Ansatz.³⁵

Derartige Methoden greifen jedoch nicht unerheblich in den freien Wettbewerb ein, den es gerade zu erhalten gilt. Neben den Digitalriesen gestaltet es sich für neue Anbieter als quasi unmöglich in dem Ausmaß wie Google und Facebook auf dem digitalen Markt Fuß zu fassen. Denn auch für diese Geschäftsmodelle – seien es soziale Netzwerke oder Online-Marktplätze etc. – ist die Nachfrage der Verbraucher früher oder später erschöpft. In Anbetracht der Dominanz bekannter Größen ist daher zweifelhaft, ob dort nach unserem bisherigen Verständnis ein „freier Wettbewerb“ herrscht.

Im Bericht der Kommission Wettbewerb 4.0 werden weitere Aspekte genannt, die zur Bewältigung der neuen Herausforderung in Erwägung gezogen werden können: den Datenzugang erleichtern, Plattformregulierung auf den Weg bringen in Form von klaren Verhaltensregelungen, ggf. als eine Art Plattform-VO mit dem Verbot der Selbstbevorzugung eigener Dienste im Verhältnis zu Drittanbietern, der Pflicht zur Gewährleistung erweiterter Datenportabilität, Rechtssicherheit bei Kooperationen (Kooperationen, z.B. Datenkooperationen, welcher aber oft kartellrechtliche Grenzen gesetzt sind, wofür die Zulässigkeit erweitert und vereinfacht werden müsste), eine vernetzte Digitalregulierung mit der Folge von Umstrukturierungen in nahezu allen Bereichen in Wirtschaft und Gesellschaft, u.a. Vertragsrecht, Verbraucher- und Datenschutz.³⁶

Was letztlich zur Lösung des Konflikts beiträgt und sich in der Praxis behaupten kann, bleibt abzuwarten, insbesondere

³³ Dieser Ansatz findet sich auch im Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0 des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie aE, S. 80ff.

³⁴ Kapitel 2 des EnWG (Energiewirtschaftsgesetz) trägt die Überschrift „Entflechtung“; s. zu diesen Bestrebungen bspw. Sigmar Gabriel, in: Unsere politischen Konsequenzen aus der Google-Debatte, FAZ vom 16.05.2014, https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/die-digital-debatte/sigmar-gabriel-konsequenzen-der-google-debatte-12941865.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2; dort wird eine Entflechtung aber auch nur als ultima ratio angedacht.

³⁵ S. <https://www.nytimes.com/2019/06/26/us/politics/elizabeth-warren-break-up-amazon-facebook.html>, und „It's time to break up Amazon, Google and Facebook“, <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>.

³⁶ Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, „Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft“, zum Download auf: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.html>.

im Hinblick auf noch unbekannte Entwicklungen. Deutschland könnte mit seinem neuen Gesetz jedenfalls auch für andere Länder einen Anreiz setzen diesem Beispiel zur Umsetzung der Richtlinie zu folgen oder sich zumindest damit auseinanderzusetzen.

Exkurs zu aktuellen Bestrebungen der EU

Darüber hinaus zeichnet sich auch schon seit Längerem ein härteres Vorgehen auf EU-Ebene ab. Unter anderem verhängte die EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager 2018 eine 4,34 Milliarden Euro hohe Geldbuße gegen

Google, wegen missbräuchlicher Ausnutzung der Marktmacht bzgl. der Android Betriebssysteme. Bereits im Juni 2017, gerade mal ein Jahr zuvor, musste der Digitalkonzern 2,42 Milliarden Euro zahlen, infolge Bevorzugung eigener Preisvergleichsdienste.³⁷

Weiterhin wurde in Frankreich 2019 eine Steuer für Digitalkonzerne mit einem weltweiten Jahresumsatz von 750 Millionen Euro verabschiedet.³⁸

Diese Beispiele verdeutlichen das erhöhte Bewusstsein hinsichtlich der digitalen Entwicklungen.

³⁷ https://ec.europa.eu/germany/news/20180718-kommission-google-android-strafe-von-434-milliarden-euro_de.

³⁸ <https://www.tagesschau.de/ausland/frankreich-digitalsteuer-usa-101.html>.



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano

Charlotte Weschler

LEGAL INTERN

 c.weschler@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com