Heinrich Heine
Universität Düsseldorf

DigiComp Gruppe 5

Forschungsfrage:

Welche Schlüsse zieht der Gesetzgeber aus den Verfahren mit digitalen Plattformen?

Gliederung

1. Gesetzesänderungen
   a. § 18 GWB
   b. § 19 GWB
   c. § 19a GWB
   d. § 20GWB

1. Anträge der Parteien für den Gesetzesentwurf

1. Facebook-Fall

Gesetzesänderungen im Überblick (Missbrauchskontrolle, §§ 18 ff. GWB)

I. § 18 GWB - Marktbeherrschung

I. Marktbeherrschung, § 18 GWB

Alte Fassung:	Neue Fassung:
(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: […] 3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, […]	(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: […] 3. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten 4. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten […]
	(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.

1) Einschub in § 18 Abs. 3 („Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“):

(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: […] 3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten, […]	(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: […] 3. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten 4. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten […]

- „Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten“ wurde bereits in der 9. GWB Novelle in § 18 Abs. 3a Nr. 4 benannt
- Klarstellende Funktion des Einschubs in Abs. 3: Zugang zu Daten in allen Wirtschaftsbereichen relevant

2) Einführung von § 18 Abs. 3b:

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.

- Integration des Konzepts der Intermediationsmacht
- Zunehmende Bedeutung von Intermediären bzw. Vermittlern in der digitalen Welt

  (im Extremfall: vollständige Kontrolle über Marktzutritt von Anbietern, Bsp.: Booking.com)
- Grds. kann Berücksichtigung der Intermediationsmacht bereits über Abs. 3 erfolgen => 3b soll wie schon 3a für mehr Konturierung sorgen

II. § 19 GWB - Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

II. Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen, § 19 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Alte Fassung:	Neue Fassung:
(1) ~~Die missbräuchliche Ausnutzung~~ einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.	(1) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.
(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, […] 4. sich weigert, ~~einem anderen~~ Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu ~~den eigenen~~ Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, ~~wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen~~ oder ~~tatsächlichen Gründen ohne~~ die ~~Mitbenutzung nicht möglich~~ ist, auf ~~dem~~ vor- oder nachgelagerten Markt ~~als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens~~ tätig zu ~~werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass~~ die ~~Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist;~~ […]	(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, […] 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; […]

1) Änderung zu „Der Missbrauch“ in Abs. 1:

(1) ~~Die missbräuchliche Ausnutzung~~ einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.	(1) Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

- Klarstellung, dass keine qualifizierten Anforderungen an Kausalität zu stellen sind (alter Streit: Verhaltenskausalität / Erfolgskausalität)
- Wichtige Rolle: Facebook-Entscheidung vom 23.06.2020
- Fazit: Es braucht zwar einen Bezug zwischen missbräuchlichem Verhalten und den Zielen des GWBs, jedoch keine strikte Kausalität. Es genügt normative Kausalität!
- ABER: Nicht jeder Rechtsverstoß eines marktbeherrschenden Unternehmens fällt unter § 19 I (Marktordnungsrecht!)

2) Neuformulierung von § 19 Abs. 2 Nr. 4 („Essential-Facilities-Doktrin“):

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, […]

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;
[…]

- bisher: enges Verständnis einer missbräuchlichen Zugangsverweigerung bei physischer Infrastruktur
- nun: offene Formulierung, sodass auch die Verweigerung des Zugangs zu Plattformen, Schnittstellen oder wettbewerbsrelevanten Daten missbräuchlich sein kann (Stichwort: „Gatekeeper-Stellungen“)

III. § 19a GWB

§ 19a GWB
Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Neue **Ermächtigungsgrundlage** des Bundeskartellamts

Ziel: Effektivere **Kontrolle** von Digitalkonzernen (bzw. digitaler Ökosysteme)

Anknüpfungspunkt: überragende **marktübergreifende** Bedeutung

Märkte der digitalen Wirtschaft

Netzwerkeffekte, Datenvorteile, Selbstverstärkungseffekte

- schnell einsetzende Konzentrationstendenzen

+ gemeinsam mit Größen- und Ressourcenvorteile

- Marktstellung erschwert angreifbar

Zentrale strategische Position

- führt zu Abhängigkeit anderer Marktteilnehmer
- Verfälschung des Wettbewerbsprozesses sowie Übertragung der Marktmacht möglich

= Geschäftstätigkeit kann in immer neue Märkte **ausgeweitet** und bestehende Marktmacht **zementiert** werden

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Warum wollen wir die Märkte der digitalen Wirtschaft regulieren?

Maßgeblich: Vorstellung, wie Wettbewerb auszusehen hat

1. Unternehmen sollen mit leistungswettbewerblichen Mitteln um Marktanteile und Kunden konkurrieren können
2. Machtstellungen sollen bestreitbar bleiben
3. Innovationen soll nicht durch Behinderungspraktiken gehemmt werden

§ 19a Abs. 1 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

(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. 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.

§ 19a Abs. 2 Nr. 1 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

1.

beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln, insbesondere

a)

die eigenen Angebote bei der Darstellung zu bevorzugen;

b)

ausschließlich eigene Angebote auf Geräten vorzuinstallieren oder in anderer Weise in Angebote des Unternehmens zu integrieren;

Selbstbevorzugung

- führt zu: Verschließung der Märkte, Beschränkung d. Leistungswettbewerbs

Beispiel: Google Shopping

§ 19a Abs. 2 Nr. 2 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

2.

… zu untersagen, Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat, insbesondere

a)

Maßnahmen zu ergreifen, die zu einer ausschließlichen Vorinstallation oder Integration von Angeboten des Unternehmens führen;

b)

andere Unternehmen daran zu hindern oder es ihnen zu erschweren, ihre eigenen Angebote zu bewerben oder Abnehmer auch über andere als die von dem Unternehmen bereitgestellten oder vermittelten Zugänge zu erreichen;

Ergänzt das Selbstbevorzugungsverbot

Unternehmen nicht immer als „Vermittler“ tätig

- Richtet sich gegen die Ausweitung und Absicherung der Unangreifbarkeit

Bsp.: Suchmaschine wird auf einem Handy vorinstalliert (lit. a)

§ 19a Abs. 2 Nr. 3 GWB

3.
Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das Unternehmen seine Stellung, auch ohne marktbeherrschend zu sein, schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar zu behindern, insbesondere

a)
die Nutzung eines Angebots des Unternehmens mit einer dafür nicht erforderlichen automatischen Nutzung eines weiteren Angebots des Unternehmens zu verbinden, ohne dem Nutzer des Angebots ausreichende Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Umstands und der Art und Weise der Nutzung des anderen Angebots einzuräumen;
b)
die Nutzung eines Angebots des Unternehmens von der Nutzung eines anderen Angebots des Unternehmens abhängig zu machen;

„Aufrollen“ von nicht beherrschten Märkten

Regelbeispiele: Koppelungsstrategien

- Marktübergreifendes Ökosystem wird gestärkt, Innovation wird behindert

§ 19a Abs. 2 Nr. 4 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

4.
durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten, die das Unternehmen gesammelt hat, Marktzutrittsschranken zu errichten oder spürbar zu erhöhen, oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern, oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung zulassen, insbesondere

a)
die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen, ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen;
b)
von anderen Unternehmen erhaltene wettbewerbsrelevante Daten zu anderen als für die Erbringung der eigenen Dienste gegenüber diesen Unternehmen erforderlichen Zwecken zu verarbeiten, ohne diesen Unternehmen eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen;

Ausbeutungs- und Behinderungspraktiken im Zusammenhang mit Daten

- Besonders hohes Schädigungspotential bei Zusammenführung aus verschiedenen Quellen
- Innovative Angebote können verhindert, marktübergreifende Stellung kann verfestigt werden

Bsp.: Facebook-Fall

§ 19a Abs. 2 Nr. 5 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

5.
die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern

Interoperabilität = Eigenschaft eines Systems, mit anderen Systemen arbeiten bzw. interagieren zu können

- Grundlage für Lock-In-Effekte, dadurch hohe Wechselhürde
- ? Wettbewerbsprozess kann geschädigt werden

! **aber: wettbewerbliche Ambivalenz von Interoperabilität zu berücksichtigen**

Daten müssen auch nach Wechsel zum Wettbewerber genutzt werden können

Beispiel: Wechsel von iOS zu Android

§ 19a Abs. 2 Nr. 6 GWB

6.
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;

Schaffung von Informationsdefiziten

Nutzungsdaten, Klickverhalten, … wichtig für Auftraggeber

- Verschärft die Abhängigkeit und kann die marktübergreifende Stellung verstärken

§ 19a Abs. 2 Nr. 7 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

7.
für die Behandlung von Angeboten eines anderen Unternehmens Vorteile zu fordern, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung stehen, insbesondere

a)
für deren Darstellung die Übertragung von Daten oder Rechten zu fordern, die dafür nicht zwingend erforderlich sind;
b)
die Qualität der Darstellung dieser Angebote von der Übertragung von Daten oder Rechten abhängig zu machen, die hierzu in keinem angemessenen Verhältnis stehen

Anlehnung an das Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

Nr. 7a erfasst das „Ob“ der Vermittlungsleistung; Nr. 7b das „Wie“ der Vermittlungsleistung

- „in keinem angemessenen Verhältnis“: wertende Gesamtbetrachtung erforderlich

§ 19a GWB

(1) Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, (…), eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. (…)

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen, …

1. – 7. Verhaltensweise

Dies gilt nicht, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt insoweit dem Unternehmen. § 32 Absatz 2 und 3, die §§ 32a und 32b gelten entsprechend. Die Verfügung nach Absatz 2 kann mit der Feststellung nach Absatz 1 verbunden werden.

(3) Die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.

(4) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie berichtet den gesetzgebenden Körperschaften nach Ablauf von vier Jahren nach Inkrafttreten der Regelungen in den Absätzen 1 und 2 über die Erfahrungen mit der Vorschrift.

- Verbote mit Rechtfertigungsvorbehalt
- Verhalten im Sinne des § 19a Abs. 2 GWB erst verboten, nachdem
  1. BKartA durch Verfügung überragende marktübergreifende Bedeutung festgestellt hat
  2. BKartA das konkrete Verhalten untersagt (ex-nunc-Wirkung!)
- Allgemeine Missbrauchsvorschriften parallel anwendbar

IV. § 20 GWB – Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht

III. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht, § 20 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

(1) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht). § 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.

[…]

(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 gegen angemessenes Entgelt kann eine unbillige Behinderung nach Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 darstellen. Dies gilt auch dann, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.

[…]

(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.

[…].

1) Änderungen in § 20 Abs. 1:

(1) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht). § 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. […]

a) Streichung der Wörter „kleine oder mittlere“

- Aufhebung der bisherigen Beschränkung des Schutzbereichs, relative Marktmacht kann sich auch gegenüber großen Unternehmen ergeben

b) Ergänzung des neuen Halbsatzes (deutliches Machtungleichgewicht)

- Verhinderung der Anwendung von § 20 I auf eine Vielzahl von Verträgen zwischen gleichrangigen Vertragspartnern
- deutliches Ungleichgewicht kommt insb. dann in Betracht, wenn die Vertragsbeendigung sehr unterschiedliche Folgen für die Vertragspartner hat (Bsp.: Zuliefererbeziehungen)
- wechselseitige Abhängigkeiten auch denkbar (§ 20 I (+) bei starker Asymmetrie der Abhängigkeiten)

c) Einführung der Intermediationsmacht in S. 2

2) Einführung von § 20 Abs. 1a:

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

(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 gegen angemessenes Entgelt kann eine unbillige Behinderung nach Absatz 1 in Verbindung mit § 19 Absatz 2 Nummer 1 darstellen. Dies gilt auch dann, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist.

- Spezialfall der datenbedingten Abhängigkeit / Datenzugangsanspruch
- Verweigerung kann eine unbillige Behinderung nach § 20 I iVm § 19 II Nr. 1 darstellen (Vorteile der mehrfachen Nutzung der Daten vs. Nachteile des Verlusts der Exklusivität)
- Interessen bei der Unbilligkeitsprüfung:
  - Auswirkungen zum Anreiz zur Datensammlung, Verschluss von Sekundärmärkten, Beteiligung des abhängigen Unternehmens an der Datensammlung, Potenzial für erhöhte Wertschöpfungsbeiträge, Bereinigungsaufwand der Daten
- adressiertes Unternehmen hat im Gegenzug Anspruch auf angemessenes Entgelt

3) Einführung von § 20 Abs. 3a:

(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.

- Ziel: Verringerung von wettbewerblichen Problemen durch „Tipping“
- „Tipping“ = Umwandlung eines durch starke Netzwerkeffekte geprägten Marktes mit mehreren Anbietern zu einem monopolistischen bzw. hochkonzentrierten Markt
- frühzeitiges Eingreifen der Kartellbehörden erforderlich, da Folgen von „Tipping“ praktisch nicht mehr rückgängig gemacht werden können
- daher systematische Anknüpfung an § 20 Abs. 3, wo sich die Normadressatenstellung bereits aus „überlegener Marktmacht“ ergibt (bewusst keine Anknüpfung an noch früheren Zeitpunkt)

Prüfungsschema von § 20 Abs. 3a:

1. Märkte i.S.v. § 18 Abs. 3a und ausgeprägte Netzwerkeffekte

2. Behinderung der eigenständigen Erzielung von starken Netzwerkeffekten durch Wettbewerber

- bewusst offene Formulierung und Verzicht auf Regelbeispiele
- denkbare Beispiele: Behinderung von Multi-Homing / Plattformwechseln

3. Ernstliche Gefahr, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maß eingeschränkt wird

- Formulierung als Gefährdungstatbestand (ähnlich wie Markstörung im UWG)
- nachgewiesene Gefährlichkeit genügt unabhängig vom Nachweis konkreter Auswirkungen

Anträge der Oppositionsfraktionen

Bündnis90/Die Grünen	Die Linke	FDP
- **Mehrstufiges Verfahren zu umständlich,** Beschleunigung d. Verfahrens durch Umwandlung § **19a Abs. 2** zu grundsätzlichen **Verboten.**	- Formulierung § 19a als **Verbotsnorm**: Anwendung d. Norm mit hohen Hürden versehen, dadurch proaktive und effektive Regulierung erschwert	- **klare u. scharfe Definition** v. digitalen Plattformen mit marktbeherrschender Stellung schaffen und im Gesetzestext verdeutlichen
- § 19a Abs. 2 Nr. 5: Verpflichtung zur Interoperabilität und Ermöglichung von Datenportabilität **bereits für U. mit marktbeherrschender Stellung**	- Interoperabilität u. Portabilität der Nutzerdaten müssen für U. mit marktbeherrschender Stellung **verpflichtend und sanktionsbewährt** garantiert werden	- **Spezifierung** in §19 vornehmen, wann Verweigerung des Zugangs auf Daten, Netze oder Infrastruktureinrichtungen **sachlich gerechtfertigt** ist
- **Fusionskontrolle Anmeldepflicht** für Akquisitionen mit hinreichend Bezug zum Bundesgebiet, wenn überragende marktübergreifende Stellung nach § 19a I festgestellt	- Verpflichtung Akquisition im Bundesgebiet Bundeskartellamt zu **melden** u. diesem Möglichkeit einräumen, solche Akquisitionen auch unterhalb Schwelle der Marktbeherrschung zu untersagen	- Verknüpfung der Regelungen in § 39a mit § 19a

Bündnis90/Die Grünen	Die Linke	FDP
- Möglichkeit der Unternehmensentflechtung durch BKartA als Ultima Ratio unter klaren rechtlichen Bedingungen	- Unternehmensentflechtung als Ultima Ratio bei überragender marktübergreifender Stellung von Konzernen	- Sperren von Unternehmen, die auf digitalen Plattformen tätig sein wollen, muss begründet erfolgen
- BKartA soll verbraucherrechtliche Befugnisse erhalten	- Nachweiserleichterung Marktbeherrschung von Digitalmärkten nach § 19, indem Schwellenwert von derzeit 40% auf 20% Marktanteil (§18) gesenkt wird	

Forschungsfrage:

Wird das neue GWB den Herausforderungen digitaler Plattformen gerecht?

25.01.2021

V. Auswirkungen des Facebook Falls auf die 10. GWB Novelle

25.01.2021

Rückblick: Der Facebook Fall

Verfahren: BKartA fasst einen Beschluss gegen Facebook. Eilantrag von Facebook dagegen vor dem OLG, Revision vor dem BGH, Hauptsacheverfahren jetzt eingeleitet

Sachverhalt: Facebook nutzt Marktbeherrschung (§ 18 III, IIIa) und Netzwerkeffekte um Geschäftsbedingungen zu Stellen, die Daten aus mehreren Programmen verbinden und verwenden.
Verstoß gegen § 19 I bei (Berücksichtigung der DSGVO) - Konditionenmissbrauch

Marktbeherrschung nach § 18 III, IIIa GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Bestimmung des Marktes - Räumlich und sachlich grenzübergreifende Leistungen

Dominanz durch Netzwerkeffekte, Daten - Unentgeltliche Leistung für Verbraucher

Marktbeherrschung nach § 18 III, IIIa GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

§ 18 GWB-E

(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

3. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,

(3a) Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken [...]

§ 19a GWB-E

(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. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,

Missbräuchliche Ausnutzung der Marktbeherrschung § 19 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Auffassung des BKartA: Missbrauchstatbestand durch DSGVO-widrige Verarbeitung der Nutzerdaten (u.a. Zusammenführung von Daten) erfüllt

Auffassung des BGH: Konditionenmissbrauch bezüglich der Datenverarbeitung innerhalb der AGB von Facebook

Missbräuchliche Ausnutzung der Marktbeherrschung § 19 GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

§ 19a GWB-E

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

4. [...] Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Verarbeitung [wettbewerbsrelevanter Daten] zulassen, insbesondere

a) die Nutzung von Diensten davon abhängig zu machen, dass Nutzer der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten des Unternehmens oder eines Drittanbieters zustimmen, ohne den Nutzern eine ausreichende Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Umstands, des Zwecks und der Art und Weise der Verarbeitung einzuräumen;

Hier: Ausweitung des Schutzbereichs, einbettung einer DSGVO angelehnten Prüfung.

Früheres Einschreiten

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Kauf von WhatsApp und Oculus
&
facebook.com und Instagram
schalten Werbung

2014

2012
Börsengang
&
Kauf von Instagram

01.03.2016
BKartA leitet Verfahren
gegen FB ein

Früheres Einschreiten

§ 39a GWB-E

(1) Das Bundeskartellamt kann ein Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss des Unternehmens mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren bestimmten Wirtschaftszweigen anzumelden[...].

(2) Die Anmeldepflicht nach Absatz 1 gilt nur für Zusammenschlüsse bei denen

2. [das zu erwerbende Unternehmen] mehr als zwei Drittel seiner Umsatzerlöse im Inland erzielt hat.

Verfahrensökonomie

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

01.03.2016
BKartA leitet Verfahren gegen FB ein

06.02.2019
Beschluss des BKartA

26.08.2019
Entscheidung des OLG Düsseldorf im Eilverfahren

Entscheidung des BGH im Revisionsverfahren
23.06.2020

Heute
Hauptsacheverfahren ist beim OLG Düsseldorf anhängig

Verfahrensökonomie

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

§ 19a GWB-E

(2) Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen, [...]

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

§ 73 GWB-E

(5) Der Bundesgerichtshof entscheidet als Beschwerdegericht im ersten und letzten Rechtszug über sämtliche Streitigkeiten gegen Verfügungen des Bundeskartellamts

1. nach § 19a, auch in Verbindung mit § 32 Absatz 2,

[...]

jeweils einschließlich aller selbständig anfechtbaren Verfahrenshandlungen.

Bewertung des Facebook Falls mit dem neuen GWB

Heinrich Heine Universität Düsseldorf

Feststellung überragender marktübergreifender Bedeutung § 19a I GWB-E

- Unternehmen
- In erheblichem Umfang auf Märkten § 18 IIIa GWB-E tätig
  - Mehrseitige Märkte und Netzwerke
- Überragende Bedeutung § 19a I GWB-E
  - Nr. 1 Marktbeherrschende Stellung auf Märkten (Soziale Netzwerke)
  - Nr. 4 Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten
  - Nr. 5 Einfluss auf den Zugang und die Tätigkeit Dritter

Untersagungsverfügung durch das BKartA § 19a II GWB-E

- Nr. 4a Nutzung von der Verarbeitung von Daten aus anderen Diensten abhängig machen
- Keine sachliche Rechtfertigung (Beweislast Facebook!)

Ausblick: Digitale Plattformen